

Jurisdicción constitucional, derecho procesal constitucional y pluralismo en Alemania

Jorge Luis León Vázquez



Derecho Público

Jorge Luis León Vásquez (Lima, 1976) es Profesor Ordinario de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor iuris por la Universidad de Hamburgo – Alemania (2016). Actual posdoctorando en la Universidad Heinrich-Heine de Düsseldorf – Alemania. Becario Posdoctoral en la categoría de Investigador Experimentado de la Fundación Alexander von Humboldt (2021-2022). Estudió ciencia jurídica en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1998-2003). Ha sido asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú (2005-2017). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales (GIDCYDEF) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Rede de Pesquisa em Segurança Social e Desenvolvimento Sustentável.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO EN ALEMANIA

CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia,
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la Unión Europea

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

María José Cíaurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

Eugeni Gay Montalvo, Abogado.

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE y Presidente de la Fundación Jean Monnet pour l'Europe.

Doctora Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

Emilio Jiménez Aparicio, Abogado.

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

Fernando Martín Díz, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

Doctor Nuno Piçarra, Professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

Miguel Recuerda Girela, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED.

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y PLURALISMO EN ALEMANIA

JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ

UNA CONTRIBUCIÓN A LA TEORÍA DE PETER HÄBERLE
SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
COMO «FUNCIÓN SOCIAL» Y EL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL COMO «DERECHO DEL PLURALISMO
Y LA PARTICIPACIÓN»



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2021

Primera edición: noviembre de 2021



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Jorge Luis León Vázquez.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIPO AEBOE papel: 090-21-187-0

NIPO AEBOE PDF: 090-21-188-6

NIPO AEBOE ePUB: 090-21-189-1

ISBN: 978-84-340-2776-3

Depósito legal: M-28618-2021

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA, POR EL PROF. DR. DR. H.C. MULT. PETER HÄBERLE	19
PRESENTACIÓN, POR FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	21
ABREVIATURAS	25
A. INTRODUCCIÓN	27
I. P. HÄBERLE.-UN CLÁSICO EN VIDA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL Y DE LA TEORÍA DEL DERECHO DEL ESTADO	27
II. OBJETO Y DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN	29
B. LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE P. HÄBERLE	31
I. LA OBRA TEMPRANA DE P. HÄBERLE	31
1. Comprensión institucional de los derechos fundamentales	31
2. El interés público como problema jurídico	33
3. La jurisdicción constitucional como jurisdicción del bien común .	35
4. La Constitución del pluralismo-La Constitución como proceso público	36
5. La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura-Constitu- ción como cultura	38
II. RECAPITULACIÓN	41

	Páginas
C. LA CONCEPCIÓN MIXTA DE LA CONSTITUCIÓN	43
I. LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO	43
1. Cultura	43
2. Pluralismo (apertura)	44
II. DIMENSIONES DE LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO ..	45
1. La Constitución del pluralismo como orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad	46
2. La Constitución del pluralismo como orden fundamental abierto y público	47
3. La Constitución del pluralismo como orden jurídico fundamental «vivo»	48
4. La Constitución del pluralismo como «espacio» para el consenso y disenso	49
5. La Constitución del pluralismo como contrato	50
III. CRÍTICAS A LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO	52
1. ¿Pierde la Constitución su carácter normativo?	52
2. ¿La Constitución como «simple eco» del cambio social?	53
3. ¿Democracia totalitaria?	54
IV. RECAPITULACIÓN	55
D. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL <i>EPICENTRO</i> DEL DERECHO Y LA POLÍTICA	57
I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA	57
1. Derecho y política	57
a) La dicotomía del derecho y la política	59
b) Separación institucional del derecho y la política	62
c) Primacía del derecho sobre la política	63
d) Primacía de la política sobre el derecho	63
e) Contradicción interna entre el derecho y la política	64
2. La tesis de P. Häberle. Derecho y política como funciones parciales de la <i>res publica</i> en general	65
a) Concepto de política	66
b) Derecho y política según P. Häberle	69

	Páginas
II. DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO POLÍTICO ..	71
1. El positivismo jurídico-estatal	71
2. La teoría de G. Jellinek	74
3. La teoría jurídica del Estado y la política	75
4. Posición de P. Häberle: el derecho constitucional «tiene una existencia política»	80
III. SOBRE EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL .	84
1. Jurisdicción estatal y jurisdicción del Estado	84
2. Jurisdicción constitucional formal y material	86
a) Interpretación formal y material de la jurisdicción	86
b) Jurisdicción constitucional en sentido formal y material	89
IV. LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES COMO CONFLICTOS POLÍTICOS	92
1. Tesis de la naturaleza puramente jurídica de la controversia constitucional	93
2. Tesis de la naturaleza jurídico-política de la controversia constitucional	95
3. Cuestiones políticas y conflictos constitucionales	97
4. La opinión de P. Häberle sobre las controversias constitucionales	100
a) Concepto de controversia constitucional	100
b) La doctrina de la <i>political-question</i> y <i>self-restraint</i>	101
V. RECAPITULACIÓN	102
E. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL <i>CAMPO DE TENSION</i> DEL ESTADO Y LA SOCIEDAD	105
I. ESTADO Y SOCIEDAD	105
1. En general	105
2. La relación entre Estado y sociedad	106
a) Tesis del dualismo	106
b) Tesis de la diferenciación	108
c) La teoría de la comunidad política	110
3. Estado y sociedad en el pensamiento de P. Häberle	111
a) Crítica a las teorías de la identidad, del dualismo y de la diferenciación	112

	Páginas
b) La tríada de los ámbitos republicanos como alternativa hãberliana a la antinomia Estado/sociedad	114
II. FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL PLURALISMO	117
1. Jurisdicción constitucional y sociedad civil	118
a) La jurisdicción constitucional como «tribunal social»	118
b) La jurisdicción constitucional «como partícipe en el contrato social»	119
c) La jurisdicción constitucional y la Constitución como contrato generacional	121
2. Jurisdicción constitucional y bien común	122
a) El bien común según la teoría hãberliana	122
(1) La idea republicana del bien común	122
(2) Bien común y funciones estatales	123
(a) La función de bien común de la legislación	124
(b) La función de bien común del poder ejecutivo ...	124
(c) La función de bien común de la jurisdicción	125
b) El TCF como jurisdicción del bien común	126
(1) Jurisdicción del bien común y su sentido hãberliano	126
(2) Interpretación y concretización del bien común	127
(a) El bien común como objeto de la interpretación	128
(b) El bien común como herramienta de ayuda de la interpretación	128
c) El bien común y la actividad pretoriana del TCF	129
III. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES	130
1. El principio de separación de poderes en el Estado constitucional .	130
2. Teorías de la relación: jurisdicción constitucional - principio de separación de poderes	131
a) La jurisdicción constitucional como <i>ruptura</i> del principio de separación de poderes	131
b) La jurisdicción constitucional como <i>disolución</i> del principio de separación de poderes	132

	Páginas
c) El principio de separación de poderes como <i>causa</i> de la jurisdicción constitucional	133
d) El principio de separación de poderes como <i>límite</i> a la jurisdicción constitucional	134
3. Separación de poderes y jurisdicción constitucional en el pensamiento de P. Häberle	135
a) Concepto y formas de manifestación	135
b) La jurisdicción constitucional: parte y garante de la separación de poderes	137
IV. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL, PROCESO POLÍTICO, POLÍTICA CONSTITUCIONAL Y CULTURA POLÍTICA ...	139
1. El Tribunal Constitucional Federal como fuerza política	139
a) Concepto de proceso político	139
b) El TCF y el proceso político	141
c) Límites de la participación del TCF en el proceso político	142
2. Tribunal Constitucional Federal y política constitucional	144
a) El concepto de política constitucional	144
b) Derecho constitucional y teoría de la Constitución como política constitucional	146
c) El TCF como jurisdicción de la política constitucional	147
V. RECAPITULACIÓN	149
F. LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN COMO HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL	151
I. LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE P. HÄBERLE	151
1. En general	151
2. La Constitución como <i>law in public action</i>	152
3. La teoría del pensamiento de las posibilidades	154
4. El factor tiempo y la interpretación constitucional	155
5. Democratización de la interpretación constitucional	157
6. El racionalismo crítico	159

	Páginas
II. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	162
1. La teoría constitucional material como auténtica hermenéutica constitucional	167
2. El concepto de interpretación constitucional	167
a) Interpretación constitucional en sentido estricto	167
b) Interpretación constitucional en sentido amplio	167
c) Interpretación de la Constitución como proceso público	169
3. Finalidad de la interpretación constitucional	172
a) Finalidad tradicional de la interpretación constitucional: ¿la Constitución o el poder constituyente?	172
b) Finalidad pluralista de la interpretación constitucional	174
4. Funciones de la interpretación constitucional	175
a) Funciones tradicionales de la interpretación constitucional	175
b) Funciones pluralistas de la interpretación constitucional	176
5. Métodos de la interpretación constitucional	177
a) El rol limitado de los métodos tradicionales de interpretación	177
b) Comprensión pluralista de los métodos tradicionales. La apertura del canon interpretativo	180
(1) Catálogo abierto de los métodos de interpretación	181
(2) Interacción abierta de los métodos clásicos de interpretación	183
(3) Pre y poscomprensión en el proceso de interpretación constitucional	185
c) P. Häberle y el pensamiento tópico	187
6. Principios de la interpretación constitucional	190
a) La distinción entre principios y métodos	190
b) Catálogo abierto de los principios de interpretación constitucional	191
c) El problema de los límites de la interpretación constitucional	193
7. Interpretación constitucional y proceso constituyente	195

III. LOS PARTICIPANTES EN EL PROCESO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	197
1. El círculo cerrado de intérpretes constitucionales	197
2. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución	200
a) Tesis de partida	201
b) Realidad constitucional e interpretación de la Constitución	201
c) Relativización y personalización de la interpretación constitucional	203
d) Posición de los intérpretes de la Constitución	204
(1) El TCF, no hay monopolio de la interpretación, ni una última palabra	205
(2) Las otras funciones estatales	206
(3) Participantes procesales en las decisiones de las funciones estatales y la dimensión pública democrática y pluralista	207
(4) La ciencia del derecho constitucional	208
e) Legitimación de los intérpretes de la Constitución	209
f) Consecuencias de la teoría pluralista para la interpretación de la Constitución	212
g) La sociedad abierta europea de la interpretación constitucional	214
IV. RECAPITULACIÓN	215
G. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO DEL PLURALISMO Y LA PARTICIPACIÓN	217
I. POSICIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN LA CIENCIA JURÍDICA	217
1. Naturaleza jurídica del derecho procesal constitucional. Teorías .	217
a) El derecho procesal constitucional como parte del derecho procesal general	218
b) La tesis de la especificidad del derecho procesal constitucional	220
c) La tesis de P. Häberle sobre el derecho procesal constitucional	221
(1) El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado	221

	Páginas
(2) El derecho procesal constitucional como derecho del pluralismo y la participación	223
II. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ..	224
1. En general	224
2. Derecho procesal constitucional en sentido amplio	225
3. Derecho procesal constitucional en sentido estricto	226
III. TAREAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	226
1. En general	226
2. Tareas tradicionales	227
3. Tareas pluralistas del derecho procesal constitucional	228
a) Tareas constitucionales	228
b) Tareas sociales	229
c) Tareas políticas	230
IV. PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ..	231
1. En general	231
2. Principios constitucionales	232
a) El principio de lo público	232
b) El principio del pluralismo	233
c) El principio de protección de las minorías	234
d) El principio de división de poderes «participativo»	235
3. Principios procesales	236
a) El principio de prohibición de examen de oficio	236
b) El principio de prohibición del <i>non liquet</i>	238
c) El principio de independencia de los tribunales constitucionales	240
d) El principio de equidad procesal	242
e) El principio de autonomía procesal	243
V. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	245
1. El derecho procesal constitucional: ¿simple derecho «técnico»?	245
2. La interpretación del derecho procesal constitucional	247

VI. CÍRCULO ABIERTO DE PARTICIPANTES EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. «PARTICIPANTES» EN LUGAR DE «PARTES»	249
1. Procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Federal sin partes procesales	249
2. «Participante» como categoría más apropiada del derecho procesal constitucional	251
VII. FUENTES JURÍDICAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. PLURALISMO Y APERTURA DE LAS FUENTES	253
1. En general	253
2. La teoría estatalista de las fuentes del derecho	253
3. Pluralismo y apertura de las fuentes del derecho	254
VIII. RECAPITULACIÓN	256
H. APRECIACIONES FINALES	259
BIBLIOGRAFÍA	265

A Doris y Sandra

PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

El libro del Prof. Dr. Jorge León Vásquez, que aquí se recomienda, habla por sí mismo. Es una excelente y, con razón, sobresaliente tesis doctoral de Hamburgo, que fue supervisada por el Prof. Dr. Markus Kotzur (Universidad de Hamburgo). El autor es ya un joven profesor en Lima, donde en sus días de estudiante encontró en el profesor César Landa un mentor extremadamente circunspecto.

Ya es hora de que este libro, publicado inicialmente en alemán en 2016 por una prestigiosa editorial berlinesa (Duncker & Humblot), llegue ahora también en español. Desde un punto de vista metodológico, el libro discurre propiamente en el contexto de la teoría del pluralismo alemán y la novedosa comprensión del Tribunal Constitucional Federal y su derecho procesal constitucional. El autor impresiona con su asombroso conocimiento de toda la literatura relevante. Trabaja con la literatura alemana del siglo XIX, pasando por el período de Weimar hasta el presente. Hay que mencionar a los profesores de derecho constitucional Ulrich Scheuner y Konrad Hesse, pero también a Rudolf Smend y Carl Schmitt. Incluso la literatura extranjera, por ejemplo, de Italia y Francia, así como de España, tienen la palabra.

El libro tiene una estructura muy clara e impresiona, constantemente, al lector con resúmenes condensados que llegan al meollo del asunto. Incluso el prólogo es fascinante. El autor observa que el Tribunal Constitucional Federal «pluraliza el sistema constitucional tanto en términos de derecho constitucional como de la sociedad». Esto despeja el camino para caracterizar el derecho procesal constitucional como «derecho del pluralismo y la participación».

En mi opinión, este libro, extremadamente estimulante, debería ser adecuado para enriquecer también la jurisdicción constitucional y la práctica del dere-

cho procesal constitucional en países extranjeros. Esto es especialmente aplicable para la jurisdicción constitucional en América Latina, que he admirado durante mucho tiempo. El autor logra de manera ejemplar combinar en palabras claras la importancia de la teoría y la necesaria proximidad a la práctica.

Con este libro el Prof. Dr. Jorge León Vásquez ya ha demostrado ser un «constructor de puentes» (*Brückenbauer*) entre el derecho constitucional alemán y el derecho constitucional peruano. Es de esperar que encuentre muchos lectores atentos en toda América Latina, en España y más allá. Su lista de publicaciones, que ha crecido fuerte y diversamente desde su doctorado en Hamburgo, habla por sí misma. En mi opinión, el Prof. Dr. León continuará con una trayectoria académica impresionante.

Bayreuth, noviembre de 2020.

PROF. DR. DR. H.C. MULT. PETER HÄBERLE

PRESENTACIÓN

El libro de Jorge Luis León Vásquez que tengo el honor de presentar tiene un especial interés por tratarse de la primera Tesis Doctoral, hasta donde conozco, que tiene como objeto central la obra de Peter Häberle. La temática del libro es «Jurisdicción constitucional, derecho procesal constitucional y pluralismo» aunque, como se indica expresamente en el subtítulo, se trata también de «Una contribución a la teoría de Peter Häberle sobre la jurisdicción constitucional como *función social* y el derecho procesal constitucional como *derecho del pluralismo y la participación*».

Quien lea el libro podrá comprobar que, efectivamente, esa contribución se ha producido y su autor puede estar satisfecho de haber conseguido sistematizar el pensamiento häberliano sobre diversas materias que confluyen en su concepción de la jurisdicción constitucional. La investigación viene, además, con inmejorables avales, en primer lugar, por tratarse de una Tesis Doctoral dirigida por Markus Kotzur, Catedrático de la Universidad de Hamburgo y discípulo destacado de Peter Häberle. En segundo lugar por estar respaldada por el propio Peter Häberle, en el Prólogo que acompaña a esta edición. Estamos, por tanto, ante una obra muy cualificada dentro de lo que en algunas ocasiones he caracterizado como la «sociedad abierta de los intérpretes de Peter Häberle».

En un texto publicado en Perú hace algunos años («Peter Häberle. Una semblanza personal con motivo de su ochenta aniversario», en la *Revista Peruana de Derecho Público*, núm. 29, julio-diciembre de 2014) decía sobre el Profesor Häberle que «La complejidad de su pensamiento y el impacto que ha tenido en la comunidad de constitucionalistas de todo el mundo es tal que son hoy muy diversas las interpretaciones de su obra. Parafraseando al propio Häberle podríamos hablar de la *sociedad abierta de los intérpretes de Peter Häberle* del mismo modo que él habla de la sociedad abierta de los intérpretes de

la Constitución. Tampoco aquí cabe establecer jerarquías ni nadie podría pretender tener una interpretación auténtica de la obra häberliana por el hecho de ser discípulo directo suyo, por ejemplo, o por cualquier otro motivo. La riqueza de ese pensamiento consiste también en el hecho de que está vivo, evoluciona y adquiere matices nuevos a través de la interpretación y aplicación de sus teorías por parte de muy diversos autores.»

Esas consideraciones son plenamente aplicables a esta investigación del Doctor Jorge Luis León Vásquez. En ella se aprecia un conocimiento extraordinario de la obra de Peter Häberle, que se evidencia en la exposición ordenada que realiza tanto de sus líneas de pensamiento cuando del contexto académico alemán y de los debates que en torno a él se han producido. Es un trabajo excepcional, desde esa perspectiva, y esperemos que sea seguido por otras obras similares que contribuyan a difundir las teorías de Peter Häberle.

Unas teorías que han aportado mucho al constitucionalismo y a la configuración específica del Estado constitucional desarrollado a partir de la segunda mitad del siglo xx en Europa y en todo el mundo. Baste recordar que la comunidad häberliana hoy se extiende desde Europa hasta América (especialmente en Argentina, Brasil, Colombia, México, y el Perú, pero también en otros países) pasando por Asia (particularmente en Japón, aunque igualmente en Corea del Sur y otros países) y últimamente en África. El crecimiento de la comunidad intelectual y académica que se ha formado en torno a la figura de Peter Häberle evidencia que estamos en presencia de un pensamiento universal en el que se fundamenta en gran medida la reflexión constitucional de nuestra época.

La oportunidad y el sentido de este libro son indudables. Para quien quiera acercarse a la obra de Peter Häberle y específicamente a los desarrollos que tienen que ver con la parte nuclear de su discurso, «la constitución del pluralismo», esta es una obra importante que ofrece una visión panorámica de muchos de los planteamientos häberlianos. Naturalmente, se trata de una interpretación más, como hemos indicado anteriormente, pero de una interpretación privilegiada por el esfuerzo y la dedicación de su autor a la profundización en las líneas teóricas esenciales que vertebran la doctrina häberliana y la interlocución reflexiva que realiza con esa doctrina y también con sus comentaristas.

Es cierto que esa interlocución y la interpretación en la que se basa puede estar a veces condicionada por la concepción previa del derecho constitucional de que parte su autor. Es algo que nos pasa a todos los intérpretes de la obra de Peter Häberle: en gran medida acudimos a él, como a otros grandes pensadores, para reafirmar lo que nosotros pensamos previamente de alguna institución o en relación con alguna orientación metodológica. Desde esa perspectiva, se percibe en el libro a veces el eco de polémicas y planteamientos que quizás son ajenos al

enfoque específico de Häberle, sencillamente porque proceden de un contexto cultural diverso. Esto no quiere decir que se esté forzando la interpretación del pensamiento häberliano, sino que se aplica a las preocupaciones e inquietudes del específico contexto constitucional en el que se mueve el autor (en gran medida compartidas, por otro lado, con quien suscribe esta Presentación).

Justamente la utilidad del pensamiento de Häberle se deriva del hecho de que ha servido de inspiración a planteamientos muy diversos que abarcan orientaciones metodológicas y sustantivas diferentes sobre el significado del constitucionalismo de nuestro tiempo. Todas tienen en común, afortunadamente, el moverse dentro del marco de la constitución del pluralismo, de la democracia pluralista, del respeto a los derechos fundamentales. La *sociedad abierta de los intérpretes de Peter Häberle* tiene amplios contornos, pero también límites claramente definidos que la sitúan dentro del terreno central del patrimonio constitucional universal. A partir de ahí, es también una función del intérprete, como muy bien indica Peter Häberle en su prólogo, la de construir puentes entre las doctrinas nacionales, lo que implica igualmente aproximar a las inquietudes del contexto doctrinal propio las líneas que se desarrollan en otros, en este caso en Alemania y específicamente en relación con la obra del Profesor Häberle.

Desde la sociedad abierta de los intérpretes hasta el voto particular como «jurisprudencia alternativa», pasando por otras muchas orientaciones que definen los procesos jurisdiccionales en sentido häberliano (y que han tenido una gran influencia en muchos países, destacadamente en Brasil) el pluralismo se incorpora a la función jurisdiccional para proporcionarle apertura en un sentido democrático, para configurarla como un proceso abierto a la esfera pública. Häberle rompe así la última barrera de contención de una justicia que, en su sacralidad, permanecía ajena en gran medida al proceso democrático, como si fuera expresión de una autoridad trascendente. La primera gran barrera la rompió en su momento Hans Kelsen cuando cuestionó que existiera una única respuesta correcta a los problemas jurídicos, considerándola como una ficción de los juristas, destinada a preservar el ideal de la seguridad jurídica. Podríamos decir que con Kelsen el proceso argumentativo se abre al pluralismo. Häberle amplía esa apertura en múltiples dimensiones, incorporando el pluralismo en todas las vertientes relevantes para el proceso, desde su inicio hasta su fin.

El significado que este planteamiento tiene para una justicia democrática es muy importante. La condición democrática de la justicia no supone un debilitamiento de las garantías, sino un reforzamiento extraordinario respecto de la concepción de la justicia basada en la «autoridad» indiscutida e indiscutible de los pronunciamientos judiciales. En las zonas oscuras de esa concepción

entra ahora la luz de una sociedad democrática, de la democracia pluralista, que no quiere más autoridad que la basada en el razonamiento, en la transparencia, en la posibilidad de contradecir y oponer argumentos. Una autoridad que no se percibe como incompatible con la evolución de la jurisprudencia, con la revisión de las líneas doctrinales cuando resulta necesario, que no debe considerarse como una muestra de debilidad, sino de fortaleza. Una autoridad conciliable con la modestia que los órganos jurisdiccionales (un llamamiento especialmente oportuno por lo que se refiere al TCFA en estos días) deberían tener en el contexto del diálogo judicial nacional y supranacional: ninguno de ellos tiene la última palabra.

Esta profundidad y riqueza del pensamiento de Häberle se percibe en la obra de Jorge Luis León Vásquez, que ha sabido sintetizarlo y aplicarlo al análisis de la jurisdicción constitucional y del derecho procesal constitucional. Una obra fundamental que resulta muy recomendable para comprender el derecho constitucional de nuestro tiempo y la impronta de las teorías de nuestro común maestro.

Francisco BALAGUER CALLEJÓN

ABREVIATURAS

art.:	Artículo.
arts.:	Artículos.
cfr.:	Confróntese.
<i>ibid.</i> :	La misma obra.
<i>id.</i> :	El mismo autor.
LF:	Ley fundamental de Bonn.
núm. marg.:	Número marginal.
núms. margs.:	Números marginales.
núm.:	Número.
p.:	Página.
pp.:	Páginas.
párr.:	Párrafo.
párrs.:	Párrafos.
s.:	Siguiente.
ss.:	Siguientes.
TCF:	Tribunal Constitucional Federal Alemán.
<i>vid.</i> :	Véase.

A. INTRODUCCIÓN

La provocación le sienta bien a Peter Häberle. En muchos escritos provoca –siempre de manera constructiva, dócil, concienzuda y amable–, pero al mismo tiempo desafiando, instando a una reorientación del pensamiento para saltar fuera de las vías de pensamiento profundamente arraigadas de la dogmática constitucional y del derecho general
(P. Saladin¹)

I. P. HÄBERLE.–UN CLÁSICO EN VIDA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL Y DE LA TEORÍA DEL DERECHO DEL ESTADO

El intento de comprender la individualidad científica de un jurista constituye una tarea delicada², más aún cuando se trata de P. Häberle. Para la comunidad científica su pensamiento siempre es una provocación constructiva y cuidadosa. Para aquellos que desean estudiar sus ideas y obras se convierte en un auténtico desafío, no solo porque sus teorías conducen casi siempre hacia nuevas orientaciones del pensamiento, sino también porque su análisis de la realidad, orientado conscientemente al problema, y su pensamiento complejo exigen necesariamente una forma de proceder multidisciplinariamente. Elementos que provienen de las ciencias económicas y políticas³, de la sociolo-

¹ «Verfassung und Grundrecht auf Kultur», en Th. Fleiner-Gerster (Hrsg.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, 1995, p. 7 (7).

² S. KORIOTH, *Integration und Bundesstaat*, 1990, p. 309.

³ Cfr. P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 553 ss.; *id.*, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 581 ss.; *id.*, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. Aufl. 2008, pp. 66 ss.

gía⁴, filosofía⁵, ética⁶, antropología⁷, religión⁸, historia⁹ e inclusive del arte¹⁰, música¹¹, poesía¹² y de la bella literatura¹³ enriquecen su teoría constitucional. Sus críticos, por eso, incurren frecuentemente en error, debido a que no toman en consideración esa interdisciplinariedad. También los que han realizado revisiones a las teorías häberlianas consideran casi siempre solo aspectos parciales de sus tesis.

Esta diversidad se refleja ya, por un lado, en el espíritu científico abierto de P. Häberle, por otro lado, en la «apertura cultural de su pensamiento»¹⁴. Antes como ahora ha rechazado todo tipo de dogmatismo y fundamentalismo¹⁵. Es un «‘gran’ integrador antidogmático»¹⁶, por eso no conoce verdades absolutas. Para él estas son siempre provisionales y permanecen abiertas a nuevas y divergentes perspectivas –racionalismo crítico. Se puede afirmar por eso, sin exageración, que la persona de P. Häberle representa el *pluralismo puesto en práctica* y sus obras cuentan como una *teoría constitucional universal*¹⁷. Ya en 1994, K. Hesse¹⁸ había anticipado esta proyección universal de su teoría constitucional¹⁹. El tiempo le ha dado la razón. Debido a que esta teoría constitucional se fundamen-

⁴ Cfr. P. HÄBERLE, «Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht», en *id.* (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, p. 1 (27 ss.); *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 473 ss.

⁵ Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 17 ss., 303 ss., 322 ss.; *id.*, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 715 ss.

⁶ Cfr. P. HÄBERLE, «Ethik ‘im’ Verfassungsrecht», en *Rechtstheorie* (21) 1990, p. 269 (269 ss.); *id.*, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 563 ss.; *id.*, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, pp. 25, 30, 32 s., 87, 104.

⁷ Cfr. P. HÄBERLE, *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, 2. Aufl. 2006, pp. 47 ss.

⁸ Cfr. P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. Aufl. 2008, pp. 19 s., 63 ss.; *id.*, «‘Gott’ im Verfassungsstaat?», en *FS W. Zeidler*, Bd. I. p. 3 (3 ss.); *id.*, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 213 ss.

⁹ Cfr. P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 685 ss.

¹⁰ Cfr. P. HÄBERLE, *Nationalflaggen: Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, 2008, pp. 173 ss.

¹¹ Cfr. P. HÄBERLE, *JöR* (60) 2012, p. 205 (205 ss.); *id.*, *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 2007, pp. 65 ss.

¹² Cfr. P. HÄBERLE, *Nationalflaggen: Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, 2008, pp. 159 ss.

¹³ Cfr. P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz der Literaten*, 1983, pp. 9 ss.; *id.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 500 ss.; *id.*, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, pp. 45 ss.

¹⁴ M. KOTZUR, «Peter Häberle zum 80. Geburtstag», en *AöR* 2014, p. 287 (289).

¹⁵ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 581 ss.

¹⁶ R. CHR. VAN OOVEN, «Peter Häberle, die Wiener-Weimarer Staatsklassik und die offene Gesellschaft der europäischen Verfassungs-Kultur», en *Recht und Politik* 2/2014, p. 99 (100).

¹⁷ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat - aus Kultur und als Kultur: Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre*, 2013.

¹⁸ «Zum 60. Geburtstag - nur ein Impromptu», en Th. Fleiner-Gerster (Hrsg.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, 1995, p. 215 (217).

¹⁹ Al respecto, J. L. LEÓN VÁSQUEZ, «Entrevista al Profesor Peter Häberle», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 7 (2014), p. 157 (160).

ta en la dignidad, libertad e igualdad de las personas se puede caracterizar también como el *pensamiento de un humanismo constitucional*. La vida y obra de P. Häberle llega a ser, de este modo, una unidad coherente y fundamentada²⁰.

Una característica de P. Häberle es que ve acertadamente el trasfondo del problema y abre inmediatamente perspectivas de solución novedosas. Por eso no debe sorprender que haya presentado, en diversos ámbitos del derecho constitucional, teorías realmente originales²¹ y atractivas, a saber: la *Constitución como proceso público* (1969), la *Constitución del pluralismo* (1980), *teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (1982), *el interés público como problema jurídico* (1968), la *teoría de las etapas textuales* (1989), la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución* (1975), la *comparación jurídica como quinto método de interpretación* (1989), la *interpretación de la Constitución como proceso público* (1977), *interpretación constitucional como poder constituyente* (1977), la *cultura como cuarto elemento del Estado* (1992/93), el *Estado constitucional cooperativo* (1978), la *teoría institucional de los derechos fundamentales* (1962), los *derechos fundamentales como status activus processualis* (1977), el *derecho eclesiástico estatal como derecho constitucional de la religión* (1976), la *jurisdicción constitucional como jurisdicción del bien común* (1970), el *Tribunal Constitucional Federal como tribunal social* (1978), la *autonomía del derecho procesal constitucional* (1973), el *derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado* (1976), etc.

II. OBJETO Y DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

Este trabajo no puede ocuparse de toda la obra de P. Häberle. Objeto del mismo es únicamente la tesis pluralista, por él propuesta y desarrollada, sobre la jurisdicción constitucional y el derecho procesal constitucional. En esencia esta teoría constitucional quiere decir: 1) el TCF, en el Estado constitucional democrático, es en menor medida un «tribunal estatal» y en mayor medida un «tribunal constitucional social»²², esto significa que la jurisdicción constitucional genera efectos no solo en el proceso estatal, sino también, y cada vez más, en el

²⁰ L. MICHAEL, «Geburtsblattsblatt zum 80. Geburtstag von Peter Häberle», en JZ 2014, p. 507 (507).

²¹ Inclusive sus críticos más mordaces reconocen la originalidad de P. HÄBERLE, por ejemplo, W. HENKE, «Der fließende Staat: Zu Peter Häberles Verfassungstheorie», en Der Staat 20 (1981), p. 580 (580).

²² P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, pp. 190 ss. Existe también una edición en japonés: *Tagen shugi ni okern Kenpo saiban: pi häberure no Kenpo saibanron*, 2014 (Verfassungsgerichtsbarkeit im Pluralismus –P. Häberle und seine Theorie über die Verfassungsgerichtsbarkeit–, 2014).

proceso social al que controla, pero también estimula y exige²³; 2) el derecho procesal constitucional no es simple «derecho técnico»²⁴, sino «derecho del pluralismo y la participación»²⁵. El derecho procesal constitucional formalista, que acriticamente intenta conseguir sus fundamentos en los demás ordenamientos procesales, no está en la posición de realizar óptimamente la dimensión pública de la Constitución; esta solo puede lograrse, por el contrario, a partir de una teoría constitucional pluralista del derecho procesal constitucional²⁶. En qué medida estos postulados pueden verificarse y seguirse, debe ser acá investigado.

El pensamiento de P. Häberle se puede comprender rectamente si se conocen las raíces de sus teorías (sobre esto, abajo *B.*). Dado que el concepto de la jurisdicción constitucional y del derecho procesal constitucional dependen en gran medida de la idea de Constitución es inevitable exponer el concepto de Constitución de P. Häberle y ponderar las críticas a ese concepto (sobre esto, abajo *C.*). Si se afirma que la jurisdicción constitucional se encuentra *entre* el derecho y la política, entonces se asumiría que el derecho y la política son categorías excluyentes. P. Häberle rechaza esta dicotomización. Derecho y política son elementos parciales de la *res publica* en general. Por ello, la jurisdicción constitucional experimenta una transformación estructural no solo con respecto al derecho y la política (sobre esto, abajo *D.*), sino también en lo que se refiere a la relación entre Estado y sociedad. La jurisdicción constitucional aparece de esta manera mucho más que una función de control del poder estatal, asume nuevas funciones y responsabilidades compartidas (sobre esto, abajo *E.*). Todo esto naturalmente abre el camino a una teoría adecuada de la interpretación. Acá P. Häberle postula, por un lado, la tesis de la teoría constitucional material como verdadera hermenéutica constitucional, por otro lado, una teoría republicana de la interpretación constitucional de la LF (sobre esto, abajo *F.*). Finalmente, es indiscutible que la jurisdicción constitucional y el derecho procesal constitucional como derecho del pluralismo y de la participación estén en una relación inescindible, cuyos fundamentos deben ser analizados (sobre esto, abajo *G.*). Las consideraciones que están al final del trabajo sintetizan sistemáticamente nuestros propios postulados con respecto a las teorías de P. Häberle acá analizadas.

²³ P. HÄBERLE, «Vorwort», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. XI (XI ss.).

²⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 652.

²⁵ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 195.

²⁶ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 650.

B. LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE P. HÄBERLE

I. LA OBRA TEMPRANA DE P. HÄBERLE

1. Comprensión institucional de los derechos fundamentales

La destacada y extensa obra de P. Häberle¹ comienza con su tesis doctoral bajo el título «La garantía del contenido esencial del art. 19 párr. 2 de la LF: al mismo tiempo, una contribución a la comprensión institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de ley». El trabajo dirigido por K. Hesse se ocupa tanto del análisis e interpretación del art. 19 párr. 2 de la LF², que fue formulada como una abierta reacción contra el punto muerto de la República de Weimar y la hostilidad totalitaria hacia los derechos fundamentales^{3,4}, como

¹ Freiburg 1962. Otros autores que se han ocupado después del tema tratado por P. HÄBERLE: C. DREWS, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 II GG*, 2005; H. JÄCKEL, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung: Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG*, Berlin, 1967.

² Por entonces dominaban el debate las teorías *relativa* y *absoluta* del contenido esencial de los derechos fundamentales. Se consideran ambas tesis contrapuestas, pero para P. HÄBERLE esta oposición solo es aparente. Por ello, intentó relacionar ambas teorías por medio del principio de ponderación. Cfr. P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, pp. 39 ss.; 54; 68 ss.; *vid.* también H. LECHER, «Buchbesprechung», en *FamRZ* 1985, p. 32 (32).

³ Sobre los derechos fundamentales en la República de Weimar, *vid.* F. HUFEN, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 4. Aufl., 2014, p. 27 núm. marg. 17; B. PIEROTH/B. SCHLINK/Th. KINGREEN/R. POSCHER, *Grundrechte*, 30. Aufl. 2014, núms. margs. 36 ss.; L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 4. Aufl. 2014, núm. marg. 19; K. GROH, *Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, 2010, pp. 409 ss.; K. STERN, «Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte», en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (Hrsg.), *HSrR*, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 184 núms. margs. 1 ss.; CHR. STARCK, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, pp. 154 ss.

⁴ A. LEISNER-EGENSPERGER, «Wesensgehaltgarantie», en D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *HGR*, Bd. III, 2009, § 70 núms. margs. 1 ss.; H. DREIER, en *id.* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, art. 19 núms. margs. 5 ss.

también del desarrollo de una teoría institucional de los derechos fundamentales⁵. En realidad, P. Häberle no solo había desarrollado una teoría general de los derechos fundamentales, sino también una dogmática jurídico-positiva de tales derechos⁶. Para él, la garantía del contenido esencial tiene solo un significado declarativo y constituye, al mismo tiempo, una garantía institucional⁷.

Con respecto a su teoría institucional defiende el doble carácter de los derechos fundamentales. Estos presentan, por un lado, una dimensión jurídico-individual –*dimensión subjetiva*–⁸, por otro lado, una dimensión institucional –*dimensión objetiva*–⁹. Por tanto, los derechos fundamentales determinan no solo la relación de los ciudadanos con el Estado, sino también la vida de los ciudadanos en los ordenamientos objetivos de la Constitución¹⁰. Esta doble dimensión constituye hasta ahora la esencia de los derechos fundamentales¹¹. P. Häberle da acá todavía un paso más y enfatiza decididamente también la eficacia de protección institucional de todos los derechos fundamentales¹². Aparte de esto, rechaza la opinión de C. Schmitt con respecto a la relación entre *libertad e instituto*: mientras que la libertad para C. Schmitt¹³ no puede ser un instituto, bajo la teoría institucional de los derechos fundamentales ambos son correlativos¹⁴.

La teoría de los derechos fundamentales de P. Häberle se apoya en las teorías de R. Smend¹⁵, H. Heller¹⁶, K. Hesse¹⁷, M. Hauriou¹⁸ y E. Kaufmann¹⁹.

⁵ Así, J. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, pp. 133 ss.; K. GRIMMER, *Demokratie und Grundrechte*, 1980, pp. 141 ss.; B. GRZESZICK, *Rechte und Ansprüche*, 2002, pp. 236 ss.

⁶ H. BETHGE, «Schrifttum», en *DVBl.* 1986, p. 957 (957).

⁷ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, pp. 234 ss. Inclusive su padre académico, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999) núm. marg. 332, acogió posteriormente la interpretación de esta disposición constitucional: «El “contenido esencial” de un derecho fundamental comienza pues ahí donde terminan las posibilidades –diferenciadas– de una limitación admisible. En la medida que una limitación inadmisibles como tal es ya inconstitucional, el art. 19 párr. 2 de la LF tiene solamente un significado declarativo». Un punto de vista distinto, H. JÄCKEL, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, 1967, pp. 140 ss.

⁸ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, pp. 70 ss.

⁹ Crítico, H. LECHNER, «Buchbesprechung», en *NJW* 1974, p. 90 (112).

¹⁰ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, p. 112.

¹¹ Al respecto, *vid.* F. HUFEN, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 4. Aufl., 2014, p. 51 núms. margs. 2 s.; B. PIEROTH/B. SCHLINK/TH. KINGREEN/R. POSCHER, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 29. Aufl. 2013, núms. margs. 88 ss.

¹² H. LECHER, «Buchbesprechung», en *FamRZ* 1985, p. 32 (32).

¹³ *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 3. Aufl. 1985, p. 167: «La libertad no es un instituto jurídico, ni una institución ni una entidad: menos aún puede ser una institución organizada y formada del derecho público».

¹⁴ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, pp. 92 ss.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 6 s., 12 ss.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 10 s.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 12 ss.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 15 s., 73 ss., 104 ss.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 76 ss.

Su trabajo doctoral, editado hasta ahora en tres oportunidades²⁰ y traducido a diversos idiomas extranjeros²¹, y que ha ganado en la actualidad un lugar prominente en la doctrina jurídico-constitucional²², constituye uno de los primeros fundamentos del desarrollo de una teoría constitucional pluralista. Conceptos jurídicos como bien común²³, interés público²⁴, ámbito público²⁵, pluralismo²⁶, cultura²⁷, entre otros, aparecen ya acá como bases evidentes de una nueva y sistemática teoría constitucional.

2. El interés público como problema jurídico

A la tesis doctoral del año 1962 siguió su trabajo de habilitación en la Universidad de Friburgo²⁸: «El interés público como problema jurídico: un análisis de la legislación y la jurisprudencia»²⁹. Con toda razón W. Leisner³⁰ considera que esta obra es un «clásico de la literatura alemana del derecho público». De acuerdo con P. Häberle el interés público y el bien común³¹ son componentes fijos e irrenunciables del ordenamiento jurídico³². Critica la concepción monárquica de entonces del interés público en tanto dimensión cerra-

²⁰ 2. Aufl. 1972; 3. stark erw. Aufl. 1983.

²¹ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, *id.*, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, 1997, nueva traducción al español: *id.*, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Madrid, 2003.

²² P. LERCHE, «Schrifttum», en *DÖV* 1965, p. 212 (212 ss.): «Este trabajo –inusual para una tesis doctoral– ha conseguido rápidamente importancia y reconocimiento. Pese a su alto grado de abstracción, ya está empezando a influir en la práctica y puede decirse que ocupa un lugar seguro en la doctrina del derecho constitucional»; J. SCHWABE, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, p. 133: «Sus ideas han encontrado inusualmente una amplia resonancia».

²³ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, pp. 34, 36, 68, 143, 144, 232.

²⁴ *Ibid.*, pp. 21 ss.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, p. 112 nota a pie 271.

²⁷ *Ibid.*, p. 14.

²⁸ Para entender correctamente el trabajo de habilitación de P. HÄBERLE es imprescindible la lectura de las siguientes obras: R. SMEND, «Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit», en *GS W. Jellinek*, 1955, pp. 11 ss.; K. HESSE, «Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat», en *VVDStRL* 17 (1959), pp. 41 ss.

²⁹ Freiburg, 1968. Este trabajo de habilitación fue publicado por Bad Homburg en 1970. Es desafortunado que un trabajo de habilitación experimente una nueva edición después de 35 años (2. Aufl., 2006). Cfr. R. UERPMANN-WITZACK, «Buchbesprechung», en *Verw.* 2006, p. 290 (290).

³⁰ «Literatur», en *JZ* 2006, p. 1119 (1119).

³¹ «Aquí ya no puede ser simplemente idéntico al interés estatal que, en la monarquía constitucional, fue determinada por el aparato monárquico mediante su competencia para el bien común». Así piensa U. SCHEUNER, «Schrifttum», en *DÖV* 1972, p. 142 (142).

³² P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 721.

da y extraconstitucional³³. En oposición a esto piensa que el interés público, presente en la legislación, administración y jurisprudencia, no es un concepto valorativo difuso en el que los deseos políticos se esconden³⁴, sino un elemento esencial de una democracia plural. El interés público se entiende como un problema jurídico, no como una dicotomía de la política y el derecho³⁵. Además, puede ser interpretado y despliega una fuerza normativa³⁶. Por eso, P. Häberle ya hablaba de la interpretación constitucional como concretización del interés público y del bien común, pues en cada concretización del interés público se actualiza una parte de la dimensión pública de la Constitución³⁷. Por esta vía se concibe a la Constitución como un proceso público, como ordenamiento normativo del bien común³⁸.

Además, el legislador tampoco regula en el vacío, está obligado en su conformación real del interés público por los modelos pertinentes³⁹ de su época y se compromete más o menos conscientemente con ellos; la aplicación del principio de lo público es incuestionable para el pleno del órgano legislativo, pues la legislación se manifiesta como una función pública⁴⁰. Una contribución importante de P. Häberle es, además, considerar el interés público como *objeto de la interpretación* y una *herramienta de la interpretación*⁴¹. La concretización del interés público se ha convertido en algo más que una legítima tarea de la jurisprudencia que solo bajo la LF desarrolla su total eficacia⁴². A través de los intereses públicos, los jueces obtienen un elemento de la libertad de argumentación «que el absolutismo y el positivismo le niegan»⁴³. Como

³³ *Ibid.*, pp. 17 ss., 716 ss. Una de las principales pretensiones de P. Häberle es la «domesticación» constitucional del interés público (*salus publica ex constitutione*) y, con ello, la terminación del característico enfrentamiento para la monarquía, por un lado, entre el bien común y el derecho y la ley, por el otro. El interés público ya no debería ser entendido como un concepto antinormativo o liberado de la norma, mejor dicho, el derecho mismo está determinado por el bien común, de la misma forma como, por ejemplo, el interés público, como título que limita los derechos fundamentales, necesita inclusive de una legitimación jurídico-constitucional. Cfr. H. H. KLEIN, «Buchbesprechung», en *Verw.* 1972, p. 361 (362); H. P. BULL, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2. Aufl. 1977, pp. 20 ss.

³⁴ W. LEISNER, «Literatur», en *JZ* 2006, p. 1119 (1120).

³⁵ M. STOLLEIS, «Rezension», en *ARSP* 1974, p. 300 (302).

³⁶ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 27, 714, 722, 718; W. LEISNER, «Literatur», en *JZ* 2006, p. 1119 (1120).

³⁷ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 708.

³⁸ *Ibid.*, pp. 70, 245, 347, 710: «Fuera de la Constitución no existe ni lo público ni el interés público». Distinto, W. MARTENS, «Literatur», en *JZ* 1971, p. 565 (566).

³⁹ *Vid.* al respecto, U. VOLKMANN, «Rechtsgewinnung aus Bildern - Beobachtungen über den Einfluss dirigierender Hintergrundvorstellungen auf die Auslegung des heutigen Verfassungsrechts», en J. Krüper/H. Merten/M. Morlok (Hrsg.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, 2010, p. 77 (77 ss.).

⁴⁰ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 103.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 38, 722.

⁴² H. J. BECKER, «Buchbesprechung», en *NJW* 1971, p. 926 (927).

⁴³ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 723, 728.

jurisdicción del bien común⁴⁴, la jurisprudencia tiene la posibilidad de probar su valor ahí donde ella introduce o desarrolla, dentro de una creación jurídica libre, determinadas figuras jurídicas a fin de satisfacer los planteamientos del bien común en el proceso interpretativo⁴⁵.

Aparte de ello, «la jurisprudencia (...) se convierte en jurisdicción del bien común y se mantiene mucho menos separada de las otras funciones estatales públicas gracias a la eficacia integradora del interés público»⁴⁶. Aquí los procedimientos desempeñan un papel fundamental. Por un lado, los procedimientos permiten la concretización del interés público. Por otro, sirven a toda forma de toma de decisiones⁴⁷. De esta manera, P. Häberle consigue un profundo y cuidadoso estudio del interés público y del bien común⁴⁸. Es también posible reconocer en dicho estudio una *teoría general de la interpretación de la norma* en relación con el interés público, así como una *teoría de la discrecionalidad (Theorie der Ermessenslehre)*⁴⁹.

3. La jurisdicción constitucional como jurisdicción del bien común

El ensayo publicado en dos partes «“Jurisdicción del bien común” y Tribunal Constitucional Federal. Interés público, bienestar general en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal»⁵⁰ es también un elemento principal de la teoría constitucional pluralista de P. Häberle⁵¹. En el marco de sus funciones específicas, los jueces constitucionales se ocupan de la interpretación y concretización de los intereses públicos y privados⁵². En tanto jurisdicción del bien común, el TCF debe concretizar los intereses públicos contenidos en la LF, pues la «interpretación constitucional viene a ser una parte de la concretización

⁴⁴ F. MAYER, «Buchbesprechung», en *DVBl.* 1975, p. 961 (961).

⁴⁵ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 425.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 722.

⁴⁷ R. UERPMANN-WITZACK, *Das öffentliche Interesse*, 1999, p. 20.

⁴⁸ M. STOLLEIS, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, en *VerwArch.* 1974, p. 1 (11).

⁴⁹ R. UERPMANN-WITZACK, «Buchbesprechung», en *Verw.* 2006, p. 290 (290).

⁵⁰ P. HÄBERLE, «“Gemeinwohlsjudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, pp. 86-125; 260-298; *id.*, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 235 ss.

⁵¹ «Sin embargo, se interpreta la “Constitución” en sus propios términos: como un orden normativo básico de la *res publica*, como el derecho de la dimensión pública y del *proceso público*, como una lucha siempre nueva por la dimensión pública de las condiciones del Estado, como un orden normativo público del bien común, como un orden que, sobre todo, norma los procesos públicos y las técnicas procesales que, en una democracia pluralista, hacen posible un equilibrio de intereses abierto y conducen a un consenso sobre el bien común *a posteriori*, no *a priori*». Cfr. P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 236.

⁵² P. HÄBERLE, «“Gemeinwohlsjudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 87 (87 s.); *id.*, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 236.

del bien común y la actualización de lo público⁵³. Como P. Häberle había ya afirmado en su trabajo de habilitación, la concretización del bien común siempre es determinado en el marco de la Constitución –nunca de manera extraconstitucional–. La ponderación de los intereses contrapuestos exige pluralismo, pues un gran número de intereses potencialmente relevantes entran en juego, de modo que los jueces constitucionales deben asumir un interés público⁵⁴. Esto exige una actividad pretoriana del TCF: «la jurisdicción constitucional actúa aquí creando derecho ‘como’ legislación del bien común o bien se ubica en paralelo a los modelos del bienestar general y a las técnicas del legislador»⁵⁵.

P. Häberle⁵⁶ resalta, además, la especial relación de los derechos fundamentales y el interés público. De un lado, los derechos fundamentales pueden ser eficaces como intereses públicos –*Grundrechte als öffentliches Interesse*–, de otro lado, son limitados por los intereses públicos –*öffentliches Interesse als Grenze der Grundrechte*–⁵⁷. Aspectos relevantes son también las relaciones entre la jurisprudencia y la fuerza normativa de lo público. De ella deriva la jurisdicción constitucional como función del bien común, la interpretación de la Constitución como concretización del bien común y como actualización de la dimensión pública⁵⁸. El TCF emplea el interés público como un «*topos* abierto»⁵⁹, con ello se puede fundamentar un determinado resultado en el marco de los métodos de interpretación tradicionales⁶⁰. Bajo estos presupuestos, P. Häberle⁶¹ caracteriza al TCF como auténtico *tribunal público* (*echtes öffentliches Gericht*).

4. La Constitución del pluralismo-La Constitución como proceso público

P. Häberle, apoyado en las contribuciones mencionadas, ha continuado su teoría constitucional del pluralismo⁶². Su trabajo, «La Constitución del plura-

⁵³ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 236.

⁵⁴ P. HÄBERLE, «“Gemeinwohlsjudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 91 (91 s.).

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 103 s., 263.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁷ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 236.

⁵⁸ P. HÄBERLE, «“Gemeinwohlsjudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 260 (291 s., 297).

⁵⁹ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 260 ss.

⁶⁰ P. HÄBERLE, «“Gemeinwohlsjudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 260 (272 ss.).

⁶¹ *Ibid.*, p. 86 (91 s.).

⁶² Según H. QUARITSCH, «Zur Entstehung der Theorie des Pluralismus», en *Der Staat* 19 (1980), p. 29 (29 ss.), el término pluralismo habría sido empleado, por primera vez, por H. Laski, y C. Schmitt lo habría introducido en el debate alemán. Sin embargo, U. SCHEUNER, «Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem», en G. Jakobs (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, p. 33 (37), afirma que su introducción en la discusión alemana se debería, sobre todo, a E. Fraenkel. Acerca del pluralismo

lismo. Estudios para una teoría constitucional de la sociedad abierta»⁶³, quiere ser una teoría constitucional de una sociedad civil abierta⁶⁴. El fundamento teórico de esta tesis es el denominado *pensamiento de las posibilidades (Möglichkeitsdenken)*⁶⁵ que, sin embargo, no proviene de la ciencia jurídica, sino más bien de la literatura –R. Musil⁶⁶– y la filosofía –E. Bloch⁶⁷–. Esta teoría rechaza toda forma de pensamiento excluyente «o... o» (*entweder... oder*)⁶⁸. El pensamiento de las posibilidades significa, por el contrario, un pensamiento *interrogativo y abierto (sowohl... als auch)*, por consiguiente, permanece abierto a nuevas posibilidades e ideas⁶⁹. Sobre todo, el pensamiento de las posibilidades es relevante cuando se trata de un ordenamiento constitucional político plural y abierto⁷⁰. De ahí que P. Häberle⁷¹ conciba la Constitución del pluralismo como una «obra de todos», como una «Constitución para todos y de todos»⁷². No sin fundamento, la teoría de «la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución»⁷³ obtiene una posición prominente en la teoría constitucional häberliana⁷⁴. Con ello propone un concepto plural y democrático de la Constitución y, al mismo tiempo, una democratización auténtica de la interpretación constitucional. Esto es correcto porque la validez de la Constitución no radica al final en su normatividad, sino en su dimensión pública (*Öffentlichkeit*).

en general, *vid.* H.-P. MATTER, *Die pluralistische Staatstheorie*, 2012; E. FRAENKEL, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 9. Aufl. 2011, pp. 256 ss.; H. HUBA, «Zur Verfassung der Theorie des Pluralismus», en *Der Staat* 33 (1994), p. 581 (581 ss.); P. Q. HIRST, *The Pluralist theory of the state: selected writings of G. D. H. Cole, J. N. Figgis, and H. J. Laski*, 1989, pp. 183 ss.; A. M. BIRKE, *Pluralismus und Gewerkschaftstheorie in England*, 1978; H. PREUSS, *Legalität und Pluralismus*, 1973, pp. 117 ss.; H. J. LASKI, «The Pluralistic State», en *The Philosophical Review*, 1919, p. 562 (562 ss.); F. W. SCHARPF, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, 1975, pp. 17 s., 29 ss.; H. F. ZACHER, «Pluralität als rechtspolitische Aufgabe», *Der Staat* 9 (1970), p. 161 (161 ss.).

⁶³ Königstein/Ts., 1980.

⁶⁴ P. HÄBERLE, *Rechtsvergleich im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 219, 225, 331, 377.

⁶⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 3 ss.

⁶⁶ *Der Mann ohne Eigenschaften*, 1952.

⁶⁷ *Das Prinzip Hoffnung: in fünf Teilen*, 1959.

⁶⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 3.

⁶⁹ Crítico, W. HENKEL, «Der fließende Staat. Zu Peter Häberles Verfassungstheorie», en *Der Staat* 20 (1981), p. 580 (581 ss.).

⁷⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 3.

⁷¹ *Ibid.*, p. VI.

⁷² P. HÄBERLE, *Verfassungsvergleich in europa- und weltbürgerlicher Absicht*, 2009, p. 123; *id.*, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 35 (37).

⁷³ P. HÄBERLE, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *JZ* 1975, p. 297 (297 ss.). Crítico, N. ACHTERBERG, «Schrifttum», en *DVBl*, 1985, p. 413 (413 s.); positivamente, W. THIELE, «Buchbesprechung», en *DVBl*, 1999, p. 723 (724).

⁷⁴ «Un primer acercamiento al concepto de ‘pluralismo’ se realizó en la paráfrasis “diversidad de ideas e intereses”, y se repite de nuevo en la tesis del racionalismo crítico como “filosofía del pluralismo” y del fundamento cultural de la sociedad abierta, por ejemplo, a través de determinados valores fundamentales». Cfr. P. HÄBERLE, «Grundrechte in Pluralistischen Gesellschaften», en *Verw*, 1993, p. 421 (436 s.).

La otra cara de la Constitución del pluralismo es «La Constitución como proceso público» (1978)⁷⁵. La tesis de P. Häberle se fundamenta principalmente en los conocimientos previos de R. Smend⁷⁶, K. Hesse⁷⁷ y J. Habermas⁷⁸ sobre el ámbito público. En virtud de la Constitución como proceso público concibe, de un lado, un programa para cualificar los elementos esenciales de una teoría constitucional plural de la república liberal y de su integración en Europa mediante una interpretación metódica y sostenida de la Constitución⁷⁹. De otro lado, significa que el contenido y los procedimientos de la Constitución se deben convertir óptimamente en el objeto de la publicidad. No existe Constitución sin publicidad y no existe lo público fuera de la Constitución⁸⁰. Lo público tiene que interpretarse pluralmente. Él se abre al pensamiento de las posibilidades, a las alternativas que se toman en consideración en la diversidad de fuerzas que participan en la interpretación⁸¹. La apertura estructural y la dimensión pública de la Constitución implican necesariamente pluralismo.

5. La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura Constitución como cultura

La obra Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, descrita como un programa (1982)⁸², tiende un puente para comparar las orientaciones sepultadas o descuidadas después de 1933 y 1945 de R. Smend, G. Holsstein, H. Heller und A. Hensel⁸³. El proyecto de P. Häberle intenta elaborar las raíces culturales del derecho y hacerlas provechosas para el derecho constitucional y la teoría constitucional⁸⁴. La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura no pretende reemplazar las concepciones jurídicas del

⁷⁵ 1978, 2. erw. Aufl. 1996, 3. Aufl. 1998. J. ZIEKOW, «Buchbesprechung», en *DÖV* 2000, p. 970 (970), se pregunta: «¿Cómo se recensionan a monumentos?». Piensa que algunas contribuciones de los libros de P. Häberle («La Constitución como proceso público») deberían ser considerados de todas maneras como textos clásicos modernos de la teoría jurídica del Estado y del derecho constitucional.

⁷⁶ «Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit», en *GS W. Jellinek*, 1955, p. 11 (11 ss.).

⁷⁷ «Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat», en *VVDStRL* 17 (1959), p. 11 (41 ss.).

⁷⁸ *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1. Neuauf. 1990, pp. 54 ss.

⁷⁹ H. P. IPSEN, «Buchbesprechung», en *DÖV* 1997, p. 260 (261).

⁸⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 343; *vid. además* R. SMEND, «Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit», en *GS W. Jellinek*, 1955, p. 11 (11 ss.); K. HESSE, «Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat», en *VVDStRL* 17 (1959), p. 11 (41 ss.).

⁸¹ U. SCHEUNER, «Buchbesprechung», en *DÖV* 1979, p. 916 (916).

⁸² 2. stark erw. Aufl. 1998.

⁸³ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., 1998, p. 1.

⁸⁴ H. P. IPSEN, «Buchbesprechung», en *DÖV* 1983, p. 826 (826).

derecho constitucional desarrollados hasta hoy. Solo persigue complementarla y fortalecer la normatividad y normalidad de la Constitución⁸⁵. La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura se distancia de toda forma de positivismo, decisionismo y normativismo⁸⁶. La cultura es una dimensión de la sociedad abierta que paulatinamente se incorpora en la conciencia de una dimensión pública amplia⁸⁷. Los participantes de la vida cultural de la Constitución (*la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*) proporcionan sus propuestas como puntos de vista de la interpretación constitucional; P. Häberle llama a esto *cristalizaciones culturales (kulturelle Kristallisationen)*⁸⁸.

P. Häberle proyecta su teoría de la Constitución como cultura en doble sentido: la cultura *en* la Constitución y la Constitución *como* cultura, o también como proceso cultural⁸⁹. Bajo el primer punto de vista, «la teoría de la Constitución se entiende como la suma de aquellas normas constitucionales que comprenden las cuestiones culturales en sentido estricto (sean del derecho constitucional de los Länder o ya del Estado Federal)»⁹⁰. Por medio de la Constitución como cultura ella se convierte en expresión, autorrepresentación y fundamento de las esperanzas de una sociedad⁹¹. Se trabaja con un concepto abierto de cultura⁹² que es consecuencia de la estructura plural de la comunidad política. El ser humano no solo vive de la cultura, «vive por supuesto también en relación con la cultura y de la cultura de las generaciones pasadas y actuales»⁹³, el ser humano es por eso, de acuerdo con su naturaleza, un ser cultural⁹⁴.

⁸⁵ «Esto significa también que los textos de las constituciones son “literatura”, en ellos se “embalsan” la ciencia, la jurisdicción constitucional y la realidad constitucional. Las constituciones se deben “leer en conjunto” –comparativamente–. La teoría de la Constitución se debe elaborar a partir de los textos constitucionales. Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 1163.

⁸⁶ *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht*, 2009, p. 3; lo jurídico, no obstante, es solo un elemento de la Constitución como cultura, así, *id.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 84.

⁸⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. VI. En esta parte se puede indicar, por ejemplo, que el Colegio Científico de Berlín (Berliner Wissenschaftskolleg) dedica ahora una línea de investigación del «derecho como cultura», accesible en <http://www.wiko-berlin.de/institution/projekte-kooperationen/recht-im-kontext/> (fecha: 17 de julio de 2015)

⁸⁸ U. STEINER, «Buchbesprechung», en *NJW* 1985, p. 1610 (1611).

⁸⁹ Crítico, B. SCHLINK, «Literatur», en *AöR* 1984, p. 143 (147 ss.); B. PIEROTH, «Kultur als juristisches Spiel ohne Grenzen», en *Der Staat*, 22 (1983), p. 394 (402 ss.); W. BRUGGER, «Kultur, Verfassung, Recht, Staat», en *AöR* 2001, p. 271 (271 ss.).

⁹⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 7 ss.

⁹¹ *Ibid.*, p. 83; *id.*, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 680.

⁹² B. SCHLINK, «Literatur», en *AöR* 1984, p. 143 (144).

⁹³ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 27.

⁹⁴ *Ibid.*

La Constitución como cultura se desarrolla sin dogmas, el derecho constitucional es solo un instrumento. En ese sentido, P. Häberle sostiene que la Constitución en la tríada clásica *pueblo, poder y territorio* del Estado aún no tiene un lugar fijo, si bien la Constitución no debe ser el primero, sino el elemento esencial⁹⁵. Con toda razón propone compatibilizar los elementos clásicos del Estado con el concepto de cultura: «la Constitución es un elemento de la cultura, constituye si se quiere (mejor dicho, se debe considerar), por lo menos, un “cuarto” elemento»⁹⁶ del Estado (la Constitución es una forma condensada de la *cultura política* de un pueblo⁹⁷). La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura requiere, por un lado, de una extensión de los métodos de interpretación; por el otro, de la comprensión del Estado mismo. Por ejemplo, se debe concebir a la comparación jurídica (*Rechtsvergleichung*) como *quinto* método de la interpretación constitucional⁹⁸. Esta original idea haberliana sobre la comparación jurídica obtiene su significado práctico en la definición determinada constitucional y culturalmente de un estándar social mínimo y dentro de un canon básico de los objetivos de la educación común europea⁹⁹. Aquí se deben considerar el tiempo y las similitudes culturales o las diferencias, debido a que «la cultura puede cambiar en el espacio y en el tiempo»¹⁰⁰. Por último, en la teoría constitucional como ciencia de la cultura se reconoce al Estado como *Estado constitucional cooperativo* que debe encontrar su identidad en el derecho internacional, en las relaciones regionales, internacionales y supranacionales, así como en la disposición para la solidaridad y humanidad¹⁰¹. El Estado cooperativo se esfuerza, sobre todo, por la *paz mundial* (*Weltfrieden*), la protección de los

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 85 s.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ U. KARPEN, «Literatur», en *JZ* 1985, p. 31 (31): «La teoría de la Constitución tiene su lugar, en el sistema de las ciencias del Estado, entre la teoría del Estado general y el derecho del Estado especial. La teoría general del Estado persigue elaborar los rasgos esenciales que son propios para el Estado en sí. El derecho del Estado especial se ocupa del derecho positivo de los Estados individuales. La teoría de la Constitución no es tan concreta como el derecho del Estado especial. No es la teoría de todas las constituciones, pero tampoco lo es de una determinada Constitución; sino la teoría de la Constitución de un determinado tipo histórico de Estado, precisamente, del denominado Estado constitucional (o del Estado de derecho). Los conceptos dignidad humana, soberanía del pueblo, Constitución como contrato, objetivos de la educación y valores orientadores, división de poderes, Estado de derecho, social y cultural, garantía de los derechos fundamentales y pluralismo describen el contenido de este tipo de Constitución. La cultura constitucional es una forma condensada de la “cultura política de un pueblo”».

⁹⁸ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 312 s.; *id.*, «Grundrechts-geltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat», en *JZ* 1989, p. 913 (913 ss.).

⁹⁹ M.-E. GEIS, «Buchbesprechung», en *Verw.* 2000, p. 297 (299).

¹⁰⁰ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 211.

¹⁰¹ Estado constitucional cooperativo es el Estado «que encuentra su identidad también en el derecho internacional, en la red de las relaciones internacionales y supranacionales, en la percepción del trabajo conjunto internacional y la responsabilidad, así como en la disposición para la solidaridad. Por lo tanto,

bienes culturales, la política medioambiental¹⁰² y mucho más. Por esta razón, el derecho constitucional de la cultura se puede caracterizar mediante una específica apertura *hacia afuera*¹⁰³.

II. RECAPITULACIÓN

P. Häberle siempre va más allá de los objetivos concretos de sus obras. Por ejemplo, su tesis doctoral versa sobre el análisis e interpretación del art. 19 párr. 2 de la LF, sin embargo, al mismo tiempo se trata de una teoría propia de los derechos fundamentales y sus límites. Su trabajo de habilitación constituye una teoría de la interpretación de la ley con respecto al interés público, al mismo tiempo desarrolla una teoría de la discrecionalidad. Inclusive sus «pequeñas» contribuciones son elementos de su teoría constitucional: la «teoría de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución» es una teoría pluralista de la interpretación constitucional. Además, tempranamente realizó aportes esenciales para una tesis científico-cultural del derecho, y su teoría «de la Constitución como ciencia de la cultura» forma parte en la actualidad de los nuevos temas básicos del derecho —análisis jurídico-cultural del derecho (*Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts*)—¹⁰⁴. La fuerza vital (*Lebenskraft*) de una Constitución y del derecho mismo, aparte de ello, se apoya no solo en el texto de la norma, sino también en los presupuestos culturales y sociales amplios¹⁰⁵. De ahí que no exista una libertad natural, sino una libertad cultural del ser humano¹⁰⁶. Por último, las obras primigenias de P. Häberle son, por un lado, una comprensión fecunda y compleja del derecho constitucional, por otro lado, interrogantes multidisciplinarias en los distintos ámbitos del dere-

corresponde a las necesidades políticas de la paz mundial». Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 288; M. KOTZUR, *Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa*, 2004, pp. 31 ss.

¹⁰² «El ideal y típico opuesto (aunque en parte ‘real y típico’) al Estado constitucional cooperativo —dentro del espectro del tipo Estado constitucional— es el Estado constitucional “egoísta”, autorreferencial y exteriormente “agresivo”; fuera de este espectro, el Estado total con una sociedad “cerrada” (...) y/o el Estado “salvaje”». Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 289; *id.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 175 ss.; *id.*, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 487.

¹⁰³ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 211; según F. E. SCHNAPP, «Buchbesprechung», *Der Staat* 38 (1999), p. 480 (480), P. HÄBERLE con su obra «Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura» pinta en acuarelas un panorama programático de una teoría constitucional que no tiene igual».

¹⁰⁴ J. KRÜPER, «Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts», en *id.* (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. 2013, pp. 274 s.

¹⁰⁵ M. MORLOK, Artikel: «Verfassung», en W. HEUN U. A. (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuausgabe 2006, p. 2561.

¹⁰⁶ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 593, 671.

■ JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL...

cho público. Su pensamiento es siempre una positiva y verdadera provocación, en el que se reflejan antiguos o nuevos problemas jurídicos. Su propia concepción de la Constitución no es una excepción a este respecto, por el contrario, es lógica consecuencia de las obras aquí analizadas.

C. LA CONCEPCIÓN MIXTA DE LA CONSTITUCIÓN

I. LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO

1. Cultura

Punto de partida de la tesis de P. Häberle es la comprensión de la Constitución como cultura¹, la cual es un elemento central dentro de la Constitución del pluralismo². Se hace necesario, por ello, esclarecer el significado de cultura. De acuerdo con P. Häberle, cultura es «un sistema de patrones explícitos e implícitos para y del comportamiento que son adquiridos y transmitidos por medio de símbolos –bajo la influencia de las objetivaciones–, así el núcleo esencial de esta cultura está formado por ideas tradicionales y especialmente por valores esenciales que se les asignan»³. Este concepto de cultura abre diversas perspectivas: cultura es la mediación de lo que ha sido (*aspecto tradicional*), el desarrollo posterior de lo que ha sido (*aspecto innovativo*, adaptado a la transformaciones sociales) y no siempre es idéntica a la cultura porque una

¹ Para P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 19, el derecho es –como también el derecho constitucional mismo– un elemento de la cultura. Al respecto, *vid.* la toma de posición optimista de K.-P. SOMMERMANN y el punto de vista escéptico de S. HUSTER, en *VVDStRL* 65 (2006), pp. 7-50, 51-78, respectivamente.

² J. P. MÜLLER, «Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur», en *Liber Amicorum für P. Häberle*, 2004, p. 18: «Cultura significa para el homenajeado no solo un deseo de corazón (*Herzenanliegen*), es un punto de referencia permanente en su trabajo científico. Busca ampliar el entendimiento tradicional de cultura en torno a un aspecto innovador y plural junto al contenido tradicional, y aspira, en este sentido, también a una apertura de la teoría constitucional que entiende básicamente como ciencia de la cultura».

³ P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, p. 41.

comunidad política puede tener diversas culturas (*aspecto pluralista*)⁴. De ello se desprende que la tradición, transformación y pluralismo (apertura) constituyen aspectos esenciales de la Constitución como cultura.

P. Häberle⁵ se remite a estos tres elementos para exponer su concepto cultural de la Constitución: «la Constitución no es solo un ordenamiento jurídico para los juristas y para ser interpretada por ellos según las viejas y nuevas reglas del arte –ella actúa esencialmente también como una directriz para los no juristas: para los ciudadanos. La Constitución no es solo un texto jurídico o un código normativo (*normatives Regelwerk*), sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación cultural del pueblo, espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas». En ese sentido, la Constitución como cultura se presenta no como una pura construcción teórica, su desarrollo real se ejecuta por medio de lo que P. Häberle denomina *cristalizaciones culturales* (*kulturelle Kristallisationen*)⁶. A ellas pertenecen, por ejemplo, los textos clásicos, las obras de arte clásicas, las tradiciones de la iglesia, la ciencia (teoría constitucional como ciencia de la cultura)⁷, los trabajos del legislador, del ejecutivo, de la jurisprudencia, etc. Sin embargo, la cultura es también un factor de legitimación y no solo un elemento de la Constitución del pluralismo, debido a que cada Constitución vive, en último término, de la dimensión cultural⁸.

2. Pluralismo (apertura)

Junto a la cultura, la idea de pluralismo está en el trasfondo del concepto de Constitución de P. Häberle. Aquí pluralismo significa diversidad de ideas e intereses que siempre existen en la comunidad política. «Esta diversidad vive de una gran cantidad de procedimientos formalizados fuertemente diferenciados. En ellos los intereses e ideas del mundo real e ideal se encuentran en conflicto y consenso (a saber, en el mínimo o consenso básico); luchan entre sí y se oponen, y se objetivizan en alternativas»⁹. La teoría de la Constitución del pluralismo

⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 4 s.; *id.*, *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980, pp. 13 ss.

⁵ *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 83.

⁶ *Ibid.*, pp. 221 ss.

⁷ Según H. HELLER, *Staatslehre*, 4. Aufl. 1970, p. 34, la teoría jurídica del Estado es ciencia de la cultura, no ciencia natural: «Objeto de la ciencia de la cultura es, por lo tanto, una parte del mundo psíquico que nosotros podemos concebir como una modelación humana para un objetivo. No toda realidad moldeada por el ser humano puede ser adecuada para el conocimiento científico-cultural, sino solo aquella que nos permita entenderla como un signo hecho por el ser humano».

⁸ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 680.

⁹ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., 1998, pp. 134 s.

implica una democratización y exige un consenso democrático auténtico. Mientras la democracia se fundamenta en la aceptación y cooperación de todos los ciudadanos, el consenso obtiene en ella su significación constitutiva¹⁰. Con fundamento habla P. Häberle de una Constitución plural *que es de todos* o, en caso contrario, simplemente no existe¹¹. Aquí es también donde una «versión no jurídica de la Constitución de una comunidad política encuentra una expresión adecuada»¹². Por lo demás, la comprensión plural de la Constitución significa un distanciamiento de todas las concepciones formalistas de la Constitución¹³, del decisionismo¹⁴ y de todas aquellas teorías que escinden sociedad y Estado¹⁵.

II. DIMENSIONES DE LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO

A partir del concepto de Constitución ya definido se puede derivar que la Constitución del pluralismo es el orden fundamental del Estado y la sociedad¹⁶. Como ordenamiento marco normativo ofrece directivas en cuanto al contenido, abre posibilidades y procedimientos para los ciudadanos como para los especialistas, para los grupos plurales y para la dimensión pública cultural, con la finalidad de conseguir y ejecutar valores y propósitos, fines e intereses generales y especiales, abstractos y concretos que están en oposición y cooperación¹⁷. El concepto häberliano de Constitución se puede caracterizar como

¹⁰ U. SCHEUNER, «Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem», en G. Jakobs (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, p. 67.

¹¹ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. VI.

¹² P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 90.

¹³ *Vid.* al respecto, H. DAU-LIN, «Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff», en AöR 1932, pp. 27 ss. Él habla aquí de una concepción formalista de la Constitución como una forma de vida concreta de un Estado, como el denominado documento constitucional (*Verfassungsurkunde*), como los principios jurídicos escritos de un tipo especial. Desde una perspectiva histórica, *vid.* E. SCHMIDT-ASSMANN, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, 1967, pp. 32 ss.; G. A. WALZ, *Der Begriff der Verfassung*, 1942, pp. 13 ss.; sobre la clasificación tradicional de las constituciones, *vid.* K. LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, 3. Aufl. 1975, pp. 140 ss.

¹⁴ De acuerdo con C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5. Aufl. 1970, p. 23, la esencia de una Constitución no está contenida en una ley, sino en una decisión política fundamental del titular del poder constituyente.

¹⁵ J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, p. 149.

¹⁶ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 46: «Constitución quiere decir orden fundamental del Estado y la sociedad».

¹⁷ P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, p. 9; *id.*, *Die Verfassung des Pluralismus*, p. 46; *id.*, «Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht», en *id.* (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, p. 1 (20); Chr. GUSY, «Die Verfassungsbeschwerde», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 201 (211); A. HOPFAUF, en Schmidt-Bleibtreu u. a. (Hrsg.), *GG*, 13. Aufl. 2014, Introducción, p. 51, núm. marg. 198.

Constitución *normativa y procedimental*¹⁸ que se sustenta fundamentalmente en los elementos que siguen.

1. La Constitución del pluralismo como orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad

Sobre la relación entre Estado y sociedad existen diferentes puntos de vista. Mientras J. Isensee¹⁹ defiende la teoría de la separación, E.-W. Böckenförde²⁰ explica su *diferenciación*. E. Forsthoff²¹ se pronuncia a favor de una *ordenación dialéctica (dialektische Zuordnung)*, porque Estado y sociedad son para él «dos modos de la existencia humana». Tanto K. Hesse²² como H. Ehmke²³, por el contrario, consideran deficitario el par conceptual Estado/sociedad, debido a que no expresa adecuadamente las relaciones entre la existencia estatal y la existencia social²⁴.

La Constitución del pluralismo renuncia a toda separación dogmática entre Estado y sociedad²⁵. No están verdaderamente en contraposición²⁶. La vida en sociedad sin una estructuración organizada, planificada y responsable por medio del Estado es imposible; a la inversa, el Estado democrático se *constituye* únicamente dentro de las interacciones sociales²⁷. La Constitución del pluralismo determina los principios rectores según los cuales se debe constituir la unidad po-

¹⁸ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (25).

¹⁹ *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, p. 149: «A diferencia de “sociedad”, “Estado” significa la organización para ejercer un poder irresistible. La “sociedad”, por el contrario, es la entidad complementaria que debe entenderse como epítome de todos los fenómenos sociales por debajo de esa instancia».

²⁰ *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976, pp. 185 ss.; *vid.* además E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl. 1971, pp. 21 ss.; K. HESSE, «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», en *DÖV* 1975, p. 437 (439), critica este punto de vista porque la diferenciación entre Estado y sociedad puede transformarse en un Estado total o en una sociedad total.

²¹ E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl. 1971, p. 21.

²² «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», en *DÖV* 1975, p. 437 (442); *vid.* también W. SCHMIDT, «Die Entscheidungsfreiheit des einzelnen zwischen staatlicher Herrschaft und gesellschaftlicher Macht», en *AöR* 1976, p. 24 (24 ss.).

²³ *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, p. 320: «En cambio, se debe intentar superar las dificultades intelectuales pensando, en lugar de las categorías “Estado” y “sociedad”, en las categorías “comunidad política” y “gobierno” (...). Existe una Constitución y esta es de la comunidad política».

²⁴ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 11.

²⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 236, 242.

²⁶ K. HESSE, «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», en *DÖV* 1975, p. 437 (442).

²⁷ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núms. margs. 11 ss.

lítica y se deben llevar a cabo las tareas del Estado. Regula los procedimientos de superación de los conflictos dentro de la comunidad y ordena la organización y el proceso de formación de la unidad política y de la acción estatal. Establece las bases y regula las características del ordenamiento jurídico en su conjunto²⁸.

La Constitución pluralista es el marco para la limitación y racionalización del poder²⁹. Por eso, tampoco tiene la intención de «apropiarse» de la sociedad. Se debe recordar que la limitación del poder es el propósito de la lucha por las constituciones³⁰. El reconocimiento de los derechos fundamentales y la fundación de la jurisdicción constitucional son hitos esenciales de esta limitación³¹. El poder del Estado, pero también de la sociedad, debe ser organizada y limitada, pues no existe duda alguna de que los abusos del poder público y privado son incompatibles con la Constitución del pluralismo³². La Constitución no se limita, en ese sentido, solo a la regulación de la esfera estatal³³, sino que también norma a la sociedad en general³⁴ –pero, como ya se ha dicho, sin «apropiarse» normativamente o invadirlos por completo. Como factor de integración funcional no crea ni un Estado ni una sociedad *totales*.

2. La Constitución del pluralismo como orden fundamental abierto y público

La Constitución es el ordenamiento público del Estado y de la sociedad³⁵. Apertura (*Offenheit*) significa que la Constitución amplía las posibilidades de participación de los ciudadanos en la vida democrática. Ellos son al

²⁸ *Ibid.*, núms. margs. 17 s.; *id.*, «Verfassung und Verfassungsrecht», en E. Benda u. A. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., 1994, pp. 7 s. núm. marg. 12; *id.*, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, pp. 8 s.

²⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 170.

³⁰ H. EHMKE, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, pp. 91, 102 ss. Para este, la limitación y racionalización del poder se consigue en un proceso en el que la actividad conformadora y corresponsable del ciudadano de un Estado desempeña un papel decisivo.

³¹ *Ibid.*, p. 104; K. ZWEIGERT, «Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit», en *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG*, Bd. I, 1976, p. 63 (63 ss.).

³² En relación con el poder económico privado, P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 706, resalta, por ejemplo, que el mercado en el Estado constitucional no es la medida de todas las cosas y ciertamente no la principal medida del ser humano.

³³ M. MORLOK/L. MICHAEL, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2015, p. 46 núm. marg. 40.

³⁴ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 18. «Como orden jurídico fundamental de la comunidad no está limitada a una ordenación de la vida estatal. Sus regulaciones abarcan también los fundamentos del ordenamiento de la vida no estatal –especialmente de manera clara en garantías como las del matrimonio y la familia, de la propiedad, de la educación y la acción de los grupos sociales o de la libertad de arte y de la libertad de ciencia–».

³⁵ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (25).

mismo tiempo destinatarios y partícipes permanentes de la norma constitucional. La interpretación de la Constitución no es, por ello, un asunto solo de los juristas, de los tribunales, de los políticos o de los funcionarios administrativos, es también una cuestión que atañe a todos los ciudadanos³⁶. Público (*Öffentlichkeit*) quiere decir que los ciudadanos no son espectadores pasivos de la Constitución. Por el contrario, participan de ella a través de los diversos *procesos democráticos*. «Son los procesos los que ponen en marcha la Constitución, especialmente la jurisdicción constitucional; hacen que la interpretación constitucional consiga una trascendencia inusual para el perfeccionamiento de la Constitución (*Fortbildung der Verfassung*)».³⁷ En tanto proceso público y abierto ella tiene mejores posibilidades para su validez, legitimación³⁸ y aceptación³⁹.

3. La Constitución del pluralismo como orden jurídico fundamental «vivo»

El derecho constitucional vive en una específica problemática del tiempo⁴⁰. Los sucesos constitucionales son sucesos temporales⁴¹. A partir de ahí se puede entender la Constitución como un instrumento «vivo»⁴², en la medida que no es un simple documento de los juristas, sino un instrumento de la vida, y su espíritu es siempre *espíritu de la época* (*Geist der Zeit*)⁴³. Se trata de una relación del tiempo con la Constitución, pues toda Constitución *está y vive* en el tiempo. Así, P. Häberle diferencia «la Constitución en el tiempo» (*macrodimensión*) del «tiempo en la Constitución» (*microdimensión*). «En la macrodimensión se trata de las constituciones y sus normas ante la historia y en la

³⁶ P. HÄBERLE, *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, 1982, p. 55.

³⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 64; M. MORLOK, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, 1988, p. 105.

³⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 243.

³⁹ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., 1998, pp. 84 ss.: «La aceptación de una Constitución, su enraizamiento en el *ethos* de los ciudadanos y de la vida en grupo, su capacidad para integrarse con la comunidad política, etc. –bien es verdad que todo esto tiene como presupuesto una determinada normación jurídica, pero también lo es que en ella no radica todavía ninguna garantía que un Estado constitucional *hic et nunc* sea real. (Lo jurídico es solo un aspecto de la Constitución como cultura)».

⁴⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 61.

⁴¹ *Ibid.*, p. 65.

⁴² «Las constituciones vivas, como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, son en la forma y fondo más expresión y mediación de la cultura, marco para la (re)producción, recepción y almacenamiento de las “informaciones” culturales tradicionales, de las experiencias, acontecimientos y conocimientos». Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 83 s.; J. LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2. Aufl. 2010, pp. 34 ss.

⁴³ W. WOODROW, *Constitutional Government in the United States*, 1911, p. 69.

historia, en la microdimensión se trata sobre el tiempo en el presente del derecho constitucional concreto»⁴⁴.

La Constitución no debe ignorar el estado de desarrollo espiritual, político o económico. Su vitalidad y eficacia se basa en su capacidad de conectar con las fuerzas espontáneas y las tendencias vivas de la época, de desplegar estas fuerzas y organizarlas entre sí, de ser, en cuanto respecta a su objeto, un determinado ordenamiento general de las relaciones vitales concretas⁴⁵. De lo contrario, perdería su fuerza vital⁴⁶ y no podría normar la esencia variable de la realidad constitucional. Una Constitución viva (*law in public action*) integra el tiempo y puede admitir no pasivamente las transformaciones *de* lo público y *en* la dimensión pública y sus infraestructuras, porque de otro modo inclusive quedaría inválida. Debe permanecer *intra constitutionem* y actualizarse de manera permanente⁴⁷. Por algo P. Häberle, en consonancia con U. Scheuner⁴⁸ entiende la Constitución, además, como *norma y tarea* (*Verfassung als Norm und Aufgabe*).

4. La Constitución del pluralismo como «espacio» para el consenso y disenso

Conflicto y consenso⁴⁹ son manifestaciones de la *res publica*⁴⁹, por lo que deben ser considerados una parte esencial de la naturaleza procedimental de la Constitución. Los procesos de desarrollo de las constituciones necesitan del conflicto, de los pro y contra, de la confrontación e integración⁵⁰. El disenso, que puede ser considerado como las tensiones internas de la sociedad⁵¹, no debe verse en una democracia como una barrera insuperable. Es

⁴⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 93 ss. Los plazos, la prescripción, la persecución jurídico-penal, los periodos legislativos, entre otros, son ejemplos del *tiempo en la Constitución* (microdimensión); la *Constitución en el tiempo* (macrodimensión) se refleja, por ejemplo, en las modificaciones constitucionales formalizadas de una Constitución.

⁴⁵ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 43.

⁴⁶ *Ibid.* pp. 121 s.

⁴⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 230.

⁴⁸ De acuerdo con U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 174: «Las normas del derecho constitucional están rodeadas de las meras convenciones y tradiciones de la vida constitucional, que todavía no son derecho, pero que, no obstante, son aceptadas como moral y convencionalmente vinculantes. La movilidad y la adaptación son indispensables para una Constitución si ha de perdurar. El propósito de las formas constitucionales es encaminar el proceso de debate, decisión y reunión políticos. No solo son departamentos e instituciones preestablecidas, sino que al mismo tiempo establecen la tarea de preservación y adaptación a las condiciones cambiantes para el futuro».

⁴⁹ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 62.

⁵⁰ P. HÄBERLE, *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, p. 55; *id.*, «Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht», en *id.* (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, p. 1 (46). Desde las ciencias políticas, A. WIENER, *A theory of constestation*, 2014, pp. 1 ss.

⁵¹ K. R. POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Bd. I, 7. Aufl. 1992, pp. 210 ss.

solo el reflejo de una sociedad plural que vive de intereses e ideas diversos –ocasionalmente, opuestos–. *Todo consenso presupone el disenso*. Él es siempre consecuencia de la diversidad de ideas y opiniones. Pero el consenso en el Estado constitucional debe ser el resultado de un debate democrático, nunca de la imposición de una mayoría. En esta discusión abierta deben entrar en consideración determinados valores de orden constitucional⁵². Por supuesto, se debe presuponer un acuerdo básico y tácito sobre esos valores constitucionales. Mientras los ciudadanos tengan la disposición, sobre todo, para la tolerancia⁵³ habrá un espacio suficiente dentro de la Constitución para el consenso y el disenso⁵⁴.

5. La Constitución del pluralismo como contrato

Este concepto de Constitución se remite a la clásica teoría del contrato social desde J. Locke y J.-J. Rousseau, pasando por I. Kant hasta el discurso actual del consenso fundamental⁵⁵. Bajo este punto de vista y *mutatis mutandis* la Constitución se entiende como «un acuerdo sobre los fundamentos institucionales, pero sobre todo sustantivos del Estado que deben ser asumidos en conjunto»⁵⁶. P. Häberle matiza esta definición señalando que la Constitución como contrato, en el sentido acá empleado, es un modelo de pensamiento, un principio heurístico con el objetivo de garantizar la libertad personal y la justicia pública⁵⁷. Dentro de la teoría del pluralismo se reconoce a la Constitución como un *contrato social* (*gesellschaftlicher Vertrag*) y un *contrato generacional* (*Generationsvertrag*). Es un contrato entre los ciudadanos⁵⁸ de la sociedad

⁵² P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 63.

⁵³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 230.

⁵⁴ P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, p. 14; M. MORLOK, «Einführung in die Thematik», en M. Morlok u. a. (Hrsg.), *Gemeinwohl und politische Parteien*, 2008, p. 9 (14); H. SCHULZE-FIELITZ, *Der informale Verfassungsstaat*, pp. 11 ss.

⁵⁵ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 439; *vid.* también P. BADURA, *Staatsrecht*, 5. Aufl. 2012, pp. 12 s.; F. ERMACORA, *Allgemeine Staatslehre*, 1970, pp. 112 ss.; J. ESSER, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, 1949, pp. 96 ss.; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1966, pp. 201 ss.; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5. Aufl. 1970, pp. 61 ss.

⁵⁶ U. SCHEUNER, «Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem», en G. Jakobs (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, p. 33 (61).

⁵⁷ P. HÄBERLE, *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht*, 2009, pp. 128 ss.; *id.*, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 438 ss.; *id.*, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», en *EuGRZ* 2004, p. 117 (121); *id.*, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, pp. 43 ss.; *id.*, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, p. 77; J. RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, pp. 27 ss.

⁵⁸ U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, 1998, pp. 31 ss.

abierta que intentan conseguir el consenso fundamental⁵⁹. La metáfora de la «mesa redonda», empleada por P. Häberle, simboliza la coexistencia en igualdad de condiciones de muchas personas dentro de una comunidad política⁶⁰. Es «la mejor conversión metafórica y óptica del “aceptarse y tolerarse” con los mismos derechos, lo que es característico para la negociación de las constituciones pluralistas»⁶¹.

Si una Constitución no se impone a los otros, sino que los ciudadanos votan sobre los fundamentos de la convivencia social, la Constitución se puede concebir como un contrato social consensuado y multilateral de todas las fuerzas sociales en conflicto sobre las bases sustantivas centrales de la comunidad⁶².

La Constitución se distingue por la tolerancia recíproca necesaria y permanente de todos⁶³. En la medida que la Constitución se renueva por medio de las generaciones tolerantes, conecta el pasado y el presente con el futuro; esto es, las generaciones pasadas con las nuevas generaciones. Por eso, la LF es un *contrato generacional dinámico* en el transcurso del tiempo. En cualquier caso, comprende la extensión completa del pasado, presente y futuro de una comunidad y muestra que el factor temporal determina existencialmente los problemas esenciales de la teoría constitucional⁶⁴. La Constitución, señalada como contrato generacional, exige solidaridad⁶⁵ y corresponsabilidad de las generaciones⁶⁶, especialmente en la lucha por la protección de la naturaleza y

⁵⁹ Dentro de la teoría del pluralismo —como sostiene P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., 1998, p. 288— «existe solo un *poder constituyente evolutivo* (“*evolutionäre Verfassungsgebung*”)». De ahí que no se pueda aceptar las siguientes opiniones de C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5. Aufl. 1970, p. 79: «El poder constituyente no está vinculado a las formas jurídicas y procedimientos; está “siempre en estado de naturaleza” cuando actúa dentro de esta cualidad inalienable».

⁶⁰ P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 106.

⁶¹ *Ibid.*, p. 107: «La vieja idea de que el Estado se fundamenta en un contrato, que la Constitución es “siempre un nuevo contrato”, podría percibirse confirmada a través de la “mesa redonda” practicada en la actualidad. Podría ser el símbolo del Estado constitucional y de sus desafíos y oportunidades (...)».

⁶² H. SCHULZE-FIELTZ, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, p. 218.

⁶³ Al respecto, U. SCHEUNER, «Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem», en G. Jakobs (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, p. 33 (69): «El Estado necesita consensos permanentes para poder subsistir. Pero consenso no significa solo acuerdo, sino también contrato, equilibrio de los opuestos (...). El contrato es probablemente una forma democrática como la aclamación o el acuerdo entusiasta».

⁶⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 597 nota a pie 66.

⁶⁵ S. DERPDMANN, *Gründe der Solidarität*, 2013, pp. 19 ss.

⁶⁶ Una Constitución —como opina P. SALADIN, «Verfassungsreform und Verfassungsverständnis», en *AöR* 1979, p. 345 (374 s.)— «es, en efecto, un producto y un legado de la historia política, expresión de la tradición política. Esta concepción es especialmente vital cuando se vincula con la idea y la realidad histórica de un *Estado federal*: entre los distintos Estados miembros (como en Suiza), entre los príncipes y los ciudadanos o “barones”, o también entre los individuos, que se encuentran en el *contrat social* de una comunidad».

de la cultura, pero también frente a las amenazas de la energía nuclear y de la ingeniería genética⁶⁷. Aunque una ponderación de los riesgos y ventajas entre ellos es indispensable, sería importante una apreciación objetiva y un debate constructivo, sin que se pierdan de vista los riesgos para las futuras generaciones⁶⁸. Como tal, la Constitución no debe «perder»⁶⁹ o excluir a ningún grupo de ciudadanos o a cada una de las generaciones. Alrededor de la denominada «mesa redonda» participan no solo las generaciones actuales, sino también los ciudadanos ficticios y futuros⁷⁰, mejor dicho, aquellos que aún no han nacido, pues ellos tienen también derecho a un mundo mejor⁷¹. Existe, así, un pacto jurídico-constitucional tácito entre ambas generaciones.

III. CRÍTICAS A LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO

1. ¿Pierde la Constitución su carácter normativo?

Desde que P. Häberle propuso su comprensión de la Constitución, la teoría de la Constitución del pluralismo ha encontrado aceptación, pero también ciertamente objeciones.

La primera crítica se dirige a la supuesta pérdida de la esencia normativa de la Constitución. I. Richter⁷² ha defendido la siguiente tesis: «Normatividad significa validez. La validez se basa en el mandato jurídico y/o en la expectativa del comportamiento fáctico. Mientras la Constitución sea “abierta” no puede exigir validez». E.-W. Böckenförde⁷³ expresa el mismo argumento con

⁶⁷ P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 666 ss.; *id.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., 1998, pp. 594 ss.

⁶⁸ Al respecto, *vid.* P. ALTMAIER, «Das Atomrecht und seine Herausforderungen», en *14. Deutsches Atomrechtssymposium*, 2013, p. 11 (11 s.); T. MANN, «Verfassungsrechtliche Determinanten bei der Nachrüstung von Kernkraftwerke», en *14. Deutsches Atomrechtssymposium*, 2013, p. 54 (62 ss.); B. HEBERER, *Grüne Gentechnik*, 2015, p. 29; M. SCHARTL/J. M. Erber-Schropp (Hrsg.), *Chancen und Risiken der modernen Biotechnologie*, 2014, pp. 11 ss.

⁶⁹ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 439.

⁷⁰ P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 666 nota a pie 149: «El contrato social y el contrato generacional son una “ficción” jurídico-constitucional tan importante como útil, por mucho que seguramente se encontrarán en la realidad, hoy en día, momentos constitucionales contractuales. En cualquier caso, la generación actual debe someterse, dentro de los límites, a una autovinculación con miras a las generaciones futuras. El modelo del contrato puede ofrecer con ello protección frente a la arbitrariedad».

⁷¹ *Ibid.*, p. 667.

⁷² *Bildungsverfassungsrecht*, 1973, p. 19.

⁷³ *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, pp. 134 s.; *id.*, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation-Bestandsaufnahme und Kritik», en *NJW* 1976, p. 2089 (2093): «La normatividad de la Constitución expresa su validez. Sin embargo, la validez se apoya, por su lado, en un mandato jurídico vincu-

palabras similares. Sin embargo, la validez de una Constitución no solo se fundamenta en su mera normatividad –como ha sostenido siempre el positivismo–, sino también en su apertura y dimensión pública, las que también despliegan fuerza normativa⁷⁴. A la luz de lo señalado hasta ahora puede afirmarse que la teoría de la Constitución del pluralismo no niega la esencia normativa de la Constitución. Por el contrario, reconoce que la normatividad es un elemento esencial de ella como orden fundamental del Estado y la sociedad. Es posible inclusive que se pueda hablar de un *pluralismo normativo*⁷⁵. Con ello, el carácter abierto de la Constitución y su fuerza normativa no se excluyen entre sí. La *normatividad (Maßgeblichkeit)* de la Constitución dentro de la teoría del pluralismo está fuera de duda. Bajo esta perspectiva la apertura de la Constitución no significa debilitamiento (*Schmälerung*) de su normatividad⁷⁶, mejor dicho, se trata de una contextualización de su normatividad. I. Richter y E. W. Böckenförde no consideran la dimensión cultural de la Constitución. «Cultura no quiere decir disolución»⁷⁷.

2. ¿La Constitución como «simple eco» del cambio social?

La segunda crítica tiene que ver también con la apertura de la Constitución. E. Klein argumenta que la Constitución abierta, por un lado, es un «simple eco» de las transformaciones sociales, por otro, un libre convencimiento de la sociedad⁷⁸. Es claro que la existencia de una sociedad está sujeta a cambios, por lo que la Constitución no puede permanecer fija de manera definitiva en el tiempo⁷⁹. La crítica de E. Klein omite que apertura no es sinónimo de desintegración de la Constitución. La Constitución estructura también el marco normativo de la sociedad. Es un proceso público para la racionalización y limitación del poder estatal, de la misma forma que es un instrumento para la solución de los conflictos sociales en pro de un orden humano para todos⁸⁰. P. Häberle habla por eso de una *sociedad constituida (verfasste Gesellschaft)*⁸¹. La Cons-

lante y/o en las expectativas reales de comportamiento. Mientras una Constitución sea “abierta” no podrá reclamar validez»; E. FORSTHOFF, en *FS E. R. Huber*, 1973, p. 3 (3 ss.).

⁷⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 243.

⁷⁵ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 57.

⁷⁶ Sobre la fuerza normativa de la Constitución, vid. K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, pp. 3 ss.

⁷⁷ Esta idea proviene de una conversación académica con el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle.

⁷⁸ E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 199.

⁷⁹ R. BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte*, 1961, p. 15.

⁸⁰ P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *VVDStRL* 30 (1972), p. 41 (133).

⁸¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 122.

titudin abierta no renuncia ni a su funci3n de direcci3n ni a su esencia normativa. En consecuencia, la apertura y extensi3n de la Constituci3n no implica su desintegraci3n en una din3mica total en la que la Constituci3n no est3 en condiciones de dar sost3n a la vida en sociedad. Se mantiene la pretensi3n de la Constituci3n de no solo comprender de manera «normativa» los cambios sociales, sino de dirigirlos, de otorgarles un marco normativo.

La Constituci3n debe ser abierta, pero tambi3n tiene que fijar de manera vinculante lo que no debe permanecer abierto⁸². Por ejemplo, los fundamentos del ordenamiento de la sociedad (as3, la dignidad del ser humano, art. 1 p3rr. 1 de la LF⁸³), de la estructura del Estado, las competencias y el proceso democr3tico no deben estar abiertas⁸⁴. La Constituci3n sabe de momentos de permanencia del ordenamiento jur3dico⁸⁵. En cierto modo, la Constituci3n del pluralismo se ubica entre el cambio y la permanencia: *si la Constituci3n quiere permanecer, tiene que cambiar*. «La Constituci3n de lo p3blico, en consecuencia, est3 siempre “en camino” (*unterwegs*)⁸⁶».

3. ¿Democracia totalitaria?

R. Schlothauer pone objeciones a la interpretaci3n de la sociedad abierta recurriendo a K. R. Popper. Para 3l, existe una contradicci3n entre la teor3a de P. H3berle y los planteamientos de aquel. Seg3n R. Schlothauer, la teor3a del fil3sofo austr3aco no crea ning3n Estado constitucional, sino que se tratar3a de una «perfecta totalidad pol3tica, una democracia totalitaria (*totalit3re Demokratie*)»⁸⁷. De este modo, la teor3a de la sociedad abierta conseguir3a, parad3jicamente, eliminar una sociedad plural. Por medio de ella se lograr3a, m3s bien, una sociedad cerrada y homog3nea.

En esta cr3tica se puede advertir dos apreciaciones no del todo exactas, b3sicamente. Primero, es cierto que las ideas de K. R. Popper han servido de paradigma para las teor3as de P. H3berle⁸⁸. Entre ambos, sin embargo, existe una diferencia evidente. En la sociedad abierta de K. R. Popper no se alude a

⁸² K. HESSE, *Grundz3ge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), n3ms. margs. 24 ss.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*, n3ms. margs. 24 ss.

⁸⁵ P. H3BERLE, *Verfassung als 3ffentlicher Proze3*, 3. Aufl. 1998, pp. 192 s.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 237.

⁸⁷ R. SCHLOTHAUER, *Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1979, pp. 173 s.

⁸⁸ P. H3BERLE, *Verfassungsvergleichung*, 2009, p. 123; *id.*, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 37.

los fundamentos culturales⁸⁹, por lo tanto, esta teoría no examina a profundidad la realidad del Estado constitucional. P. Häberle reconoce esto y desarrolla por esta razón los principios científico-culturales que necesita la teoría originaria de la sociedad abierta⁹⁰. En este punto complementa adecuadamente la teoría de K. R. Popper. Esto evita, además, una comprensión totalitaria de la sociedad abierta. Segundo, en comparación con K. R. Popper, P. Häberle propone una teoría distinta de la imagen del ser humano (*Menschenbild*). Para K. R. Popper el ser humano es, sobre todo, un ser racional; por su parte, P. Häberle piensa que el ser humano no solo es *ratio*, sino también *emotio*⁹¹. Por último, P. Häberle rechaza decididamente toda forma de dominio sobre el ser humano, inclusive el dominio de un aparato técnico-social⁹² o del poder del mercado⁹³. Defiende, por ello, el «rule of law», el dominio del derecho⁹⁴. En suma, puede decirse que mientras K. R. Popper sustenta su teoría de la sociedad abierta en elementos tecnocráticos, P. Häberle vincula claramente su teoría con fundamentos culturales⁹⁵. Por ello, ambos puntos de vista solo pueden ser equiparados parcialmente.

IV. RECAPITULACIÓN

La teoría pluralista de la Constitución no es una casualidad, sino el resultado de un trabajo científico sistemático. Como en todas las contribuciones häberlianas, está de manera abierta o escondida un desarrollo coherente y fundamentado de un determinado tema jurídico que se aborda siempre desde una perspectiva multidisciplinaria. La teoría de la Constitución del pluralismo es, en la actualidad, una de las principales teorías de la Constitución que tiene como propósito vincular entre sí Constitución, Estado y sociedad. De ahí que no sea extraño que el concepto de «pluralismo», en el ámbito del derecho pú-

⁸⁹ P. HÄBERLE, *Verfassungsvergleichung in Europa- und weltbürgerlicher Absicht*, 2009, p. 123; *id.*, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 35 (37); *id.*, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, p. 45.

⁹⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsvergleichung in Europa- und weltbürgerlicher Absicht*, 2009, p. 124: «La "sociedad abierta de intérpretes de la Constitución", así entendida, necesita de una fundamentación cultural (*kulturelle Grundierung*)»; *id.*, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 35 (37).

⁹¹ P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. Aufl. 2008, pp. 68 ss.

⁹² *Ibid.*, pp. 37 ss.

⁹³ P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, p. 75: «Donde él amenaza la apertura de la sociedad, el Estado constitucional tiene que intervenir».

⁹⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 353.

⁹⁵ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 1 ss.

blico, sea asociado con los trabajos de P. Häberle. Su concepto de Constitución tiene que ver muy poco con una comprensión jurídico-constitucional formal de la Constitución. Todo lo contrario, se trata de un «concepto mixto de Constitución que se centra en el proceso público del *constituirse* (*Sich-Verfassen*) y de sus raíces culturales»⁹⁶. Este concepto mixto de la Constitución es dinamizado por medio de la dimensión pública y la apertura, del carácter procedimental, de su orientación hacia el proceso, de la comprensión procesal del bien común (*Gemeinwohl*) y del pensamiento de las posibilidades (*Möglichkeitsdenken*)⁹⁷.

⁹⁶ M. KOTZUR, «Der “Vergleich” im verfassungsgerichtlichen Verfahren», en JZ 2003, p. 73 (77).

⁹⁷ H. VORLÄNDER, *Verfassung und Konsens*, 1981, p. 324.

D. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL *EPICENTRO* DEL DERECHO Y LA POLÍTICA

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA

1. Derecho y política

Esta parte no se titula adrede «la jurisdicción constitucional *entre* el derecho y la política», pues esta expresión transmite la errónea idea de una constante e inevitable tensión en el que la jurisdicción constitucional se debe decidir a favor del derecho (y, en consecuencia, en contra de la política) o a favor de la política (y, en consecuencia, en contra del derecho). Esta dicotomización se encuentra ya en el pensamiento de F. Guizot¹: «En veillant ainsi à la porte des lois, le pouvoir judiciaire ne défend pas seulement les citoyens, il se défend lui-même; il protège son propre domaine, il repousse cette invasion de la justice par la politique, dans laquelle la justice a tout à perdre et où la politique n'a rien à gagner». En correspondencia con él, también C. Schmitt afirmó en su momento que una expansión desenfrenada de la justicia no convertiría, por ejemplo, al Estado en una jurisdicción, sino por el contrario, a los tribunales en una instancia política². Detrás de estos puntos de vista se oculta esencialmente el dogma de la separación entre el derecho y la política.

¹ F. GUIZOT, *Des conspirations et de la justice politique*, 1821, p. 109: «De esta manera, al estar a la puerta de la ley, el Poder Judicial no solo defiende a los ciudadanos, sino que se defiende a sí mismo; protege su propio dominio, repele esta invasión de la justicia por parte de la política, en la que la justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar».

² C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 3. Aufl. 1985, p. 98: «No se juridificaría, por ejemplo, la política, sino la justicia se politiza. La justicia constitucional sería, por tanto, una contradicción en sí».

El debate sobre la relación entre el derecho y la política es un «tema permanente»³ cuyo estudio es indispensable, sin embargo, para una correcta valoración de la posición y funciones de la jurisdicción constitucional⁴. Con demasiada frecuencia, los abogados han basado su imagen y su autovaloración positiva en el hecho de que su actividad es apolítica⁵, es decir, que está relacionada solo con la materia jurídica⁶. Muchas veces también se piensa que el derecho y la política son contrarios⁷, ya que entre la esencia de la política y la esencia del derecho existiría una contradicción interna que no puede resolverse; la política sería siempre *dinámica-irracional*, mientras que el derecho, *estático-racional*⁸. No es raro que la política sea asociada con el mal (*Bösen*) o con el demonio (*Teufel*): el derecho llevaría consigo el sello de lo objetivo, la política se consideraría como lo parcializado; el derecho serviría al bien común, la política sería egoísta; el derecho significaría orden, la política tendría un regusto por lo desordenado; el derecho permitiría previsión, la política sería imprevisible; la política se percibiría como amenaza, el derecho ofrecería pro-

³ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 17; *id.*, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (2).

⁴ La relación entre el ámbito del derecho y de la política es importante –aunque de una manera que a menudo no se resalta– en no pocas cuestiones jurídicas que son causadas por el carácter verdadera y frecuentemente difuso de las fórmulas constitucionales. Cfr. W. LEISNER, *Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957-1991*, 1994, p. 305; así también W. GEIGER, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, 1980, pp. 6 ss.; O. MASSING, «Recht als Korrelat der Macht? Überlegungen zu Status und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit», en G. Schäfer/C. Nedelmann (Hrsg.), *Der CDU-Staat*, 1967, p. 123 (123 ss.).

⁵ Según U. DI FABIO, *Der juristische Begriff des Politischen*, 2001, p. 9, en el pasado no fueron tanto los juristas, sino los políticos como J. Bodin, T. Hobbes o J. Locke, quienes con sus conceptos teóricos y filosóficos, preconcebieron, derivaron y conceptualizaron el Estado constitucional moderno.

⁶ R. WAHL, «Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im öffentlichen Recht», en R. Stürmer (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, 2010, p. 121 (122 s.): «La formación jurídica y su consiguiente evolución dentro de la profesión jurídica provoca, por consiguiente, una puesta en práctica de esta forma de pensar y, al mismo tiempo, una compartimentación frente a la esfera política». R. WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, 1968, p. 40, ha dicho que la formación jurídica es así «obsoleta» como el derecho mismo. El jurista no aprende autonomía de criterio político e intelectual, sino interpretación de normas jurídicas. El jurista «no está a la altura de las tareas que se le encomiendan hoy en día en un mundo completamente “juridificado”, porque no está preparado políticamente para ellas»; *vid.* además, R. SCHWEIGER, «Der Jurist als Politiker», en P. FORSTMOSER/H.-U. VOGT, *Einführung in das Recht*, 4. Aufl. 2008, p. 587 (587 ss.).

⁷ E. BENDA, «Richter und Politik», en S. Cotta u. a. (Hrsg.), *Richter und Politik*, 1978, p. 37 (41); *id.*, «Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld von Recht und Politik», en *ZRP* 1977, p. 1 (1 ss.); F. HASE, *Richterliches Prüfungsrecht und Staatsgerichtsbarkeit*, 1982, pp. 223 ss.; B. EISENBLÄTTER, *Die Überparteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts im politischen Prozess*, 1976, p. 74: «La persistencia en la dicotomía del derecho y la política es expresión de una ficción que la sociología jurídica, desde hace mucho tiempo, ha eliminado de sus fundamentos».

⁸ G. LEIBHOLZ, «Der Status des Bundesverfassungsgerichts», *JöR* 6 (1957), p. 109 (121 s.); F. KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, 1966, p. 30; D. GUNST, *Politik zwischen Macht und Recht*, 1974, pp. 103 s. «Sin embargo, el par opuesto “dinámico” y “racional” como manifestación de una diferencia estructural típica ideal es apenas útil». Cfr. B. EISENBLÄTTER, *Die Überparteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts im politischen Prozess*, 1976, p. 74.

tección⁹. La expresión de J. W. v. Goethe¹⁰, «¡una canción abominable! ¡puf! ¡una canción política! ¡una canción enojosa!», se basa en una perspectiva negativa de la política. Se habla con frecuencia, además, de una juridificación de la política (*Verrechtlichung der Politik*), por un lado, y de una politización del derecho (*Politisierung des Rechts*), por el otro¹¹.

En la literatura se pueden encontrar diferentes posiciones acerca de esta separación entre el derecho y la política.

a) LA DICOTOMÍA DEL DERECHO Y LA POLÍTICA

La relación entre el derecho y la política, en la medida que se haga esta diferenciación, está caracterizada por tensiones¹². El intento de separar nítidamente derecho y política no es en la doctrina jurídica una novedad¹³. En la Alemania del siglo XIX, el modo de pensar jurídico y el modo de pensar político-objetivo, por un lado, las convicciones jurídicas y la actitud hacia las tareas políticas, por el otro, se alejaban paulatinamente cada vez más¹⁴. Lo político se consideraba como una forma de obrar del Estado o como una actuación de la monarquía que aparecía caracterizada por su conexión con el bien común y los intereses públicos, mientras que el derecho debía servir no al bien común, sino a los intereses particulares de los individuos; el derecho se manifestaba no como expresión, sino como límite de la política. En aquel sentido, derecho y política se dejaban ver como una confrontación entre la irracionalidad versus la racionalidad¹⁵.

Ya F. C. v. Savigny contempló con desconfianza a las leyes que perseguían objetivos políticos, policiales o económico-estatales¹⁶. Aceptaba que el

⁹ D. GRIMM, Derecho y política, en *JuS* 1969, p. 501 (501 ss.).

¹⁰ J. W. v. GOETHE, *Faust*, 1841, p. 94.

¹¹ Así D. GRIMM, «Politik und Recht», en *FS E. Benda*, 1995, p. 91 (93 ss.); según F. PARDON, «Politik und Recht», en *FS U. Scupin*, 1983, p. 71 (84): «Una juridificación de la política es igualmente perjudicial como una politización del derecho».

¹² H.-J. MENGEL, «Recht und Politik», en *APuZ* B13/14 1989, p. 30 (30 ss.).

¹³ Sobre el intento para establecer un contacto entre el derecho y la política, *vid.* J. W. HEDEMANN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1927, p. 4: «Cuanto más se consolide la política como una “ciencia” verdadera e independiente, más tendrá que ponerse en contacto la ciencia jurídica con ella». Desde la teoría del método, *vid.* H.-M. PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl. 1999, núms. margs. 595 ss.

¹⁴ G. SAUTER, Artikel: «Recht», en H. Kunst/S. Grundmann (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Bd. II, 3. Aufl. 1987, p. 2694 (2694 ss.).

¹⁵ Chr. GUSY, «Staatsrecht und Politik», en *Österr. Z. öffentl. Recht und Völkerrecht* 1984, p. 81 (81 ss.); *id.*, «Ansichten zum Thema “politisches Recht”», en *Jus Politicum* 1, disponible en <http://www.juspoliticum.com/Ansichten-zum-Thema-Politisches,111.html>. (accedido el 25 de marzo de 2015).

¹⁶ W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. III, 1976, p. 39.

legislador podía enmendar el derecho existente si así lo exigían los objetivos políticos más alevados, pero que las leyes de este tipo eran una «corrupción infructuosa de la ley»¹⁷. Por tanto, el derecho surgiría del derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*) y luego de la jurisprudencia, pero no de la arbitrariedad de un legislador¹⁸. El derecho no sería derecho legislado, sino únicamente derecho consuetudinario¹⁹. H. A. Zachariä²⁰ se mantuvo alejado de la unión del derecho y la política, la cuestión sobre el fundamento razonable de las disposiciones jurídicas existentes no debían confundirse con las consideraciones políticas. R. v. Mohl²¹ no consideró, en definitiva, a los documentos políticos como pertenecientes a la ciencia jurídica (del Estado). C. F. v. Gerber²² intentó depurar el derecho de la política porque creyó que esta última amenazaba al primero. Escribió: «En general, es una época por cierto en la que una organización desplaza a otra, todas las relaciones públicas se entienden en fluctuaciones constantes, y lo existente es amenazado todo el tiempo por una convulsión que es desfavorable para el derecho; es una época de la política y no del derecho».

En su discurso de rector en Leipzig de 31 de octubre de 1884 sobre «Las tareas de la ciencia jurídica», B. Windscheid²³ sostuvo que, en muchos casos, la legislación se basaba en consideraciones éticas, políticas y económico-nacionales o en una combinación de ellas, pero dichas consideraciones como tales no eran asunto de los juristas. El derecho y los juristas no podían ocuparse de la política. G. Jellinek²⁴ postuló la tesis de que la política no era una teoría de lo que es (*Seienden*), sino de lo que debe ser (*Sein-Sollenden*): «No importa cuán poco se mezclen el derecho y la política entre sí, sus límites nítidos deben ser respetados en todo momento». Cuando H. Kelsen desarrolló su teoría pura del derecho (*reine Rechtslehre*) tuvo la intención de elaborar una teoría del derecho

¹⁷ F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, p. 16.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 13 s.

¹⁹ Sin embargo, F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, p. 12, afirma: llamaremos «en lo que sigue *elemento político* a la relación del derecho con la vida general del pueblo, pero *elemento técnico* del derecho a la vida científica separada del mismo».

²⁰ *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 1841, p. VI: «En lo que concierne al método de tratamiento desde un punto de vista material, el autor se ha mantenido, como espera, muy alejado de la mezcla del derecho con la política, lo que no se lamenta lo suficiente y, según las nuevas experiencias de las cuestiones públicas, se resalta en la práctica mucho más que en la teoría. Las consideraciones políticas, con las que evidentemente no debe confundirse la cuestión sobre la fundamentación racional de las normas jurídicas vigentes, se buscará en vano en este libro».

²¹ *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Bd. II, 1856, pp. 241 ss.; *vid.* también, W. PAULY, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, 1993, p. 141 nota a pie 45.

²² *Ueber öffentliche Rechte*, 1852, p. 13.

²³ *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, p. 112.

²⁴ *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1966, p. 16.

que esté «libre de todo elemento extraño a él»²⁵. Este pensamiento de la separación dualista rechaza todo vínculo del derecho con la política, lo que queda expresado en la siguiente frase: «En verdad, el conflicto no se trata de la posición de la jurisprudencia dentro de la ciencia y las consecuencias que derivan de ello –como, sin embargo, parece; sino de la relación de la ciencia jurídica con la política, de la separación pura de una con respecto a la otra, de la renuncia a la costumbre enraizada de defender las reivindicaciones políticas, que solo pueden tener un carácter altamente subjetivo, en nombre de la ciencia del derecho, apelando así a una instancia objetiva, aún cuando se presenten, en la mejor creencia, como el ideal de una religión, nación o clase»²⁶. La separación del derecho y la política se manifiesta aquí como un principio de división del trabajo, pues al derecho y a la política se les asignan procesos separados²⁷.

Es notable también el punto de vista de N. Luhmann²⁸ quien distingue, en su teoría de los sistemas, el sistema jurídico del político. Ambos son subsistemas del sistema social (*Gesellschaftssystem*). «El sistema político se mueve en un terreno muy distinto. Intenta, así, condensar la conformación de opiniones de manera que se puedan adoptar decisiones colectivas vinculantes. Estas buscan, en el medio de lo políticamente posible, una forma en la que la política resuelva su problema, es decir, poder quitárselo de encima. Gracias a su positividad = modificabilidad el derecho facilita esta posibilidad de la fijación de la forma y la despoliticación del problema. Asegura que los asuntos se traten bajo criterios específicamente jurídicos, inclusive si la política se ha decantado, mientras tanto, por otros problemas»²⁹. Pese a la separación de estos subsistemas, N. Luhmann no descarta relaciones causales entre el derecho y la política. Esto se aprecia claramente en el concepto de «Estado de derecho». Este concepto sirve como esquema que posibilita describir dos perspectivas opuestas como una unidad y festejar como una conquista social: «el sojuzgamiento jurídico del poder político y la instrumentalización política del derecho»³⁰. Se trataría de una relación parasitaria recíproca del derecho y la política. El sistema político se beneficia de lo que en el sistema jurídico es «justo» o «injusto», mientras que el derecho se sirve de la paz que el sistema político asegura³¹. En cualquier caso, está completamente fuera de discusión representarse a la política como interpretación conti-

²⁵ Este fue su principio metodológico fundamental. Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1967, p. 1.

²⁶ *Ibid.*, p. IV.

²⁷ J. J. HAGEN, *Soziologie und Jurisprudenz*, 1973, p. 65.

²⁸ *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 407 ss.

²⁹ *Ibid.*, p. 424.

³⁰ *Ibid.*, p. 422.

³¹ *Ibid.*, p. 426.

nua de la Constitución fijada jurídicamente y someter completamente las cuestiones políticas a la decisión del derecho³².

La teoría de la separación es defendida hasta cierto punto también por J. Esser y K. Stern. A causa del significado de la palabra «simbiosis»³³ es evidente que derecho y política son sectores distintos. Según J. Esser³⁴ existe entre el derecho y el poder político «no una simple dependencia, sino una inusual, pero típica, dependencia, una simbiosis, a partir de la cual es difícil decir, quién se sirve de quién». Por su parte, K. Stern³⁵ piensa que el derecho establece el marco para la actuación política y que la política crea nuevas leyes o modifica las normas anteriores; en este sentido, el derecho y la política serían «claves (*Chiffren*) de una simbiosis diferenciada».

b) SEPARACIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO Y LA POLÍTICA

D. Grimm³⁶ considera irrealizable una separación entre el derecho y la política a nivel del establecimiento del derecho (*Rechtssetzung*); por el contrario, dicha separación sería completamente posible a nivel de la aplicación del derecho (*Rechtsanwendung*). La política programa la aplicación del derecho por medio de la promulgación de las normas generales. «Sin embargo, la interpretación y aplicación de las normas en el caso concreto están alejadas de su influencia»³⁷. Cuando una ley es aprobada políticamente y entra en vigor, la ley obtiene una existencia autónoma, pero la política puede derogar o modificar la ley³⁸. Por ello, estamos ante una separación institucional del derecho y la política que asegura la independencia judicial. Esta perspectiva institucional, en palabras de D. Grimm, «protege a los órganos de la jurisdicción en su actividad de aplicación del derecho de cualquier influencia de la política; en particular, de los órganos del Estado que deciden políticamente y de los partidos políticos que operan dentro de ellos»³⁹. Esta separación del derecho y la política no significa, sin embargo, que el proceso de aplicación judicial del derecho sea también internamente apolítica, pues «las

³² *Ibid.*, pp. 418 s.

³³ «Simbiosis significa la coexistencia de seres vivos *de diferente tipo* para el beneficio mutuo». Cfr. DUDEN, *Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, Bd. 6, 1981, p. 2548.

³⁴ *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, 1949, p. 9.

³⁵ *Das Staatsrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, p. 24. Según F. GIESE, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1928, p. 45, la visión política ayuda al derecho a lograr claridad; a la inversa, la política se sirve del derecho para conseguir sus objetivos.

³⁶ «Politik und Recht», en *FS E. Benda*, 1995, p. 91 (97 ss.).

³⁷ *Ibid.*, p. 91 (97).

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p. 91 (98 s.).

influencias de la precomprensión, el origen y la socialización, de las preferencias políticas e ideológicas de los jueces son aquí inevitables»⁴⁰.

c) PRIMACÍA DEL DERECHO SOBRE LA POLÍTICA

I. Kant⁴¹ determinó la relación del derecho con la política con mayor precisión en su célebre discusión con B. Constant sobre la cuestión de si es un deber decir la verdad. I. Kant sostuvo con firmeza que toda política, en tanto teoría del derecho en ejercicio,⁴² debe doblar sus rodillas ante el derecho. «El derecho nunca debe adaptarse a la política, pero la política siempre debe adaptarse al derecho»⁴³. Dado que I. Kant subordina la esfera política a aquel principio jurídico no se puede hablar de una autonomía de la política. Creía que tanto la actividad socio-estatal como la actividad política están vinculadas siempre al concepto de derecho, pero que esto no significaba una dicotomización del derecho y la política, de los principios formales y los objetivos sustantivos, del comportamiento jurídico y los objetivos morales⁴⁴. Así, la política se despoja de toda arbitrariedad (*Eigenmächtigkeit*), está sujeta a las normas categóricas de la moral y del derecho, y no está autorizada a difundir valores de carácter propio⁴⁵. Por su parte, R. Marcic alegó: «Enseño la primacía del derecho sobre la política. Y aún así: no sé con certeza si se sigue exactamente sus razonamientos o los míos, si reina gran diferencia en el fondo como en la terminología»⁴⁶. La expresión de O. Bachof, «en el conflicto entre el derecho y la política, el juez solo está obligado por el *derecho*», aclara también la primacía del derecho sobre la política⁴⁷.

d) PRIMACÍA DE LA POLÍTICA SOBRE EL DERECHO

R. Wiethölter⁴⁸ alecciona la primacía de la política sobre el derecho. Para una sociedad política moderna, escribió en su momento, que quiere evitar en

⁴⁰ *Ibid.*, p. 91 (100).

⁴¹ *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 2. Aufl. 1922, p. 201.

⁴² G. CAVALLAR, *Pax Kantiana*, 1992, pp. 77 ss.

⁴³ I. KANT, *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 2. Aufl. 1922, p. 205.

⁴⁴ U. SASSENBACH, *Der Begriff des Politischen bei Immanuel Kant*, 1992, p. 167.

⁴⁵ R. BRANDT, *Zu Kants politischer Philosophie*, 1997, p. 31.

⁴⁶ *Rechtsphilosophie*, 1969, p. 225.

⁴⁷ O. BACHOF, «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», en *Summum ius summa iniuria*, 1963, p. 41 (57); *id.*, «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», en *Universitas* 21/1966, p. 137 (152).

⁴⁸ *Rechtswissenschaft*, 1968, p. 9.

igual medida el fascismo (como producto de un sistema social liberal-individualista-capitalista), así como el stalinismo (como resultado de un sistema social-colectivista-socialista), el derecho está todavía por crearse, no está ahora mismo disponible. «Debemos desempoderar políticamente al derecho para que el derecho aprenda a desarrollar su propia fuerza»⁴⁹. Pero esto solo sería posible mediante una teoría política del derecho, pues «sin una teoría política del derecho para el presente de una sociedad política, que “entienda” qué y cómo estamos enredados dentro de una “cultura jurídica” anticuada, no conseguiremos estar a la altura de nuestra época, sino que nos congelaremos en las profundidades de la prehistoria»⁵⁰. La teoría política del derecho de una sociedad democrática y liberal significaría, sobre todo, una teoría social que se conseguiría a partir del empirismo y reflexión críticos. De lo contrario, la pobreza, el poder, el hambre, el odio, la explotación, la esclavización, etc. permanecerían «afuera de la puerta» del derecho, pero, por supuesto, no de la política. R. Wiethölter aboga a favor de una teoría política del derecho que supere el distanciamiento de la realidad de los juristas y del derecho⁵¹. Con esto no solo se refería a una teoría política del derecho, sino también al compromiso del jurista con una interpretación y desarrollo del derecho comprometido con la idea del Estado social y democrático de derecho⁵².

e) CONTRADICCIÓN INTERNA ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA

El pensamiento esencial de esta tesis es que el derecho y la política se encuentran en una tensión continua, pues la esencia del derecho sería incompatible con la naturaleza de la política. G. Leibholz⁵³ y F. Klein⁵⁴ asumen este punto de vista. Están seguros «que en la estructura típica ideal entre la esencia de la política y la esencia del derecho existe una contradicción interna que no se puede resolver. Esto se puede atribuir a que lo político, de acuerdo con su propia naturaleza, siempre es algo dinámicamente irracional, que busca tener bajo control las fuerzas políticas vitales. Es el conflicto latente entre lo político que está en constante movimiento y el derecho que permanece principalmente en calma, o expresado de otra forma, el conflicto entre la existencialidad y la normatividad,

⁴⁹ *Rechtswissenschaft*, 1968, p. 9; *vid.* también U. NEUMANN, «Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945», en D. Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, p. 145 (177 s.).

⁵⁰ R. WIETHÖLTER, *Rechtswissenschaft*, 1968, p. 10.

⁵¹ *Ibid.*, p. 38.

⁵² Th. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1981, p. 15.

⁵³ «Der Status des Bundesverfassungsgerichts», en *JöR* 6 (1957), p. 109 (121 s.).

⁵⁴ *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, 1966, pp. 29 ss.

o en un sentido filosófico amplio, entre la naturaleza y la razón moral»⁵⁵. De este modo, estaría justificada la separación del derecho y la política⁵⁶. Sin embargo, H. Triepel⁵⁷ refuta este planteamiento. Para él, «la esencia de lo político no está en contradicción con la esencia del derecho». U. Scheuner⁵⁸ opina de manera semejante, en el sentido que «la política no se contrapone al derecho».

2. La tesis de P. Häberle. Derecho y política como funciones parciales de la *res publica* en general

En 1978 P. Häberle postuló que la jurisdicción constitucional y sus procesos, desde la perspectiva jurídico-constitucional y política, necesitaban una *teoría constitucional pluralista*⁵⁹. Pero dos años antes había escrito también su significativa contribución «Problemas fundamentales de la jurisdicción

⁵⁵ G. LEIBHOLZ, «Der Status des Bundesverfassungsgerichts», en *JöR* 6 (1957), p. 109 (121 s.); F. KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, 1966, pp. 29 ss.; *vid. también*, J. BRAUN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 2011, p. 96. Contra este punto de vista se pueden aducir dos argumentos. Primero, cuando G. Leibholz afirma que la esencia del derecho permanece en calma, parte de una premisa no del todo exacta. En efecto, para el derecho «no existe ni un momento de paralización», como ha dicho F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, p. 11. Lo que P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 93 ss., ha sostenido sobre la fundamentación cultural del derecho constitucional se aplica también aquí para el derecho. El derecho como cultura (al respecto, *vid. también* J. KRÜPER, «Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts», en *id.* (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. 2013, pp. 268 ss.) oscila entre la tradición y el cambio, tiene momentos dinámicos y estáticos. Esta perspectiva estática no implica, sin embargo, una permanente inmovilidad del derecho. La cuestión sobre la rigidez o la movilidad del derecho es, por eso, no una cuestión alternativa (o esto, o lo otro), sino una cuestión de la correcta asignación de estos momentos. Perspectivas estáticas y dinámicas del derecho son necesarias a fin de hacer justicia a la transformación histórica (cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núms. margs. 36 ss.). Esto quiere decir, por lo tanto, que no solo la política, sino también el derecho es dinámico: *law in action* (cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 303, 786). Segundo, G. Leibholz atribuye a la política un carácter irracional. Pero el ejercicio de la política en el Estado constitucional no es absolutamente libre. Es la configuración de los asuntos públicos y, como fuera de la Constitución no existe lo público, la política que se ejerce racionalmente se encuentra siempre dentro de la Constitución: lo político fuera de la Constitución no existe. El derecho y la política, en el Estado constitucional democrático, no se encuentran enfrentados entre sí. Con razón sostiene P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (3 Anm. 6), que «la tesis de “la esencialidad” (*Wesensthese*) de G. Leibholz y F. Klein no ayudan».

⁵⁶ En realidad, en el Estado constitucional moderno no existe un insuperable dualismo entre ambos. Cfr. H. OBERREUTER, Artikel: «Verfassungsgerichtsbarkeit», en D. Nohlen (Hrsg.), *Wörterbuch Staat und Politik*, 3. Aufl. 1995, p. 820 (824).

⁵⁷ «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 5 (1929), p. 2 (7 s.): «Pero tampoco puedo aceptar que se cree una oposición entre “lo político” y “el Estado de derecho”».

⁵⁸ «Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre», en *FS R. Smend*, 1962, p. 225 (260); *id.*, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 78.

⁵⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 61; *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 147 s.

constitucional»⁶⁰ en el que esclareció tanto las cuestiones como su propia concepción de la jurisdicción constitucional. Sobre todo, integró el debate sobre los problemas básicos de la jurisdicción constitucional en la discusión dogmática sobre la «relación» del derecho con la política⁶¹.

a) CONCEPTO DE POLÍTICA

Con mucha frecuencia se generaliza o el poder⁶², la dominación y el conflicto como elemento esencial de la política⁶³ (*teoría del significado intencional*⁶⁴) o el bienestar social (*Wohlfahrt*) y la felicidad como parte integrante de ella (*teoría del significado institucional*⁶⁵). La consideración de la política dinámica e irracional como una técnica para la obtención y conservación del poder con la finalidad de lograr cualquier propósito está superada también en la teoría de P. Häberle. La política es para él ni mera «influencia de la conducción de una comunidad política: hoy “de un Estado”»,⁶⁶ tampoco el arte del ejercicio del poder a través de la «distinción entre *amigo* y *enemigo*» propuesta de manera exagerada por C. Schmitt⁶⁷.

Para una conceptualización adecuada de la política no es de ayuda considerar los elementos parciales individuales de la política⁶⁸, pues una concep-

⁶⁰ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (1 ss.).

⁶¹ *Ibid.*, p. 1 (2).

⁶² Sobre la política como pugna de intereses y lucha por el poder, *vid.* I. EBSSEN, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, pp. 235 ss.

⁶³ «Cuando los juristas, sin embargo, comienzan a elaborar en un intento sistemático un concepto de lo político aparece inevitablemente el nombre de *Carl Schmitt* e inclusive como un mal presagio». Su famosa relación amigo-enemigo «no es un concepto jurídico, y en una mirada más cercana tampoco científico, sino un concepto político –un artificio (*Kunstgriff*), que opera con la evidencia de un empirismo preparado normativamente de manera furtiva». Cfr. U. DI FABIO, *Der juristische Begriff des Politischen*, 2001, pp. 5 ss.

⁶⁴ D. STERNBERGER, «Das Wort “Politik” und der Begriff des Politischen», en *PSV* 24 (1983), p. 6 (12 ss.); *id.*, *Drei Wurzeln der Politik*, 1978, pp. 19 ss.

⁶⁵ Los significados intencionales e institucionales no deben ser omitidos, el concepto «política» debe conectar ambos entre sí, pues ellas se emparejan. Cfr. D. STERNBERGER, «Das Wort “Politik” und der Begriff des Politischen», en *PSV* 24 (1983), p. 6 (12).

⁶⁶ M. WEBER, *Politik als Beruf*, 4. Aufl. 1964, pp. 7 ss.

⁶⁷ C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, 1963, p. 26 ss.; D. GUNST, *Politik zwischen Macht und Recht*, 1974, p. 99. Es sorprendente que aun hoy la política se defina como una *relación amigo-enemigo*: «Mientras que el derecho está constituido por la diferencia entre lo *justo* e *injusto*, en el ámbito de la política lo es la diferenciación determinante entre *amigo* y *enemigo*. Por consiguiente, el político más exitoso es aquel que mejor sabe cómo ganar amigos y cómo dañar a sus viejos enemigos». Cfr. J. BRAUN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 2011, p. 97.

⁶⁸ O. H. V. DER GABLENTZ, «Macht, Gestaltung und Recht: Die drei Wurzeln des politischen Denkens», en H. H. Hoffmann (Hrsg.), *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, 1967, pp. 52, 71,

ción de la política liberada del derecho no existe más⁶⁹. Por lo tanto, debe ser entendido completamente lo que la política significa en la teoría constitucional del pluralismo⁷⁰. Así, la idea de política de P. Häberle está ligada tanto al pensamiento de las posibilidades (*Möglichkeitsdenken*) como a la categoría de la *res publica*. La política como el arte de lo posible⁷¹ y de lo necesario⁷² significa «el arte de hacer posible mañana lo que aparece hoy tal vez como imposible»⁷³. La palabra arte (*Kunst*) no tiene nada que hacer acá con lo estético, sino como advierte E. Bloch, «con una *capacidad* (*Können*). Evidentemente en la palabra “puede” está incluida igualmente la categoría *posibilidad* (*Möglichkeit*). En consecuencia, la política como arte de lo posible es un poder que, conforme a lo posible, sabe lo que quiere y quiere lo que puede»⁷⁴.

No existe la política en un mundo totalmente determinado; por el contrario, si no todo está definido, existe espacio para la posibilidad y la definición. Por tanto, posibilidad significa determinación parcial⁷⁵. Por esta razón, el concepto plural de política para P. Häberle transporta alternancia, tolerancia, derechos de las minorías, representación de los intereses no organizados, derechos sociales y votos particulares⁷⁶. Estas son siempre tareas jurídico-constitucionales inacabadas que ofrecen un espacio para el pensamiento de las posibilidades. La política así entendida muestra con claridad que las minorías tienen la posibilidad de convertirse en mayoría o que los derechos sociales tengan una mejor oportunidad de ser jurídicamente efectivos⁷⁷.

habla de una *teoría del poder* de la política (aquí el poder está en el centro de la reflexión) y de una *teoría de la configuración* (política como configuración de la vida pública). Para él, la política es poder y lucha, configuración y orden. «En la política se trata del derecho (...). La política es la lucha por un ordenamiento justo».

⁶⁹ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 3. Aufl. 2008, p. 511 nota a pie 24.

⁷⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 63.

⁷¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 21: «La relevancia del pensamiento de las posibilidades lo trajo a colación Bismarck en su frase de “la política como el arte de lo posible” (...)». *Id.*, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 4.

⁷² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 81.

⁷³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 57. Según A. ARNDT, *Geist der Politik: Rede*, 1965, p. 7, la política «es un arte del ser humano para que extravíe la realidad o para que la domine. La política está dirigida en retrospectiva y en anticipación a la realidad —en retrospectiva hacia lo realizado en el estado de la historia, en la anticipación hacia lo que es necesario realizar históricamente a fin de hacer posible la existencia del ser humano».

⁷⁴ E. BLOCH, *Politische Messungen, Pestzeit, Vormärz*, 1985, p. 414.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 412 s.

⁷⁶ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 19 ss.; *id.*, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 3 ss. No pueden aceptarse posiciones que sostienen que el núcleo de la política es el poder; lo político significa también consenso, tolerancia y pluralismo.

⁷⁷ P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (43 ss.).

Además, la política se puede cualificar mediante su relación potencial o actual con la *res publica* en su conjunto⁷⁸. Esto quiere decir «que no existe (más) un concepto de política liberada del derecho»⁷⁹. En este sentido, P. Häberle entiende la política como configuración de los asuntos públicos, del buen orden (*gute Ordnung*)⁸⁰ que, no obstante, no es un ámbito que esté libre de conflictos o que contenga una prohibición del conflicto (*Konfliktverbot*)⁸¹, de las relaciones sociales, como una influencia en el orden de las relaciones interpersonales⁸². Para decirlo con W. v. Simson, la política es «la persecución de objetivos estatales y sociales conjuntos»⁸³. La política se debe entender también como el conflicto público de intereses bajo las condiciones del uso del poder y la necesidad de consenso⁸⁴. Siguiendo a R. Smend⁸⁵, K. Hesse ha definido la política «como la lucha de aquellas fuerzas de cuya cooperación y oposición surgen las formas de vida y organización de la comunidad y su relación entre sí, que conduce a su integración»⁸⁶.

Dado que la idea häberliana de la política se basa «en el hecho de la pluralidad de los seres humanos»⁸⁷, el consenso se convierte en fin y objeto de la política⁸⁸. A fin de satisfacer la necesidad de consenso se deben entender todas

⁷⁸ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 63.

⁷⁹ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 511 nota a pie 24.

⁸⁰ R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1964, p. 200: «En la actualidad toda la política se basa en conseguir buenas situaciones sociales»; *id.*, «Richtiges Recht», en W. Maihofer (Hrsg.), *Begriff und Wesen des Rechts*, 1973, p. 356 (378 ss.).

⁸¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 281. R. v. IHERING, *Der Zweck im Recht*, 1893, p. 378; *id.*, *Recht und Sitte*, 1924, p. 175: «Solo ahí donde el poder del propio Estado sigue el orden establecido por él, este último logra su seguridad jurídica; solo ahí donde el derecho domina, se desarrolla la prosperidad de la nación, florece el comercio y la empresa; solo aquí se desarrollan las fuerzas espirituales y morales inherentes al pueblo con toda su energía. El derecho es la bien entendida política del poder —no la política miope del momento, de los intereses ocasionales, sino de la política previsora que mira el futuro y pondera el fin. La condición de esta política es el autocontrol».

⁸² U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, pp. 173 s., entiende la política «como la suprema estructuración ordenadora de todas las fuerzas sociales y la satisfacción de la coexistencia humana bajo el imperativo del bien común; así, la esfera política dentro del Estado es aquella en la que se lleva a cabo las discusiones en torno a los objetivos actuales de la comunidad y de la interpretación del bien común». *Vid.* también, R. WASSERMANN, *Die richterliche Gewalt*, 1985, p. 3; D. GUNST, *Politik zwischen Macht und Recht*, 1974, p. 103.

⁸³ W. v. SIMSON, «Glaube und Politik in heutiger Zeit», en P. Haungs (Hrsg.), *Res Publica*, 1977, p. 370 (371).

⁸⁴ U. v. ALEMANN, Artikel: «Politik», en W. Heun u. a. (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, 2006, p. 1084; K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, p. 250.

⁸⁵ R. SMEND, «Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform», en *FG W. Kahl*, 1923, p. 1 (16 ss.); *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., 1994, pp. 78 ss.

⁸⁶ K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, p. 250.

⁸⁷ H. ARENDT, *Was ist Politik? Fragmente aus dem Nachlass*, 1993, p. 9.

⁸⁸ P. HÄBERLE, «Retrospektive Staats(rechts)lehre oder realistische “Gesellschaftslehre”?», en *ZHR* 1972, p. 425 (439): «Existe una evocación múltiple de lo político que es evidentemente decisionista, exagerada y estatalista, y fuertemente orientada al conflicto con plenos poderes (no al compromiso)».

las funciones estatales como funciones políticas, inclusive la función de la jurisdicción constitucional⁸⁹. Por lo demás, se debe ser consciente de que quien se dedica a la política asume una responsabilidad⁹⁰. Objeto de esta responsabilidad es «la *res publica*, los asuntos públicos, que en una república es cuestión que atañe a todos»⁹¹. El ejercicio del poder y de la política –dice H. Jonas⁹²– sin la observancia del deber es «irresponsable», es decir, una ruptura de la relación de lealtad de la responsabilidad. Sin embargo, la Constitución no conoce ningún poder sin responsabilidad⁹³.

En suma, se puede decir con P. Häberle que la política es el arte de lo posible y de lo necesario, el ejercicio responsable y racional del poder, que no es un fin en sí mismo, a fin de alcanzar el consenso democrático, el bien común, el buen orden y la paz⁹⁴ de una sociedad abierta y plural en el que participen todos los ciudadanos, órganos constitucionales e instituciones.

b) DERECHO Y POLÍTICA SEGÚN P. HÄBERLE

Mientras que en el pensamiento dualista de la separación⁹⁵ el derecho y la política aparecen como polos opuestos, en el modo de pensar häberliano están conectados. Se encuentran, mejor dicho, en una relación estrecha entre sí⁹⁶, al punto que derecho y política no se pueden separar nítidamente el uno de la otra⁹⁷. Subraya que la supuesta autonomía apolítica y neutralidad del derecho frente a lo político se ha reconocido, desde hace mucho tiempo, como un autoengaño⁹⁸. «Cuando se crea el derecho, la política aún no termina. Si se

⁸⁹ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 63.

⁹⁰ P. HÄBERLE, «Retrospektive Staats(rechts)lehre oder realistische “Gesellschaftslehre”?», en *ZHR* 1972, p. 425 (438): La política se exime de la responsabilidad concreta de las decisiones libres de los individuos y de los grupos, su lugar en el contexto de lo necesario y de lo posible, su inclusión en las relaciones conjuntas de la sociedad es subestimada.

⁹¹ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, 1984, p. 181.

⁹² *Ibid.*, pp. 172 ss. De acuerdo con U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 26, el poder no es el *objetivo* de la vida política, sino *presupuesto* para la realización de la función pacificadora y ordenadora.

⁹³ K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, p. 85.

⁹⁴ D. STERNBERGER, *Begriff des Politischen*, 1961, p. 18: «Objeto y finalidad de la política es la paz» (...). «La paz es la categoría política por antonomasia».

⁹⁵ No se debe separar absolutamente derecho y política entre sí. El Estado real vive, es decir, él es la conexión entre derecho y política. Además, el derecho tampoco es absolutamente pacífico, no invariable, y la movilidad de la política busca estar de nuevo en calma. Cfr. J. C. BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, Bd. I, 3. Aufl. 1863, p. 2.

⁹⁶ P. HÄBERLE, «Schrifttum», en *DVBl.* 1973, p. 388 (388).

⁹⁷ H. SCHULZE-FIELTZ, «Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists», en *AöR* 1997, p. 1 (14).

⁹⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 280.

rechaza la identificación del derecho y la política, al igual que su recíproca instrumentalización⁹⁹, se debe rechazar también, por supuesto, la opinión de su mera coexistencia: a favor de una división de trabajo funcional entre diversas instancias dentro de diferentes procesos en el marco *del mismo sistema político y jurídico*¹⁰⁰.

Dos aspectos deben ser aquí resaltados. Por un lado, P. Häberle no defiende un dualismo, tampoco una identificación total del derecho con la política. Por el contrario, estos son elementos parciales de la *res publica* que deben ser organizados de acuerdo con el criterio de la división del trabajo. Entre ellos existen coincidencias como también tensiones que, sin embargo, pueden ser resueltos. La orientación hacia el poder, a su obtención, a su ejercicio y control constituye solo una cara de la política¹⁰¹. No existe en realidad un principio y un final en la relación del derecho con la política¹⁰², debido a que el derecho vigente es el resultado de la política de ayer, y la política de hoy crea el derecho de mañana¹⁰³. No hay tampoco una primacía de uno sobre la otra¹⁰⁴. Después de todo, el derecho y la política se dirigen (o deben hacerlo) hacia el buen actuar¹⁰⁵.

Por otro lado, los lemas *politización* y *despolitización* no llevan consigo un valor en sí, por eso es erróneo cuando se habla en la actualidad, *a priori* dicotómico, de una juridificación de la política (*Verrechtlichung der Politik*) y de una politización del derecho (*Politisierung des Rechts*) como algo bueno o malo¹⁰⁶. Decisiva, por el contrario, es la pregunta: «¿de qué manera, con qué objetivos y con qué límites se debe “politizar”?»¹⁰⁷. Para poder ocuparse *racionalmente* de las relaciones políticas, estas deben ser reveladas aun cuando, por razones antropológicas

⁹⁹ En torno a la instrumentalización mutua del derecho, *vid.* J. C. BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, Bd. I, 3. Aufl. 1863, p. 3: «El derecho es presupuesto de la política, una condición fundamental de su libertad, aunque no el único. La política debe desarrollarse con observancia de los límites jurídicos. Así, elimina el temor a las necesidades cambiantes de la vida. Por otro lado, el derecho necesita de la política para permanecer protegido frente a la petrificación y para seguir el ritmo del desarrollo de la vida. Sin el aliento estimulante de la política el cuerpo del derecho se convertiría en un cadáver; sin los fundamentos y los límites del derecho, la política naufragaría en un egoísmo desenfrenado y en el vandalismo nocivo».

¹⁰⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 280.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 281.

¹⁰² El poder constituyente en el marco del Estado constitucional no es un poder ilimitado, solo conoce, en interés de la libertad, competencias, autorizaciones y mandatos racionales y limitados. Cfr. H. EHMKE, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, p. 476.

¹⁰³ W. ZEIDLER, en F. SCHÄFER/*id.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung*, 1980, p. 43 (45).

¹⁰⁴ Las frases de D. GRIMM «el derecho como producto e instrumento de la política» y «el derecho como marco y norma de la política» conllevarían una primacía del derecho sobre la política y viceversa. Cfr. D. GRIMM, «Recht und Politik», en *JuS* 1969, p. 501 (502 ss.).

¹⁰⁵ H.-M. PAWLOWSKI, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 1986, núm. marg. 11.

¹⁰⁶ Así, no obstante, D. GRIMM, «Politik und Recht», en *FS E. Benda*, 1995, p. 91 (93 ss.).

¹⁰⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 281.

gicas¹⁰⁸, la *emotio* no pueda ser desterrada completamente de la política¹⁰⁹. Aparte de ello, para hacer posible el pensamiento y la acción política deben de «haber zonas de protección privadas y no políticas»¹¹⁰. Inclusive P. Häberle sostiene que conceptos como «conocimientos especializados» (*Fachwissen*) y «experiencia técnica» (*Sachverstand*) no pueden ser caracterizados como *apolíticos*¹¹¹.

En resumen, derecho y política en la teoría de P. Häberle no se presentan como dos círculos independientes que se rozan en un punto, la ley, en el que el contenido de la norma aparece como político, y la obtención (*Normgewinnung*) y aplicación de la norma (*Normanwendung*) como perteneciente a la esfera jurídica. «Mejor dicho, el mundo político extiende su alcance hasta bien entrado el ámbito del derecho»¹¹². El derecho como control del poder estatal y social y como autorización para el poder (por ejemplo, las competencias de la Constitución) son también formas de la política¹¹³ que están por completo vinculadas a las normas¹¹⁴. Con toda razón P. Häberle piensa que el vocablo «derecho apolítico» (*unpolitisches Recht*) no puede continuar¹¹⁵. Derecho y política en el Estado constitucional democrático no se contraponen, son aspectos y funciones parciales de la *res publica* en general¹¹⁶.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO POLÍTICO

1. El positivismo jurídico-estatal

Se dice que la historia del derecho del siglo XIX es la historia del positivismo jurídico, debido a que en esta época se moldeó el método de la teoría del Estado alemán¹¹⁷. Paradójicamente no fue un profesor de derecho constitucional, sino uno

¹⁰⁸ Los seres humanos tienen una naturaleza racional, pero también emocional, al respecto P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. Aufl. 2008, pp. 17 ss.

¹⁰⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 281.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² E. v. HIPPEL, «Ueber Objektivität im öffentlichen Recht», en *AöR* 1927, p. 393 (405).

¹¹³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 282.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, pp. 59 s.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 63 s. Por supuesto que se diferencian en la forma como actúan en el marco de la *división del trabajo republicana*, pero la política no está enfrentada al derecho; *vid.*, además, S. GSCHIEGL, *Politik und Recht*, 2013, p. 27: por un lado, la política está determinada por el margen de actuación preconcebido jurídicamente; por otro, en el marco del Estado constitucional democrático la política asume el papel de creador central del derecho.

¹¹⁷ C.-E. BÄRSCH, «Der Gerber-Laband'sche Positivismus», en M. J. Sattler (Hrsg.), *Staat und Recht*, 1972, p. 43.

de derecho privado, C. F. v. Gerber, el iniciador de la teoría del método del derecho del Estado¹¹⁸. Junto a R. v. Ihering, él había desarrollado una idea metodológica primero para el derecho privado en la introducción a su «Sistema derecho privado alemán» de 1848 y solo después se ocupó del derecho constitucional¹¹⁹. Así, afirmó que «el sistema del derecho privado es un sistema de posibilidades de la voluntad (*System von Willensmöglichkeiten*) que está en su totalidad vinculado a la fuerza de voluntad de la personalidad humana individual (o su imitación). También el derecho del Estado es un sistema de posibilidades de la voluntad, pero vinculado al poder revestido de personalidad de un pueblo unido políticamente»¹²⁰. Con esta simple transferencia intentó conseguir una teoría del derecho constitucional.

De acuerdo con C. F. v. Gerber¹²¹, el derecho del Estado como teoría científica tiene por objeto el desarrollo del derecho que le corresponde al Estado como tal, el poder de la voluntad del Estado, la autoridad del Estado, sería el derecho del Estado. Según esto, el derecho del Estado es «la teoría de la determinación jurídica del organismo vivo estatal, además comprende únicamente el desarrollo de aquellos principios e institutos jurídicos que se relacionan directamente con la fuerza vital y el poder de voluntad del Estado»¹²². El derecho del Estado se expresa así como «una suma de principios e institutos jurídicos»¹²³ que, sin embargo, deben estar fijados de manera compacta y deben estar sustraídos de las influencias cambiantes del día¹²⁴. Él tenía la intención de mejorar la dogmática del derecho del Estado desde una triple perspectiva: primero, por medio de la precisión de los conceptos básicos; segundo, a través de la construcción de un sistema; y, tercero, mediante la expulsión del derecho administrativo de la teoría del derecho del Estado¹²⁵. Además, esta dogmática debía estar depurada de toda consideración filosófica, ética y política. «Su apreciación solo debería ser jurídico-científica; lo político no es el objeto, sino solo herramienta»¹²⁶. Por lo tanto, la materia de la ciencia jurídica del Estado se debía limitar al verdadero derecho constitucional; en un sentido técnico, esta limitación significaba que la teoría del derecho del Estado solo tendría como objeto el derecho legislado¹²⁷.

¹¹⁸ F. MÜLLER, «Demokratie und juristische Methodik», en H. Brunkhorst/P. Niesen (Hrsg.), *Das Recht der Republik*, 1999, p. 191 (192).

¹¹⁹ H.-J. KOCH, *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht*, 1977, p. 61.

¹²⁰ *Deutsches Staatsrecht*, 3. Aufl. 1880, p. 4 nota a pie 2.

¹²¹ *Ibid.*, p. 3.

¹²² *Ibid.*, p. 4.

¹²³ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 8.

¹²⁵ *Ibid.*, p. V ss.; *vid. ahí*, además, la Introducción de W. PÖGGELER, p. 11*.

¹²⁶ C. F. v. GERBER, *Ueber öffentliche Rechte*, 1852, p. 28.

¹²⁷ W. WILHELM, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2003, pp. 134 ss.

P. Laband continuó la línea directriz del positivismo jurídico-estatal, aunque él aparece en los hechos simplemente «como el ejecutor testamentario intelectual de Gerber en el derecho del Estado del imperio alemán»¹²⁸. Era de la opinión de que la Constitución del imperio ya no sería más el objeto de las disputas partidarias, sino fundamento para todos los partidos y sus conflictos¹²⁹. Con la consolidación de la Constitución y su aplicación se estructuraron las condiciones del nuevo derecho público, pero también surgió el desafío de establecer sus principios uniformes y rectores; «nuevas cuestiones y dudas surgen inagotablemente a través de la práctica misma, las que se deben decidir no según el deseo político o el poder político, sino según los principios del derecho vigente»¹³⁰. Al igual que C. F. v. Gerber, P. Laband también pensaba que «en el ámbito del derecho del Estado se repiten muchos conceptos cuyo descubrimiento y desarrollo se ha producido en el ámbito del derecho privado, pero que, de acuerdo con su naturaleza, no son conceptos del derecho privado, sino conceptos generales del derecho. Sin embargo, estos deben ser depurados de los rasgos específicos del derecho privado»¹³¹.

P. Laband sabía, por la evidente deficiencia de este mero tratamiento civilista del derecho del Estado, que la condena a este método civilista a menudo ocultaba una aversión al tratamiento *jurídico* del derecho del Estado, «y, al pretender evitar los conceptos jurídicos del derecho privado, se contravienen los conceptos jurídicos para sustituirlos por consideraciones filosóficas y políticas»¹³². Admitía, además, la relevancia y significado de la historia, la economía, la política y la filosofía para el conocimiento de la ciencia jurídica, no obstante, la dogmática fue para él «no el único aspecto de la ciencia jurídica, pero era por supuesto uno de ellos»¹³³. No hay otro método de construir institutos y conceptos que el «pensamiento puramente lógico» o la lógica¹³⁴; «nada puede sustituirlo a tal efecto; todas las consideraciones históricas, políticas o filosóficas –por muy valiosas que sean en sí mismas– son irrelevantes para la dogmática de una materia jurídica concreta y solo sirven a menudo para disimular la falta de trabajo constructivo»¹³⁵. Así, pues, la política era nuevamente eliminada del derecho constitucional.

Mucho más tarde, O. v. Gierke criticó, en parte, el método de P. Laband y, en parte, lo admitió: «el progreso científico que se realiza a través del libro

¹²⁸ E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 2. Halbband, 1910, p. 833.

¹²⁹ P. LABAND, *Staatsrecht*, Bd. I, 5. Aufl. 1911, p. V.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. VI s.

¹³¹ *Ibid.*, p. VII.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*, p. IX.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

se basa en el hecho, en su esencia, que Laband en su exposición del derecho del Estado del imperio alemán, dentro de un gran estilo y con una consecuencia estricta en comparación con otros, ha introducido el pensamiento de que el derecho del Estado es derecho y nada más que derecho»¹³⁶. O. v. Gierke, quien creía además en la autonomía del derecho del Estado, criticó los trabajos del derecho del Estado contemporáneos que se habían elaborado en una atmósfera nebulosa, en la que los límites entre la investigación jurídica y las valoraciones políticas, éticas y económicas no estaban claramente trazadas¹³⁷. Por eso, afirmó que la tarea más importante de una auténtica teoría jurídica del Estado sería la «separación nítida del derecho de la política»¹³⁸.

Los intentos de C. F. v. Gerber y P. Laband de elaborar un método propio para la teoría del derecho del Estado encontró en H. Kelsen su continuación. Su método «apunta a una teoría del Estado positivo, esto es, a una teoría del derecho del Estado, sin embargo, estrictamente jurídica y no a una teoría del derecho del Estado teñida políticamente»¹³⁹. Como sus predecesores, intentó, además, la creación de una teoría del derecho del Estado independiente «de una metafísica nebulosa del Estado»¹⁴⁰. Para él, esta separación radica en la diferencia del planteamiento del problema de la teoría del derecho del Estado y de la política. «No si el Estado, no por qué y cómo debe ser él, como la política, sino lo que es el Estado y cómo es él, es lo que la teoría del Estado pregunta»¹⁴¹. Por lo que, en contraste con la política, cuya exigencia sería la justicia, el Estado real y existente sería el derecho positivo¹⁴².

2. La teoría de G. Jellinek

La obra de G. Jellinek, según H. Kelsen¹⁴³, es la síntesis perfecta de la teoría del Estado del siglo XIX. La teoría general del Estado de G. Jellinek tiene dos grandes partes: primero, la «teoría social general del Estado» que aprecia al Estado como la estructura social en la totalidad de su esencia; segundo,

¹³⁶ O. v. GIERKE, *Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1961, p. 4.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 9; *vid.* también H.-J. KOCH, *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht*, 1977, p. 62.

¹³⁹ H. KELSEN, *Allgemeine Staatsrechtslehre*, 1966, p. VII.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 44.

¹⁴² *Ibid.*, p. 45.

¹⁴³ *Ibid.*, p. IX. Está en cuestión y es controvertido si y hasta qué punto G. Jellinek es un positivista jurídico, al respecto, D. TSATSOS, *Zur Problematik des Rechtspositivismus*, 1964, p. 19; D. KETTLER, *Die Drei-Elemente-Lehre*, 1995, pp. 106 ss. Acerca de la cuestión si G. Jellinek fundó un nuevo método, *vid.* H. HERWIG, «Georg Jellinek», en M. J. Sattler, (Hrsg.), *Staat und Recht*, 1972, pp. 75 ss.

la «teoría general del Estado» que es el reconocimiento de la naturaleza jurídica del Estado y de los conceptos fundamentales del derecho del Estado¹⁴⁴. Como se ha visto, C. F. v. Gerber y P. Laband habían defendido un positivismo jurídico estricto que eliminó de la apreciación del derecho todo elemento político y social. G. Jellinek combatió este punto de vista¹⁴⁵, pues la determinación del contenido de todos los principios jurídicos no sería posible con la lógica pura y los conceptos fundamentales del derecho del Estado, que son comunes a todos los demás, se burlan del tratamiento puramente lógico¹⁴⁶.

Sostuvo, además, que aunque derecho y política se mezclen entre sí lo menos que sea posible y se respeten bastante en todo momento sus límites, estaría evidentemente descartada una «investigación fructífera del derecho del Estado sin conocimiento de lo políticamente posible»¹⁴⁷. Inclusive para la investigación fructífera de los problemas del derecho del Estado, el conocimiento de la relación entre la teoría social del Estado y la teoría jurídica del Estado es de suma importancia¹⁴⁸. Aunque G. Jellinek abogó a favor de la consideración de los elementos sociales y políticos, no habló, a pesar de todo, de una teoría política del derecho del Estado. Siguiendo a P. Laband afirmó que la dogmática jurídica sería la investigación del derecho positivo vigente, y que el conocimiento político enseñaría, sobre todo, a fijar los límites de las investigaciones fiables¹⁴⁹. Por lo tanto, ofreció dos máximas para la relación entre la teoría del derecho del Estado y la política: primero, la teoría del derecho del Estado no debía estructurar lo políticamente imposible; segundo, una presunción debía hablar a favor de la legalidad de las actuaciones de los más altos órganos estatales¹⁵⁰.

3. La teoría jurídica del Estado y la política

Las ideas positivistas de G. Jellinek y H. Kelsen fueron criticadas severamente, sobre todo, por H. Heller. En comparación con H. Kelsen, la teoría del Estado de H. Heller —como él mismo afirmó— estaba «en su planteamiento del problema mucho más cerca de la “política”»¹⁵¹. Consideró muy complejo el problema de los límites de la teoría del Estado y la política. No obstante, iróni-

¹⁴⁴ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1966, pp. 10 s.

¹⁴⁵ G. KLEINHEYER/J. SCHRÖDER, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 3. Aufl. 1989, p. 141.

¹⁴⁶ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1966, p. 16.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 17 s.; J. KERSTEN, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, 2000, p. 462.

¹⁵¹ H. HELLER, *Staatslehre*, 4. Aufl. 1970, p. 4.

camente sostuvo que este problema sería más sencillo «si por teoría general del Estado solo se entiende el trabajo dogmático con los conceptos generales positivos del derecho del Estado, lo que lógicamente solo es posible en una teoría del Estado sin Estado, es decir, ahí donde el ordenamiento jurídico se identifica con el Estado»¹⁵². Por lo tanto, no compartía la creencia en una frontera clara entre la política como una ciencia práctica y de valoración, por un lado, y la teoría del Estado como una ciencia teórica y libre de valores, por el otro¹⁵³.

En verdad, la teoría del Estado según H. Heller es también una ciencia práctica no liberada de los valores y de la política¹⁵⁴. El anhelo de H. Kelsen de fundar una teoría del Estado radicalmente apolítica (*radikal entpolitisierte Staatslehre*) es imposible. «En la realización de este sueño podía creer solo aquel que había negado la realidad histórico-política del Estado. Esta negación es llevada a cabo por Kelsen –por completo en la línea de la teoría predominante de Gerber y Laband–, de tal manera que el Estado se desarrolla en un orden normativo ideal pensado científicamente y en estas formas jurídicas en lo posible vacías de contenido, pero vinculadas evidentemente al presente; además, son absolutizadas como trascendentes en la historia. Paradójicamente, es verdad que el experimento kelseniano da como resultado una teoría del Estado sin Estado, pero en ningún caso una teoría del Estado despolitizada»¹⁵⁵. En la medida que la teoría del Estado y la política no pueden separarse de manera absoluta no se requiere una complementación de aquella por medio de esta¹⁵⁶. El ser (*Sein*) y el deber ser (*Sollen*) no son opuestos absolutos, pues todos los juicios del *ser* de la teoría del Estado, argumentó Heller, son hasta cierto grado también, y al mismo tiempo, juicios del *deber ser*¹⁵⁷. Esto demuestra que así como la política práctica «solo es el arte de lo posible, también la teoría solo consigue su “contenido y objetivo” en relación a lo políticamente posible»¹⁵⁸. En consecuencia, el conocimiento político de la realidad y la valoración siguen estando inseparablemente unidos¹⁵⁹.

En el debate sobre la relación del derecho del Estado y la política se ha olvidado, injustificadamente, el pensamiento de R. Laun¹⁶⁰. De acuerdo con él, la ciencia no es objetiva absolutamente, un añadido psicológico subjetivo siempre

¹⁵² *Ibid.*, p. 52.

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 51 ss.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 54.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 55.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 56.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 57.

¹⁶⁰ Así H.-J. KOCH, *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht*, 1977, p. 61.

puede desempeñar un papel en el proceso cognitivo, lo que es aplicable también para la teoría del Estado¹⁶¹. Dado que esta tiene que ver con los asuntos controvertidos políticamente, sería especialmente complicado ser objetivo en la teoría del Estado¹⁶². Para R. Laun, el profesor de derecho constitucional estaría en un punto en el que la teoría del Estado y la ciencia jurídica intervienen directamente en la política práctica; esto es, en la lucha de los seres humanos por el poder, y estaría influenciado directamente por esta lucha¹⁶³. En este marco se deben aclarar dos cuestiones: primero, en qué medida el propio profesor de derecho constitucional está influenciado en sus teorías por los juicios de valor propios o ajenos subjetivamente condicionados; segundo, de qué manera sus teorías influyen en los juicios de valor ajenos y, por eso, intervienen en la política práctica¹⁶⁴. «El jurista, por más “positivista” que quisiera ser, concibe las respuestas a las cuestiones jurídicas no únicamente de la ley y la lógica, sino también de su creencia metafísica»¹⁶⁵. Por ello, R. Laun considera acertado señalar que «la interpretación y aplicación dogmática del derecho es dependiente de los juicios de valor políticos subjetivos del individuo que interpreta y aplica el derecho»¹⁶⁶. Se trata de un retorno a la política, pero no al dogmatismo del viejo derecho natural¹⁶⁷. Además, el profesor de derecho constitucional ofrece, en determinadas circunstancias, una opinión política destacada mediante actos extraoficiales, cartas, opiniones especializadas, etc.¹⁶⁸, por lo que la influencia de la ciencia jurídica (del Estado) en la política debe aumentar¹⁶⁹. En consecuencia, es evidente que «para una apreciación libre de prejuicios, la “politización” no significa recriminación, la “despolitización” no significa elogio»¹⁷⁰.

En su famoso discurso rectoral de 1926 H. Triepel¹⁷¹ afirmó que el derecho del Estado «no tiene en el fondo ningún otro objeto que lo político». Con respecto al positivismo jurídico-estatal pensaba que la ciencia jurídica no debía limitarse a las construcciones lógicas formales porque todo ordenamiento jurídico es algo dado para sí mismo, es decir, un ser y este hecho no podría ser concebido, de ninguna manera, sin consideración de las relaciones sociales que el derecho regula. Por po-

¹⁶¹ R. LAUN, *Studienbehef zur allgemeinen Staatslehre*, 4. Aufl. 1947, pp. 21 ss.

¹⁶² *Ibid.*, p. 22.

¹⁶³ R. LAUN, «Der Staatsrechtslehrer und die Politik», en *AöR* 1922, p. 145 (145).

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 145 (146).

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 145 (162, 178): «Por lo tanto, el profesor de derecho y de derecho constitucional enseña no solo conocimientos “objetivos”, sino también juicios de valor subjetivos».

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 145 (162).

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 145 (176).

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 145 (186).

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 145 (192).

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 145 (196).

¹⁷¹ H. TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, 1927, p. 12.

lítica entendía la actuación estatal, la prestación del Estado y la influencia en los asuntos estatales, la «práctica consciente del Estado»¹⁷². Político sería entonces todo «lo que se relaciona a los fines del Estado o a su delimitación frente a los fines individuales, por lo que es claro que una comprensión general de las normas del derecho del Estado, sin inclusión de la política, no es sencillamente posible»¹⁷³. Ningún jurista, opinaba, puede alcanzar con la lógica formal un resultado razonable; lo que es esencial o lo que no lo es solo puede ser determinado mediante un juicio de valor¹⁷⁴. «Inclusive en subsunciones muy simples necesitamos, a menudo, de consideraciones finalistas y juicios valorativos»¹⁷⁵. De modo que no exageró H. Triepel cuando afirmaba que «la mayoría de las teorías del Estado que se habían convertido en determinantes para el derecho del Estado, que en gran medida han sido construcciones jurídicas, se han instituido con respecto a objetivos políticos y para la justificación de los actos políticos»¹⁷⁶. Aquí recordó él un modelo del principal representante de la orientación antipolítica de la teoría del Estado.

La teoría de P. Laband sobre la distinción entre ley en sentido *material* y ley en sentido *formal* –en apariencia apolítica o políticamente neutral– tenía para H. Triepel «ciertamente una tendencia política y el apasionamiento con la que ella fue combatida por Hänel poseía un trasfondo político»¹⁷⁷. H. Triepel consideró al método teleológico como el adecuado para el objeto de la ciencia jurídica, toda vez que esta, en sí misma, no sería nada más que un complejo de juicios valorativos sobre conflictos de intereses¹⁷⁸. Se pronunció, por tanto, a favor de una conexión de la apreciación política con el trabajo de conceptos lógicos, sin que el derecho constitucional sea sustituido por la política¹⁷⁹.

E. v. Hippel argumentó en beneficio de una teoría jurídico-moral del Estado¹⁸⁰. Partiendo del problema de la objetividad abordó el positivismo jurídico en el derecho público. En orden a tratar este problema jurídico, según E. v. Hippel, el concepto de Estado de derecho es decisivo. Para el positivismo jurídico, las normas jurídicas aparecen como criterios de objetividad por excelencia y regulan el comportamiento de los órganos estatales¹⁸¹. El positivismo jurídico intenta separar el mundo de la política y del derecho. «Ahí donde el

¹⁷² *Ibid.*, p. 11.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 32.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 34. Como ejemplo menciona la teoría del contrato estatal y del contrato social, de la soberanía, de la división del poder, etc.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 35.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 37.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 37 ss.

¹⁸⁰ E. v. HIPPEL, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1967, pp. 179 ss.

¹⁸¹ E. v. HIPPEL, «Ueber Objektivität im öffentlichen Recht», en *AöR* 1927, p. 393 (393 ss.).

bosque de normas jurídicas ralea, empieza el terreno de la política (...). Más allá del bosque de normas no se aplica la objetividad de lo jurídico, y las tempestades de la pasión política braman sobre un mar al que ningún dios ordena»¹⁸². Lo jurídico trata la decisión política como algo distinto. Por esa razón la política no sería un asunto de los juristas.

El derecho es objetivo y factual a causa de la teoría de la subsunción, la política no puede exhibir esta exigencia debido a que acá está ausente la norma, el criterio de la objetividad. La política no posee una norma y, por ende, tampoco objetividad. Contra este argumento E. v. Hippel aduce que el procedimiento legislativo es jurídico, «no obstante, el contenido de la norma y especialmente de las normas fundamentales, de la ley y de la Constitución, sirve por supuesto como criterio de la objetividad jurídica, pero es parte ya del universo de lo político»¹⁸³. La ligazón del derecho y la política radica en la actividad de la interpretación jurídica «que conduce a la asignación del significado por medio de la interpretación del sentido y, por ende, es configuración libre y desligada de las normas del mundo político, si bien solo dentro de los límites del significado jurídico inequívoco»¹⁸⁴. En el proceso de aplicación del derecho, la interpretación del derecho se transforma en política jurídica (*Rechtspolitik*); así, el problema de la objetividad política adquiere una importancia central¹⁸⁵.

A decir de E. v. Hippel, la objetividad política no se trata de un oportunismo práctico de la *Realpolitik*, como lo considera el positivismo, sino de una teleología jurídica como política del derecho. «La interpretación jurídica, que lleva a la concesión del significado, permite que coincidan, por lo tanto, el problema de la objetividad jurídica con el problema de la objetividad política»¹⁸⁶. La interpretación jurídica teleológica, para la que la objetividad jurídica no es una propiedad, sino una tarea, exige una fundamentación objetiva de los puntos de vista jurídico-políticos¹⁸⁷. Además, critica el relativismo de valores (*Wertrelativismus*) dado que esta aniquila el sentido de la vida y niega toda posibilidad de desarrollo¹⁸⁸. Aparte de ello, E. v. Hippel cree que la capacidad de pensar con claridad ya no constituye al carácter jurídico, sino la vista clara de la realidad y el conocimiento en torno «al bien»¹⁸⁹. En la realización

¹⁸² *Ibid.*, p. 393 (397).

¹⁸³ *Ibid.*, p. 393 (398).

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 393 (407).

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 393 (414).

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 393 (410 ss.).

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 393 (417).

de la justicia radica el honor del jurista «que, a partir de ahora, como político del derecho (*Rechtspolitiker*) participa en la objetividad de acción política»¹⁹⁰.

4. Posición de P. Häberle: el derecho constitucional «tiene una existencia política»

Así como es sencillo caracterizar el derecho constitucional como *derecho político*, así también es difícil darle sustancia a este punto de vista. En la mayoría de los casos, la fundamentación de la fórmula se queda en la simple afirmación¹⁹¹. Pese a la falta de claridad y a la diversidad de significados de la fórmula *derecho político*, la intención es inequívoca: atribuir al derecho constitucional una cualidad particular en virtud de la cual se diferencia del resto del derecho¹⁹², aunque esta particularidad no es siempre valorada por algunos de manera positiva. En el fondo, depende, por un lado, de la comprensión de la Constitución misma y, por otro, de la idea de política. Antes de analizar la posición de P. Häberle se deben considerar dos cuestiones. Primero, se debe preguntar por el sentido del concepto *derecho político*; segundo, se debe ponderar la tesis de los puntos débiles del derecho constitucional como *derecho político*.

De acuerdo con una conocida expresión, el derecho constitucional es *derecho político* (*politisches Recht*)¹⁹³ o, como otros prefieren, es *el derecho específico para lo político* (*spezifisches Recht für das Politische*)¹⁹⁴. El derecho constitucional es derecho político en el sentido llano de que sirve a la ordenación de la vida política y que no es menos derecho político en su parte de derechos fundamentales que en su parte organizativa¹⁹⁵. Es de carácter político porque crea y ordena las instituciones políticas en las que el Estado está presente organizativa-

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 393 (419).

¹⁹¹ W. KÄGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1971, p. 134 nota a pie 16.

¹⁹² J. ISENSEE, «Verfassungsrecht als “politisches Recht”», en *id./P. KIRCHHOF* (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 268 núms. margs. 1 ss.

¹⁹³ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 245; R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., 1994, p. 82; H. TRIEPEL, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 5 (1929), p. 2 (8).

¹⁹⁴ W. BILLING, *Das Problem der Richterwahl*, 1969, pp. 51 ss.; similar G. F. SCHUPPERT, *Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt*, 1973, pp. 127 ss.; K. STERN, *Das Staatsrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, p. 16.

¹⁹⁵ H. EHMKE, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, p. 468. Distinto E.-W. BÖCKENFÖRDE, en H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum: Über Carl Schmitt*, 1988, p. 283 (291): «El derecho del Estado y el derecho constitucional son concretamente el auténtico derecho político; no en el sentido que el derecho siempre tenga algo que ver con la política, que sirve a la ordenación y configuración de la coexistencia dentro de una comunidad política, sino porque regula, a partir de la materia, las condiciones, los modos de proceder, las facultades y los límites de la capacidad de acción del Estado en tanto unidad política, e igualmente las facultades y posibilidades para la conservación y aseguramiento de

mente, y estimula, vincula y limita por medio de las normas y principios el ejercicio del poder estatal y el proceso político¹⁹⁶. En este sentido, *lo político* se convierte en objeto del derecho constitucional¹⁹⁷. Por supuesto, esto no quiere decir que las demás áreas del derecho sean apolíticas, sino solo que, por ejemplo, el derecho penal, el derecho económico y laboral, así como el derecho que regula la propiedad están indirectamente relacionados con lo político solo en el sentido concreto; no regulan el proceso político como objeto directamente, aunque pueden ir a parar igualmente en el «estado de agregación» (*Aggregatzustand*) de *lo político* y, en este sentido, convertirse en político¹⁹⁸.

Para algunos, *derecho político* significa una debilidad del derecho constitucional. Con el desmontaje del Estado constitucional, la autonomía de la teoría jurídica del Estado se ha visto, cada vez más amenazada; de ser el *derecho para lo político* (*Recht für das Politische*) se convertiría en *derecho político* (*politisches Recht*), en el que lo normativo retrocede cada vez más; la contraposición del ser y deber ser, de la realidad y la norma sería completamente superada, el derecho constitucional habría abdicado. Detrás de la formulación derecho constitucional como derecho político se ocultaría la tendencia que, consciente o inconscientemente, llevaría a la disolución de la Constitución normativa; el derecho constitucional como derecho político, según W. Kägi¹⁹⁹, significaría el debilitamiento de su fuerza normativa.

Frente a esta posición jurídica se resalta que la expresión *derecho político* no significa el debilitamiento del sentido normativo del derecho constitucional. La Constitución regula la formación y ejercicio del poder político; él tiene que ver con las grandes fuerzas sociales y políticas²⁰⁰. Por ello, sostiene con razón H. Krüger que, «con esta cualificación de su materia [lo político], no se hace la más mínima declaración sobre la naturaleza del derecho constitucional mismo; en particular, no se pone en cuestión, en absoluto, la normatividad de este derecho»²⁰¹. Debido a que el derecho constitucional está relacionado di-

esta unidad política. Pero también el derecho del Estado está materialmente y en su *telos* directamente relacionado a lo político y esta determinado por él».

¹⁹⁶ P. BADURA, *Staatsrecht*, 5. Aufl. 2012, p. 21 núm. marg. 13.

¹⁹⁷ R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., 1994, p. 82; crítico C. BILFINGER, «Verfassungsrecht als politisches Recht», en *ZfP* 1929, p. 281 (284 ss.).

¹⁹⁸ Cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft», en *FS U. Scupin*, 1983, p. 317 (321): «La diferencia con el derecho constitucional radica, no obstante, en que las otras áreas del derecho entran en el campo de tensión (*Spannungsfeld*) de la política solo ocasional, casuística y temporalmente limitadas; por el contrario, el derecho constitucional está típicamente dentro de este campo de relaciones y tensiones, ya que regula el acceso a las posiciones políticas de poder y decisión, así como su limitación, etc. y con ello busca normar lo político mismo».

¹⁹⁹ *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1971, pp. 127 s.

²⁰⁰ U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 173.

²⁰¹ H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1966, p. 697.

rectamente con lo político²⁰² puede decirse que no pierde su carácter jurídico, muy por el contrario: la conexión del derecho constitucional con la política y la realidad posibilita reforzar, en mayor medida, su normatividad.

La presunta autonomía apolítica y la neutralidad del derecho constitucional ha sido reconocida desde hace mucho, de acuerdo con P. Häberle²⁰³, como una ilusión porque ninguna teoría de la Constitución o del Estado ignora realmente el problema de la política. De esta manera, un derecho constitucional apolítico no solo es un autoengaño²⁰⁴, sino también una imposibilidad. El derecho constitucional «tiene una existencia política»²⁰⁵, de ahí que su particularidad radique en su naturaleza como *derecho político*²⁰⁶. Sin embargo, lo político se expresa en el pensamiento de P. Häberle, además, en su apreciación del derecho constitucional como el derecho de lo público y como derecho del conflicto y del compromiso (*Recht der Öffentlichkeit und als Konflikt - und Kompromissrecht*).

El derecho constitucional democrático se puede entender como el «derecho de lo público *par excellence*»²⁰⁷. Esto significa que lo público es la «ley» en virtud de la cual la Constitución se ha formado y debe seguir desarrollándose; en la esfera pública están los presupuestos y vías del desarrollo de la Constitución. La realidad de la Constitución se convierte en la realidad de su derecho constitucional como *derecho de lo público (Recht der Öffentlichkeit)*²⁰⁸ o como derecho de la *res publica*²⁰⁹. Lo político comprende inevitablemente los conflictos y consensos, pero también las posibilidades. El conflicto contiene desde el principio la semilla del consenso. No se puede hablar de consenso si no existe un conflicto de antemano. Dado que el derecho constitucional regula el orden político de una comunidad, busca el consenso básico (*Grundkonsens*) de una sociedad civil²¹⁰. Se puede decir que el derecho constitucional se transforma, en este sentido, en el derecho del conflicto y el compromiso²¹¹.

²⁰² E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft», en *FS U. Scupin*, 1983, p. 317 (319).

²⁰³ *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 280.

²⁰⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 19; *id.*, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 4.

²⁰⁵ P. HÄBERLE, «Schrifttum», en *DVBl.* 1973, p. 388 (388).

²⁰⁶ U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 173.

²⁰⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 65; *id.*, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 38.

²⁰⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 65.

²⁰⁹ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 278: «El derecho constitucional como derecho de la *res publica* no podría prescindir, desde un principio, del interés público».

²¹⁰ Al respecto, P. HÄBERLE, *Nationalflaggen: Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, 2008, pp. 213 s.

²¹¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 177 s.

Aparte de ello, P. Häberle²¹² no restringe lo político al derecho constitucional. El derecho privado mismo tiene «implicaciones y condiciones políticas». Si se compara con el derecho constitucional o con el derecho internacional, el derecho privado parece estar muy lejos de la esfera de la política; dado que el núcleo político en el derecho privado se oculta, a primera vista, detrás de una dogmática desarrollada ampliamente, el profesor de derecho privado se expone en mayor medida al peligro de pasar por alto las relaciones y efectos políticos²¹³. El derecho constitucional «no tiene menos afinidad con la libertad que el derecho privado, y este no menos afinidad con el bien común»²¹⁴ que el derecho constitucional. Tanto el derecho constitucional como el derecho privado se ocupan realmente de la libertad²¹⁵ y del bien común; es decir, de la esfera política de una sociedad civil. Se puede afirmar, en ese sentido, que «el derecho civil es profundamente “derecho político”»²¹⁶, inclusive debe ser considerado como *medio de la separación del poder político*²¹⁷. En efecto, el derecho privado –como todo el derecho– crea en última instancia vinculación (*Bindung*) y limitación (*Beschränkung*) de la libertad; además, la experiencia demuestra que el derecho privado también hace posible que un sistema jurídico que asegura la libertad, sin la división de poderes, lo que también posibilita el derecho privado, no se puede llevar a cabo²¹⁸. Institutos jurídicos como el matrimonio, la familia, la propiedad, la herencia y la libertad contractual tienen implicaciones y presupuestos políticos. Al programa político del derecho privado o a su idea fundamental pertenece el permitir, por ejemplo, la autodeterminación y el incremento del bienestar (*Wohlstandsmehrung*) dentro de una sociedad de ciudadanos libres e iguales mediante un derecho privado abierto al pensamiento de la autonomía privada²¹⁹. En este sentido, *el derecho privado también es derecho político*²²⁰.

²¹² P. HÄBERLE, «Allgemeine Probleme des Verfassungsrechts und der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *JöR* 48 (2000), p. 399 (414 s.).

²¹³ K. BALLERSTEDT, «Privatrecht und Politik: Zur Frage der politischen Bildung der Juristen», en *FS O. Kunze*, 1969, p. 39 (44).

²¹⁴ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 711. Para K. HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, p. 39, «el derecho constitucional es de decisiva importancia para el derecho privado y el derecho privado es de decisiva importancia para el derecho constitucional».

²¹⁵ W. HALLSTEIN, *Wiederherstellung des Privatrechts*, 1946, p. 6.

²¹⁶ B. RÜTHERS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Aufl. 1997, p. V.

²¹⁷ F. BYDLINSKI, «Privatrecht und umfassende Gewaltenteilung», en *FS W. Wilburg*, 1975, p. 53 (53 ss.).

²¹⁸ *Ibid.*, p. 53 (58, 67).

²¹⁹ W. ZÖLLNER, «Die politische Rolle des Privatrechts», en *JuS* 1988, p. 329 (329 ss.).

²²⁰ El derecho privado «no es una mera “especialidad”». Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 249.

III. SOBRE EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Jurisdicción estatal y jurisdicción del Estado

Uno de los primeros problemas que P. Häberle aborda es el del concepto de jurisdicción constitucional que, especialmente, puede ser tratado desde dos perspectivas: por un lado, con respecto a la diferencia entre *jurisdicción estatal* (*Staatsgerichtsbarkeit*) y *jurisdicción constitucional* (*Verfassungsgerichtsbarkeit*); por otro lado, en relación con la diferenciación de *la jurisdicción constitucional* en sentido *material* y en sentido *formal*.

En la literatura se encuentra, junto a la denominación *jurisdicción constitucional*, también la expresión *jurisdicción estatal*²²¹. No obstante, ambos conceptos no deben ser empleados en la actualidad como intercambiables. Ellos pertenecen a momentos históricos distintos²²². Objeto de la jurisdicción estatal, que se relaciona con la época de la República de Weimar²²³, fue la totalidad de órganos del Estado, participando la jurisdicción estatal directa o indirectamente en la conformación de la voluntad estatal²²⁴. Con esto se trataba, en esencia, de un control judicial del Reich sobre los Länder y de la garantía de lo constitucional, es decir, de la Constitución pactada en los conflictos de soberanía entre los órganos²²⁵. El Congreso de Profesores Alemanes de Derecho Constitucional (*Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) realizado el 23 y 24 de abril de 1928 se tituló «Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal» (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*). Sin embargo, en él H. Triepel como expositor rechazó ya dicha frase porque todo tribunal, en último

²²¹ F. KÜHN, *Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Landesrecht*, 1929, p. 9 nota a pie 3. Esto aplica también para los conceptos *tribunal de justicia del Estado* (*Staatsgerichtshof*) y *tribunal constitucional* (*Verfassungsgericht*). Por *tribunal de justicia del Estado* se entiende un tribunal que es competente exclusivamente para conocer los conflictos de organización estatal entre los órganos individuales del Estado y entre el Estado nacional y los Estados miembros. Un *tribunal constitucional* sirve, aparte de esto, para la defensa de los derechos fundamentales. «Así, en un “tribunal de justicia del Estado” de un Estado federado (*Land*) alemán no tiene lugar, por lo general, un recurso constitucional de amparo individual (*Individualverfassungsbeschwerde*) (por ejemplo, en la Baja Sajonia), mientras que la competencia de un “tribunal constitucional” es más amplia (por ejemplo, Brandenburgo)». Cfr. TH. I. SCHMIDT, *Verfassungsprozessrecht*, 2010, p. 6.

²²² U. SCHEUNER, «Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert», en *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG*, Bd. I, 1976, p. 1 (20 ss.).

²²³ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (6). La denominación *jurisdicción estatal* (*Staatsgerichtsbarkeit*) se halla, por ejemplo, en R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, pp. 135, 143, 172; *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., 1994, pp. 247, 273; *vid.* además W. JELLINEK, «Der Schutz des öffentlichen Rechts durch die Verwaltungsgerichte», en *VVDStRL* 2 (1925), p. 8 (11).

²²⁴ F. W. JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, 1930, pp. 50 ss.

²²⁵ K. SCHLAICH, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», en *VVDStRL* 39 (1981), p. 99 (103).

término, es un tribunal estatal y, en cualquier caso, el concepto de jurisdicción estatal no debía ser definido según el sujeto, sino según el objeto; aparte de que no todas las cuestiones jurídico-estatales pertenecían al ámbito de la jurisdicción estatal²²⁶. En consecuencia, H. Triepel consideró que «la expresión jurisdicción constitucional era la mejor»²²⁷.

Aunque en esa conferencia H. Kelsen, en comparación con H. Triepel, no realizó mayores comentarios sobre la diferencia entre ambos términos, definió sencillamente la jurisdicción estatal como «jurisdicción-constitucional» y como tal era «una garantía judicial de la Constitución»²²⁸. Aparte de esto, los dos términos son obviamente sinónimos para él, pues entendió la jurisdicción estatal como jurisdicción constitucional. Sin embargo, afirmó H. Kelsen que el objeto de esta garantía judicial era «asegurar la legalidad (*Rechtmäßigkeit*) de las funciones estatales»²²⁹; con esto, en verdad, se refería a la jurisdicción estatal y no a la jurisdicción constitucional en sentido estricto.

Al igual que H. Triepel, P. Häberle considera que el término *jurisdicción constitucional* es apropiado²³⁰. Con el art. 1 párr. 3 y el art. 20 párr. 3, la LF corta el vínculo con los tipos más antiguos de jurisdicción estatal²³¹, por lo que, por buenas razones, en la actualidad no se habla más, como se hacía frecuentemente en la República de Weimar, de jurisdicción estatal²³². Debe recordarse que la Constitución, según P. Häberle, es el ordenamiento fundamental del Estado y la sociedad. Por esta razón, a la jurisdicción constitucional no solo le concierne el Estado y la actividad de sus órganos, sino también la sociedad²³³. Se muestra especialmente preocupado por el abuso de poder de la sociedad, pues las amenazas actuales a los derechos fundamentales provienen tanto del Estado, pero también y cada vez más de la sociedad²³⁴. Por ejemplo, el fundamentalismo religioso, el poder económico de las empresas nacionales

²²⁶ H. TRIEPEL, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 5 (1929), p. 2 (3 ss.).

²²⁷ *Ibid.*, p. 2 (4).

²²⁸ H. KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 5 (1929), p. 30 (30 ss.).

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (6); *vid.* además P. BADURA, *Staatsrecht*, 5. Aufl., 2012, p. 785 núm. marg. 51: «Para una jurisdicción constitucional como el de la LF, en la que en primer plano está la vinculación jurídico-constitucional del legislador y también la apelación a un tribunal por los particulares que reclaman sus derechos fundamentales, la denominación “jurisdicción constitucional” es más apropiado».

²³¹ K. SCHLAICH, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», en *VVDStRL* 39 (1981), p. 99 (103).

²³² P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (6).

²³³ *Ibid.*

²³⁴ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, pp. 299 ss.

e internacionales, la concentración del poder de los medios de comunicación social privados, el acceso a los datos personales (palabra clave: protección de la personalidad) son amenazas a la libertad que pueden atribuirse a la sociedad. Con esto, el concepto de jurisdicción constitucional experimenta a causa de sus nuevas tareas con respecto a la sociedad un cambio necesario. Por esta razón, P. Häberle acierta al aseñalar que la jurisdicción constitucional hoy es menos una función estatal que una «función pública del bien común»²³⁵.

De ahí que la *jurisdicción estatal* no pueda describirse como coincidente con la *jurisdicción constitucional*, debido a que esta última es, además, una «jurisdicción social» (*gesellschaftliche Gerichtsbarkeit*)²³⁶.

2. Jurisdicción constitucional formal y material

a) INTERPRETACIÓN FORMAL Y MATERIAL DE LA JURISDICCIÓN

A la vista del art. 92 de la LF, se dice que la jurisdicción constitucional es una jurisdicción genuina: «El poder judicial está encomendado a los jueces; es ejercido por el Tribunal Constitucional Federal (...)». La doctrina habla aquí de una *comprensión formal y material* de la jurisdicción.

El concepto *formal*²³⁷ de jurisdicción significa la «suma» de todas las competencias de la judicatura que se derivan del derecho vigente²³⁸; por el contrario, la *comprensión material* se conecta con el contenido de la actividad jurisdiccional y expresa no solo el catálogo de vías judiciales asignadas legalmente al contenido de la judicatura, sino también los ámbitos esenciales tradicionales de la jurisdicción prescritos por el poder constituyente: los litigios civiles así como la jurisdicción penal²³⁹. En términos materiales la jurisdicción es definida de acuerdo a su función²⁴⁰. Según R. Thoma, por jurisdicción en el

²³⁵ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (6).

²³⁶ P. HÄBERLE, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers, (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 35 (35 ss.).

²³⁷ H. MAURER, *Staatsrecht I*, 6. Aufl. 2010, p. 611 núm. marg. 3: «El concepto formal de jurisdicción, que se basa en las tareas asignadas por ley a los tribunales, debe descartarse aunque solo sea porque conduce a un círculo (la jurisdicción es la actividad judicial, la actividad judicial es la jurisdicción) y, además, porque entrega al legislador la asignación de la jurisdicción».

²³⁸ M. MORLOK/L. MICHAEL, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2015, p. 381 núm. marg. 4.

²³⁹ *Ibid.*; P. BADURA, *Staatsrecht*, 5. Aufl., 2012, p. 746 núm. marg. 2; D. WILKE, «Die rechtsprechende Gewalt», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSrR*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 112 núms. margs. 57 s.

²⁴⁰ W. HEYDE, «Rechtsprechung», en E. Benda u. a. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1994, p. 1580 (1584) núm. marg. 13.

sentido material del término se ha de entender la decisión independiente por parte de una autoridad estatal de lo que es legal en el caso particular, en aplicación del derecho vigente a un supuesto de hecho concreto; por jurisdicción en *sentido formal* se entiende la actividad de los tribunales de todo tipo; sin embargo, la tarea genuina del tribunal es «dictar, en forma de sentencia, actos de jurisdicción (en el sentido material de la palabra)»²⁴¹.

Con respecto a esto, tempranamente P. Häberle se había preguntado, por un lado, de cuáles criterios se deriva la calificación de la jurisdicción constitucional de la LF como jurisdicción; y, por otra parte, si el concepto de jurisdicción debe determinarse exclusivamente material, exclusivamente formal o en una combinación de criterios formales y materiales²⁴². La jurisdicción constitucional se considera, en términos jurídico-positivos, jurisdicción (art. 92 de la LF). Sin embargo, la propia LF no define explícitamente qué es jurisdicción. Por esa razón, P. Häberle plantea la pregunta sobre qué rasgos son los que determinan la jurisdicción. La jurisdicción es identificada, con frecuencia, por la aplicación del derecho a hechos concretos²⁴³ y la decisión de conflictos como características esenciales²⁴⁴. Sin embargo, esta visión es muy vaga. Según K. Hesse, la aplicación del derecho incumbe a todos los órganos del Estado (no solo a la jurisdicción) que, de acuerdo con los distintos grados de su vinculación jurídica, están llamados a concretizar el derecho, especialmente la administración²⁴⁵; la solución de controversias tampoco constituye un elemento esencial de la jurisdicción, porque ella no incluye la tarea de la administración de justicia penal (*Strafrechtspflege*) que no resuelve controversias²⁴⁶.

²⁴¹ R. THOMA, «Grundbegriffe und Grundsätze», en G. Anschütz/*id.* (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II, 1932, p. 108 (129, 133). El concepto de jurisdicción no se puede determinar en términos puramente formales; es decir, con respecto al órgano al que se le ha encomendado la tarea de juzgar, ni tampoco en términos puramente materiales, esto es, exclusivamente a partir de su función sin emplear elementos organizativo-formales. El camino correcto está en un enlace de los criterios formales y materiales. Además de la esencia y modalidad de la función, también debe tenerse en cuenta la naturaleza y tipo de órgano que ejerce esta función, así como la forma de estructuración del procedimiento de este órgano. Cfr. W. BILLING, *Das Problem der Richterwahl*, 1969, pp. 26 ss.

²⁴² P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (7).

²⁴³ K. STERN, *Staatsrecht*, Bd. II, 1980, p. 898: Jurisdicción es «la apreciación jurídica de hechos en aplicación del derecho vigente por parte de un órgano (estatal) imparcial; el juez, que conduce a una decisión final vinculante dentro de un procedimiento regulado especialmente».

²⁴⁴ K. A. BETTERMANN, «Die rechtsprechende Gewalt», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSiR*, Bd. III, 1988, § 73 núm. marg. 39: «El art. 92 de la LF reserva solo para los jueces la decisión de las controversias jurídicas».

²⁴⁵ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 548.

²⁴⁶ *Ibid.* Una exposición distinta desarrolla K. A. BETTERMANN, «Die rechtsprechende Gewalt», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSiR*, Bd. III, 1988, § 73 núm. marg. 44; así también H. MAURER, *Staatsrecht I*, 6. Aufl. 2010, p. 612 núm. marg. 6.

P. Häberle confirma estas apreciaciones. Fundamenta su idea de jurisdicción sobre la base de la definición de K. Hesse. La jurisdicción, por ejemplo, «en su tipo básico está caracterizada por la expedición de decisiones autoritativas y, en consecuencia, vinculantes y autónomas, dentro de un procedimiento especial, en casos donde el derecho resulte vulnerado o controvertido»²⁴⁷. Se trata de un concepto de jurisdicción que describe la actividad judicial del TCF (*BVerfG*) en tanto jurisdicción *material* referida a la Constitución como su objeto²⁴⁸. Esta definición, fundamentada en el derecho positivo por medio de los arts. 92, 93 de la LF y mediante el art. 1 de la Ley del TCF (*BVerfGG*)²⁴⁹, es aplicable inclusive para el proceso del control abstracto de normas (*abstrakte Normenkontrolle*), en el que el TCF, a solicitud, puede declarar las leyes nulas o –para evitar las consecuencias del efecto *ex-tunc* de la declaración de nulidad– inconstitucionales, sin que para el procedimiento se requiera una lesión concreta del derecho por medio de la ley inconstitucional²⁵⁰ (art. 93 párr. 1 núm. 2 de la LF, art. 78 de la Ley del TCF). La sentencia de control abstracto de normas adquiere un efecto general vinculante (art. 31 párr. 1 de la Ley del TCF) a causa de la «fuerza de ley» (*Gesetzeskraft*)²⁵¹ (art. 31 párr. 2 de la Ley del TCF).

Hasta ahora se ha demostrado que P. Häberle, siguiendo a K. Hesse y a U. Scheuner, asume un concepto material de jurisdicción²⁵². No obstante, sigue pensando en una idea propia de jurisdicción que se corresponda con su teoría constitucional del pluralismo. Así, la jurisdicción tiene una relación estrecha e inevitable con lo público porque la democracia y el Estado de derecho exigen por igual la dimensión pública de la función judicial²⁵³. Esto se aplica en dos sentidos: por un lado, los jueces son «jueces públicos»; por otro, la justicia siempre es «justicia pública»²⁵⁴. Por esta razón habla de «la jurisdicción como función pública del bien común (*Rechtsprechung als öffentliche Gemeinwohlfunktion*)», en el que el proceso interpretativo judicial se vincula con la transparencia de la interpretación²⁵⁵.

²⁴⁷ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 548; Chr. STARCK, «Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung», en *VVDStRL* 34 (1976), p. 43 (65 s.).

²⁴⁸ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (8).

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ K. SCHLAICH/S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl., 2012, núm. marg. 378.

²⁵² P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (6 ss.); *id.*, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 407.

²⁵³ P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 136.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 136: «No existe la justicia privada».

²⁵⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 136.

Aparte de esto, para P. Häberle la imagen del Estado judicial es exagerada; la idea de Montesquieu (el juez es solo «*bouche de la loi*») ha desaparecido²⁵⁶. Sostiene, por ello, que la función de la jurisdicción en el Estado constitucional no se limita a las meras tareas de subsunción. La jurisdicción es, en gran medida, por el contrario, perfeccionamiento (*Rechtsfortbildung*) y creación del derecho (*Rechtschöpfung*)²⁵⁷. La defensa del derecho es solo una parte de las tareas de la jurisdicción como función del bien común. Significa, además, «perfeccionamiento prudente del derecho hasta llegar al derecho judicial como una propia fuente del derecho»²⁵⁸. Esto no quiere decir, sin embargo, que P. Häberle piense en una jurisdicción sin límites²⁵⁹. Por cuanto la jurisdicción es parte de las funciones estatales y permanece incorporado en el sistema conjunto de la división del poder, la jurisdicción ha de respetar el principio de los límites jurídico-funcionales de la actividad judicial²⁶⁰.

b) Jurisdicción constitucional en sentido formal y material

Un concepto uniforme de jurisdicción constitucional no existe hasta ahora²⁶¹. Sin embargo, se pueden reconocer en la doctrina dos posiciones al respecto: se ha acuñado principalmente una comprensión *formal* y otra *material*²⁶². El concepto *formal* de jurisdicción constitucional se basa en la

²⁵⁶ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 405 s.

²⁵⁷ A. HATJE, *Staatsrecht I*, 2. Aufl. 2008, p. 47.

²⁵⁸ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 406.

²⁵⁹ Vid. al respecto O. LEPSIUS, «Die maßstabsetzende Gewalt», en M. Jestaedt u. a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, p. 159 (161 ss.).

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ Cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht*, Bd. II, 1980, p. 943: «Jurisdicción constitucional significa decidir con arreglo al criterio del derecho constitucional lo que es legítimo (*Rechtens*) de manera vinculante y en última instancia dentro de un proceso judicial. Siempre es un principio jurídico el que proporciona el parámetro de legitimidad. Es la condición básica para toda jurisdicción constitucional así como para toda jurisdicción»; vid. además H. SIMON, «Verfassungsgerichtsbarkeit», en E. Benda u. a. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1994, p. 1637 (1640): «Si por jurisdicción constitucional se entiende una "jurisdicción institucionalmente dirigida a la preservación y ejecución de una Constitución" (así Scheuener), entonces a sus presupuestos pertenece que exista una Constitución –escrita– y que sea reconocida como superior»; G. ROELLECKE, «Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung», en F. SCHÄFER, *id.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung*, 1980, p. 24 (24 ss.) distingue tres interpretaciones con respecto al concepto de jurisdicción constitucional: a) la *interpretación de la teoría de la integración* la entiende como una de las muchas estaciones dentro del proceso de producción constante de la unidad política de la sociedad, b) la *interpretación jurídica* se vincula con el par conceptual derecho y política, c) la *interpretación política* pretende, por el contrario, entenderla desde el sistema político en su conjunto.

²⁶² H. BETHGE, en Th. Maunz u. a. (Hrsg.), *BVerfGG Kommentar*, Bd. I, Stand: Dezember 2014, vor § 17 núms. margs. 26 s., considera irrelevante el concepto material de la jurisdicción constitucional a la vista de su supuesto carácter difuso.

regulación jurídico-positiva de la competencia de un tribunal constitucional²⁶³. No se puede decir aquí que exista un concepto unificado de jurisdicción constitucional, pues todos los diversos tipos de procesos tienen una tarea propia²⁶⁴. Formalmente considerada, la jurisdicción constitucional es así la «suma» de todas las competencias que resultan de la LF vigente y de la Ley del TCF. De modo que ella se convierte –como piensa E. Friesenhahn²⁶⁵– en un «término genérico (*Sammelbezeichnung*) para diversos tipos de jurisdicción».

Por el contrario, los que se orientan hacia el objetivo de la protección de la Constitución y la decisión de las cuestiones jurídicas constitucionales, como asunto capital de la jurisdicción constitucional, defienden un concepto *material* de la misma²⁶⁶. De acuerdo con H. Triepel, la jurisdicción constitucional es «jurisdicción en asuntos de la Constitución y para la protección de la Constitución»²⁶⁷. Sin embargo, no es simple jurisdicción en asuntos de la Constitución formal, sino «en asuntos de la Constitución material»²⁶⁸. Parecido a H. Triepel, U. Scheuner también argumenta que la jurisdicción constitucional es «jurisdicción sobre las cuestiones de la vida de la Constitución»²⁶⁹. J. Wintrich habla de un objetivo unitario de la jurisdicción constitucional que

²⁶³ H. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3. Aufl. 1973, pp. 37 ss.; F. KÜHN, *Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Landesrecht*, 1929, p. 9.

²⁶⁴ K. SCHLAICH/S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl., 2012, núm. marg. 10.

²⁶⁵ «Die Staatsgerichtsbarkeit», en G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II, 1932, p. 523 (526).

²⁶⁶ U. SCHEUNER, «Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert», en *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG*, Bd. I, 1976, p. 1 (5 nota a pie 9).

²⁶⁷ H. TRIEPEL, en *VVDStRL 5* (1929), p. 2 (5): «Pero Constitución es, en este sentido, no la Constitución en sentido formal, no la ley constitucional o las leyes constitucionales, no el documento constitucional».

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ U. SCHEUNER, «Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert», en *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG*, Bd. I, 1976, p. 1 (4 ss.): «Con la ampliación producida del ámbito de esta jurisdicción, con la inclusión de las controversias constitucionales entre los partícipes de la vida política y de las quejas a causa de la violación de derechos protegidos por la Constitución, la jurisdicción constitucional se puede definir, en un sentido amplio, como la jurisdicción sobre las cuestiones de la vida constitucional que, sin embargo, solo comprende aquellos procedimientos que expresan auténtica jurisdicción, es decir, decisiones vinculantes sobre el derecho constitucional controvertido o lesionado, no mediación (*Vermittlung*) o supervisión (*Aufsicht*), y en los que la decisión sobre cuestiones jurídicas de la Constitución significa un punto central»; *id.*, «Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik», en *DVBl.* 1952, p. 293 (296): «Un concepto uniforme se deriva del hecho de que se trata de la jurisdicción en el ámbito de la vida constitucional». De la literatura actual, Chr. MÖLLERS, «Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts», en M. Jestaedt u. a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, p. 281 (283 ss.) y O. LEPSIUS, «Die maßstabsetzende Gewalt», en M. Jestaedt u. a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, p. 159 (161 ss.).

está en la «protección de la Constitución»²⁷⁰, e igualmente agrega K. Hesse que la «jurisdicción constitucional sirve exclusivamente para la defensa de la Constitución»²⁷¹, tanto en un sentido de la protección jurídica objetiva como también de la protección jurídica subjetiva individual, en particular, de la protección de los derechos fundamentales²⁷².

De una interpretación material de la jurisdicción constitucional también habla P. Häberle²⁷³. Aquí se formula la pregunta de si existe un concepto básico uniforme de la jurisdicción constitucional sobre las competencias individuales²⁷⁴. Esta pregunta la responde positivamente. Es de la idea, por un lado, que la organización y tareas de una jurisdicción constitucional provienen de la Constitución positiva²⁷⁵; por otro lado, afirma, sin embargo, que detrás de la competencia del TCF (art. 93 de la LF) hay una tarea esencial: la defensa de la Constitución²⁷⁶. En razón a ello, P. Häberle concibe provisoriamente la jurisdicción constitucional como «cada procedimiento judicial que debe defender directamente la observancia de la Constitución»²⁷⁷. La

²⁷⁰ J. WINTRICH, «Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *FS H. Nawiasky*, 1956, p. 191 (200 ss.): «Como ya se ha explicado anteriormente, los tribunales constitucionales (a saber, el TCF, al que se le ha conferido las competencias más amplias), por un lado, deben interpretar, desarrollar y preservar el ordenamiento constitucional mediante fallos (*Richtersprüche*) con efecto vinculante definitivo; por otro lado, deben defender los fundamentos de la existencia de un orden fundamental democrático liberal. A partir de esta función especial, por la cual a las decisiones de los tribunales constitucionales les corresponde una fuerza vinculante general, se deriva su posición como “guardián de la Constitución” (*Hüter der Verfassung*)».

²⁷¹ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 561; *vid.* también M. DRATH, «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 9 (1952), p. 17 (19 ss.).

²⁷² K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, p. 316.

²⁷³ «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (9).

²⁷⁴ J. WINTRICH, «Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *FS H. Nawiasky*, 1956, p. 191 (199 nota a pie 14), piensa que «el problema aquí planteado es, por lo tanto, si en un sistema constitucional determinado (a saber, el de la LF y el de las Constituciones de los Länder), la signación de las tareas jurídico-positivas transferidas a los tribunales constitucionales, justamente a estos tribunales, (“jurisdicción constitucional en sentido formal”) puede y debe ser explicado a partir de una concepción básica uniforme para hacer justicia a la tendencia general de las constituciones. Las siguientes explicaciones dentro del texto buscan tales ideas básicas uniformes que subyacen a todas las competencias jurídico-constitucionales del TCF y de los Tribunales Constitucionales de los Länder, deducidas de la unidad de la finalidad, de la unidad de objeto y de la doble función típica a los tribunales constitucionales (simultáneamente como tribunal y como órgano constitucional supremo). Con ello se obtiene un concepto amplio de “jurisdicción constitucional en sentido material” (...)».

²⁷⁵ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 431 s., ha clasificado las competencias que están contenidas en la LF de la siguiente manera: a) recurso constitucional de amparo, b) control de normas abstracto y concreto, c) conflictos constitucionales, d) conflictos federativos y demás competencias.

²⁷⁶ P. HÄBERLE, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», en *EuGRZ* 2004, p. 117 (121).

²⁷⁷ H. MOSLER, «Das Heidelberger Kolloquium über Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.) *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, 1962, p. IX (XII); similar, E. FRIESENHAHN, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en H. MOSLER (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in*

ventaja de esta definición es obvia. Se hacía hincapié en el objeto de protección y la función de control de la jurisdicción constitucional. Procedimiento (elemento formal) y defensa de la Constitución (elemento material) no se pasan por alto aquí. Aunque P. Häberle adopta la definición mencionada, la considera igualmente imperfecta²⁷⁸, ya que no se aclaran las consecuencias resultantes del objeto de protección para las tareas concretas de la jurisdicción constitucional bajo la LF, a saber: «preservar y mantener abierta la Constitución como marco ordenador de los efectos estatales y sociales en la *res publica*»²⁷⁹.

IV. LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES COMO CONFLICTOS POLÍTICOS

El esclarecimiento de la naturaleza de las controversias constitucionales (*Verfassungsstreitigkeiten*) es fundamental para la comprensión de las tareas de la jurisdicción constitucional²⁸⁰. Su exacta valoración juega un papel importante²⁸¹, ya que la controversia constitucional está en el centro de un sistema jurisdiccional de derecho complejo y altamente diferenciado e impregnado normativamente en su totalidad²⁸². Hasta ahora este es un tema controvertido, del mismo modo como lo es el concepto de jurisdicción y de la jurisdicción constitucional misma. Es obvio que la jurisdicción constitucional se ocupa exclusivamente de las controversias constitucionales genuinas y que no toda controversia sobre la Constitución significa ya una controversia constitucional en estricto²⁸³. Por lo demás, para decidir esto, la jurisdicción constitucional tiene el monopolio²⁸⁴. Sin embargo, ¿qué es realmente una controversia cons-

der Gegenwart, 1962, p. 89 (91): «Todos los procedimientos judiciales que deben defender directamente la preservación de la Constitución están concentrados en el TCF».

²⁷⁸ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (6 s.).

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 1 (7).

²⁸⁰ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núms. margs. 561 ss.

²⁸¹ Como, por ejemplo, para la estratificación irrenunciable entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*). Cfr. H. BETHGE, «Verfassungsstreitigkeiten als Rechtsbegriff», en *Jura* 1998, p. 529 (532).

²⁸² H. BETHGE, «Die materielle Verfassungsstreitigkeit zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», en *FS W.-R. Schenke*, 2011, p. 61 (61 ss.).

²⁸³ O. BACHOF, «Rechtsweg, Parteifähigkeit, Prozeßführungsrecht und Sachlegitimation im Verfassungsstreit», en *AöR* 1953-1954, p. 107 (115): «Se puede admitir el punto de vista de que por “controversia”, en el sentido del art. 93 I Nr. 1 de la LF, se deben entender “controversias constitucionales” en sentido estricto; es decir, solo conflictos orgánicos en torno a “derechos” de los órganos del Estado y no ya a todas las cuestiones objetivas de derecho constitucional».

²⁸⁴ H. BETHGE, «Verfassungsstreitigkeiten als Rechtsbegriff», en *Jura* 1998, p. 529 (529).

titucional? Remitirse a las normas positivas del derecho constitucional no es de utilidad, ya que ni la LF ni la Ley del TCF utilizan o definen el concepto de controversia constitucional (*Verfassungsstreitigkeit*)²⁸⁵.

1. Tesis de la naturaleza puramente jurídica de la controversia constitucional

Aparentemente, un concepto puramente jurídico de controversia constitucional solo puede establecerse considerando elementos jurídicos. A partir de la Constitución del Imperio de 1919, H. Preuß es reconocido como defensor de esta tesis. Diría que «también las cuestiones entre el Reich y los Estados individuales o de los Estados individuales entre sí, que se deciden ante el Tribunal del Estado (*Staatsgerichtshof*), son sin excepción cuestiones jurídicas. He prestado especial atención, en todas las disposiciones de la Constitución, al hecho que no se pueda alegar un asunto político en la forma de un procedimiento judicial»²⁸⁶. Conforme con esta posición, controversias constitucionales son todas «las controversias sobre la interpretación y aplicación del estatuto autonómico de un Estado federado (*Landesverfassung*)»²⁸⁷; es decir, «controversias cuyo contenido jurídico debe ser dado por el derecho constitucional»²⁸⁸. Las controversias constitucionales –también según F. Jerusalem– tienen «carácter jurídico», pues

²⁸⁵ Para una exposición histórica y dogmática del desarrollo de las controversias constitucionales, vid. Chr. GUSY, *Die Weimarer Reichsverfassung*, 1997, pp. 209 ss.; H. J. STOLZMANN, «Zur geschichtlichen Entwicklung des Rechts der Verfassungsstreitigkeiten», en *AöR* 1929, p. 335 (355 ss.); H.-H. LAMMERS/W. SIMONS, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung*, Bd. I, 1929, pp. 314 s., 361 ss.; H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, 1965, pp. 3 ss.; K. RITTER, *Die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*, 1930, pp. 7 ss.; W. APELT, «Ist der Streit um die Verfassungsmäßigkeit des EVG-Vertrages eine Streitigkeit im Sinne des Art. 93 GG?», en *NJW* 1953, p. 639 (639 ss.); F. KÜHN, *Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Landesstaatsrecht*, 1929, p. 40 ss.

²⁸⁶ H. PREUSS, en *Bericht und Protokolle des Achten Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs*, 1920, p. 364.

²⁸⁷ W. KAHL, en *Bericht und Protokolle des Achten Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs*, 1920, p. 409: «Conflictos constitucionales son conflictos sobre la interpretación o aplicación del estatuto autonómico de un Estado federado (*Landesverfassung*). Lo decisivo no es que la controversia se produzca entre el gobierno y los representantes del pueblo, aun cuando este sea el caso más frecuente; sino que el objeto del conflicto se refiera a la Constitución, por lo que también es irrelevante si se trata de una disposición contenida en el documento constitucional o de una disposición que se encuentre en otra ley constitucional». Además, vid. W. EISWALDT, *Die Staatsgerichtshöfe in den deutschen Ländern und Art. 19 der Reichsverfassung*, 1927, pp. 20 ss.; A. HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, Bd. I, 1892, p. 568.

²⁸⁸ F. KÜHN, *Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Landesstaatsrecht*, 1929, p. 43.

son «controversias de derecho» (*Rechtstreite*)²⁸⁹. E. Friesenhahn enfatiza que no toda controversia sobre la interpretación correcta de una norma constitucional es una *controversia constitucional*, sino solo una disputa sobre una relación jurídica de derecho constitucional²⁹⁰. Si se examinan más de cerca estas opiniones, queda claro que lo político no juega aquí un papel importante para determinar una controversia constitucional. Las disputas constitucionales como disputas jurídicas deben referirse únicamente a la Constitución²⁹¹.

De acuerdo con el art. 40 párr. 1 de la Ley de la Justicia Administrativa (*VwGO*), «la vía jurisdiccional administrativa procede en todos los conflictos de derecho público que no sean de naturaleza constitucional (...)»²⁹². En torno a la delimitación de las controversias de tipo jurídico-constitucional existen diferentes teorías²⁹³. Según la *teoría de la delimitación formal (formelle Abgrenzungstheorie)* «no es importante (...), en absoluto, si el conflicto pertenece materialmente al ámbito del derecho constitucional, esto es, si, por ejemplo, las normas de la Constitución juegan un papel para la decisión del conflicto, sino solo se examina si formalmente (de acuerdo con la asignación legal) existe una controversia constitucional»²⁹⁴. De esta manera, la determinación de la controversia constitucional no ofrecería dificultades; ella debería ser recomendada permanentemente, siempre que el legislador, para una controversia, haya previsto en la Ley del TCF la competencia de un tribunal constitucional²⁹⁵.

²⁸⁹ F. W. JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, 1930, pp. 116 s.

²⁹⁰ E. FREISENHAWN, «Die Staatsgerichtsbarkeit», en G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II, 1932, p. 523 (534).

²⁹¹ F. POETZSCH, *Handausgabe der Reichsverfassung*, 1919, p. 51: Controversias constitucionales son todas las controversias sobre la Constitución, quien quiera que sea la parte; *vid.* también G. ANSCHÜTZ, *Verfassung des deutschen Reichs*, 14. Aufl. 1933 (Nachdruck 1968), p. 162; F. GIESE, *Verfassung des deutschen Reichs*, 7. Aufl. 1926, p. 101; A. ARNDT, *Verfassung des deutschen Reichs*, 1919, p. 58: «Objeto del conflicto constitucional pueden ser tanto la interpretación, la ejecución así como finalmente la legalidad de la Constitución (*die Rechtmäßigkeit der Verfassung*)»; K. RITTER, *Die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*, 1930, pp. 9 ss.; G. HOFMANN, *Die Verfassungsstreitigkeit innerhalb eines Landes nach Artikel 19 der Reichsverfassung*, 1933, pp. 32 ss.; H. LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, 1968, p. 46, define la controversia constitucional simplemente como el conflicto sobre la interpretación y aplicación de la Constitución.

²⁹² Al respecto, W.-R. SCHENKE, «Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 VwGO», en *AöR* 2006, p. 117 (117 ss.); *id.*, «Rechtsprechung zum Verwaltungsprozeß - Teil 1», en *JZ* 1996, p. 998 (998 ss.).

²⁹³ Sobre esto, J. KRAAYVANGER, *Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des §40 Abs.1 Satz 1 VwGO*, 2004, pp. 17 ss.

²⁹⁴ W. WERTENBRUCH, «Zur Abgrenzung der Zulässigkeit des Rechtsweges vor den Zivilgerichten», en *DÖV* 1959, p. 505 (507).

²⁹⁵ W.-R. SCHENKE, «Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 VwGO», en *AöR* 2006, p. 117 (119 s.).

Sin embargo, esta aparente facilidad para definir la controversia constitucional no convierte en innecesario un análisis del concepto en términos materiales.

Una comprensión material de la jurisdicción constitucional conduce, al mismo tiempo, a una definición sustantiva del concepto de controversia constitucional²⁹⁶. La *teoría de la delimitación material (materielle Abgrenzungstheorie)* no constituye, sin embargo, una teoría unitaria, sino una serie de posiciones materiales diversas²⁹⁷. A pesar de la opinión que probablemente prevalece hoy en día, el factor decisivo es que en la controversia constitucional se trate de la interpretación de una disposición o de un principio de la Constitución (también entendida en un sentido material); es decir, de la decisión de una cuestión de derecho constitucional. Además, la cuestión jurídico-constitucional tiene que desarrollarse a partir de una relación de derecho constitucional, de una relación jurídica entre autoridades (*Stellen*) que, de acuerdo con la Constitución, están provistos de derechos y obligaciones, por cuyo motivo ellos participan en la formación de la voluntad del Estado²⁹⁸. Materialmente, las controversias constitucionales deben referirse tanto directamente a los partícipes en la vida constitucional, como también relacionarse, acumulativamente, a los derechos y obligaciones que están regulados directamente en la Constitución²⁹⁹. En palabras de W. Geiger, «a cada controversia constitucional en sentido material (disputas constitucionales “auténticas”, “verdaderas”) pertenece un hecho (*Tatbestand*) de la “vida constitucional” del Estado; los partícipes en ella (según la Constitución) son las partes de la controversia»³⁰⁰.

2. Tesis de la naturaleza jurídico-política de la controversia constitucional

De H.-H. Lammers y W. Simons proviene la *comprensión jurídico-política de la controversia constitucional*. Ellos ya habían notado que en el

²⁹⁶ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (9).

²⁹⁷ Una explicación de las diversas teorías materiales de la controversia constitucional se encuentra en W. R. SCHENKE, «Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 VwGO», en *AöR* 2006, p. 117 (118 ss.).

²⁹⁸ W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 1952, p. 41.

²⁹⁹ W.-R. SCHENKE, «Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 VwGO», en *AöR* 2006, p. 117 (120).

³⁰⁰ W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 1952, p. 41; E. FRIESENHAHN, «Über Begriff und Arten der Rechtsprechung», en *FS R. Thoma*, 1950, p. 55 (55 ss.).

trasfondo de cada disputa constitucional subyace una cuestión política³⁰¹: «por conflictos jurídico-políticos se deben entender aquellas controversias en las que se discute sobre el derecho político, y la política misma es objeto de valoración judicial sobre la base de las normas existentes»³⁰². Por lo tanto, la naturaleza de una determinada controversia constitucional es doble: jurídica y política³⁰³.

Las controversias constitucionales son disputas en torno al derecho reivindicado y controvertido, pero también sobre conflictos políticos³⁰⁴, ya que «ni entre las cuestiones de conveniencia (*Zweckmäßigkeitfragen*) y las cuestiones de derecho, tampoco entre las cuestiones políticas y las cuestiones jurídicas, existe una contraposición tajante»³⁰⁵. Por esta razón, las disputas constitucionales, en tanto disputas jurídicas, no constituyen un opuesto a las cuestiones políticas; esto sería profundamente erróneo, como pensaba H. Triepel³⁰⁶. «Retirar lo político del concepto de controversia constitucional sería privar al continente de su núcleo»³⁰⁷. Por lo tanto, las disputas constitucionales son siempre disputas políticas y, como tales, no se pueden despolitizar³⁰⁸. Una demanda ante el TCF es la continuación de una controversia política³⁰⁹. P. Häberle piensa que las cuestiones de derecho constitucional, de todos modos, tienen un aspecto político³¹⁰ y, en consecuencia, lo político en sí mismo se convierte en objeto de la valoración jurídica³¹¹.

³⁰¹ H.-H. LAMMERS/W. SIMONS, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung*, Bd. I, 1929, p. 14; G. LEIBHOLZ, «Der Status des Bundesverfassungsgerichts», en *JöR* 6 (1957), p. 109 (121).

³⁰² H. HÖPKER-ASCHOFF, «Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts», en *JöR* 6 (1957), p. 144 (145); G. ROELLECKE, «Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 53 núm. marg. 10. En contra R. THOMA, «Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts: Auf Ersuchen des Herrn Bundesminister der Justiz», en *JöR* 6 (1957), p. 161 (170 ss.).

³⁰³ A primera vista, las controversias constitucionales parecen ser problemas puramente jurídicos, pero siempre hay cuestiones políticas en el fondo. Los tribunales constitucionales no deben ignorar esto.

³⁰⁴ De acuerdo con F. STIER-SOMLO, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 3. Aufl. 1925, p. 62 nota a pie. 2, «no todo desacuerdo o diferencia de opinión es un conflicto, sino aquella oposición de opinión en el que se trate del derecho reivindicado o controvertido. Siempre se trata de una controversia jurídica, pero también pueden estar implicadas cuestiones políticas».

³⁰⁵ H. TRIEPEL, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, 1965, p. 15.

³⁰⁶ H. TRIEPEL, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 5 (1929), p. 2 (8).

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*; L. WITTMAYER, *Die Weimarer Reichsverfassung*, 1974, pp. 209 s.

³⁰⁹ Con respecto al Tribunal del Estado de la Constitución del Imperio de 1919, *vid.* F. REINHARD, *Die Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes nach Art. 19 der RV*, 1945, p. 32.

³¹⁰ Para R. ZUCK, «Political-Question-Doktrin, Judicial self-restraint und das Bundesverfassungsgericht», en *JZ* 1974, p. 361 (364), la *judicial self-restraint* es un sinónimo o la otra cara de la doctrina de la *political-question*.

³¹¹ P. WITIG, «Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?», en *Der Staat* 8 (1969), p. 137 (144).

3. Cuestiones políticas y conflictos constitucionales

Aparte del problema de la naturaleza de las controversias constitucionales, existe todavía la discusión jurídica sobre las cuestiones políticas (*politische Fragen*)³¹².

En los Estados Unidos de Norteamérica, la denominación *political question* se considera confusa³¹³, puesto que no se refiere a los casos que son políticamente significativos o controvertidos, sino a aquellos casos en los que la *Supreme Court* por razones jurídico-constitucionales, funcionales o pragmáticas, no se pronuncia y asigna la responsabilidad de decidir la controversia a las otras dos ramas del poder del Estado –el Congreso o el Presidente–³¹⁴. Por lo tanto, en lugar de la expresión «cuestión política» se debería emplear el término «doctrina de lo no justiciable»³¹⁵. Sin embargo, sus contornos son todavía difusos y esto se refleja incluso en la decisión «final» de la *Supreme Court* respecto del caso *Baker v. Carr*³¹⁶. Esta decisión contiene, por lo que respecta a los otros poderes del Estado, tres teorías diferentes sobre el rol de la *Supreme Court* en relación a la doctrina de la *political-question*. De acuerdo con la teoría clásica (*klassische Theorie*), la *Supreme Court* puede adoptar una decisión

³¹² En *Marbury v. Madison* se pueden identificar enfoques de la doctrina de la *political-question*. Sin embargo, años antes de que se decidiera el caso, un miembro de la *Supreme Court*, el juez James Iredell, en *Ware v. Hylton* ya había caracterizado un punto de la controversia como *nicht-justiziable political question*, y había dado razones suficientes para ello. Cfr. W. HALLER, *Supreme Court und Politik in den USA*, 1972, p. 181.

³¹³ J. E. NOWAK/R. D. ROTUNDA/J. N. YOUNG, *Constitutional law*, third edition, 1986, p. 102: «La doctrina de la cuestión política (...) es una denominación errónea».

³¹⁴ W. BRUGGER, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 2. Aufl. 2001, p. 21: «La *Supreme Court* rechaza decidir las “political questions” [en sentido estricto]. La *Supreme Court* juzga muchos de tales “political cases”, sobre todo, en el ámbito de los derechos fundamentales, pero también en el del derecho de organización del Estado (*Staatsorganisationsrecht*)».

³¹⁵ J. E. NOWAK/R. D. ROTUNDA/J. N. YOUNG, *Constitutional law*, third edition, 1986, p. 102; «con *political question* la Corte quiere decir que la cuestión correspondiente no es justiciable». W. HALLER, *Supreme Court und Politik*, 1972, p. 353. Vid. también H. J. SCHÄFER, *Inhalt und Grenzen der richterlichen Gewalt nach der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika*, 1968, pp. 68 ss.; K. NIELSEN, «The “Political Question” Doctrine», en *ARSP* 1968, p. 575 (575 ss.); F. W. SCHARPF, *Grenzen der richterlichen Verantwortung*, 1965, pp. 15 ss.

³¹⁶ 369 U. S. 186, 217 (1962): «Es evidente que algunas formulaciones, que varían ligeramente según los contextos en los que surjan las controversias, reflejen una cuestión política, a pesar de que cada una contenga uno o más elementos que la identifican esencialmente como una función de la separación de poderes. Los casos que impliquen una cuestión política serán preponderantes cuando la responsabilidad constitucional textualmente demostrable de un problema recaiga sobre una institución política; o en ausencia de normas que sirvan para su resolución; o ante la imposibilidad de tomar decisiones sin una determinación política previa que no esté dentro del ámbito de la discrecionalidad judicial; o la imposibilidad de que un tribunal adopte una resolución independiente sin expresar una falta del respeto debido a las ramas del gobierno coordinadas; o la necesidad inusual de no cuestionar la adhesión a una decisión política ya tomada; o ante la potencial confusión a causa de los pronunciamientos de diferentes departamentos sobre una controversia».

cuando la responsabilidad de decidir la controversia ha sido asignada, según la Constitución, a otros poderes del Estado (por ejemplo, en *Marbury v. Madison*³¹⁷). La teoría de la «prudential view» de la doctrina de la *political-question* posibilita la aplicación de esta doctrina cuando un principio esencial o la autoridad de la propia *Supreme Court* puede ser perjudicada. Por último, según la teoría funcional (*funktionelle Theorie*) factores como las dificultades de acceso a informaciones jurídicas relevantes, la necesidad de una decisión unificada y las amplias competencias de los otros poderes del Estado deben ser tomadas en cuenta antes de que la *Supreme Court* adopte una decisión³¹⁸.

En el derecho alemán, E. Kaufmann³¹⁹ ha caracterizado a las cuestiones políticas como el primer límite de la jurisdicción constitucional³²⁰, porque «todas las cuestiones políticas están excluidas de ella»³²¹. Define las *cuestiones políticas* como «cuestiones para cuya decisión no existen normas jurídicas»³²². Es decisivo para esta definición si «en un caso controvertido se pueden aplicar normas jurídicas o normas de otro tipo, independientemente de todo gusto o resabio político»³²³. P. Häberle se muestra escéptico sobre esta posición, ya que la vinculación jurídica no es idéntica con el control judicial; esto es, «la negación (*Verneigung*) de la justiciabilidad no significa la ausencia de normas jurídico-materiales»³²⁴. Además, E. Kaufmann no aclara cuándo una norma es norma jurídica y si todas las normas de la Constitución son verdaderas normas jurídicas en sentido estricto y, por consiguiente, también justiciables, o si no pueden haber, más bien, disposiciones constitucionales que representan meras directivas políticas para el legislador, aquí O. Bachof recuerda, por ejemplo, la versión original del art. 72 párr. 2 de la LF³²⁵. Al igual que H. Ehmke³²⁶, que

³¹⁷ 5 U. S. (1. Cranch) 137 (1803).

³¹⁸ Cfr. L. H. TRIBE, *American constitutional law*, second edition, 1988, pp. 96 ss.

³¹⁹ E. KAUFMANN, «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 9 (1952), p. 1 (1 ss.).

³²⁰ F. MÜLLER/R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, núm. marg. 130, consideran a la doctrina de la *political-question* como un principio de interpretación jurídico-funcional.

³²¹ E. KAUFMANN, «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 9 (1952), p. 1 (4).

³²² *Ibid.*, p. 1 (5).

³²³ *Ibid.*, p. 1 (4).

³²⁴ P. HÄBERLE, «Schrifttum», en *DVBl.* 1973, p. 388 (389).

³²⁵ O. BACHOF, «Aussprache», en *VVDStRL* 9 (1952), p. 118 (118 s.): «La cuestión de si existe un “exceso de discrecionalidad” (*Ermessungsüberschreitung*) por parte del legislador, me parece que es otro asunto eminentemente político».

³²⁶ H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (75 s.; 102): «La doctrina de la “political question” (también puede ser de importancia para la jurisprudencia del TCF); *id.*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, p. 463; *vid.* también H. P. IPSEN, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 120 (121). Distinto A. HOPFAUF, en B. SCHMIDT-BLEIBTREU U. A. (Hrsg.), *GG*, 13. Aufl. 2014, art. 93 núm. marg. 61: «La adopción de la doctrina de la *political question* sería, de acuerdo con la LF, una denegación de justicia (*Justizverweigerung*)»; K. SCHLAICH/S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl., 2012, núm. marg. 505: «Existe un acuerdo amplio sobre que la doctrina americana de la *political question* (...) no es transferible al TCF»; E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl.,

aboga por la adopción de la doctrina de la *political-question*³²⁷, R. Dolzer³²⁸ cree que esta doctrina se encuentra, con seguridad, en el esquema de la división del poder de la LF.

G. Leibholz diferencia entre los *conflictos políticos* y las *controversias de derecho políticas*. Los conflictos políticos no se pueden juzgar según las reglas del derecho «porque en ellos se trata de una “controversia relativa a la creación de nuevo derecho o para la conservación del antiguo derecho; es decir, sobre el conflicto *en torno* al derecho y no *según* el derecho”»³²⁹. Son cuestiones que requieren de decisiones sobre conflictos valorativos y los valores hallados son en gran medida imponderables³³⁰. Por el contrario, una controversia jurídico-política es aquella que puede ser decidida jurídicamente mediante una norma determinable con mayor precisión en cuanto a su contenido, con la ayuda de los métodos habituales de interpretación³³¹. R. Thoma³³² asume tres elementos para que una controversia sea señalada como política: 1) si la controversia se presenta como políticamente importante, 2) por la valoración de diferentes principios opuestos, así como 3) por las lagunas en la distribución de competencias (*Kompetenzverteilung*)³³³. Puesto que la diferencia entre las *cuestiones políticas* y las *disputas de derecho políticas* es poco clara y controvertida, además de que la doctrina de la *political-question* es

2012, núm. marg. 28: «La opinión general es que el traslado de esta teoría a la jurisdicción del TCF no se puede tener en consideración»; A. HARATSCH, en E. Sodan (Hrsg.), *Grundgesetz*, 2. Aufl. 2011, art. 93 núm. marg. 3: «La famosa “political question-doctrine”, proveniente del derecho procesal constitucional norteamericano, es ajena al derecho constitucional alemán»; A. VOSSKUHLE, en Chr. Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, art. 93 núm. marg. 22; S. DETTERBECK, en M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 7. Aufl. 2014, art. 93 núm. marg. 11: «Una doctrina de la Political-Question se alejaría de la esencia de la jurisdicción constitucional según la LF»; M. PIAZOLO, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen*, 1994, pp. 17 ss.; A. RINKEN, en E. Denninger u. a. (Hrsg.), *AK-GG*, 3. Aufl. 2001, reflexiones preliminares al art. 93 y 94 núm. marg. 91: «Debido a los contextos especiales del ambiente constitucional americano, la doctrina no es transferible al ordenamiento constitucional de la LF».

³²⁷ P. HÄBERLE, *Kleine Schriften: Beiträge zur Staatsrechtslehre und Verfassungskultur*, 2002, p. 50.

³²⁸ R. DOLZER, *Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, 1972, pp. 108 s.: «Las objeciones que se han expuesto en contra de la aplicación de la doctrina de la *political-question* en el marco de la LF, por el contrario, no convencen»; *vid. también id.*, *Verfassungskonkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht und durch politische Verfassungsorgane*, 1982, pp. 27 ss.

³²⁹ G. LEIBHOLZ, «Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur “Status”-Frage», en *JöR* 6 (1957), p. 120 (125). F. KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, 1966, pp. 20 s., 35, sostiene que las controversias jurídico-políticas son controversias de derecho que pueden ser decididas de acuerdo a normas justificables y subordinadas a un control judicial constitucional; las disputas políticas puras son disputas que no pueden ser decididas según las reglas del derecho y, en consecuencia, no pueden ser controladas jurídica y constitucionalmente. Únicamente las controversias jurídicas puras y las controversias jurídico-políticas pueden ser controladas.

³³⁰ G. LEIBHOLZ, «Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur “Status”-Frage», en *JöR* 6 (1957), p. 120 (125).

³³¹ G. LEIBHOLZ, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 117 (118).

³³² R. THOMA, «Aussprache», en *VVDStRL* 5 (1929), p. 104 (107).

³³³ R. ZUCK, «Political-Question-Doktrin, Judicial self-restraint und das Bundesverfassungsgericht», en *JZ* 1974, p. 361 (365).

incompatible con la LF y la posición y competencias del TCF³³⁴, la literatura en su mayoría rechaza esta doctrina³³⁵, aunque se considera que la idea de la doctrina de la *political-question* ha sido aplicada implícitamente en la jurisprudencia del TCF³³⁶ –por ejemplo, en las decisiones sobre los casos *Kalkar*³³⁷ y *Hess*³³⁸–. El TCF y el derecho procesal constitucional alemán tienen una propia interpretación de la doctrina de la *political-question*, ya que el derecho alemán no acepta tal doctrina desarrollada en la jurisprudencia de la *Supreme Court* norteamericana³³⁹ que reconoce una semejante renuncia de la jurisdicción.

4. La opinión de P. Häberle sobre las controversias constitucionales

a) CONCEPTO DE CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

Cuando P. Häberle se ocupa de la definición de controversia constitucional también la considera materialmente. «Se exige que las relaciones jurídicas de conflicto estén decisivamente moldeadas por el derecho constitucional y las partes de la controversia participen directamente en la vida constitucional»³⁴⁰. Se trata de la denominada *teoría de la doble inmediatez constitucional* (*doppelte Verfassungs-Unmittelbarkeit-Theorie*). K. Hesse se expresó en el mismo sentido. Para él, conflictos constitucionales son aquellos conflictos jurídico-constitucionales en los que los más altos órganos estatales de la Federación o de los *Länder* están enfrentados entre sí como partes de una situación de conflicto; dichos conflictos están determinados, así, por la posición jurídico-constitucional de los partícipes y no solo por el objeto del conflicto³⁴¹. El concepto

³³⁴ Chr. LANDFRIED, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, 1984, pp. 153 s.: «Para el TCF no existe esta posibilidad de rechazar la decisión de una cuestión altamente política».

³³⁵ «El rechazo de la doctrina de la *political-question* para el TCF nada tiene que ver con el hecho de que el TCF esté autorizado a adoptar una decisión únicamente sobre la base de normas justiciables y tener que rechazar las leyes cuando su inconstitucionalidad sea evidente. Desde antes, he abogado tanto en la teoría como en la práctica a favor de la “*judicial self-restraint*”. Pero la cuestión misma de si la actuación de los órganos políticos estatales están vinculadas por el *derecho* constitucional, o si ella se sitúa en el ámbito dejado *jurídica* y constitucionalmente a la posibilidad de la libre configuración, o qué contenido normativo tienen las disposiciones de la LF, ha de ser decidida de manera vinculante en última instancia por el TCF y solo por él». Cfr. E. FRIESENHAHN, «Hüter der Verfassung?», en *ZRP* 1973, p. 188 (193).

³³⁶ Chr. LANDFRIED, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, 1984, pp. 153 s.

³³⁷ *BVerfGE* 49, 89.

³³⁸ *BVerfGE* 55, 349.

³³⁹ H. LECHNER/R. ZUCK, *Bundesverfassungsgericht Kommentar*, 6. Aufl. 2011, p. 44 núm. marg. 52.

³⁴⁰ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (9 nota a pie 34b).

³⁴¹ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 674.

material de controversia constitucional está definido jurídicamente, por consiguiente, en virtud de los partícipes y del objeto del conflicto³⁴².

b) LA DOCTRINA DE LA *POLITICAL-QUESTION* Y *SELF-RESTRAINT*

P. Häberle se ocupa de la doctrina de la *political-question*³⁴³ en el contexto de la discreta interacción del *judicial activism* y del *judicial self-restraint*³⁴⁴. Se trata de una apreciación flexible de su interacción³⁴⁵. Esta perspectiva es adecuada debido a dos razones: por un lado, la doctrina de la *judicial self-restraint* está en estrecha relación con la doctrina de la *political-question*³⁴⁶ y, por otro lado, los efectos de la relación entre el derecho y la política se manifiestan siempre en las exigencias por el *self-restraint* del TCF³⁴⁷. Para P. Häberle, ellos no constituyen reglas generales. Las fases del *judicial activism* y del *judicial self-restraint* podrían tomar el relevo a la luz de un entendimiento del TCF basado en el contrato social³⁴⁸. El TCF debería esforzarse en oscilar razonablemente entre el *judicial self-restraint* y el *judicial activism*, esto sería bastante apropiado³⁴⁹. Con ello, el TCF no perdería su fuerza política, incluso cuando se contenga a sí mismo; siempre actúa tanto jurídica como políticamente, de modo que la dicotomía derecho o política resulta ser una alternativa errónea³⁵⁰. El mero *judicial self-restraint*, como regla general, sería una apresurada e insuficiente respuesta del TCF³⁵¹.

³⁴² O. BACHOF, «Rechtsweg, Parteifähigkeit, Prozeßführungsrecht und Sachlegitimation im Verfassungsstreit», en *AöR* 1953-1954, p. 107 (115); H. BETHGE, en Th. Maunz u. a. (Hrsg.), *BVerfGG Kommentar*, Bd. I, Stand: Dezember 2014, vor § 17 núm. marg. 73.

³⁴³ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 208: «Las doctrinas correspondientes desarrolladas en los Estados Unidos de Norteamérica como la “*preferred freedoms doctrine*” o la “*political question-Frage*” hicieron carrera en Europa solo después de la Segunda Guerra Mundial, pero erigidos, por así decirlo, para un proceso de recepción creativo, aunque solo se asumieran modificadamente o incluso se rechazaran»; *id.*, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 590.

³⁴⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 240; *id.*, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers, (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 35 (44 s.).

³⁴⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 519.

³⁴⁶ R. ZUCK, «Political-Question-Doktrin, Judicial self-restraint und das Bundesverfassungsgericht», en *JZ* 1974, p. 361 (365).

³⁴⁷ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (4 s.).

³⁴⁸ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 253.

³⁴⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 549.

³⁵⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, pp. 60, 72 s.

³⁵¹ K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, pp. 314 s.; M. MORLOK/L. MICHAEL, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2015, p. 399 núm. marg. 62; J. SEIFERT, «Verfassungsgerichtliche Selbstbeschränkung», en M. Tohidipur (Hrsg.), *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik*, 1976, p. 116 (116 ss.). Por el contrario, R. BIRK, «Die Anündigung von Rechtsprechungsänderungen», en G. Roellecke (Hrsg.), *Zur*

También para el derecho procesal constitucional (*Verfassungsprozessrecht*) y no solo para las cuestiones de la política exterior es importante el problema del *self-restraint*. En la interpretación y praxis de las normas del derecho procesal constitucional se hace evidente si y en qué medida el TCF hace uso del *self-restraint* o se entrega al *judicial activism*³⁵². El *self-restraint*, que se afirma específicamente *más allá y por medio* del derecho procesal constitucional, tiene su contraparte en su aplicación flexible para llegar a la dimensión material, al asunto en sí³⁵³. El *self-restraint* del TCF no tiene por qué estar asociada necesariamente con la abdicación de sus competencias. La flexibilidad propuesta por P. Häberle en la aplicación del *self-restraint* y del *judicial activism* es, por tanto, notable. Aun si el TCF se autolimita actúa políticamente. *Self-restraint* y *judicial activism* no son más que *dos modos de ser* del TCF. Lo político se manifiesta tanto como autocontención judicial y también como activismo judicial. En sí mismos no son buenos ni malos, positivos o negativos. Lo que se necesita es el tacto, la sensatez y la sensibilidad política del juez constitucional (*Verfassungsrichter*)³⁵⁴. Cuándo está indicado el activismo judicial y cuándo se recomienda la autocontención judicial, el derecho constitucional apenas algo puede decir³⁵⁵. En cualquier caso, depende de cómo el TCF emplea el *self-restraint* y el *judicial activism*.

V. RECAPITULACIÓN

Si se omite la relación entre el derecho y la política no se puede determinar la esencia de la jurisdicción constitucional. Derecho y política ya no pueden ser descritos como polos opuestos en el Estado constitucional democrático. Ellos son elementos parciales de la *res publica* en su conjunto y como tales sirven al bien común (*Gemeinwohl*). Por eso, lo político no es un agregado

Problematik der höchstrichterlichen Entscheidungen, 1982, p. 340 (364 s.) propone la siguiente regla: «La autolimitación judicial (*judicial self-restraint*) solo está *jurídicamente* ordenado para el desarrollo (*Weiterentwicklung*) del ordenamiento jurídico, ahí donde formalmente el principio de división de poderes, como principio del reparto de funciones estatales, ha sido seriamente afectado o ha sido puesto en entredicho, o ahí donde se toman decisiones materiales fundamentales de gran trascendencia».

³⁵² P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 641: «El problema es más general: en los contextos más variados se puede observar cómo el TCF se disciplina a sí mismo “por medio” de normas de derecho procesal individuales».

³⁵³ *Ibid.*, p. 651.

³⁵⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 217; *id.*, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», en *EuGRZ* 2004, p. 117 (122).

³⁵⁵ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 253.

(*Zusatz*) de la jurisdicción constitucional; muy por el contrario, es inherente a ella. La jurisdicción constitucional tiene una naturaleza política indiscutible porque el derecho y la política se muestran siempre inseparables. El derecho puro y la política pura no existen. La Constitución, que la jurisdicción constitucional interpreta y concretiza, tiene un alto contenido político y, en consecuencia, el derecho constitucional se convierte en un verdadero derecho político. Las controversias políticas incluyen –en menor o mayor medida– una cuestión política, por lo que la interpretación constitucional siempre es, al mismo tiempo, un proceso jurídico y político. Con bastante frecuencia, las decisiones del TCF tienen efectos significativos no solo en el ámbito del derecho, sino también en el de la política, algo que los jueces constitucionales no pueden omitir; en tanto seres humanos, ellos tienen una dimensión política inevitable (*homo politicus*). De esta manera, la jurisdicción constitucional no se encuentra ni *entre* (*zwischen*) ni tampoco *dentro* del *campo de tensión* (*Spannungsfeld*) del derecho y la política, ya que lo político pertenece desde un principio a su naturaleza. Por eso, con razón afirma P. Häberle³⁵⁶ que el tan utilizado eslogan *juridificación de la política* (*Verrechtlichung der Politik*) o *politización del derecho* (*Politisierung des Rechts*) –en el Estado constitucional del presente– «no dice mucho: a lo sumo, la advertencia ante un exceso de “activismo judicial”».

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 245.

E. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL CAMPO DE TENSION DEL ESTADO Y LA SOCIEDAD

I. ESTADO Y SOCIEDAD

1. En general

Cuando H. Triepel¹ y H. Kelsen² expusieron sus ideas sobre la jurisdicción constitucional pensaban en las tareas de una Constitución que se entendía, en esencia, como ordenamiento jurídico del Estado; una jurisdicción constitucional –así dijo, por ejemplo, H. Kelsen– que tenía por objeto asegurar la juridicidad de las funciones del Estado y garantizar la juridicidad de los actos jurídicos³. Esta forma de pensar influyó, en gran medida, en los problemas esenciales permanentes de la jurisdicción constitucional, lo que llevó a que se discuta, en profundidad, la esencia, los límites⁴, el poder interpretativo (*Deutungsmacht*) y el estatus del TCF. No obstante, permanecieron abiertas cuestiones básicas, especialmente, con respecto a las tareas no positivizadas de la jurisdicción constitucional. La excesiva atención a las funciones puramente jurídicas de la jurisdicción constitucional había hecho olvidar su dimensión

¹ H. TRIEPEL, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 5 (1929), p. 2 (6): «La Constitución es orden, ordenamiento jurídico. Es un sistema cerrado en sí de normas jurídicas que intenta regular la vida del Estado (...). Es, por lo tanto, el derecho que aspira a tomar posesión de lo esencial de la vida estatal».

² H. KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 5 (1929), p. 30 (36): La Constitución es el fundamento del Estado «sobre el que se construye el resto del ordenamiento».

³ *Ibid.*, p. 30 (43 ss.).

⁴ U. SCHEUNER, «Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert», en *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG*, Bd. I, 1976, p. 1 (50 ss.).

social⁵. Sin embargo, para P. Häberle esto fue de gran importancia; él se ocupó en 1978, por primera vez, del papel del TCF en el contrato social.

2. La relación entre Estado y sociedad

No se puede entender el rol social de la jurisdicción constitucional si la cuestión sobre las relaciones actuales del Estado y la sociedad⁶ permanece sin aclararse. La relación entre ellos determina las tareas de la jurisdicción constitucional con respecto al ordenamiento social. Así pues, ahora hay que preguntarse cómo se relacionan, bajo el derecho constitucional, Estado y sociedad y qué rol desempeña el TCF en la sociedad. Sobre la relación entre el Estado y la sociedad existen diferentes puntos de vista.

a) TESIS DEL DUALISMO

«Lo que no es “Estado” es “sociedad” y viceversa»⁷. De acuerdo con la teoría del dualismo, se entiende que Estado y sociedad son círculos separados e independientes; ambos conceptos se consideran como opuestos. La mitad del siglo XIX se caracteriza por una confrontación total del Estado y la sociedad⁸.

⁵ Por ejemplo, H. SPANNER, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1972, p. 9: Tareas de una jurisdicción son «evaluar los actos del Estado a partir de la Constitución y decidir, de manera vinculante sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad»; E. FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, 1963, p. 7: El TCF está llamado exclusivamente «a decidir sobre las cuestiones de la interpretación y aplicación de la Constitución»; J. WINTRICH, «Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *FS H. Nawiasky*, 1956, p. 191 (193): La principal tarea del TCF «está dirigida a la defensa autoritativa, a la interpretación y al “desarrollo” del ordenamiento constitucional, también al control de la formación de la voluntad interna del Estado a nivel del derecho constitucional».

⁶ *Vid.*, en general, O. KOELLREUTTER, *Staatslehre im Umriss*, 1955, pp. 69 ss.; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., 1966, pp. 84 ss.; G. SALOMON, *Allgemeine Staatslehre*, 1931, pp. 65 ss.; H. J. LASKI, *Einführung in Staatsrecht und Politik*, 1950, pp. 28 ss.; H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1966, pp. 526 ss.; H. KELSEN, *Hauptprobleme*, 2. Aufl. 1923 (2. Neudruck 1984), pp. 162 ss.; M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, 3. Aufl. 1988, pp. 292 ss.; G. LEIBHOLZ, *Verfassungsstaat-Verfassungsrecht*, 1973, pp. 112 ss.; P. PERNTHALER, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 2. Aufl. 1996, pp. 69 ss.; TH. FLEINER/L. R. BASTA FLEINER, *Allgemeine Staatslehre: Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt*, 3. Aufl. 2004, pp. 18 ss.; R. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre*, 16. Aufl. 2010, pp. 17 ss.

⁷ O. BRUNNER, «Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft», en E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 20 (20 ss.); *vid. demás*, TH. MAYER, *Mittelalterliche Studien*, 1959, p. 137.

⁸ G. LEIBHOLZ, *Verfassungsstaat-Verfassungsrecht*, 1973, pp. 112 s.: «Para el pensamiento tradicional del Estado prusiano-alemán, la sociedad estaba fuera del Estado y, en consecuencia, fuera de la esfera real de lo político. La sociedad parecía ser no más que la suma de fuerzas particulares, en su mayoría puramente económicas. Es por eso que, hasta el siglo XX, la sociedad fue considerada estáticamente por no»

Mientras que el Estado había sido identificado con la organización estatal dominado por el monarca, y la burguesía había sido señalada como la sociedad, la relación entre Estado y sociedad se definió, desde el principio, a partir del modelo de una oposición natural⁹. Su separación estricta se manifestó como un presupuesto y condición del ejercicio de la libertad individual.

Sin embargo, G. W. F. Hegel, en quien se encuentra el primer engarce conceptual y la formulación de la relación entre Estado y sociedad¹⁰, de manera diferente distinguió familia, sociedad burguesa y Estado¹¹. El Estado es «lo razonable (*Vernünfftige*) en sí mismo y para sí mismo», en el que «la libertad es su derecho más elevado»¹²; la sociedad burguesa, que está dominada por la arbitrariedad (*Willkür*) y la discrecionalidad (*Beliebigkeit*), representa «asimismo, el espectáculo del desenfreno, de la miseria y de la ruina moral y física común a ambas»¹³. Por eso, llamó la atención sobre la confusión del Estado con la sociedad burguesa¹⁴ que se interpone entre la familia y el Estado¹⁵. Esta dicotomización fue también evidente para los fisiócratas –como F. Quesnay, A. R. J. Turgot, P. S. Du Pont de Nemours, etc.–¹⁶. La consecuencia más importante de sus teorías fue que separaron la sociedad –*ordre naturel*– y el Estado –*ordre positif*– «en sucesión»; la sociedad era un *orden físico* dependiente de la naturaleza; el Estado, por el contrario, una organización razonable de relaciones sociales maduras en un nivel determinado¹⁷. El Estado es, por lo tanto,

sotros como una oposición necesaria al Estado. Este antagonismo entre Estado y sociedad todavía encontró en la Constitución de Weimar su expresión en la opinión extendida de que la sociedad ha tratado de imprimir su carácter al Estado y, con ello, el Estado, al mismo tiempo, ha tratado de despojarlo de su propio carácter político».

⁹ R. HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, pp. 52 s.: «El punto de partida de esta nueva visión de las cosas fue (...), por lo menos según la teoría, el poder absoluto monárquico apoyado en el funcionariado (*Beamtenchaft*), el ejército y la iglesia, por un lado; y, por otro lado, una burguesía floreciente que dominaba la cada vez más importante economía y que, lógicamente, exigía una mayor influencia política».

¹⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, Artikel: «Staat und Gesellschaft», en *Staatslexikon*, Bd. 5, 7. Aufl. 1989, p. 228 (228 ss.).

¹¹ Acerca de la opinión de K. Marx sobre la relación del Estado y la sociedad, *vid.* L. BASSO, «Die Marxsche Staatsauffassung», en C. Pozzoli (Hrsg.), *Rahmenbedingungen und Schranken staatlichen Handelns*, 1976, p. 9 (9 ss.).

¹² G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1986, pp. 398 ss.

¹³ *Ibid.*, p. 341; M. RIEDEL, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 1969, pp. 135 ss.

¹⁴ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1986, p. 399.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Sobre esto, H. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert: Geschichte der Ideen und Institutionen*, 1950, pp. 41 ss.

¹⁷ L. V. STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, 1921, Bd. I, p. XXIII; *vid.*, además, R. GNEIST, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, 1869, pp. 1 ss.; R. V. MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Bd. I, 1858 (Nachdruck 1960), pp. 88 ss.

el círculo de lo razonable y de la libertad; por el contrario, la sociedad, el del estado de naturaleza del ser humano.

Desde otra perspectiva de la cuestión sobre la relación entre Estado y sociedad, el Estado aparece principalmente como el aparato de poder (*Machtapparat*) cuyo antagonista es la sociedad libre¹⁸. La vida de la sociedad es, en principio, autorregulada; el Estado únicamente debe garantizar los presupuestos de este desarrollo autónomo y, en caso de perturbaciones, debe intervenir^{19, 20}. Esto era expresión de las relaciones del poder del Estado, encarnados en el gobierno monárquico y en el funcionariado (*Beamtenapparat*), y de una *sociedad* excluida, en gran medida, de la determinación y configuración políticas, cuya vida estaba, en principio, autorregulada, mientras que el Estado solo tenía que garantizar los presupuestos de este proceso independiente e intervenir en caso de perturbaciones²¹. Esa separación total entre Estado y sociedad no se puede defender, sin embargo, en la actualidad, ya que las condiciones sociales y políticas son otras²².

b) TESIS DE LA DIFERENCIACIÓN

E. Forsthoff no solo hizo hincapié en un divorcio de principio entre el Estado y la sociedad, sino también en la «prioridad y superioridad del Estado sobre la sociedad»²³ (palabra clave: Estado vigilante [*Nachtwächterstaat*] liberal). Creía que la Constitución del Estado constitucional, que crea la li-

¹⁸ G. BRIEFS, Artikel: «Gesellschaft», en *Staatslexikon*, Bd. III, 1959, p. 817 (840).

¹⁹ P. PERNTHALER, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 2. Aufl. 1996, pp. 70 ss.

²⁰ R. HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, pp. 48 ss.

²¹ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 11: «Este dualismo está todavía arraigado en las ideas liberales predemocráticas de la época anterior a 1918». Al respecto, H. HELLER, *Staatslehre*, 4. Aufl. 1970, pp. 125 ss.; O. BRUNNER, *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, 3. Aufl. 1980, pp. 187 ss.; E. ANGERMANN, «Das Auseinandertreten von “Staat” und “Gesellschaft” im Denken des 18. Jahrhunderts», en *ZfP* 1963, pp. 89 ss.; W. CONZE, «Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands», en E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 37 (37 ss.). En lugar de los conceptos «Estado» y «sociedad», H. EHMKE, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, p. 320, prefiere las categorías «comunidad política» y «gobierno».

²² K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 11.

²³ E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, 2. Aufl. 1976, p. 4, lamenta, al mismo tiempo, el destronamiento (*Entthronung*) del Estado del orden del conjunto social. Afirma que «la República Federal, como Estado, se ha convertido en una función de la sociedad. El orden del conjunto social, sin embargo, ya no es solo obra del Estado. Más bien involucra a todas las fuerzas formadas por la autoorganización de la sociedad; es decir, involucra, junto al Estado y a los partidos, también a las asociaciones».

bertad, surge y desaparece²⁴ con la distinción²⁵ entre Estado y sociedad. Postula que la relación del Estado con la sociedad es una significativa «y necesaria categorización dialéctica de dos modos de la existencia humana»²⁶. El desarrollo –según E.-W. Böckenförde siguiendo a H. Heller²⁷– de la diferenciación entre Estado y sociedad puede determinarse como una correlación de tipo dialéctica. «El Estado (como unidad organizativa de acción y toma de decisiones) da a la sociedad su ordenamiento (jurídico) y lo mantiene, actúa dentro de él y aporta prestaciones para la sociedad»²⁸. En este caso, el Estado no es una asociación, sino solamente organización y unidad de acción organizada que existe como unidad de decisión política u organización dirigente «para la sociedad o, si se quiere, por encima de ella»²⁹; el Estado «determina (...) la Constitución de la sociedad»³⁰; la sociedad es conducida solo por el Estado. «Solo como sociedad ordenada estatalmente la sociedad puede existir de esta manera, ella se remite necesariamente al Estado y a la estatalidad»³¹. Para la tesis de la diferenciación, esta es una condición de la libertad individual. Histórica y sistemáticamente la reducción de las funciones del Estado se encuentran al principio de la libertad social; «el Estado no puede dar sin tomar del otro lado»³².

La tesis de la diferenciación tiene también un lugar en la opinión de J. Isensee³³. El Estado significa, «la organización con el poder de ejercer una fuerza irresistible» y la sociedad constituye «la dimensión complementaria que debe entenderse como la encarnación de todas las manifestaciones sociales por debajo de esa instancia»³⁴. Destaca que no es el dualismo del Estado y

²⁴ E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl. 1971, p. 21.

²⁵ Acerca de las consecuencias de la confusión en torno a la importancia de la *diferenciación (Unterscheidung)* y separación (y dicotomía) dentro del debate de la filosofía del derecho, vid. J. LLOMPART, en *FS H. Schambeck*, 1994, p. 35 (35 ss.).

²⁶ Sin embargo, esta diferenciación no está ligada a la filosofía de G. W. F. Hegel como precisa E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl. 1971, p. 21.

²⁷ H. HELLER, *Staatslehre*, 4. Aufl. 1970, p. 237: «El Estado no es un orden normativo; tampoco es el “pueblo”; no está formado por personas, sino por actividades humanas».

²⁸ E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en *id.* (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 395 (409); *id.*, Artikel: «Staat und Gesellschaft», en *Staatslexikon*, Bd. 5, 7. Aufl., 1989, p. 228 (228 ss.); *id.*, *Staat, Nation, Europa*, 1999, p. 127; *vid.*, además, H. H. KLEIN, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1972, p. 34 ss.

²⁹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, 1973, pp. 24 ss.

³⁰ *Ibid.*, p. 30.

³¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, p. 54.

³² E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», en *id.* (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 395 (430).

³³ J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, p. 149.

³⁴ *Ibid.*

la sociedad, bajo el auspicio de la democracia y el Estado social, lo que se cuestiona, no es su existencia en un mundo transformado lo que debe redefinirse, sino su esencia³⁵. Estado y sociedad, por tanto, ya no son órdenes autárquicos, sino una unidad dialéctica. «En esta organización dialéctica, que abarca la diversidad y la identidad, el Estado constituye la antítesis de la sociedad y la síntesis integral que crea la unidad»³⁶.

c) LA TEORÍA DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

U. Scheuner es más cauteloso con respecto a la diferenciación entre Estado y sociedad. Para él mantener esa diferenciación «ya no se justifica como una separación articulada de dos ámbitos sociales, como oposición entre libertad y coacción, autonomía y dominio, sino solo como una *abreviatura descriptiva de dos esferas de la comunidad*, entre el espacio más estrecho de las instituciones de dirección y administración, por un lado, y el círculo más amplio de los grupos y estructuras de múltiples miembros, por el otro»³⁷. Sin embargo, este último ámbito está relacionado con el conjunto y constituye una parte del proceso político, de la formación de la voluntad del conjunto; en esta función se entiende, por consiguiente, como el ámbito de lo público, procesos como el de la conformación de la opinión pública tienen su espacio aquí³⁸.

El punto de partida de H. Ehmke constituye la renuncia a las categorías de Estado y sociedad, pues con ellas –según su opinión– no se pueden afrontar conceptualmente los problemas modernos de la teoría del Estado y de la teoría de la Constitución³⁹. En su lugar, emplea el par conceptual *comunidad política (politisches Gemeinwesen)* –civil society– y *gobierno (government)*⁴⁰. Desde esta perspectiva, la relación entre Estado y sociedad solo puede continuar si la «gobernanza» (*governance*) toma el lugar del «go-

³⁵ *Ibid.*, p. 154.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, pp. 33 s.

³⁸ *Ibid.*, p. 34.

³⁹ H. EHMKE, «“Staat” und “Gesellschaft” als verfassungstheoretisches Problem», en E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 241 (243, 264): «Es importante señalar que, precisamente, la teoría idealista del Estado no ha sido capaz de superar la separación del “Estado” y la “sociedad” y que el positivismo constitucional mismo ha sido solo un producto de desintegración (*Zerfallsprodukt*) de esta separación».

⁴⁰ *Ibid.*, p. 241 (269).

bierno» (*government*)⁴¹. El término *government* reúne momentos institucionales y personales, siendo la confianza (*trust*) el concepto básico de su relación con la *civil society*⁴². La crítica esencial de H. Ehmke a la teoría de la separación entre Estado y sociedad radica en que ella conduce a una duplicación o división innecesaria e injustificada de la sociedad humana⁴³, ya que Estado y sociedad son funciones determinadas de la comunidad política *unitaria*. Es decir, «existe una Constitución y esa es la Constitución de la comunidad política»⁴⁴.

3. Estado y sociedad en el pensamiento de P. Häberle

El problema de la relación del Estado con la sociedad es conocido para P. Häberle. Ha tratado este tema desde diversas perspectivas: por ejemplo, en relación con la ciencia como fuerza productiva (*Wissenschaft als Produktivkraft*)⁴⁵, el tiempo y la Constitución⁴⁶, el concepto de Constitución, la discusión sobre los valores fundamentales⁴⁷, el concepto de derechos fundamentales⁴⁸, el derecho constitucional de la religión, el debate en torno a la constitucionalización de la sociedad (*Konstitutionalisierung der Gesellschaft*)⁴⁹, el derecho constitucional de la cultura⁵⁰ así como el derecho de los partidos políticos⁵¹. No solo ha criticado la dicotomía Estado/sociedad, sino que, además, ha propuesto una alternativa fructífera.

⁴¹ Sobre el concepto de «gobernanza», *vid.* SCHUPPERT, G. F., «Governance - auf der Suche nach Konturen eines "anerkannt uneindeutigen Begriffs"», en *id./M. Zürn* (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, 2008, p. 13 (13 ss.); *id.*, *Verflochtene Staatlichkeit: Globalisierung als Governance-Geschichte*, 2014, pp. 21 ss.; A. PILNIOK, *Governance im europäischen Forschungsförderverbund*, 2011, p. 7.

⁴² H. EHMKE, «"Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem», en E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 241 (244).

⁴³ *Ibid.*, p. 241 (268): «Se trata de una asociación humana, por lo que no existe ningún motivo para su duplicación o división "Estado" y "sociedad"».

⁴⁴ *Ibid.*, p. 241 (269). *Id.* también la crítica de E.-W. Böckenförde, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, 1973, p. 22, y de J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, p. 151.

⁴⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 55.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 59 ss.

⁴⁷ P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, pp. 16 ss.

⁴⁸ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 163 ss.

⁴⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 360.

⁵⁰ P. HÄBERLE, «Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht», en *id.* (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, p. 1 (6, 46 ss.); *id.*, *Rechtsvergleichen im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 652 nota a pie 105.

⁵¹ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 173 ss.

a) CRÍTICA A LAS TEORÍAS DE LA IDENTIDAD, DEL DUALISMO Y DE LA DIFERENCIACIÓN

El debate sobre el dualismo Estado y sociedad, que se desarrolló a inicios del siglo XVIII⁵², constituye una característica esencial del pensamiento constitucional y estatal alemán⁵³. No obstante, tanto la *identificación* (*Ineinssetzung*) como el *dualismo* entre Estado y sociedad, que a veces se oscurece en la tesis de la *diferenciación*, son insostenibles en el marco del actual Estado constitucional. No solo la tesis de la identidad, sino también las teorías del dualismo y la diferenciación no están exentas de peligros, «aunque estos puedan ser menos evidentes a la vista del peligro de caer en una nueva totalidad»⁵⁴. Por lo tanto, P. Häberle se distancia de estas teorías que identifican Estado y sociedad de manera total –como también sucede en los regímenes totalitarios⁵⁵–, y de todos los enfoques que intentan separarlos por completo. Ahí donde la estatalidad se relativiza –por ejemplo, mediante organizaciones supranacionales como la Unión Europea–, se debe seguir pensando también en la relación Estado y sociedad.

El modelo dualista Estado/sociedad no está en condiciones de explicar adecuadamente la compleja relación entre el Estado y la sociedad. Estos no deben ser introducidos en el esquema objeto/sujeto, ni mucho menos en el esquema estático/dinámico⁵⁶. En el *dualismo*, el Estado aparece como la gran antípoda de la libertad, como si la libertad solo existiera ahí donde el Estado no actúa o está ausente, y la libertad existe por sí misma ahí donde lo privado, la sociedad, se entrega a sí misma⁵⁷. Este punto de vista es para P. Häberle erróneo y deficitario, pues no tiene en cuenta el significado constitutivo de la Constitución para el orden conjunto del Estado y la sociedad⁵⁸. No solo el Estado es potencial enemigo de la libertad, también desde el ám-

⁵² Al respecto, U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 33.

⁵³ H. EHMKE, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, p. 5.

⁵⁴ K. HESSE, «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», en E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 484 (491).

⁵⁵ A. ARNDT, *Politische Reden und Schriften*, 1976, p. 226: «El Estado que no reconoce en absoluto a la sociedad, sino que la absorbe, como el régimen totalitario, también tiende a ser desinhibido en el uso de la fuerza y no se fija ni reconoce límite alguno al empleo de la fuerza».

⁵⁶ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 262.

⁵⁷ P. HÄBERLE, «Unmittelbare staatliche Parteifinanzierung unter dem Grundgesetz - BVerfGE 20, 56», en *JuS* 1967, p. 64 (70). Para U. SCHEUNER, «Pressefreiheit», en *VVDStRL* 22 (1965), p. 1 (30), la democracia no se fundamenta en la oposición de principio entre el Estado y la sociedad libre, sino en la participación y codeterminación del pueblo en la tarea de gobierno, en el consenso, el mandato y el control.

⁵⁸ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 177 s.

bito social pueden provenir amenazas para ella⁵⁹. Sin embargo, la libertad tiene un lugar en el Estado democrático y en la sociedad constituida⁶⁰. Aparte de esto, P. Häberle rechaza la teoría dualista porque va acompañada de un déficit público (*Öffentlichkeitsdefizit*). El dualismo y el método del positivismo constitucional, asociado a él, deben reconocerse como el trasfondo, la causa y la característica de aquel déficit⁶¹, al igual que la falsa identificación de lo público y lo estatal⁶².

La tesis de la *diferenciación* del Estado y la sociedad como *condición de la libertad individual* tampoco es convincente⁶³. Por una parte, debido a que en tanto expresión de una diferenciación funcional contiene rezagos de la visión anterior⁶⁴; por otra parte, el problema real está no en la necesidad de una reducción de las funciones estatales⁶⁵, sino en la organización concreta y diferenciada entre Estado y sociedad mediante la Constitución y la ley, «donde es importante hallar la medida “correcta” de la separación y conexión»⁶⁶, aparte de que la LF ha establecido la Constitución del Estado social de derecho⁶⁷. Como resultado de ello, el Estado se está expandiendo en ámbitos que hasta ahora se habían dejado a la autorregulación «no estatal»⁶⁸ (por ejemplo, el internet y las redes sociales [*soziale Netzwerke*]⁶⁹); por su parte, la sociedad se está expandiendo en ámbitos que hasta hoy se habían reservado a la regulación y decisión «estatal»⁷⁰ (por ejemplo, la seguridad social, la compensación social, la protección del medio ambiente [*Umweltschutz*] y la planificación de las construcciones [*Bauplanung*]).

⁵⁹ Al respecto, *vid.* P. HÄBERLE, «Unmittelbare staatliche Parteifinanzierung unter dem Grundgesetz - BVerfGE 20, 56», en *JuS* 1967, p. 64 (74).

⁶⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 259.

⁶¹ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 712.

⁶² P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 127.

⁶³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, 1973, p. 21 ss.; *vid.*, además, U. KARPEN, «Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der rechtsstaatlichen Freiheit», en *id.* (Hrsg.), *Grundlagen von Staat und Recht*, 2001, p. 1 (1 ss.).

⁶⁴ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 11.

⁶⁵ K. HESSE, en *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 484 (495): «La reducción de las funciones estatales es, sin embargo, una condición fundamental de un sistema político no totalitario, pero ella no logra proteger frente a la supresión de este sistema».

⁶⁶ K. HESSE, «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», en E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 484 (501).

⁶⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 262 nota a pie 67.

⁶⁸ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 210.

⁶⁹ Sobre esto, *vid.* SCHUPPERT, G. F., *Verflochtene Staatlichkeit: Globalisierung als Governance-Geschichte*, 2014, pp. 158 ss.; D. TROTTIER/CH. FUCHS, «Theorising social media, politics and the state», en *id.* (Hrsg.), *Social media, politics and the state*, 2015, p. 3 (3 ss.).

⁷⁰ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 210.

b) LA TRÍADA DE LOS ÁMBITOS REPUBLICANOS COMO ALTERNATIVA HÄBERLIANA A LA ANTINOMIA ESTADO/SOCIEDAD

Como ya se ha visto, P. Häberle no aboga por un dualismo estricto ni por una equiparación real o presunta⁷¹, tampoco por una diferenciación entre Estado y sociedad, ya que la doctrina del dualismo cierra, desde un inicio, el acceso a la libertad como problema uniforme de la *res publica*⁷². Por medio del concepto y ámbito de la esfera de *lo público*, que es el ámbito de la integración de la *res publica*⁷³, él ha puesto en cuestión, sin embargo, el modelo que separa Estado y sociedad⁷⁴. La Constitución de la *res publica* constituye, por un lado, al Estado y, por otro, estructura también a la sociedad en el sentido liberal⁷⁵. Por ello, «no hay libertad política sin una verdadera libertad social»⁷⁶. Dado que la Constitución *constituye* el ordenamiento jurídico, el Estado y la sociedad deben organizarse recíprocamente⁷⁷, por lo que no pueden aislarse teórica ni prácticamente, al igual que no existe entre ellos un «enfrentamiento» en lo que respecta a las relaciones de prestación⁷⁸. Además, el Estado no es una mera organización de poder que incide en la sociedad *ni desde afuera (von außen) ni desde arriba (von oben)*. Aunque cierto es que la sociedad no es un espacio libre del Estado, su interconexión independientemente del Estado es impensable. P. Häberle sostiene con razón que «la sociedad siempre está organizada y no se autorregula»⁷⁹. Pero el Estado no está *ni por encima (über) ni debajo (unter)* de la sociedad constituida⁸⁰. Precisamente, la internacionalización y la europeización muestran que el modelo de organización jerárquica ya no se sostiene.

En lugar del modelo Estado/sociedad que no ayuda, hay que recurrir a la idea de la «tríada de los ámbitos republicanos» (*republikanische Bereichstrias*)⁸¹.

⁷¹ K. HESSE, «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», en E.-W. Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, 1976, p. 484 (485).

⁷² P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 267.

⁷³ P. HÄBERLE, «Unmittelbare staatliche Parteifinanzierung unter dem Grundgesetz - BVerfGE 20, 56», en *JuS* 1967, p. 64 (73).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 64 (67 nota a pie 39).

⁷⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2. Aufl. 1998, p. 83 nota a pie 119: «Dado que la realidad social está conformada constitucionalmente desde el principio, la Constitución de la *res publica* estructura también la denominada sociedad»; *vid.*, además, D. SUHR, «Staat – Gesellschaft – Verfassung: Von Hegel bis heute», en *Der Staat* 17 (1978), p. 369 (385 s.).

⁷⁶ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 278.

⁷⁷ P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (56).

⁷⁸ *Ibid.*, p. 43 (58): «Las tareas públicas se perciben en parte por el Estado, en parte por la sociedad y en muchas formas de cooperación, como tareas comunitarias».

⁷⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 278.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 538.

⁸¹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 42.

Se trata de una propuesta que intenta conectar las tres esferas de la comunidad política de un Estado constitucional. Como marco de la tríada de los ámbitos republicanos aparece la *res publica* constituida⁸² y esta comprende, a su vez, lo *privado*, lo *público* y lo *estatal*⁸³. Lo *privado* no denota un ámbito excluido de las relaciones de comunicación de las personas dentro de una comunidad política, aunque debería reconocerse también –como P. Häberle afirma– la posibilidad del «sin mí» (*ohne mich*); se trata al menos de una protección de la privacidad (*right to privacy*) que, sin embargo, no es una libertad natural, sino una libertad cultural y constituida⁸⁴. La privacidad es un *límite* para la opinión pública democrática y constitucional y, al mismo tiempo, *presupuesto* de la democracia como Constitución política⁸⁵. La privacidad como libertad iusfundamental posee un aspecto privado y otro público⁸⁶, aunque es evidente que su dimensión pública no es ilimitada. Especialmente en una época en que la publicación de lo privado amenaza con aumentar excesivamente –por ejemplo, en las redes sociales (*soziale Netzwerke*)–⁸⁷.

Lo *público* (*das Öffentliche*) que está definido, por cierto, por la Constitución⁸⁸ tiene aquí un doble sentido. Por un lado, se refiere *espacialmente* al área comprendida entre el Estado y la esfera privada, a menudo también caracterizada⁸⁹ como sociedad civil (*Zivilgesellschaft*)⁹⁰, que en parte se caracteriza como esfera pública⁹¹; por otro lado, se refiere, *en cuanto al contenido*, a una dimensión valorativa. «Se trata de la *salus publica*, del “paralelogramo de fuerzas” (*Kräfteparallelogramm*) de una comunidad política, a partir del cual convergen las fuerzas plurales, en disenso y consenso recíprocamente»⁹². Los ciudadanos también participan en la esfera pública por medio de la dimensión pública de sus derechos fundamentales.

⁸² El término *res publica* significa, en el pensamiento de P. Häberle, también *libertad pública*, *bien-estar público*, *derecho público* en un sentido no técnico más profundo, ya que se trata de *ideas republicanas*. Vid. P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 42.

⁸³ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 621.

⁸⁴ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 42 ss.

⁸⁵ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 140.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ V. FAST, *Neue Medien und Öffentlichkeit*, 2013, pp. 25 ss., 171 ss.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 131.

⁸⁹ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 137.

⁹⁰ *Sociedad abierta* (*offene Gesellschaft*) y *sociedad civil* (*Zivilgesellschaft*) son conceptos que a P. HÄBERLE le gusta usar. *Sociedad civil* (*Bürgergesellschaft*) son palabras de moda en nuestros días que está conformada, sobre todo, por mujeres, jóvenes, así como por diversos grupos (también religiosos) como, por ejemplo, ONGs, Amnistía Internacional, Transparencia Internacional, Human Rights Watch, asociaciones ambientalistas y otros grupos, incluidos los ciudadanos individualmente. Vid. P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013 pp. 18, 765.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 44.

Como ha enseñado A. Arndt, «en una democracia no existe más Estado que el que su Constitución sostiene»⁹³; esto es, en el Estado constitucional «solo hay tanto Estado como la Constitución *constituye*»⁹⁴. Bajo estos postulados, la Constitución que los ciudadanos se dan a sí mismos precede al Estado. La dignidad humana (*Menschenwürde*) se convierte en la «premisa antropológico-cultural» del Estado constitucional⁹⁵, en el que no hay espacio para el poder estatal pre o extraconstitucional; difuminándose con ello todo rezago feudal y monárquico⁹⁶. De esta manera, lo *estatal* comprende tanto a los órganos del Estado, como también a las competencias estatales, las funciones del parlamento, del gobierno, de la administración y de la *jurisdicción* (*Gerichtsbarkeit*)⁹⁷. Tales competencias y funciones «están entrelazadas de diversas maneras con la esfera pública “social”, la sociedad civil, como se puede apreciar, por ejemplo, en cuestiones como la función pública del parlamento y del gobierno, inclusive del TCF; sin embargo, ellos están instituidos “para sí mismos” y son indispensables»⁹⁸.

Así, la tríada de los ámbitos republicanos desarrollada por P. Häberle intenta ver las tres dimensiones de la *res publica* –lo privado, lo estatal y lo público– aun cuando podría haber, una y otra vez, conflictos y fricciones⁹⁹. Ella establece, además, el contrapunto a todas las formas de los Estados totalitarios, protege sobre todo la libertad y las posiciones de los ciudadanos privados. La Constitución concebida como proceso público no deja de reconocer la protección de lo privado¹⁰⁰.

El valor de la teoría de P. Häberle radica en que, para él, la Constitución juega un papel importante, en comparación con otros planteamientos. La Constitución se refiere no solo a los órganos del Estado en el sentido de las funciones clásicas estatales, sino también constituye a la sociedad¹⁰¹. Como el

⁹³ A. ARNDT, «Umwelt und Recht», en *NJW* 1963, p. 24 (25).

⁹⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 620.

⁹⁵ P. HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. I, 1987, § 20 núm. marg. 56; *vid.* también M. KOTZUR, «Wechselwirkungen zwischen Europäischer Verfassungs- und Völkerrechtslehre: Eine Skizze zu den Methoden und Inhalten», en *Liber Amicorum für Häberle*, 2004, p. 289 (298 ss.): «Toda comunidad política tiene a la dignidad humana como “premisa antropológica”».

⁹⁶ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 45.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, p. 46.

¹⁰⁰ P. HÄBERLE, *Kleine Schriften: Beiträge zur Staatsrechtslehre und Verfassungskultur*, 2002, p. 317.

¹⁰¹ Por ejemplo, a través de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung von Grundrechten*), la integración de la televisión privada, la cláusula del Estado social o los límites del mercado desenfrenado. *Vid.* P. HÄBERLE, *Kleine Schriften: Beiträge zur Staatsrechtslehre und Verfassungskultur*, 2002, p. 358.

derecho y la política, el *Estado* y la *sociedad* pueden ser caracterizados como aspectos o funciones parciales de toda la *res publica*¹⁰²; esto significa que Estado y sociedad son aspectos de la misma *res publica*¹⁰³. Ellos coinciden inclusive parcialmente, ya que se trata de la misma comunidad humana¹⁰⁴. Después de todo, Estado y sociedad son «comunidades políticas»¹⁰⁵. Ciertamente, también difieren en la forma de actuar en el marco de la Constitución de la *res publica*, pero con respecto al bien común no están en confrontación, sino en coordinación y cooperación. Esto es especialmente claro en K. Hesse, para el que «la vida “social” no es posible sin la configuración organizada, planificada y responsable por parte del Estado. Por el contrario, el “Estado” democrático se *constituye* únicamente en la interacción “social”. También la vida social está en una relación más o menos estrecha con la vida estatal en el proceso de conformación de la unidad política. La importancia actual del Estado para la vida económica o social, como también la influencia “social” en la acción del Estado o inclusive la participación “social” en él, excluye una contraposición inconexa»¹⁰⁶.

II. FUNCIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL PLURALISMO

Con motivo del 30.º Aniversario de la República Federal de Alemania se realizó en 1978 en Augsburg un evento en el que P. Häberle dio su conferencia pionera sobre «La jurisdicción constitucional como fuerza política»¹⁰⁷. La

¹⁰² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 19: La Constitución comprende la sociedad constituida, «sin embargo, no en el sentido de la idea de una identidad; esto es, no solo el Estado está constituido (la Constitución no es solo “Constitución del Estado”). Este concepto amplio de Constitución abarca las estructuras básicas de la sociedad (civil) plural, como la relación recíproca de los grupos sociales y de los ciudadanos»; *vid.* también F. ERMACORA, *Allgemeine Staatslehre*, Bd. I, 1970, pp. 331 ss.

¹⁰³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 142.

¹⁰⁴ U. SCHEUNER, «Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre», en *FS R. Smend*, 1962, p. 225 (258): «El Estado es la unidad de acción humana (*menschliche Wirkungseinheit*) que, dentro de un espacio y en la más alta instancia, se encarga de mantener el orden y la paz»; W. SCHMITT GLAESER, *Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes*, 2. Aufl. 2012, pp. 11, 16 ss.: La comunidad y el Estado «son productos de las ideas y del comportamiento humano», es una «forma de comunidad humana», es un «grupo de personas que comparten el mismo destino (*Schicksalsgemeinschaft*) con obligaciones mutuas de sus ciudadanos».

¹⁰⁵ H. EHMKE, «“Staat” und “Gesellschaft” als verfassungstheoretisches Problem», en *FS R. Smend*, 1962, p. 23 (44).

¹⁰⁶ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 11; *id.*, *Ausgewählte Schriften*, 1984, p. 45 ss.; *id.*, «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», en *DÖV* 1975, pp. 437 ss.

¹⁰⁷ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 425.

conferencia tuvo y tiene todavía una gran relevancia en el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Alemania. Allí, el TCF fue calificado, por primera vez, como «un tribunal social *sui generis*»¹⁰⁸. Hasta entonces, no se había concebido a dicho Tribunal como «regulador en los procesos continuos de garantía y actualización de la Constitución como contrato social»¹⁰⁹. Además, en la segunda parte de su exposición planteó una pregunta provocadora: «¿qué debería y qué puede aportar el TCF en el marco de la cultura política?»¹¹⁰. La respuesta de P. Häberle se basó en la indudable consideración del TCF como *tribunal social (gesellschaftliches Gericht)*, «tribunal ciudadano» (*Bürgergericht*) y como *partícipe en el contrato social (am Gesellschaftsvertrag beteiligt)*.

1. Jurisdicción constitucional y sociedad civil

a) LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO «TRIBUNAL SOCIAL»

La Constitución es el orden jurídico fundamental tanto del Estado abierto como de la comunidad constituida; esto significa que regula y limita racionalmente no solo la actuación del Estado, sino también el poder de la sociedad. Según M. Kotzur¹¹¹, la Constitución es, «*fundación y limitación*» (*Begründung und Begrenzung*) del poder democrático. La Constitución pluralista, así entendida, se distancia de la separación dogmática del Estado y la sociedad vista anteriormente¹¹². Desde una perspectiva puramente formal se puede caracterizar al TCF como *estatal*. Es un tribunal estatal porque, por un lado, se fundamenta en una ley del Estado y, por otro lado, porque es el Estado el que nombra a los jueces del TCF (*Bundesverfassungsrichter*)¹¹³. Como tal, se ocupa solo de la limitación y control del poder del Estado. No obstante, esta concepción formal es insuficiente. El TCF es mucho más que eso, ya que la Constitución restringe, además, el poder social. Así pues, el TCF se convierte, sobre todo, en un verdadero *tribunal constitucional (Verfassungsgericht)* que es

¹⁰⁸ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, pp. 66 ss.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pp. 68 ss.; M. KOTZUR, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, pp. 122 s.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹¹¹ «Thematik des Verfassungsgesetzes», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 260 núm. marg. 2.

¹¹² P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 66.

¹¹³ *Ibid.*

competente para las controversias constitucionales detalladas enumerativamente¹¹⁴, más allá de la separación entre Estado y sociedad¹¹⁵.

Por eso se habla del TCF como «tribunal social»¹¹⁶. Esto significa que el Tribunal abre¹¹⁷ su derecho procesal constitucional (*Verfassungsprozessrecht*) –entendido como foro abierto y público de la información y participación– para la diversidad de ideas e intereses de la sociedad constituida y que se acerca a la sociedad de dos maneras. De un lado, el TCF dirige gradualmente a la sociedad por medio de su jurisprudencia expansiva; de otro lado, estructura y organiza a la sociedad constituida. Esta contribución del TCF se puede formular de la siguiente manera: «cuanto más el TCF interviene en los procesos de dirección de la sociedad, más recurre esta a él cuando quiere hacerse oír “en Karlsruhe”»¹¹⁸. Pero la sociedad quiere ahora hacerse escuchar en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo y también en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Así, el TCF obtiene una relación intensa con el conjunto de la sociedad abierta, especialmente ahí «donde el parlamento ha fracasado»¹¹⁹. De esta manera, la jurisdicción constitucional pierde su tradicional carácter estatal a favor de una *dimensión social* del TCF¹²⁰.

b) LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL «COMO PARTÍCIPE EN EL CONTRATO SOCIAL»

La Constitución del pluralismo se debe concebir como un «contrato social» real o imaginario. De acuerdo con J. Locke: «§ 95. Puesto que, como ya se ha dicho, los seres humanos son por naturaleza todos libres, iguales e independientes, nadie puede ser expulsado de este estado y sometido a la violencia política de otro sin su consentimiento. La única manera en que una persona puede renunciar a esta libertad natural y ponerle los grilletes de la sociedad civil es acordando con otros que se unan y se unan en una comunidad, con el objetivo de vivir juntos con comodidad, seguridad y paz, disfrutando de su propiedad con tranqui-

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 68.

¹¹⁶ En la medida que la Constitución del pluralismo abarca al Estado y la sociedad, la jurisdicción constitucional actúa desde el principio como fuerza política, más allá del mencionado dogma de la separación, convirtiendo al TCF en un auténtico tribunal de toda la *res publica*.

¹¹⁷ El medio más importante de participación del ciudadano en la jurisdicción constitucional es, por ejemplo, el *recurso constitucional de amparo* (*Verfassungsbeschwerde*).

¹¹⁸ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 67.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*, p. 68.

lidad y mayor seguridad frente a todos los que no pertenecen a esa comunidad. § 99. (...) Así, el comienzo y la *constitución real de una sociedad política* no es diferente al acuerdo de un número de personas libres capaces de formar la mayoría para unirse e integrarse a una sociedad de esa naturaleza»¹²¹.

En la doctrina de J.-J. Rousseau todos se dan a todos y así no se dan a nadie, todos tienen el mismo derecho y todos pierden el equivalente¹²². La fórmula del contrato social que propuso dice que «cada uno de nosotros pone su persona y todas sus fuerzas colectivamente bajo la dirección suprema de la voluntad general; recibimos cada miembro en un cuerpo como una parte inseparable del todo»¹²³. Contra Th. Hobbes, I. Kant había concebido su idea del contrato social de la siguiente manera: «de todos los contratos por los que una multitud de personas se unen en una sociedad (*pactum sociale*), el contrato de establecimiento de una constitución civil entre ellas (*pactum unionis civilis*) es de un tipo tan peculiar que, aunque tiene mucho en común con todos los demás (que se dirige tanto en lo que se refiere a su ejecución como a cualquier otro propósito a promover conjuntamente), es, sin embargo, en el principio de su fundación (*constitutionis civilis*) sustancialmente diferente de todos los demás»¹²⁴.

J. Rawls vuelve a las teorías tradicionales del contrato social de J. Locke, J. J. Rousseau e I. Kant¹²⁵. Él se refiere ahora a la «justicia como equidad» en tanto ejemplo de lo que llama teoría del contrato social, aunque no es ciertamente una teoría contractual completa¹²⁶. La justicia como equidad comienza con la decisión más general de los primeros principios de una concepción de justicia: por un lado, el principio de igualdad de derechos y deberes fundamentales y, por el otro, el principio de que las desigualdades sociales y económicas son justas cuando aportan beneficios para todos, especialmente para los miembros más débiles de la sociedad¹²⁷.

A partir de estas teorías del contrato social, se formula la tesis häberliana de la Constitución como «contrato social». Bajo este paradigma, la Constitución es «el “contrato” diario del “ponerse de acuerdo y tolerarse” entre todos los ciudadanos»¹²⁸. Así, este paradigma es «un modelo de pensamiento, un principio

¹²¹ J. LOCKE, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, 1977, pp. 260 ss.

¹²² J.-J. ROUSSEAU, *Der Gesellschaftsvertrag (Le contrat social)*, 1948, pp. 60 s.

¹²³ *Ibid.*, p. 61.

¹²⁴ I. KANT, *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, Bd. VI, 1964, pp. 143 s.

¹²⁵ J. RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, pp. 27 ss.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 34.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 29 ss.

¹²⁸ P. HÄBERLE, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», en *EuGRZ* 2004, p. 117 (121).

heurístico con el fin de garantizar la libertad personal y la justicia pública»¹²⁹. La Constitución, concebida de esta manera, tiene implicancias relevantes para la jurisdicción constitucional. «El TCF posee una específica responsabilidad mancomunada en la garantía y perfeccionamiento de la Constitución como contrato social; coparticipa en sus procesos continuos; está comprometido con el pluralismo»¹³⁰. El TCF aparece aquí menos como una simple corte constitucional controladora que como un participante real en el proceso público de la Constitución y de la comunidad política. Por una parte, se involucra en la observancia, afirmación diaria y continuación del contrato social; por otra, se compromete con el desarrollo de la Constitución como un proceso público¹³¹. De esta manera, el TCF participa en la creación del consenso básico de una sociedad abierta.

c) LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIÓN COMO CONTRATO GENERACIONAL

El gran problema del *modelo clásico de contrato social* es que vincula (obliga) a las generaciones posteriores, aunque no hayan participado en su negociación. Por lo tanto, la Constitución como contrato social también se refiere al «contrato generacional», en el que las generaciones más jóvenes y las más viejas trabajan juntas como un grupo. Esta idea básica quiere decir que ni los jóvenes se sientan agobiados ni los ancianos decepcionados por su confianza en la joven generación como socios contractuales: «se trata de la justicia de la prestación y la contraprestación entre las generaciones»¹³². Hoy en día, esto es lo que significa el término *sostenibilidad social*. La jurisdicción constitucional actúa aquí interpretando y concretando la Constitución como verdadero partícipe del contrato generacional, pues también los *no nacidos* son partícipes del contrato social y es precisamente su vinculación lo que resulta problemático; ciertamente, no se trata de que la jurisdicción constitucional lo tenga que hacer todo, sino que tiene la responsabilidad, junto con el legislador democrático, del contrato social constitucional y del contrato generacional¹³³. «Un tribunal constitucional, un “tribunal social en el sentido más amplio”, debe interpretar la Constitución “como un contrato”, de tal manera que todos los ciudadanos se sientan comprendidos como tales, que

¹²⁹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 323.

¹³⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht*, 2009, p. 130.

¹³¹ P. HÄBERLE, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», en *EuGRZ* 2004, p. 117 (121).

¹³² P. HÄBERLE, *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht*, 2009, p. 131.

¹³³ *Ibid.*

nadie se sienta agobiado y no surjan grietas o rupturas entre grupos y generaciones. Solo entonces la Constitución (...) será el marco para el necesario y siempre constante “ponerse de acuerdo” entre todos. El *Contrat constitutionnel* no debe perder ningún grupo o generación particular»¹³⁴. En síntesis, se puede decir que si se considera a la jurisdicción constitucional más allá de la separación dogmática entre Estado y sociedad, entonces la comprensión del TCF como «tribunal social» ya no parece utópico, sino real y justificado¹³⁵.

2. Jurisdicción constitucional y bien común

a) EL BIEN COMÚN SEGÚN LA TEORÍA HÄBERLIANA

Se ha dicho que con la comprensión de la jurisdicción constitucional como *tribunal social* de un tipo particular este pierde, en parte, su carácter puramente estatal. Esto sucede también cuando la jurisdicción constitucional es caracterizada^{136, 137} como «función pública del bien común»¹³⁸ o «jurisdicción del bien común»¹³⁹. Esto debe ser profundizado.

(1) *La idea republicana del bien común*

P. Häberle defiende un *concepto republicano de bien común*. Cuestiona su tradición monárquica y rechaza su imposición «como la emanación de una “suprema” autoridad pública»¹⁴⁰, tal como sucede en una sociedad cerrada; la comprensión de una entidad extrajurídica y extraconstitucional ha llevado a la

¹³⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 69.

¹³⁵ P. HÄBERLE, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers (Hrsg.): *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 35 (45).

¹³⁶ En el Estado constitucional democrático, una teoría jurídica del bien común se hace no solo posible, sino también necesaria. Entendida como ordenamiento jurídico del Estado y la sociedad, la Constitución proporciona «directrices sustantivas para el bien común, pero también abre una variedad de procedimientos de concreción y revisión: en el espectro de la “triada de los ámbitos republicanos”». Cfr. P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 372.

¹³⁷ Esto debido a que, en el Estado constitucional, los diversos impulsos del bien común provienen de la sociedad abierta y constituida, en la que los grupos plurales de diversa índole expresan aspectos del bien común que quieren introducir en la determinación estatal del bien común. Cfr. P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 373.

¹³⁸ Acerca de la diferencia entre «razón de Estado» (*Staatsräson*), «bien común» (*Gemeinwohl*) e «interés público» (*öffentliches Interesse*), vid. P. HÄBERLE, «Schrifttum», en *DÖV* 1969, p. 150 (151).

¹³⁹ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 375.

¹⁴⁰ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 17.

falsa alternativa «derecho (objetivo) o del no-derecho (subjetivo)»¹⁴¹. La comprensión häberliana se relaciona, por el contrario, con una determinación democrática del bien común, en el que, junto a determinados bienes públicos objetivos, el proceso, el *due process* constitucional y administrativo se convierten en determinantes¹⁴². Por eso, se puede decir que en la *res publica* no hay una esfera pública extraconstitucional, sino solo una determinación democrática, pluralista y constitucional del bien común¹⁴³.

El bien común, que se equipara al interés público¹⁴⁴, no puede definirse. Solo puede concretizarse específica y parcialmente según la respectiva situación de los problemas jurídicos materiales, funcionales, competenciales y procesales; no se puede determinar «a partir de sí mismo»¹⁴⁵. Únicamente puede decirse que el bien común es, en parte, una expresión ético-social y una exigencia intensamente valorativa; en parte, un concepto jurídico imprescindible, ya sea como cláusula general o con un contenido especial¹⁴⁶. Dado que el bien común o interés público, al igual que la opinión pública, forma parte del *campo de fuerza* (*Kraffteld*) de la esfera pública, vive del campo de fuerza de la *res publica*¹⁴⁷. El bien común es «una pieza de la cultura transmitida, de la misma forma como lo es la “justicia” (*Gerechtigkeit*)»¹⁴⁸; una «fórmula que, junto a otras, estructura la coexistencia humana»¹⁴⁹. El bien común no es una fórmula vacía¹⁵⁰. Cuando P. Häberle habla del bien común, este es caracterizado, a grandes rasgos, como una «comprensión jurídico-constitucional del bien común»¹⁵¹.

(2) *Bien común y funciones estatales*

Según la tesis inicial señalada, en una *res publica* constituida democráticamente, la legislación, el poder ejecutivo y la jurisdicción son, antes que todo,

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁴² *Ibid.*, p. 17.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 709 ss.

¹⁴⁴ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 323.

¹⁴⁵ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 31 nota a pie 57.

¹⁴⁶ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 343.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 341.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 324.

¹⁴⁹ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 372.

¹⁵⁰ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 343, enfatiza que el bien común no es una «fórmula del buen tiempo» (*Schönwetterformel*), pero tampoco un concepto asignado específicamente para las situaciones de emergencia y de excepción; pertenece a la normalidad y a la normatividad de una comunidad política, tiene jurídicamente funciones limitadas, esto incluso en tiempos difíciles.

¹⁵¹ O como *salus publica ex constitutione*, una comprensión del bien común pluralista y procesal, *salus publica ex processu* (el bien común como proceso). Cfr. P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, pp. 340 s.

funciones *públicas*¹⁵². Todas las funciones estatales tienen su referencia al bien común¹⁵³. Trabajan diariamente con el concepto del bien común (*Gemeinwohl*)^{154, 155}, lo que conlleva al peligro de su desgaste en exceso. Estas tres funciones del Estado se fundamentan no solo democráticamente, sino también en el Estado de derecho, en el Estado social y en el *republicanismo*.

(a) La función de bien común de la legislación

La legislación sigue siendo una función pública y su actividad debe estar orientada al bien común. Por una parte, el proceso legislativo se realiza tanto en el pasado como en el presente, dentro de un estrecho intercambio permanente con lo público; su credibilidad depende principalmente «*de la transparencia de los procesos de formación de la voluntad política y de los procesos de decisión*»¹⁵⁶. El parlamento se convierte así en un foro de debate público y el derecho parlamentario se transforma en derecho público por excelencia¹⁵⁷. Por otra parte, las leyes pueden ser modificadas de acuerdo con las orientaciones del bien común¹⁵⁸, ya que la función del bien común del legislador sirve como directriz constitucional¹⁵⁹. El legislador no establece normas en el vacío, sino que está vinculado en su configuración real del bien común a las ideas rectoras de su época y se compromete más o menos conscientemente con ellas; recurre también al material sobre el bien común establecido por él en otras leyes¹⁶⁰; la legislación es, por lo tanto, «bien común condensado»¹⁶¹.

(b) La función de bien común del poder ejecutivo

Se debe resaltar la «relación negativa» del poder ejecutivo con la esfera pública democrática, debido a su *tradición arcana monárquica*, en el que *lo*

¹⁵² P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 132.

¹⁵³ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, pp. 341 s.

¹⁵⁴ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 371.

¹⁵⁵ Incluso las ciencias jurídicas son confrontadas a diario con el bien común y los juristas deben interpretarlo inevitablemente. Cfr. P. Häberle, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 323.

¹⁵⁶ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 133.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 133 s.

¹⁵⁸ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 342.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 343.

¹⁶⁰ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 33.

¹⁶¹ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 325.

público había sido equiparado con lo *estatal*¹⁶². En los últimos tiempos, por el contrario, se puede hablar del fortalecimiento de lo público, sobre todo, a través del control parlamentario del gobierno¹⁶³. Las tendencias a la desparlamentarización entrañan, por eso, el riesgo de un déficit público. Y es que también el ejecutivo está estrechamente relacionado con el bien común, se le reconoce como la *administración del bien común* por excelencia¹⁶⁴. Es importante aquí destacar que la administración ha perdido definitivamente el monopolio sobre el bien común, fundado en la tradición y, en su tiempo, en la monarquía, a favor de una articulación cooperativa con la legislación y jurisdicción pública del bien común; sin embargo, conserva un mandato de bien común específico y fundamentado constitucionalmente, que las demás funciones del bien común deben respetar¹⁶⁵. La posición del bien común con respecto al ejecutivo se puede fundamentar en una competencia determinada de la administración o puede servir como una fórmula de objetivo¹⁶⁶.

(c) La función de bien común de la jurisdicción

La jurisdicción resulta ser una función pública clásica, pues los jueces son jueces públicos en aras de la justicia pública; una justicia privada queda excluida¹⁶⁷. Puesto que el conocimiento y el interés están vinculados recíprocamente, esto debe ser transparente. La publicidad de las audiencias es tanto una exigencia democrática como también una institución jurídico-estatal fundamental¹⁶⁸, aunque dentro de ciertas excepciones «la publicidad judicial tiene el rango de una mandato constitucional imperativo»¹⁶⁹. La actualización del bien común por medio de la jurisdicción se deriva de la independencia judicial, de la publicidad y de la apertura del proceso judicial; estas se consideran presupuestos institucionales de la fuerza normativa del interés público¹⁷⁰. El rol del bien común en la jurisdicción no debe ser subestimado. Por un lado, él mismo puede ser objeto de la interpretación (por ejemplo, en la ponderación

¹⁶² P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 134.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 135 s.

¹⁶⁴ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 33.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 713 s.

¹⁶⁶ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 343.

¹⁶⁷ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 136.

¹⁶⁸ El carácter público de la función judicial es al mismo tiempo una exigencia de la democracia y del Estado de derecho. Cfr. P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 136.

¹⁶⁹ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 136.

¹⁷⁰ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 714.

del interés público como requisito de una expropiación, art. 14 párr. 2 oración 1 de la LF) o, por otro lado, funge como un instrumento de interpretación pretoriano, «en el sentido que el juez lo introduce de manera más o menos “libre” para interpretar el derecho como “*law in public action*”»¹⁷¹.

En general, puede decirse que el bien común aparece como *principio, norma* o *topos* jurídico, no solo en todos los niveles de la jerarquía normativa y en todos los ámbitos del derecho, sino también en el contexto de todas las funciones estatales¹⁷². Ciertamente, esto es aplicable también a la jurisdicción constitucional.

b) EL TCF COMO JURISDICCIÓN DEL BIEN COMÚN

(1) *Jurisdicción del bien común y su sentido haberliano*

La premisa básica es que la jurisdicción constitucional tiene su parte jurídico-funcional en los procesos de concretización del bien común y, en ese sentido, ella es jurisdicción del bien común; trabaja con el interés público de manera muy variada, al igual que lo hace la jurisdicción administrativa¹⁷³. De este punto de partida se pueden derivar al menos dos consecuencias: primero, una consecuencia interpretativa y, segundo, una consecuencia sobre la posición y cualidad del TCF. Desde el punto de vista de la interpretación, el bien común es tanto objeto (*Gegenstand*) como herramienta (*Werkzeug*) de la interpretación constitucional. Con razón, *jurisdicción del bien común* (*Gemeinwohlfudikatur*) quiere decir las múltiples técnicas de interpretación y la concretización judicial de los textos del bien común, así como la *libre* utilización abierta o encubierta del interés público por medio de la jurisdicción del TCF¹⁷⁴.

El TCF no solo tiene la cualidad de órgano constitucional, sino también un estatus público (*Öffentlichkeitsstatus*). La cualidad de órgano constitucional otorga al TCF, como institución, un estatus público específico que va mucho más allá del carácter público tradicional de los tribunales; la cualidad pública del TCF es otorgada directamente por la dimensión pública de la

¹⁷¹ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 343.

¹⁷² P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 371: Así pues, existen además determinadas funciones en las que el bien común actúa y se realiza, por ejemplo, como justificación de competencia, como título que limita derechos fundamentales y establece deberes, como cláusula de excepción y como título para el secreto de Estado.

¹⁷³ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 342; D. GUNST, *Verfassungspolitik zwischen Macht und Recht*, 1976, p. 148.

¹⁷⁴ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 375.

Constitución misma¹⁷⁵. Esto se aplica también para los jueces constitucionales individuales, los «que, al menos en parte, se ven desafiados a hacer declaraciones públicas. Emiten estas declaraciones tanto sobre las cuestiones de política general, así como sobre cuestiones jurídico-constitucionales y de política constitucional en el contexto de las expectativas que la opinión pública tiene de su calidad como jueces constitucionales, no como particulares»¹⁷⁶. De este modo, los jueces constitucionales en el marco de sus funciones específicas y de sus límites, intervienen procesal y materialmente en el proceso de concretización de los intereses públicos y también privados; y, con ello, del bien común; los jueces constitucionales no están exentos de responsabilidad con respecto al bien común¹⁷⁷. Además, la dimensión pública del TCF se refleja en la posibilidad democrática de que la minoría judicial se convierta en mayoría, principalmente, con la ayuda de la crítica pública y académica¹⁷⁸.

(2) *Interpretación y concretización del bien común*

La interpretación y concretización del bien común significa para la jurisdicción constitucional un gran desafío jurídico-constitucional¹⁷⁹ y una tarea muy importante, ya que se trata, por un lado, del pluralismo del interés público y, por otro, debido a que el interés público debe ser concretizado, desde un inicio, en relación con la Constitución¹⁸⁰. Como ya se ha señalado, el bien común es *objeto e instrumento* de la interpretación del TCF. Sin embargo, no se trata de una separación total. Es evidente que entre ambas formas de manifestación del bien común existen conexiones. Por una parte, ahí donde el juez constitucional emplea argumentativamente el interés público como herramienta de interpretación, se convierte en sus manos en objeto de la interpretación, pues debe concretizar este *topos* jurisdiccional en el marco de sus reglas de arte mediante puentes auxiliares (*Hilfsbrücken*) dogmáticos más o menos acertados; por otra parte, ahí donde el interés público aparece como objeto de la

¹⁷⁵ H. SCHULZE-FIELITZ, «Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung», en G. F. Schuppert/C. Bumke (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, p. 111 (121).

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ P. HÄBERLE, «“Gemeinwohljudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 86 (87 s.).

¹⁷⁸ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 136.

¹⁷⁹ P. HÄBERLE, «“Gemeinwohljudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 86 (87): El objeto material del derecho constitucional requiere que el juez concrete los intereses públicos casi como ningún otro; *vid.* también M. ANDERHEIDEN, *Gemeinwohl in Republik und Union*, 2006, pp. 50 ss.; D. SCHEFOLD, *Bewahrung der Demokratie*, 2012, p. 265.

¹⁸⁰ P. HÄBERLE, «“Gemeinwohljudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 86 (90).

interpretación prescrito normativamente, a menudo debe concretizarse mediante procesos complejos de interpretación¹⁸¹. Objeto e instrumento de la interpretación son, por lo tanto, dos manifestaciones del bien común.

(a) El bien común como objeto de la interpretación

Considerar el bien común como *objeto de la interpretación* significa que los jueces constitucionales deben hallarlo en los hechos y concretarlo a partir del contexto de la norma y de sus conexiones materiales y finalistas¹⁸². La LF contiene diversos bienes comunes que durante mucho tiempo han aparecido de manera abierta u oculta en los procesos de argumentación jurídica¹⁸³ –por ejemplo, los derechos fundamentales¹⁸⁴ (arts. 1 ss. de la LF), la democracia, la república, el Estado social de derecho (art. 20 de la LF), entre otros. Como consecuencia de este contenido, la Constitución se convierte en un «orden público del bien común normativo»; es decir, un orden jurídico básico «que, sobre todo, regula los procedimientos públicos y las técnicas procesales, los que en una democracia pluralista posibilitan un equilibrio abierto de intereses y conducen a un consenso del bien común *a posteriori*, no *a priori*»¹⁸⁵. Por lo tanto, la Constitución ahí donde ha sido concebida como proceso público (*salus publica ex constitutione*) representa, al mismo tiempo, un orden del bien común normativo¹⁸⁶.

(b) El bien común como herramienta de ayuda de la interpretación

La otra forma de expresión del bien común para el TCF es como *instrumento de la interpretación*. El interés público se convierte en una ayuda a la interpretación y a la argumentación cuando es introducido interpretativamente por los jueces constitucionales en la actividad hermenéutica, con la finalidad de interpretar los conceptos jurídicos que están relacionados con el bien común de manera indirecta o para establecer de manera autónoma una referencia

¹⁸¹ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, pp. 240 s.

¹⁸² *Ibid.*, p. 240.

¹⁸³ P. HÄBERLE, «Schrifttum», en *DÖV* 1969, p. 150 (151).

¹⁸⁴ Según P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 140, los derechos fundamentales son bienes comunes públicos y privados, son co-constitutivos de la *res publica*; *id.*, «“Gemeinwohljudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 86 (112 ss.).

¹⁸⁵ P. HÄBERLE, «“Gemeinwohljudikatur” und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 86 (87).

¹⁸⁶ K. v. BEYME, *Vergleichende Politikwissenschaft*, 2010, p. 73.

al bien común por la vía de una interpretación creativa¹⁸⁷. Sin embargo, ello exige de la jurisdicción constitucional una *actividad interpretativa pretoriana* (*prätorische Interpretationstätigkeit*) que actúa creando derecho como la legislación del bien común, ya que el interés público se muestra como un *topos* constitucional libre en los más diversos contextos fácticos, en los muy variados métodos de interpretación y en los correspondientes contenidos y resultados diferentes de la interpretación¹⁸⁸. Se «sitúa en paralelo a las técnicas y modelos del bien común del legislador»¹⁸⁹ y la jurisdicción constitucional se ubica, por lo tanto, «en la mejor tradición del descubrimiento judicial del derecho»¹⁹⁰. Por ello, P. Häberle habla de la interpretación de la Constitución como una «pieza de la concretización del bien común y una actualización de la esfera pública»¹⁹¹.

c) EL BIEN COMÚN Y LA ACTIVIDAD PRETORIANA DEL TCF

El bien común es un *topos libre* que emplea la jurisdicción. El TCF lo emplea en el marco de la interpretación para justificar un determinado resultado. No obstante, el bien común puede contribuir más de lo que la comprensión tradicional de los métodos de interpretación histórico y teleológico pueden percibir; el bien común también sitúa al intérprete y a la ley en el contexto público de la *res publica*, por lo que se puede hablar de la fuerza normativa (*normierende Kraft*) del bien común¹⁹². Así pues, el bien común aparece en los más diversos contextos, en los métodos de interpretación y en los contenidos y resultados de la interpretación¹⁹³.

Sin embargo, el *topos* jurisdiccional no significa que los jueces estén desvinculados de él, sino simplemente que el TCF es relativamente libre para interpretarlo. La interpretación es *libre* solo en la medida que en la ley no estén normados expresamente los supuestos de hecho que se refieren a los intereses públicos; únicamente las técnicas de la interpretación judicial sacan a las luz los intereses públicos¹⁹⁴. Este proceso no se refiere, sin embargo, a un proble-

¹⁸⁷ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 240.

¹⁸⁸ P. HÄBERLE, «"Gemeinwohlsjudikatur" und Bundesverfassungsgericht», en *AöR* 1970, p. 260 (272 ss.).

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 260 (263).

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 260 (272).

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 86 (88).

¹⁹² *Ibid.*, p. 260 (273).

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl. 2006, p. 241.

ma de lagunas o vacíos, sino a la necesidad de interpretar las leyes. Estas casi siempre deben ser interpretadas, incluso ahí donde ellas son aparentemente claras. Su contenido debe ser determinado en el cambiante campo de tensión de los intereses públicos y privados que están detrás de las otras leyes del bien común; este, por lo tanto, es un acompañante tácito y latente de la ley desde su creación hasta su aplicación en la realidad vital por medio de la interpretación en el tiempo (*law in public action*)¹⁹⁵. Una vez más, el TCF se convierte, con ello, en una auténtica jurisdicción del bien común y la interpretación se transforma en su innegable concretización.

Pero dado que la legislación, el ejecutivo y también la jurisdicción ejercen funciones de bien común, es necesario determinar la posición y función de la jurisdicción constitucional en el marco de la división de poderes.

III. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES¹⁹⁶

1. El principio de separación de poderes en el Estado constitucional

El art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la asamblea nacional francesa de 1789, dice que «una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de poderes no está establecida, carece de Constitución». El art. 20 párr. 2 oración 2 de la LF se refiere a tres tipos de actividad estatal: legislación, poder ejecutivo y poder judicial. Se puede ver la importancia del principio de separación de poderes en la particular manifestación de la función jurisdiccional. Como bien dice D. Tsatsos¹⁹⁷, esta función fue para Montesquieu «las más terrible entre los hombres» porque intervenía más profundamente en las esferas de la vida de las personas; por lo tanto, quería reducirlo, «en cierto modo a cero», es decir, confiarla a jueces legos que cambian con frecuencia y que no tienen influencia a largo plazo. Así pues, durante mucho tiempo la administración de justicia estuvo fuera de las consideraciones de la teoría constitucional. Sin embargo, hoy en día la función judicial está en el centro de la problemática de la separación de poderes, particularmente porque la administración de justicia influye en el desarrollo de una sociedad y porque también se trata, por su

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Sobre esto, H. Rausch (Hrsg.), *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, 1969; W. KÄGI, *Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, 1937.

¹⁹⁷ D. TH. TSATSOS, *Einführung in das Grundgesetz: Grundbegriffe - Grundprobleme*, 1976, p. 106.

contenido, de una actividad política¹⁹⁸. Por eso, en el Estado constitucional democrático ya no se puede hablar de la función judicial como el «tercer poder» (*dritte Gewalt*). En verdad, en una democracia constitucional no existe un «primer» o «segundo poder». A. Arndt¹⁹⁹ considera, con toda razón, que ese lema es desafortunado porque cuando en el art. 20 párr. 2 oración 1 de la LF se habla de la jurisdicción, este solo puede leerse y entenderse en relación con el principio básico de que *todo* el poder estatal emana del pueblo. Tanto la *posición* como el *peso* de la jurisdicción constitucional en el sistema de separación de poderes siguen siendo particularmente problemáticos hasta la fecha. Su consideración como jurisdicción y órgano constitucional pone en tela de juicio no solo la comprensión clásica de la separación de poderes, sino también su papel con respecto a dicho principio.

2. Teorías de la relación: jurisdicción constitucional-principio de separación de poderes

a) LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO *RUPTURA* DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

La *tesis de la ruptura* se basa en una idea del principio de separación de poderes en el que la jurisdicción constitucional no tiene cabida en el sistema tradicional de la división del poder, a veces debido a la intromisión en las funciones estatales ajenas o, a veces, a causa de una violación del principio de separación de poderes mismo. Así, C. Schmitt pensaba que «un tribunal como guardián de la Constitución recibe, sobre todo, una función legislativa extraordinaria»²⁰⁰, lo que pone en duda dicho principio, ya que «una ley no es una decisión judicial y una decisión judicial no es una ley, sino una decisión de “un caso” sobre “la base de una ley”»²⁰¹. Con insistencia, E. Forsthoff sostuvo que la jurisdicción constitucional es «la flagrante ruptura de la división del poder que la propia LF ha previsto»²⁰². Además, constituiría «una prueba clara de que una jurisdicción emancipada es, al mismo tiempo, una jurisdicción en expansión»²⁰³, lo que tendría un significado sintomático para el Estado.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ A. ARNDT, *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, p. 326.

²⁰⁰ C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 3. Aufl. 1985, p. 106.

²⁰¹ C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 4. Aufl. 1996, p. 37.

²⁰² E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2. Aufl. 1971, pp. 132, 134.

²⁰³ *Ibid.*, p. 144.

Para E.-W. Böckenförde²⁰⁴, la jurisdicción constitucional ya no se puede entender en el esquema clásico de la separación de poderes, sino únicamente recurriendo a sus funciones que resultan de las competencias asignadas jurídicamente a ella. G. Roellecke afirma que, puesto que la jurisdicción constitucional es, por un lado, jurisdicción, pero puede controlar las leyes, por otro, disuelve el esquema clásico de separación de poderes; los antiguos esfuerzos por introducir a la jurisdicción constitucional en el sistema de división del poder, «se considera que han fracasado»²⁰⁵.

b) LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO *DISOLUCIÓN* DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

Una toma de posición de esta naturaleza defendida por R. Marcic²⁰⁶ puede considerarse como una *disolución* del principio de separación de poderes mediante la jurisdicción constitucional. De acuerdo con su teoría, «el Estado judicial (*Richterstaat*) reemplaza paulatinamente al Estado de las leyes (*Gesetzesstaat*)»²⁰⁷. Los Estados con una jurisdicción constitucional propia «instituyen al tribunal Constitucional como *segundo legislador* (*zweiter Gesetzgeber*), cuya decisión actúa *erga* o *inter omnes*, no solo *inter partes*»²⁰⁸. Donde la vinculación jurídica se extiende al legislador, y especialmente al ejecutivo; donde incluso el poder constituyente está vinculado a normas inal-

²⁰⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation», en *NJW* 1999, p. 9 (13): «Después de todo, ¿qué posición tiene la jurisdicción constitucional en el sistema de división del poder? En la división tradicional en tres o cuatro funciones estatales (legislación, gobierno, administración y jurisdicción) apenas encaja con dificultad. Por una parte, decide los conflictos constitucionales en aplicación de las leyes, incluida la Constitución; por otra parte, examina y controla las leyes, con ello se eleva por encima de las leyes y participa en la legislación constitucional».

²⁰⁵ G. ROELLECKE, «Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSiR*, Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 53 núm. marg. 34; *id.*, «Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung», en F. SCHÄFER, *id.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung*, 1980, p. 24 (32): «La jurisdicción constitucional no puede clasificarse en el habitual esquema de la separación de poderes, ya que la división de roles entre jurisdicción, legislación y gobierno no funciona en relación con la jurisdicción constitucional».

²⁰⁶ En su trabajo, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 1957, pp. 336 ss., R. MARCIC consideraba que la división del poder tenía más sentido en la relación del poder judicial con el poder legislativo y el poder ejecutivo, pues una delimitación del poder estatal entre legislación, gobierno y administración se había convertido en imposible, debido a la transformación estructural de la democracia en la dirección de un Estado de partidos. Sin embargo, este parecer de R. Marcic se radicaliza en su obra, *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963, pp. 204 ss., en el sentido de que, con la introducción de la jurisdicción constitucional, el principio de separación del poder desaparece. Al respecto, *vid.* F. ERMACORA, «Schrifttum», en *DÖV* 1964, p. 826 (826); A. HAMANN, «Schrifttum», en *DVBl.* 1964, pp. 288 s.

²⁰⁷ R. MARCIC, *Vom Gesetzesstaats zum Richterstaat*, 1957, p. 340.

²⁰⁸ R. MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963, p. 204.

terables como, por ejemplo, en virtud del art. 79 párr. 3 de la LF, ahí el tribunal constitucional sería legislador y poder constituyente (*Verfassungsgeber*). Incluso donde las leyes ordinarias y las leyes constitucionales ejecutivas vinculan jurídicamente solo con la condición negativa o resolutoria de que el tribunal constitucional no las declare inconstitucionales o nulas desde el principio, ahí es «el tribunal constitucional el verdadero *supremus*»²⁰⁹. La jurisdicción constitucional sería, por consiguiente, legislación.

Igualmente, la jurisdicción constitucional se convierte en un *gabinete en la sombra* (*Schattenkabinett*), debido a que participa en el gobierno (*Regierungsgewalt*) cuando el tribunal constitucional examina o casa los actos individuales del gobierno, incluidos los del jefe de Estado (*Staatsoberhaupt*) y de los órganos subordinados, o simplemente cuando los reforma indirectamente. Con respecto a la jurisdicción «ordinaria», R. Marcic señala que «donde la jurisdicción ordinaria, administrativa y demás se deja al control del tribunal constitucional, este participa en el resto de la jurisdicción, indistintamente de que la terminología sea “súper revisión”, “súper casación” o similares»²¹⁰. El tribunal constitucional se convierte en *areópago* y guardián del espíritu de la Constitución²¹¹. En consecuencia, para R. Marcic la jurisdicción constitucional no es una institución más entre otras, *no es un anexo del sistema judicial* y no solo un asunto de los especialistas, sino que ella está en el centro de la vida constitucional²¹².

c) EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES COMO CAUSA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Bajo este punto de vista, la jurisdicción constitucional encuentra su *causa* en el principio de separación de poderes²¹³. Como explica H. Triepel, se podría sustentar que el poder judicial como tal está determinado para ser un contrapeso (*Gegengewicht*), tanto del legislativo como también del ejecutivo; «por lo tanto, se le podría asignar, desde el principio, el rol de un *pouvoir modérateur*, para que los otros poderes no se excedan, para que todos los poderes estén sujetos por la Constitución, pero ante todo y en la medida que fuera necesario, para obligar al ejecutivo a la lealtad a la Constitución (*Verfassungstreue*)»²¹⁴. El pun-

²⁰⁹ *Ibid.*, pp. 204 s.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 206.

²¹¹ *Ibid.*, p. 206.

²¹² F. WERNER, «Buchbesprechung», en *NJW* 1965, p. 384 (384).

²¹³ H. TRIEPEL, en *VVDStRL* 5 (1929), p. 2 (14): «Pero aún había otras vías para conseguir una jurisdicción constitucional partiendo del principio de división del poder».

²¹⁴ *Ibid.*, p. 2 (14 ss.).

to de vista de H. Triepel es ampliamente aceptado, sobre todo, cuando afirma que el propósito principal de la separación de poderes es proteger la libertad de los ciudadanos y garantizar la dignidad del ser humano²¹⁵, pero no, precisamente, salvaguardar la grandeza, el honor o el poder del Estado²¹⁶. Para J. Wieland²¹⁷, la tesis de H. Triepel presupone que la división del poder se entienda más bien en el sentido de una separación de poderes que no enfatice demasiado en la independencia de los tres poderes del Estado, sino, en mayor medida, en la unidad del Estado. En la literatura reciente, Ch. Möllers²¹⁸ sostiene que el problema de la jurisdicción constitucional, en relación con el principio de separación de poderes, evidentemente, es que un tribunal político independiente decide sobre cuestiones jurídico-constitucionales para el que es necesario una legitimación democrática.

d) EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES COMO LÍMITE
A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Las cuestiones fronterizas son siempre cruciales²¹⁹. El problema de la legitimación de la jurisdicción constitucional también se plantea, dogmáticamente, como una cuestión de los límites del TCF y se discute en el marco de la división del poder²²⁰. Como base de un orden de competencias diferenciadas, el principio de separación de poderes es el punto de partida central para una determinación jurídico-constitucional de la posición y límites de la jurisdicción constitucional²²¹. El tribunal constitucional –como explica K. Hesse– debe permanecer en el marco de las funciones que le asigna la Constitución; en su control de los demás poderes del Estado, no debe ir más allá de modo que aproveche, de acuerdo con el asunto, sus funciones para convertirse, por ejemplo, en legislador, incluso adoptar decisiones políticas en lugar del gobierno o de decidir también un litigio civil en sustitución de los tribunales ordinarios²²². Puesto que el TCF debe respetar la distribución

²¹⁵ *Ibid.*, p. 2 (15).

²¹⁶ W. KÄGI, «Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung», en H. Rausch (Hrsg.), *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, 1969, p. 286 (288).

²¹⁷ J. WIELAND, en H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. III, 2000, art. 93 núm. marg. 1.

²¹⁸ *The three branches: a comparative model of separation of powers*, 2013, p. 128.

²¹⁹ E. KAUFMANN, «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 9 (1952), p. 1 (2).

²²⁰ G. ROELLECKE, «Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge», en J. ISENSEE/P. KIRCHHOF (Hrsg.), *HStR*, Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 53 núm. marg. 17.

²²¹ A. RINKEN, en E. Denninger u. a. (Hrsg.), *AK-GG*, 3. Aufl. 2001, Introducción a los arts. 93 y 94, núm. marg. 85.

²²² K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, p. 312.

de competencias de los demás órganos constitucionales, la separación de poderes es para el TCF el criterio decisivo que limita sus competencias²²³.

Sin embargo, la separación de poderes como límite a la jurisdicción constitucional no es un límite rígido, sino fluido²²⁴, un límite funcional (*funktionelle Grenze*) del TCF²²⁵. El punto de vista de K. Hesse se apoya, por una parte, en el principio de separación de poderes y, por otra, en el contenido de las tareas del TCF; esto es, la defensa de la Constitución en el sentido objetivo y subjetivo²²⁶. «Cuanto más preparado esté el tribunal constitucional para respetar el papel del legislador y del gobierno, y cuanto más se limite a ejercer su control, más probabilidades tendrá de evitar un caso de conflicto en el que se objete el cumplimiento de sus decisiones, y más seguro será que, en el ordenamiento constitucional, no ocurra un desplazamiento de las funciones estatales y de la cooperación de los órganos estatales, a favor de la jurisdicción constitucional»²²⁷.

Si se considera la separación de poderes como un límite funcional, se puede garantizar la libertad de configuración del legislador, del gobierno y de la jurisdicción ordinaria.

3. Separación de poderes y jurisdicción constitucional en el pensamiento de P. Häberle

a) CONCEPTO Y FORMAS DE MANIFESTACIÓN

Para P. Häberle, la separación de poderes es un principio constitutivo del Estado constitucional y del derecho constitucional²²⁸. La democracia y la separación de poderes, que poseen el mismo rango constitucional, son

²²³ H. BOLDT, «Verfassungsrechtsprechung ohne Grenzen?», en *FS R. Bartlspberger*, 2006, p. 199 (201).

²²⁴ Esto no quiere decir que esos límites no existan, sino más bien que se trata de elaborar y hacer comprensibles las normas y los puntos de vista según los cuales debe orientarse la *extensión e intensidad* del control jurídico-constitucional. Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 570.

²²⁵ K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, pp. 311 ss.; *vid.*, además, H. SIMON, «Verfassungsgerichtsbarkeit», en E. Benda u. a. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., 1994, § 34 núm. marg. 48 ss.

²²⁶ K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, p. 316.

²²⁷ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 567.

²²⁸ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 387; P. BADURA, *Staatsrecht*, 5. Aufl. 2012, p. 365 núm. marg. 47: «La separación de poderes es el elemento central de la Constitución del Estado de derecho, tal como se pone en práctica en la LF».

siempre medios para el aseguramiento y realización de la libertad²²⁹. Sin embargo, no se trata de una separación total de la tríada legislación, gobierno y jurisdicción, sino de tres niveles o formas de expresión en los que existen diversas y recíprocas coincidencias parciales (*Überschneidungen*) y fecundaciones²³⁰ (palabra clave: división de funciones como separación de poderes). Distingue la separación de poderes en sentido estricto y en sentido amplio. En *sensu stricto* significa la división de los poderes del Estado. Incluso aquí es posible diferenciar entre separación de poderes horizontal y vertical. Así, los tres poderes clásicos estatales –legislativo, ejecutivo y judicial– se encuentran en una *división horizontal*. El canon, no obstante, es abierto e incluye en el Estado constitucional también a otros poderes (por ejemplo, el TCF o el Banco Federal alemán). La *división vertical* se basa, por su parte, en la confederación que comprende al Estado federal (*Bundesstaat*) y a los *Länder*. La división del poder vertical y horizontal asegura la libertad política²³¹ y justifica especialmente al federalismo²³².

La aplicación del principio de separación de poderes no se limita a la esfera estatal. Se debe abogar también a favor de su aplicación y fortalecimiento en las esferas de la economía, el mercado y la sociedad. «El proceso abierto y democrático de la formación de la voluntad y de la toma de decisión, y los derechos fundamentales de los ciudadanos están o pueden llegar a estar amenazados por el excesivo poder del mercado y por la acumulación de poder en la economía»²³³. De esta manera, la separación de poderes en un *sensu más amplio* se proyecta a toda la esfera social²³⁴. P. Häberle habla aquí, por ejemplo, de la división entre la prensa privada y la radio y televisión públicas; entre los sindicatos (*Gewerkschaften*) y las asociaciones patronales –partes de los convenios colectivos–; entre las partes de un contrato

²²⁹ P. HÄBERLE, «Besprechung», en AÖR 1975, p. 645 (647): La propia democracia necesita de una estructura que separe los poderes –por ejemplo, en el equilibrio entre los *momentos plebiscitarios y representativos*– y la separación de poderes requiere de los elementos de la democracia –por ejemplo, la democracia dentro de los sindicatos.

²³⁰ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 387 s.

²³¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 475.

²³² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 389.

²³³ P. HÄBERLE, «Aussprache», en *VVDStRL* 35 (1977), p. 121 (122).

²³⁴ P. HÄBERLE, «Besprechung», en AÖR 1975, p. 645 (648): La separación de poderes en un sentido amplio se realiza, en la actualidad, de manera muy inadecuada. «Piénsese en los procesos de concentración dentro de la economía. El poder del mercado permanece sin contrapoder, en detrimento del consumidor; piénsese en la lucha desesperada del Servicio Federal de Defensa de la Competencia (*Bundeskartellamt*)».

civil. En estos casos, se trata de equilibrar los poderes sociales con la finalidad de evitar el peligro del abuso del poder²³⁵.

b) LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: PARTE Y GARANTE
DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

La jurisdicción constitucional ha experimentado como institución y función en el Estado constitucional del presente una revalorización incomparable²³⁶. El alejamiento de la imagen de la jurisdicción como la boca de la ley (*Mund des Gesetzes*) es evidente y la imagen del Estado constitucional como *Estado judicial (Richterstaat)*²³⁷ es una exageración. Por el contrario, es positiva la función pretoriana y creativa de la judicatura, en la medida que el derecho judicial (*Richterrecht*) ha sido desde hace algún tiempo, propiamente, una fuente del derecho. Esto no pone en duda la posición de la jurisdicción como parte de la separación de poderes, aunque debe respetar el principio de los límites jurídico-funcionales²³⁸.

En el ámbito del principio de separación de poderes, la jurisdicción constitucional se considera la coronación (*Krönung*) del Estado constitucional y de la protección de los derechos fundamentales²³⁹. Sin embargo, no se debe pasar por alto que la jurisdicción constitucional, en la doctrina, se considera un problema de la separación de poderes, sobre todo, con relación al legislador²⁴⁰. Sin embargo, la jurisdicción constitucional no está en contradicción con el principio de separación de poderes. Por eso, se rechaza la tesis de la ruptura de dicho principio, ya que «este punto de vista, expresión de una comprensión tradicional de la separación de poderes, no tiene suficientemente en cuenta la integración del TCF en la variadamente tejida red de los “checks and balances” de la

²³⁵ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 388.

²³⁶ *Ibid.*, p. 406.

²³⁷ R. MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963, p. 78: «El juez no es en mayor medida un oficio; el tribunal es una función, a saber, la producción de derecho (*Rechtserzeugung*) como aplicación del derecho (*Rechtsanwendung*), con la única dependencia del sentido objetivo de la norma, sin intervención alguna de cualquier orden como instrucción impartida por un “superior” (*Vorgesetzter*). En esta dirección se mueve, en la actualidad, también la denominada administración. Este es el sentido de la expresión “Estado judicial” (*Richterstaat*)».

²³⁸ K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, pp. 311 ss.

²³⁹ La concentración del poder económico, el poder de los medios de comunicación y el poder político ponen en peligro la esencia de una sociedad abierta. Cfr. P. HÄBERLE, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», en *EuGRZ* 2004, p. 117 (120); *id.*, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 405.

²⁴⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 25.

actual división (distribución) de poderes bajo la LF»²⁴¹. El TCF no solo se ha entendido a sí mismo como un poder jurisdiccional, sino que también se ha inventado incluso como un nuevo poder: «como un poder que establece normas (*maßstabsetzende Gewalt*)»²⁴². Se trata de una desdogmatización de la teoría de la división del poder²⁴³. Con ello, se plantea la pregunta sobre la posición de la jurisdicción constitucional en el sistema de separación de poderes.

Partiendo de esta premisa, P. Häberle responde a esta pregunta de manera breve, pero precisa: «el TCF es, en sí mismo, una pieza de la separación de poderes y la asegura a través de sus procedimientos y actividad jurisdiccional»²⁴⁴. Con esta idea se quiere expresar, por un lado, que el TCF no está sobre (*über*) ni fuera (*außerhalb*) del principio de separación de poderes. Por el contrario, está dentro (*innerhalb*) del sistema jurídico-constitucional y, por lo tanto, él mismo constituye una parte esencial de la separación de poderes en un sentido estricto y en un sentido amplio; es decir, desde el punto de vista del poder estatal y del poder social. La propia jurisdicción constitucional es, en lo que a esto concierne, «separación de poderes llevada a la práctica»²⁴⁵. Por otro lado, la tesis de P. Häberle significa el aseguramiento de la división pluralista del poder mediante el procedimiento de interpretación y el derecho procesal constitucional del TCF. Aunque la jurisdicción constitucional cambia sustancialmente el sistema tradicional de la separación de poderes²⁴⁶, su incorporación no significa un quiebre o disolución de dicho principio. Por el contrario, el TCF refuerza, en todo caso, el efecto constituyente, racionalizador y estabilizador de dicho principio²⁴⁷. La jurisdicción constitucional actúa, básicamente, «en interés del equilibrio del sistema de la separación de poderes en su conjunto»²⁴⁸.

²⁴¹ P. HÄBERLE, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (12).

²⁴² O. LEPSIUS, «Die Maßstabsetzende Gewalt», en M. Jestaedt u.a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, p. 159 (167 s.).

²⁴³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 122 nota a pie 10; W. KÄGI, en «Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung», en *FS H. Huber*, 1961, p. 151 (151 ss.).

²⁴⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 25; *id.*, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (12). Además, R. SMEND en *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963, p. 23 (24), ha afirmado que «la jurisdicción constitucional, como parte del poder judicial de la LF, es una pieza del sistema de separación de poderes».

²⁴⁵ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (14).

²⁴⁶ K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, p. 311.

²⁴⁷ Al respecto, *vid.* K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núms. margs. 549 ss.

²⁴⁸ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 26.

IV. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL, PROCESO POLÍTICO, POLÍTICA CONSTITUCIONAL Y CULTURA POLÍTICA

1. El Tribunal Constitucional Federal como fuerza política

a) CONCEPTO DE PROCESO POLÍTICO

Sobre la cuestión en torno al rol del TCF en el proceso político-democrático pueden mencionarse tres aspectos: primero, el concepto de proceso político; segundo, lo que el TCF como fuerza política puede y debe hacer dentro del proceso político-democrático; y, por último, sus limitaciones como partícipe en este proceso.

Según Chr. Möllers, un proceso político es «un proceso de formación de la voluntad que es abierto y puede conducir a la creación de leyes vinculantes, o al menos está relacionado con ella, y que, a su vez, está organizado por normas vinculantes»²⁴⁹. Por proceso político, Chr. Starck entiende la actividad de los órganos político-constitucionales dentro del Estado federal o de los *Ländern*, pero a dicho proceso también pertenecen la actividad de las asociaciones y de los individuos que influyen en la política, así como las actividades mediadoras de los partidos políticos entre la sociedad y los órganos constitucionales²⁵⁰. Para H. Laufer, el proceso político «ya no debe agotarse en las categorías amigo-enemigo (*Freund-Feind-Kategorien*)²⁵¹, sino que se sostiene en un *consensus* institucionalmente eficaz de la sociedad, al que, en caso de duda, deben someterse las instituciones, los grupos sociales y los ciudadanos»²⁵².

El concepto de *proceso político* de P. Häberle está estrechamente relacionado con su idea de Constitución. Por un lado, el proceso político no está al margen de la Constitución, sino que es uno de sus ámbitos vitales y de función más esenciales, una pieza central en el verdadero sentido de la palabra en el que se producen movimientos, innovaciones, modificaciones, pero también

²⁴⁹ Chr. MÖLLERS, «Verfassunggebende Gewalt –Verfassung– Konstitutionalisierung», en A. v. BOGDANDY/J. BAST (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, p. 227 (254).

²⁵⁰ Chr. STARCK, *Verfassungen: Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung*, 2009, p. 130: Este proceso «en Alemania no es solo un proceso interno; existen numerosas influencias de la política exterior y europea, en primer lugar, de “fuera” del proceso político en Alemania, pero también de las actividades alemanas de política exterior y europea que conforman el proceso político interno».

²⁵¹ J. WINTRICH, «Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *FSH. Nawias-ky*, 1956, p. 191 (202).

²⁵² H. LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, 1968, pp. 15 s.; Th. ESCHENBURG, *Staat und Gesellschaft in Deutschland*, 1956, p. 770.

confirmaciones²⁵³. De ahí que H. Ehmke²⁵⁴ acertó cuando decía que una Constitución es «un resultado, pero no el final de la acción política». Por otro lado, el proceso político no es un ámbito desligado de la Constitución, «preformula puntos de vista, pone en marcha desarrollos que también son constitucionalmente relevantes ahí donde el intérprete constitucional dice, *después*, que es asunto del legislador decidir así o de otra manera, en el marco de las alternativas conformes con la Constitución»²⁵⁵. El proceso político –según los puntos de vista de U. Scheuner²⁵⁶ y K. Hesse²⁵⁷– es, por lo tanto, una acción responsable, limitada y vinculada ética y constitucionalmente. Además, el proceso político constituye un proceso abierto y público en el que se desarrolla el proceso de comunicación de todos con todos²⁵⁸, por lo que, en principio, debe ser y permanecer tan abierto como sea posible²⁵⁹.

El proceso político, así pues, es un proceso que, en el Estado constitucional democrático, siempre tiene lugar *dentro* de la Constitución. Un proceso político fuera de la Constitución, que al mismo tiempo es un *proceso público*, y de su sistema de valores objetivos, que irradia el ordenamiento político en su totalidad, parece por lo tanto impensable, ya que una Constitución –como explica A. Hollerbach²⁶⁰– tiene la tarea de legitimar y normar la existencia política de una comunidad. La apertura y el pluralismo se convierten en las características esenciales de un proceso político²⁶¹. En la vida cotidiana esto está determinado no solo por los votos en el parlamento, en la celebración de tratados o en las elecciones, sino también por las manifestaciones (*Äußerungen*) de los actores políticos²⁶². Con toda razón puede hablarse acá de un proceso político como un proceso *abierto y pluralmente democrático*, como una acción de la discusión libre. La participación de las ciudadanas y ciudadanos, individual u organizadamente, es de gran significado en este proceso.

²⁵³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 163.

²⁵⁴ H. EHMKE, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, p. 479.

²⁵⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 163.

²⁵⁶ U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 78.

²⁵⁷ K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, 1984, pp. 112 s.

²⁵⁸ P. HÄBERLE, *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht*, 2009, p. 225: En este proceso de comunicación, la teoría constitucional debe conseguir hacerse oír, encontrar su propia ubicación y defender su función como instancia crítica. Sin embargo, P. HÄBERLE advierte que un déficit en el *academical self-restraint* puede conducir también a una pérdida de autoridad. Ella tiene también una responsabilidad democrática implícita en el proceso político.

²⁵⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 180.

²⁶⁰ A. HOLLERBACH, «Ideologie und Verfassung», en W. MAIHOFFER (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, 1969, p. 37 (43); *id.*, *Ausgewählte Schriften*, 2006, p. 138.

²⁶¹ *Vid.*, al respecto, H.-D. RATH, «Verfassungsbegriff und politischer Prozeß», en *JöR* 33 (1984), p. 131 (148).

²⁶² J. IPSSEN, «Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess», en *FS Chr. Starck*, 2007, p. 263 (266).

b) EL TCF Y EL PROCESO POLÍTICO

Formalmente hablando, el TCF –como todos los demás tribunales– no tiene un mandato explícito para actuar políticamente²⁶³. H. Simon cree que el TCF, a diferencia de los otros órganos constitucionales, carece de poderes y posibilidades para una actuación política activa; el poder de conducción política y la determinación de los objetivos políticos siguen estando claramente en manos de otros órganos, especialmente porque la posición del TCF sería, más bien, inestable y depende de que «sus decisiones no solo se respeten (a regañadientes), sino sobre todo que sean esencialmente aceptadas por todas las fuerzas sociales»²⁶⁴.

Desde el punto de vista material, sin embargo, el TCF tiene que ver con el proceso político²⁶⁵. La realización de la LF a través de la interpretación constitucional no es solo una simple tarea jurídica, sino también política. La jurisdicción constitucional tiene la competencia y la fuerza de dirigir, de hacer mejoras limitadas a la realidad política²⁶⁶ y de crear un consenso político básico²⁶⁷. Con ello, sirve a la integración política en el ámbito estatal²⁶⁸. La praxis del TCF es, por un lado, un proceso positivo, productivo e histórico-político, en el que contribuye piedra por piedra al fundamento más profundo de la LF para la fuerza vital interna de la República Federal; por otro lado, sus funciones desarrollan un fructífero efecto educativo político²⁶⁹, a partir del cual las ciudadanas y ciudadanos puede aprender y, en última instancia, aprenden²⁷⁰.

²⁶³ H. EHMKE, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, p. 471.

²⁶⁴ H. SIMON, «Verfassungsgerichtsbarkeit», en E. Benda u. a. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1994, § 34 núm. marg. 30.

²⁶⁵ R. MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, 1957, p. 351: «Para que la jurisdicción constitucional sea efectiva debe existir un estado general determinado, real y político: las fuerzas políticas en contradicción deben estar apoyadas en las convicciones esenciales comunes expresadas en la Constitución y librar sus batallas según las reglas de una competencia libre y justa, no en una batalla de aniquilación. Esto presupone una visión de tipo específica de la esencia de la política. Esto no debe experimentarse desde una situación límite extrema como una relación amigo-enemigo; más bien debe reconocerse desde su función normal: configurar la vida social en orden (*eunomia*) y paz (*isonomia*). De esta manera, la acción política puede ser normada jurídicamente y examinada judicialmente, ser *justiciable*»; *vid.* también SCHUPPERT, G. F., *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, 1980, pp. 15 ss.

²⁶⁶ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 76.

²⁶⁷ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 261. Históricamente se dice incluso que «el TCF se convirtió en el “partero” (*Geburtshelfer*) de la segunda democracia alemana. Esto sigue siendo su principal contribución». Cfr. Chr. SCHÖNBERGER, «Anmerkungen zu Karlsruhe», en M. Jestaedt u. a. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, p. 9 (27).

²⁶⁸ TH. MAUNZ, en *id.*/G. Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. VI, art. 94 núm. marg. 5 (edición de hojas sueltas, actualizada a julio de 2014).

²⁶⁹ P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, pp. 9 ss.

²⁷⁰ R. SMEND, «Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts», en *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963, p. 23 (31).

Puesto que la política está, esencialmente, abierta a todo y a todos necesita no solo de la estabilización política, sino también de premisas de decisión concretas²⁷¹. Podría decirse que el TCF aporta bastante al proceso político²⁷². El TCF desempeña, en ese sentido, una triple función en el proceso político, a saber: 1) crea orden en el amplio ámbito de las cuestiones jurídico-constitucionales, 2) fortalece los fundamentos de la existencia política y 3) lucha a favor del dominio del derecho y del bien²⁷³.

c) LÍMITES DE LA PARTICIPACIÓN DEL TCF EN EL PROCESO POLÍTICO

Que la jurisdicción constitucional sea un factor prominente en el proceso político²⁷⁴ no significa, sin embargo, el establecimiento de un *Estado judicial* (*Richterstaat*)²⁷⁵. La jurisdicción constitucional no es un sustituto de una democracia madura²⁷⁶. El TCF ni es reemplazo del parlamento, del gobierno ni de los partidos políticos. No toma directamente decisiones políticas que han sido reservadas al gobierno o al parlamento²⁷⁷. Esto, sin embargo, no contradice el hecho de que también las decisiones políticas puedan ser configuradas normativamente y juzgadas por los tribunales, siempre que existan reglas jurí-

²⁷¹ G. ROELLECKE, «Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSrR*, Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 53 núm. marg. 25: «Esto queda claro por el hecho, observado a menudo, de que la posible jurisprudencia del TCF se anticipa a las decisiones políticas y de que el legislador tiende a trasladar al TCF los problemas o a invocar las decisiones del tribunal constitucional para defenderse de las demandas políticas. El TCF debe satisfacer esta necesidad de la política».

²⁷² P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 78.

²⁷³ R. SMEND, «Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts», en *Das Bundesverfassungsgericht*, 1963, p. 23 (37).

²⁷⁴ J. LIMBACH, «*Im Namen des Volkes*»: *Macht und Verantwortung der Richter*, 1999, p. 132.

²⁷⁵ *Estado judicial* significa para E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, 2. Aufl. 1976, pp. 243 ss., por un lado, desconcierto del derecho (*Verunsicherung des Rechts*), por otro lado, consideraciones más fuertes de política estatal que el derecho en las decisiones del TCF. En cuanto a la vinculación de los jueces a la ley y al derecho (art. 20 párr. 3 de la LF) dice E. FORSTHOFF, «Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20. Abs. 3 GG)», en *DÖV* 1959, p. 41 (42): «Hoy en día, el juez decide por sí mismo cuándo está obligado por la ley; cuándo, apelando al derecho, es libre de la vinculación a la ley. Este hecho es de una importancia central para la estructura total de la República Federal. Esto confirma la superioridad de la jurisprudencia sobre la ley y la legislación. Convierte a la República Federal en un Estado judicial en un sentido exacto». *Vid.* la crítica de A. HOLLERBACH, *Ausgewählte Schriften*, 2006, pp. 116 s.

²⁷⁶ M. DRATH, «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *VVDStRL* 9 (1952), p. 17 (133).

²⁷⁷ J. WINTRICH, «Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en FS H. Nawiasky, 1956, p. 191 (201), opina que los tribunales constitucionales participan *directamente*, y ciertamente a través de su jurisprudencia, en el proceso de formación de la voluntad estatal, interpretando y aplicando de manera vinculante las normas que tienen por objeto garantizar «el balance de poderes» pretendido por la Constitución y, con ello, restablecer el equilibrio en caso de una violación por un órgano supremo del Estado.

dicas que regulen su contenido o, al menos, las limiten²⁷⁸, y que las decisiones de los jueces desplieguen una fuerza político-creativa. Aunque el TCF puede introducir directrices políticas por medio de la interpretación de la Constitución, solo tiene una limitada responsabilidad compartida en la acción política²⁷⁹. La cuestión es ahora si y en qué medida el TCF se exige demasiado a sí mismo y al sistema jurídico-constitucional general en el marco del proceso político²⁸⁰. P. Häberle considera al TCF «como parte de la cultura constitucional de Alemania»²⁸¹ y «de la cultura política»²⁸². Esta interrelación de la cultura política y el TCF no es una casualidad.

El TCF, por una parte, desempeña un rol significativo para la cultura política²⁸³ que es un proceso de crecimiento lento, especialmente, por medio del recurso constitucional de amparo (*Verfassungsbeschwerde*); por otro lado, se puede observar un «fuerte arraigamiento ético-cívico y público-ciudadano de la jurisdicción constitucional»²⁸⁴. Este arraigamiento ciudadano del TCF podría contener, no obstante, un elemento negativo. La «jurisdicción constitucional bajo la LF puede indicar también una desconfianza apolítica en torno a la democracia y una confianza extremadamente grande en la jurisdicción. La creencia alemana en la jurisdicción constitucional no debe convertirse en incredulidad en la democracia»²⁸⁵. Aquí también se presenta un límite del TCF en el proceso político, puesto que «la jurisdicción constitucional no es, en última instancia, un seguro de vida jurídico ni político»²⁸⁶. Ni la política debe desconfiar del TCF²⁸⁷, ni el TCF debe exagerar su limitada participación en el proceso político.

²⁷⁸ U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 493.

²⁷⁹ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 71.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 78.

²⁸¹ P. HÄBERLE, «Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I, 2001, p. 311 (312).

²⁸² P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 69.

²⁸³ La *cultura política* comprende tanto «las representaciones, experiencias y expectativas subjetivas de los ciudadanos con respecto a las instituciones de su sistema», así como los comportamientos objetivos, es decir, la actuación de los responsables políticos, la praxis parlamentaria, la función de los tribunales, el grado de realidad de la libertad individual, el pluralismo vivido, etc. Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 79; *id.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 34, 693.

²⁸⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, p. 260; *id.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 79.

²⁸⁵ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 69; *vid.* también K. SCHLAICH, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», en *VVDStRL* 39 (1981), p. 99 (118 nota a pie 63).

²⁸⁶ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 68.

²⁸⁷ J. LIMBACH, «Im Namen des Volkes»: *Macht und Verantwortung der Richter*, 1999, p. 139: «El TCF debe cuidarse de no asumir una tarea que pertenece a la esfera de responsabilidad del legislador. Pues

2. Tribunal Constitucional Federal y política constitucional

a) EL CONCEPTO DE POLÍTICA CONSTITUCIONAL

Las reflexiones sobre la política constitucional (*Verfassungspolitik*) no son ajenas a las obras de P. Häberle²⁸⁸. Por ejemplo, en materia de derechos fundamentales (*Grundrechtspolitik*)²⁸⁹, teoría de las fuentes del derecho²⁹⁰, lenguaje constitucional²⁹¹, territorio del Estado²⁹², asociaciones²⁹³, preámbulos²⁹⁴, interpretación²⁹⁵ y legislación constitucional²⁹⁶, envejecimiento y edad²⁹⁷, disposiciones transitorias²⁹⁸, tareas del Estado²⁹⁹, objetivos de la educación³⁰⁰, derecho constitucional de la cultura³⁰¹, derecho europeo³⁰², economía de mercado³⁰³, deporte³⁰⁴ así como en materia de la jurisdicción constitucional³⁰⁵. La política constitucional es también el arte de lo posible (*Kunst des Möglichen*)³⁰⁶; por esa razón se asocia la política constitucional con la teoría

no está determinado para servir como *ayudante de emergencias* (*Nothelfer*) de un legislador excesivamente titubeante y pleitista o imprudente y mezquino».

²⁸⁸ Aquí se puede reconocer la influencia de A. Arndt, J. Esser, K. Hesse y H. Ehmke. Por cierto, P. Häberle, considera que los estudios de H. Ehmke constituyen una pieza de la política constitucional. Cfr. P. HÄBERLE, *Kleine Schriften: Beiträge zur Staatsrechtslehre und Verfassungskultur*, 2002, p. 41.

²⁸⁹ P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (90 ss.); *id.*, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 187 ss.

²⁹⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 341 ss.; *id.*, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 518: «Tarea de una teoría de la Constitución es también proponer sensatamente máximas político-constitucionales, de preferencia en forma de alternativas».

²⁹¹ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 552 ss.

²⁹² P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1996, pp. 559 ss.; *id.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., 1998, pp. 650 ss.

²⁹³ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 689 ss.

²⁹⁴ *Ibid.*, pp. 940 ss.

²⁹⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 88 ss.

²⁹⁶ *Ibid.*, pp. 182 ss.

²⁹⁷ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1996, pp. 777 ss.; *id.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 1041 s.

²⁹⁸ P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, pp. 1059 s.

²⁹⁹ P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 583 ss.

³⁰⁰ P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, pp. 9 ss.

³⁰¹ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 218 ss.

³⁰² P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, pp. 144 ss.; *id.*, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 472 ss.

³⁰³ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 709: «Los conocimientos teórico-constitucionales deben poder convertirse en conocimientos prácticos; es decir, deberían conducir a consecuencias político-constitucionales concretas. Esto también se aplica al mercado y a la economía de mercado (*Marktwirtschaft*)».

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 747.

³⁰⁵ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 332.

³⁰⁶ M. REHBINDER, *Rechtssoziologie*, 8. Aufl. 2014, p. 21.

constitucional del pensamiento de la posibilidad³⁰⁷. Se define como la «creación consciente y el desarrollo ulterior de una Constitución»³⁰⁸ que puede distinguirse formal y materialmente. Desde el punto de vista *formal*, la política constitucional puede verse, por ejemplo, en la promulgación por primera vez de una Constitución –como en 1787 en los Estados Unidos de Norteamérica o en 1791 en Francia–, en la revisión total o parcial de una Constitución, pero también en la interpretación constitucional y en los votos singulares³⁰⁹. En cuanto al *contenido*, «la política constitucional se dirige a la totalidad o a partes de una Constitución estatal, por lo que se orienta a su tipo (abierto al derecho internacional), pero también crea variantes nacionales (de los Estados miembro en el Estado federal)»³¹⁰.

Se distingue, además, entre la *buena* y la *mala* política constitucional³¹¹. En una buena política constitucional siempre se toman en consideración los objetivos y valores de la Constitución. A ella pertenecen también los procesos previstos constitucionalmente; por ejemplo, el procedimiento de las reformas constitucionales (art. 79 párr. 2 de la LF). Por eso, una parte de la buena política constitucional desemboca en reformas constitucionales. Ejemplos de reformas constitucionales positivas serían «la introducción de la Constitución de emergencia (*Notstandsverfassung*) como tal (sin perjuicio de una crítica a los artículos concretos), arts. 93 numeral 4a, 45b, 91a y 104a de la LF»³¹². La política constitucional que, por el contrario, incluye violaciones a la Constitución, debe ser considerada como mala política constitucional³¹³, pero también

³⁰⁷ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 698.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 698. Para H. EHMKE, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, p. 522, la política constitucional tiene que ver con los presupuestos y estructuras de una sociedad responsable. Chr. GUSY, «*Verfassungspolitik*» *zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik*, 1983, p. 2, opina que: «La política constitucional es, por lo tanto, la preservación y la consolidación de la Constitución en el tiempo». Según D. GUNST, *Verfassungspolitik zwischen Macht und Recht*, 1976, p. 9, la política constitucional «es la creación de los fundamentos jurídicos escritos para la vida pública de la República Federal». W. SCHMITT GLAESER, «Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen –Versäumnisse– Forderungen», en *AöR* 1982, p. 335 (338), concibe la *política jurídica (Rechtspolitik)* como «foro de las iniciativas e impulsos para el establecimiento del derecho en un sentido amplio, desde la redacción de la Constitución, pasando por la legislación constitucional, la promulgación de las leyes ordinarias hasta las ordenanzas, estatutos y reglamentos administrativos, y los contratos jurídico-públicos». De acuerdo con M. REHBINDER, *Rechtssoziologie*, 8. Aufl. 2014, pp. 21 s., la política jurídica «pregunta y decide sobre qué objetivos sociales se deben alcanzar, con qué instrumentos jurídicos y a través de qué canales jurídicos».

³⁰⁹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 698.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 368.

³¹² P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 88 nota a pie 135.

³¹³ Al respecto, *vid.* W. SCHMITT GLAESER, «Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen –Versäumnisse– Forderungen», en *AöR* 1982, p. 335 (346 ss.).

si las modificaciones constitucionales, a partir del conjunto material de la Constitución, no son necesarias, por ejemplo, el art. 20 párr. 4 de la LF³¹⁴.

b) DERECHO CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN
COMO POLÍTICA CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional es siempre política constitucional³¹⁵. En un Estado constitucional *vivo*, los textos de una Constitución no hacen todavía la Constitución³¹⁶. Siguen siendo letra muerta y no tienen efecto si el contenido de aquellas exigencias no se refleja en el comportamiento humano. La realización de una Constitución depende de la medida en que ella motiva y determina el comportamiento humano, esto es, la medida en que sus normas se aplican en términos reales y no hipotéticos³¹⁷. Sin embargo, la realidad de una comunidad podría estar en contradicción con la Constitución; para ello, las consideraciones jurídicas y la argumentación, que están vinculadas a la normatividad de la Constitución, requieren ser complementadas a través de consideraciones *político-constitucionales*³¹⁸. La política constitucional, según D. Grimm, regenera la fuerza normativa de la Constitución³¹⁹. Incluso si la Constitución ha de cumplir sus tareas bajo las condiciones cambiantes del futuro, el derecho constitucional debe volver su mirada cada vez más a la política constitucional³²⁰. En este sentido, el derecho constitucional se convierte en política constitucional.

Complementariamente se debe precisar el rol de la teoría constitucional desde el punto de vista de la política constitucional. De acuerdo con el pensamiento häberliano, la teoría de la Constitución (*Verfassungstheorie*) es una pieza de la política constitucional –teoría de la Constitución *como* política constitucional³²¹. La política constitucional seguirá formando parte de la teoría de la Constitución³²² mientras se satisfaga con alternativas posibles en lu-

³¹⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 88 nota a pie 135.

³¹⁵ R. SCHOLZ, *Deutschland - In guter Verfassung?*, 2004, p. 76.

³¹⁶ P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 410: «Además, existe una práctica constitucional vivida, la denominada realidad constitucional, con sus “factores” de la dogmática y la jurisprudencia, la autocomprensión de los partícipes, etc.».

³¹⁷ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 41.

³¹⁸ *Ibid.*, núm. marg. 48.

³¹⁹ D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, p. 338.

³²⁰ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 708.

³²¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 215.

³²² La teoría de la Constitución comprende la dimensión de la política constitucional en una etapa final. Cfr. P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, pp. 173 s.

gar de fijar exigencias vinculantes³²³. Debido a esto, la teoría constitucional tiene «solo la competencia de *asesoramiento político-constitucional* (*Verfassungspolitikberatung*), ni más ni menos»³²⁴; se ocupa únicamente de un programa alternativo para la creación de una *buena* Constitución³²⁵. De este modo, la teoría de la Constitución debería idear también directivas para la política constitucional como, por ejemplo, en materia de tareas del Estado³²⁶. Al igual que con el derecho constitucional, se puede afirmar que la teoría de la Constitución, en cierto modo, es política constitucional.

c) EL TCF COMO JURISDICCIÓN DE LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL

La pregunta esencial de partida es ahora si la jurisdicción constitucional es partícipe de la política constitucional. En primer lugar, se puede decir que la política constitucional, para la realización de la LF, es política constitucional democrática liberal y, por consiguiente, sus partícipes están correspondientemente organizados de manera plural³²⁷. Parafraseando a P. Häberle se puede decir que también en la política constitucional existe una sociedad abierta de políticos constitucionales (*offene Gesellschaft der Verfassungspolitiker*)³²⁸. Todos los que participan en la sociedad civil abierta –ciudadanos, asociaciones, partidos políticos, iglesias, ONGs, medios de comunicación, órganos del Estado, etc.– pueden ser políticos constitucionales. Así también la política cotidiana (*Tagespolitik*) es una pieza de la política constitucional, pues se trata de «una constante actualización y concretización de los principios de la Constitución»³²⁹ que concierne a cada ciudadano. Además, los órganos estatales no son solo órganos de decisión, sino también órganos de la política constitucional³³⁰.

³²³ *Ibid.*, p. 478.

³²⁴ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 9 s.; *id.*, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 703: En el marco de la sociedad abierta, la doctrina del derecho constitucional presta asistencia para la decisión y formula variantes, lo cual es expresión del pensamiento alternativo.

³²⁵ P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 687.

³²⁶ Al respecto, *ibid.*, pp. 583 ss.

³²⁷ W. SCHMITT GLAESER, «Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen –Versäumnisse– Forderungen», en *AöR* 1982, p. 335 (342).

³²⁸ P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, p. 13; parecido W. SCHMITT GLAESER, «Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen –Versäumnisse– Forderungen», en *AöR* 1982, p. 335 (346 s.).

³²⁹ P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981, p. 23.

³³⁰ W. SCHMITT GLAESER, «Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen –Versäumnisse– Forderungen», en *AöR* 1982, p. 335 (344 ss.): «La planificación administrativa, gubernamental, departamental, parlamentaria, la planificación política entendida en sentido amplio como “previsión, preparación, selección y determinación de la orientación de la decisión futura” tienen (también) carácter político-jurídico, al

Sin embargo, para algunos el poder judicial «no es “político” en ninguna de sus manifestaciones. Está vinculado al “derecho y a la ley” (art. 20 párr. 3 de la LF) y su tarea consiste, principalmente, en la ejecución, cumplimiento, desarrollo y refinamiento diferenciado de las leyes y su contenido jurídico»³³¹. No obstante, este punto de vista omite que la jurisdicción posee también un carácter político-constitucional³³², no solo porque el derecho y la política son inseparables, sino también porque la imagen de la justicia³³³, como un espacio libre de política, es un espejismo (*Trugbild*), la política es omnipresente³³⁴. Nadie escapa, en realidad, de los brazos de la política. La apelación al art. 20 párr. 3 de la LF es, por consiguiente, insuficiente, ya que también el derecho significa política y viceversa.

Al tener la propia jurisdicción constitucional un carácter político, participa también de la política constitucional. Puede y debe proveer, según J. Esser, «esbozos para el ordenamiento conjunto de los objetivos, fines y medios»³³⁵. Desde el punto de vista de la interpretación jurídico-constitucional, la jurisdicción constitucional se transforma en un titular de la política constitucional. No existe una frontera clara entre la interpretación constitucional y el poder constituyente; al tener un acercamiento temporal, material y personal interactúan entre sí, incluso dentro de una identidad parcial. «Los momentos constituyentes constituidos, en un sentido amplio, también están presentes en la interpretación cotidiana de la Constitución, y los procesos y procedimientos de la interpretación constitucional se hallan en el proceso constituyente»³³⁶.

La política constitucional y la interpretación de la Constitución están interrelacionadas. Tanto la primera como la segunda poseen una posición especial para el perfeccionamiento de la Constitución. La duración y estabilidad de una Constitución no están aseguradas *per se* por un mínimo de modificaciones constitucionales³³⁷. Dependen no solo de las condiciones y cambios del entorno, sino

igual que las declaraciones gubernamentales del canciller federal y de los presidentes de los *Länder*, así como la labor de la burocracia ministerial en el periodo previo a la promulgación y enmienda (*Novelierung*) de las leyes, ordenanzas y reglamentos administrativos».

³³¹ *Ibid.*, p. 335 (345).

³³² Distinto W. SCHMITT GLAESER, «Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen –Versäumnisse– Forderungen», en *AöR* 1982, p. 335 (345).

³³³ A. ARNDT, *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, pp. 325 ss.

³³⁴ H.-J. VOGEL, «Einführung: Rechtspolitik als Berufung und Auftrag. Zu den juristischen Schriften von Adolf Arndt», en A. ARNDT, *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, p. IX (XIX). Según D. GUNST, *Politik zwischen Macht und Recht*, 1976, p. 147, una separación estricta entre jurisdicción constitucional y política no puede mantenerse.

³³⁵ J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, p. 198.

³³⁶ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 184; así también R. STEINBERGER, «Verfassungspolitik und offene Verfassung», en *JZ* 1980, p. 385 (385 nota a pie 8).

³³⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 88.

también de lo que la interpretación pueda conseguir –antes o después de una reforma constitucional–. Desde una perspectiva del *antes*, la interpretación del TCF puede ser considerada como una buena señal para una reforma de la Constitución. Por lo tanto, el rol de la política constitucional comienza –con respecto a las reformas constitucionales– cuando la interpretación constitucional ya no puede ofrecer una respuesta adecuada, sin que la Constitución sufra una erosión³³⁸. Este aserto, sin embargo, debe ponerse en perspectiva, ya que gran parte de las propuestas de política constitucional para modificar la LF ya han sido desarrolladas por la jurisprudencia del TCF como derecho constitucional válido y aplicable³³⁹.

Después de una reforma constitucional, el TCF debe asegurar, por medio de la interpretación, el perfeccionamiento y aplicación de la modificación específica de la Constitución. Cabe recordar que es incontrovertible el papel central del TCF tanto para la interpretación como para el perfeccionamiento de la LF³⁴⁰. No menos importante es la tarea del TCF de controlar la constitucionalidad de las leyes de reforma constitucional (art. 93 párr. 1 núm. 2, art. 100 de la LF) y de establecer sus límites³⁴¹. Sin embargo, los contornos procesales de la reforma y de la interpretación de la Constitución no deben ser difuminados. La diferencia «jurídico-constitucional, fundamentada en la sociología organizacional, entre la reforma constitucional y la interpretación de la Constitución»³⁴² se mantiene³⁴³. Sin perjuicio de esta diferenciación, la jurisprudencia del TCF aparece como judicatura de la política constitucional (*Judikatur der Verfassungspolitik*).

V. RECAPITULACIÓN

La jurisdicción constitucional en la teoría pluralista es mucho más que una función de control del poder del Estado; mejor dicho, la jurisdicción constitucional es hoy en día más una función del bien común público que una función únicamente estatal. En la medida que la Constitución es el orden jurídico

³³⁸ Por supuesto, esto no excluye que se puedan desarrollar interpretativamente también puntos de vista para el debate político-constitucional. Cfr. R. STEINBERGER, «Verfassungspolitik und offene Verfassung», en *JZ* 1980, p. 385 (385).

³³⁹ Acertado H. SCHULZE-FIELITZ, «Die deutsche Wiedervereinigung und das Grundgesetz», en J. J. Hesse u. a. (Hrsg.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*, 1999, p. 65 (104).

³⁴⁰ W. SCHMITT GLAESER, «Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen –Versäumnisse– Forderungen», en *AöR* 1982, p. 335 (345 s.).

³⁴¹ H. EHMKE, *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, 1981, pp. 21 ss.

³⁴² P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 89.

³⁴³ R. STEINBERGER, «Verfassungspolitik und offene Verfassung», en *JZ* 1980, p. 385 (386).

básico del Estado y de la sociedad, y que el derecho constitucional como derecho político regula el orden político de una comunidad y busca el consenso esencial de una sociedad civil, el TCF asume una responsabilidad compartida (*Mitverantwortung*) en relación con la sociedad civil constituida. El valor de la teoría de P. Häberle radica en el hecho que se adelantó tempranamente a hacer notar las nuevas funciones del TCF para la sociedad. Las acertadas imágenes del TCF como tribunal social (*gesellschaftliches Gericht*), como jurisdicción del bien común, como parte y garante del principio de separación de poderes y como partícipe en el proceso político, nos muestra su pensamiento visionario. No se trata de una simple presentación de las funciones normativas de la jurisdicción constitucional, sino de una teoría de la Constitución que está acompañada de agudas reflexiones sobre el carácter complejo del TCF mismo y sus funciones dentro de una sociedad civil abierta y en constante evolución. Con esto, además, se abre el camino a una correspondiente teoría de la interpretación constitucional que constituye la base de todas las tareas del TCF³⁴⁴.

³⁴⁴ O. W. LEMBCKE, *Hüter der Verfassung*, 2007, p. 125.

F. LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN COMO HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE P. HÄBERLE

1. En general

Quien se ocupa de la interpretación de la Constitución asocia usualmente dicha tarea con la actividad de los tribunales constitucionales. Esto es correcto, ya que la interpretación de las disposiciones constitucionales subyace a todas las competencias del TCF –cfr. también el art. 100 de la LF–. La interpretación es el instrumento más importante de una jurisdicción constitucional, es innegablemente parte de su esencia. El poder interpretativo de la jurisdicción constitucional no es un fin en sí mismo, sino una herramienta para que el TCF pueda llevar a cabo las tareas que le asigna la LF. Sin embargo, el TCF no está solo en este mandato constitucional. Surge, entonces, aquí la pregunta: ¿quién interpreta la Constitución?

Esta cuestión que fue formulada por P. Häberle hace más de cuarenta años se plantea hoy más que nunca. La pregunta por las tareas y métodos de la interpretación constitucional tenía que complementarse con la cuestión de los sujetos y sus partícipes. Por lo tanto, el problema de los partícipes adquiere una gran relevancia, quizás en la misma medida que los objetivos y los métodos de interpretación de la Constitución. La teoría de la interpretación constitucional como proceso público (*Verfassungssinterpretation als öffentli-*

cher Prozess)¹ y la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales (*offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*)² tiene fundamento. Se fundamenta de manera coherente en la ya analizada teoría de la Constitución como proceso público (*Verfassung als öffentlicher Prozess*)³, en la teoría del pensamiento de la posibilidad⁴, así como en la propuesta del rol del tiempo en la interpretación constitucional⁵ y se orienta a los actores de la interpretación de la Constitución. Esta teoría se corresponde con la representación del carácter público normativo-procesal de la Constitución⁶. La integración de la realidad, de las posibilidades y necesidades en el proceso de interpretación constitucional refleja claramente la teoría del pensamiento de la posibilidad (*Theorie des Möglichkeitsdenkens*). La influencia del tiempo se puede apreciar sobre todo –aunque no únicamente– en los métodos de la interpretación constitucional.

2. La Constitución como *law in public action*

La Constitución como *proceso público* tiene que ponerse a prueba a sí misma *hic et nunc* en diversos procesos de ese carácter; los organiza y se convierte ella misma en un proceso público⁷. P. Häberle piensa en una idea de Constitución que no se puede justificar desde el derecho natural, sino por medio del derecho constitucional concreto, válido, actual y vivo. Como proceso público, la Constitución está en transformación constante y, al mismo tiempo, tiene momentos de necesaria inmovilidad⁸. Se convierte así en *law in public action*. Está en un alto grado dentro de un *continuum* de su desarrollo y del desarrollo general de los procesos de *trial and error*⁹. Sin embargo, este proceso –según J. Esser¹⁰– no se debe considerar como un *continuum en calma*, sino que, desde el punto de vista de la profesión de los jueces, se encuentra en

¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 130 ss.

² *Ibid.*, pp. 125 ss.

³ *Ibid.*, pp. 225 ss.

⁴ *Ibid.*, pp. 17 ss.

⁵ *Ibid.*, pp. 59 ss.

⁶ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 289.

⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 98.

⁸ Según K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999) núm. marg. 36, la cuestión de la rigidez (*Starrheit*) y la movilidad (*Beweglichkeit*) de la LF no es una cuestión de optar por una alternativa, sino de una correcta organización de ambos momentos.

⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 77.

¹⁰ Muy acertado respecto de las leyes, J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990, pp. 19 ss., 70 nota a pie 215.

cada caso *in statu nascendi*, tal como está actuando en ese momento. Por esta razón, la LF se aplica como lo hace la práctica jurídico-constitucional, pero la práctica de hoy en día, no la de 1949. De esta manera, el concepto mixto de Constitución se conecta con la realidad y con ello la interpretación se convierte en actualización de la misma.

La Constitución como proceso público también significa una *Constitución viva (lebende Verfassung)*¹¹. La doctrina americana de la Constitución viva quiere decir, en su significado original, que en la creación de la Constitución sus autores sentaron las bases para ejercer el control sobre el futuro; este control debía ser lo suficientemente flexible como para permitir que la Constitución evolucione¹². Gran importancia tiene también en la actualidad la doctrina canadiense de la Constitución como *árbol vivo (lebende Baum)* que, sin embargo, no debe confundirse con la teoría de la Constitución viva¹³. De acuerdo con esta doctrina, la vida de una Constitución no se manifiesta en la imposición de los viejos principios constitucionales a las nuevas circunstancias. Por el contrario, su vitalidad significa dar un contenido moderno a esos viejos principios constitucionales¹⁴. Esta es la idea que está detrás de la metáfora de Lord Chancellor Sankey¹⁵, quien considera a la Constitución como un árbol vivo; una Constitución «cuyas raíces son firmes y estables, y cuyas ramas crecen y se desarrollan en el transcurso del tiempo»¹⁶, una Constitución que no olvida sus raíces y, al mismo tiempo, se orienta al futuro. Ella está entre el arraigo (*Verwurzelung*) –la tradición– y el cambio (*Wandel*). Para la interpretación de la Constitución, la doctrina de Sankey conecta las decisiones constitucionales actuales con el pasado, lo que transfiere una idea orgánica de la interpretación constitucional, si bien dicha doctrina tiene sus propios límites¹⁷.

¹¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 284.

¹² A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, 2005, pp. 390 s.

¹³ *Id.*, sin embargo, R. HIRSCHL, «The Political Economy of Constitutionalism in a Non-Secularist World», en T. GINSBURG (Hrsg.), *Comparative Constitutional Design*, 2012, p. 164 (178).

¹⁴ A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, 2005, pp. 390 s.

¹⁵ Lord Sankey, en *Edwards v. A. G. of Canada* (1930) A. C. 124, 136 (P. C.), comparó la Constitución con «un árbol vivo, capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales».

¹⁶ W. WALUCHOW, «Constitutions as Living Trees», en D. Dyzenhaus u. a. (Hrsg.), *Law and Morality*, 2007, pp. 533 ss.

¹⁷ Al respecto, *vid.* M. KOTZUR, «Thematik des Verfassungsgesetzes», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 260 núm. marg. 6; V. C. JACKSON, «Constitutions as “Living Trees”?», en *Fordham L. Rev.* 75 (2006), p. 921 (926): «La idea de un “árbol viviente” puede abarcar mejor las múltiples modalidades –texto, intenciones originarias, estructura y propósito, precedente y doctrina, valores y *ethos*, preocupaciones prudenciales o consecuenciales– de la interpretación constitucional contemporánea. Sugiere que la interpretación constitucional está limitada por el pasado, pero no del todo. A diferencia de la “Constitución viva”, menos atada, capta la idea de restricción, el rol del texto y la comprensión originaria en las raíces del árbol constitucional, el papel de los precedentes y los nuevos acontecimientos en su crecimiento. Sin embargo, todas las metáforas engañan; pueden oscurecer tanto como

3. La teoría del pensamiento de las posibilidades

Otra premisa de la teoría háberliana de la interpretación constitucional es la teoría del pensamiento de las posibilidades. Según esta teoría, el pensamiento de las personas concretas y sus grupos, que practican y reflejan la teoría constitucional a partir de determinados contextos, procedimientos y funciones sociales, se orienta hacia las posibilidades, necesidades y la realidad, aunque de diferentes maneras y con diferentes resultados¹⁸. No se trata de «posibilidades, necesidades y realidad arbitrarias, sino de las de un tipo especial: las del *campo de fuerza de la Constitución (Kraftfeld der Verfassung)*, evaluadas a partir de ella (“*input* teórico-constitucional”))»¹⁹. Así, las posibilidades y límites de la fuerza normativa de la Constitución se deben abrir con la ayuda de estas tres formas de pensamiento. Una «buena» interpretación de la Constitución es una especie de resultante de la oposición y coexistencia de estos tres tipos de pensamiento, sin ningún automatismo.

La relevancia de la teoría del pensamiento de las posibilidades es evidente. Básicamente, la interpretación de la Constitución se apoya en las diversas posibilidades y alternativas interpretativas de las disposiciones constitucionales. Esto vale tanto para la interpretación presente y futura, como también para el problema muy controvertido de la *elección del método (Methodenwahl)*²⁰. Incluso el principio de interpretación conforme con la Constitución (*Prinzip der verfassungskonformen Auslegung*) muestra de manera especial el importante rol que cumple la teoría del pensamiento de las posibilidades en el proceso de la interpretación²¹. Con toda razón se habla, por ello, de una interpretación constitucional abierta (*offene Verfassungsinterpretation*)²². Aparte de esto, este planteamiento no pasa por alto la interacción entre la interpretación y la realidad. «Piénsese en la interpretación constitucional basada en la realidad con el fin de tener en cuenta la realidad en el contenido y los límites de la norma, en el libre uso gradual del interés público en la jurisprudencia sobre el bien común, y en todas las formas de interpretación que se orientan hacia las

iluminar; y la metáfora del árbol vivo subestima los efectos de los grandes cambios constitucionales y el papel de la actividad humana en ese proceso. No obstante, trasladar la metáfora a la Constitución como un “árbol vivo” puede poner de relieve los puntos comunes en los enfoques interpretativos y apoyar así la idea de un desacuerdo constitucional legítimo como parte ordinaria de la jurisdicción, y no como un síntoma de jueces “sin ley” comprometidos en un “juicio político desnudo”».

¹⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 17.

¹⁹ *Ibid.*, p. 18.

²⁰ *Ibid.*, p. 22.

²¹ *Ibid.*, p. 26.

²² *Ibid.*

consecuencias o el bien común»²³. El concepto de lo necesario también es perceptible, sobre todo, en el *proceso de ponderación* (*Abwägungsvorgang*). Quien interpreta la Constitución «debe reflexionar sobre cómo él interpreta la norma no solo orientada a la realidad y a la posibilidad, sino también sobre qué necesidades jurídico-funcionales puede y debe considerar precisamente en cuanto tal»; es decir, «qué consecuencias interpretativas se deben extraer de los nuevos procedimientos de descubrimiento de lo necesario»²⁴. En resumen, se puede decir que toda interpretación de la Constitución se lleva a cabo en el marco de lo que es *posible, real y necesario*. «El pensamiento jurídico de posibilidades es expresión y consecuencia, presupuesto y límite de la “interpretación abierta de la Constitución”»²⁵.

4. El factor tiempo y la interpretación constitucional

La tercera premisa es el tiempo. Cuando P. Häberle afirma que «no hay normas jurídicas», sino «solo normas jurídicas *interpretadas*», o que «el problema y el resultado de la interpretación es si una interpretación permanece o debe permanecer igual en el tiempo»²⁶, este factor aparece con claridad en los elementos esenciales de la teoría de la interpretación de la Constitución. El tiempo es «la dimensión en que los cambios son posibles y necesarios»²⁷. Puesto que la Constitución puede entenderse de manera abierta y amplia, debe ser capaz de cambiar a través de la interpretación, incluso más que las demás leyes que pueden ser fácilmente modificadas²⁸. Según este punto de vista, toda interpretación de la Constitución es una interpretación en el tiempo²⁹, interpretar significa proporcionar al derecho constitucional un nivel de realización en el tiempo (actualización) para gestionar situaciones de conflicto y establecer un consenso³⁰. El proceso de interpretación no es un proceso que se lleva a cabo en un espacio vacío e intemporal, sino en la dimensión inevitable del tiempo. Los intérpretes, como sus procesos, no pueden escapar de él.

La relevancia del factor tiempo para la interpretación de la Constitución también influye en los métodos de interpretación y en su relación entre sí. Las

²³ *Ibid.*, pp. 34 s.

²⁴ *Ibid.*, pp. 41 s.

²⁵ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 85.

²⁶ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl. 1998, p. 79.

²⁷ *Ibid.*, p. 66.

²⁸ *Ibid.*, p. 73.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 75.

cuestiones del método se refieren a la coordinación del tiempo y la Constitución. Los métodos son instrumentos *en* y *para* la conciliación de intereses en el tiempo³¹. «Todos los métodos de interpretación tienen el mismo punto de referencia fáctico: la dimensión pública y la realidad de la Constitución –que es efectiva en el tiempo–: “interpretación republicana”. ¡La dimensión pública y la realidad de la Constitución solo pueden ser captadas a través de una interpretación abierta!»³². Esto significa que todos los métodos de interpretación relacionados con lo público y la realidad solo difieren por las diferentes perspectivas temporales³³. Se trata de cómo se organiza el tiempo y cómo los métodos procesan el tiempo³⁴. Por ejemplo, el *método que se orienta a la realidad (wirklichkeitsorientierte Methode)* se refiere al presente, ya que trata de valorar debidamente la realidad actual. «Sin embargo, no se trata de la norma de la realidad añadida externamente, tampoco de la norma “desprovista del tiempo” y de la realidad dependiente del tiempo, sino de la “norma en el tiempo” mismo o de “la realidad de la norma”»³⁵. Los *métodos orientados a la dimensión pública, al bien común y a las consecuencias* «buscan su contenido tomando en cuenta el futuro anticipado»³⁶. El *método histórico* tiene, por su parte, un aspecto temporal correspondiente, ya que conecta el pasado con el presente y también con el futuro. De esta manera adquiere una nueva perspectiva, efectuando una transformación intelectual de las condiciones genéticas en el presente y en el futuro³⁷. Precisamente por esto es que P. Häberle habla de una *interpretación histórica transformadora*³⁸. Los métodos *subjetivo* y *objetivo* también se relativizan en el tiempo. El método objetivo (válido en el tiempo³⁹) es el método del presente. Responde a la pregunta sobre qué significan las normas en el momento de su aplicación; se trata de una «interpretación que actualiza»⁴⁰ porque la ley puede tener o recibir actualmente un sentido que el legislador no deseaba en absoluto⁴¹. El método subjetivo (que se refiere a la

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 71.

³³ *Ibid.*, p. 72.

³⁴ *Ibid.*, pp. 72 s.

³⁵ *Ibid.*, p. 75.

³⁶ *Ibid.*, p. 72.

³⁷ *Ibid.*, p. 78.

³⁸ *Ibid.*, p. 75: «Con ello, el concepto de transformación obtiene su posición clave. Se emplea bastante en la actualidad en relación con el pensamiento liberal, la democracia, la esfera pública y los derechos fundamentales».

³⁹ TH. MAYER-MALY/H. HONSELL, *Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 2015, p. 95.

⁴⁰ TH. MAYER-MALY, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1993, p. 21.

⁴¹ G. OTTE, «Rechtsanwendung», en D. Grimm (Hrsg.), *Einführung in das Recht*, 2. Aufl. 1991, p. 172 (186).

época del origen⁴²⁾ se refiere al pasado⁴³⁾, pues indaga sobre lo que el legislador deseaba en ese momento; es decir, «cuál es la decisión valorativa original que está detrás de una disposición»⁴⁴⁾.

Según el método que se elija, la interpretación de la Constitución llega a ser, en parte, *retrospectiva* y, en parte, *prospectiva*, sin que la interpretación pueda liberarse del presente.

5. Democratización de la interpretación constitucional

P. Häberle aboga no solo por un catálogo abierto de métodos y principios de interpretación constitucional, sino también por una apertura del propio proceso de interpretación⁴⁵⁾. Esta demanda se basa en un concepto de democracia que nada tiene que ver con el concepto de pueblo de J.-J. Rousseau⁴⁶⁾. El pueblo no es erigido como absoluto y divino; es, sobre todo, «una asociación de ciudadanos»; la democracia es el «dominio de los ciudadanos, no del pueblo» en el sentido de J.-J. Rousseau⁴⁷⁾. La democracia entendida no como democracia del pueblo, sino como *democracia de los ciudadanos (Bürgerdemokratie)*⁴⁸⁾ que es, a su vez, consecuencia organizacional de la dignidad del ser humano (*Menschenwürde*)⁴⁹⁾. Esto no es un simple juego de palabras. La democracia ciudadana se acerca a una forma de pensar que ve a la democracia en términos de derechos fundamentales, mas no en términos de ideas en las que el pueblo, como soberano, en realidad solo ha ocupado el lugar del monarca⁵⁰⁾. El concepto de pueblo (*Volksbegriff*) se relativiza así a favor de la libertad de los ciudadanos

⁴²⁾ TH. MAYER-MALY/H. HONSELL, *Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 2015, p. 95.

⁴³⁾ *Ibid.*, p. 77 nota a pie 97.

⁴⁴⁾ H. SAUER, «Juristische Methodenlehre», en J. Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. 2013, § 9 núm. marg. 28.

⁴⁵⁾ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 297 ss.; *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 131.

⁴⁶⁾ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, S. 368: «¡El ciudadano se convierte, en lugar del pueblo, en el poder constituyente! (un adiós a Rousseau)».

⁴⁷⁾ Sin embargo, esto no significa el destronamiento del pueblo, *vid.* P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 279.

⁴⁸⁾ K. A. SCHACHTSCHNEIDER, *Res publica res populi*, 1994, p. 208.

⁴⁹⁾ La crítica de P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 378, a la distinción entre la *garantía apolítica de la dignidad humana* y la *democracia política* es correcta, ya que «en realidad, el ser humano como ciudadano se ve afectado en su núcleo cuando no tiene la posibilidad de ejercer sus derechos electorales y de voto de forma práctica o de utilizar la libertad de opinión y de manifestación de forma efectiva también con fines políticos (“democracia ciudadana”)».

⁵⁰⁾ *Vid.* sobre esto U. SCHEUNER, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, p. 146.

y del pluralismo⁵¹: «es la libertad fundamental (pluralismo), no “el pueblo”, la que se convierte en el punto de referencia de la Constitución democrática»⁵².

Esta afirmación debe ser confirmada. El gobierno del pueblo no implica necesariamente una verdadera democracia. La «democracia del pueblo» (*Volkodemokratie*) también puede ser una «democracia» totalitaria⁵³, mientras que la *democracia ciudadana* es siempre el epítome no solo de un buen orden estatal⁵⁴, sino también de una democracia basada en la distribución del poder, en valores, en la libertad y el pluralismo⁵⁵. La democracia civil constitucional se nutre de la participación política abierta de los ciudadanos, del concurso de diferentes ideas e intereses, de la autodeterminación y autoregulación de la sociedad civil; por eso, la democracia ciudadana es la gran antípoda de todas las democracias totalitarias⁵⁶. Incluso se puede hablar tanto de *ciudadanos democráticos* (*Demokratiebürgern*), que pertenecen a una sociedad civil cooperativa, orientada al bien común, organizada a sí misma, como también de una *democracia ciudadana* (*Bürgerdemokratie*) que permanece siempre abierta a la participación de los ciudadanos⁵⁷.

El concepto de democracia ciudadana influye profundamente en la idea de P. Häberle sobre la interpretación de la Constitución. Se basa en la siguiente tesis inicial: «A la “Constitución del pluralismo” le corresponde una interpretación constitucional “abierta”, la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución es consecuencia de la “democracia ciudadana”»⁵⁸. Pero también la sociedad es libre y abierta en la medida en que se abra el círculo de intérpretes constitucionales en el sentido más amplio⁵⁹. Sobre esto, se puede afirmar que la Constitución del pluralismo no es «patrimonio» exclusivo ni de los juristas ni de los jueces⁶⁰. No se trata de un «libro sagrado» (*heiliges Buch*) que

⁵¹ La *democracia ciudadana* es más realista que la *democracia popular*. Cfr. P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 386.

⁵² *Ibid.*, p. 279.

⁵³ Por ejemplo, la llamada democracia popular de los regímenes socialistas como en Alemania del Este hasta 1989. Cfr. P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 378.

⁵⁴ Para P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 376, la *democracia ciudadana* es, además, un elemento del Estado constitucional.

⁵⁵ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 378; vid. W. HENKE, *Recht und Staat: Grundlagen der Jurisprudenz*, 1988, p. 386.

⁵⁶ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 339; *id.*, «Schlusswort», en B. Ehrenzeller u. a. (Hrsg.), *Vom Staatsbürger zum Weltbürger*, 2011, p. 93 (95): «Claro que los ciudadanos no “pertenecen” al Estado».

⁵⁷ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 377.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 298.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 280.

⁶⁰ La Constitución no debe ser solo objeto de discusión por parte de los intérpretes profesionales, es decir, los juristas, sino que debe ser un asunto de todos los ciudadanos. Cfr. MORLOK/MICHAEL, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2015, p. 53 núm. marg. 19.

solo unos pocos privilegiados pueden leer e interpretar. La Constitución, como orden jurídico fundamental, se dirige a todos los actores de la sociedad y del Estado, y todo aquel que la aplique debe determinar primero su significado⁶¹. Además, la Constitución también adquiere legitimidad democrática cuando los ciudadanos no viven la Constitución de forma *pasiva*, sino cuando participan *activamente* en su interpretación⁶². Así pues, la Constitución no está legitimada por el único acto de su creación; necesita y experimenta siempre una nueva legitimación en el proceso diario de su aplicación. «La posibilidad y la realidad de la libre discusión por parte de individuos y grupos “por encima” y “por debajo” de las normas constitucionales y su efecto pluralista “en” ellas, se transmite al proceso de interpretación de muchas maneras»⁶³.

Por consiguiente, no es posible un círculo abierto de intérpretes constitucionales sin democracia ciudadana y viceversa.

6. El racionalismo crítico

«Una de las fortalezas de la sociedad abierta y del Estado constitucional radica en que no tiene una filosofía “oficial” ni una “filosofía de la casa”. La Constitución del pluralismo permite que todas las ideologías, cosmovisiones, filosofías, religiones, ciencias y artes estén dentro de ciertos “límites de tolerancia”. Sin embargo, existe una filosofía que otorga al pluralismo un rango central que, en mi opinión, proporciona el apropiado marco teórico para el Estado constitucional: se trata del racionalismo crítico de Popper»⁶⁴. Este es también un principio importante en la teoría del método de P. Häberle⁶⁵, lo que se refleja claramente, además, en su teoría de la interpretación constitucional.

Para K. R. Popper el antiguo ideal científico del conocimiento absolutamente seguro, ha demostrado ser un «ídolo», ya que «la exigencia de la objetividad científica conduce al hecho de que toda proposición científica es *provisional* (*vorläufig*). Puede probarse muy bien a sí misma, pero toda prueba es relativa, una relación, una relación con otras proposiciones igualmente establecidas de manera provisional. Solo en nuestra experiencia subjetiva de convicción, en

⁶¹ L. HEUSCHLING, «Verfassungsinterpretation in Frankreich», en G. Lienbacher (Hrsg.), *Verfassungsinterpretation in Europa*, 2011, p. 37 (49).

⁶² P. HÄBERLE, «Öffentlichkeitsarbeit der Regierung zwischen Parteien- und Bürgerdemokratie», en *JZ* 1977, p. 360 (366).

⁶³ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 387.

⁶⁴ P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1994, p. 103.

⁶⁵ Críticos, W. HENKE, *Kritik des kritischen Rationalismus*, 1974, pp. 3 ss.; CHR. KELLMANN, «Kritischer Rationalismus in der Rechtswissenschaft?», en *Rechtstheorie* 6 (1975), p. 83 (83 ss.).

nuestra fe, podemos estar “absolutamente seguros”»⁶⁶. En el racionalismo crítico, por eso, no hay ningún método que garantice la verdad. «No sabemos, sino inferimos»⁶⁷, «nuestro conocimiento es una conjetura crítica; una red de hipótesis; un tejido de suposiciones», solo «un acercamiento a la verdad es posible»⁶⁸. La interpretación es, por consiguiente, «principalmente un punto de vista»⁶⁹. Sin embargo, el racionalismo crítico como método no es en absoluto característico de la filosofía solamente, es «el método de toda discusión racional»⁷⁰. Se trata del método que formula claramente su problema y examina *críticamente* los diversos intentos propuestos para resolverlo. «Cada vez que creamos haber encontrado la solución de un problema, no deberíamos defender nuestra solución, sino intentar derribarla por todos los medios»⁷¹.

El racionalismo crítico supera la neutralidad del pensamiento analítico y el compromiso total de las formas del pensamiento teológico y cuasiteológico con sus implicaciones antiliberales; asume, en cambio, un compromiso crítico con el pensamiento racional y con la búsqueda imparcial de la verdad, y las soluciones abiertas a los problemas, las que pueden ser reformuladas a la luz de nuevos puntos de vista⁷². El racionalismo crítico no es un mero método, sino también un proyecto de una forma de vida, una práctica social y, por ello, tiene una importancia ética y política, establece un vínculo «entre la *lógica* y la *política*»⁷³. Un componente esencial del método de examen crítico es el *pluralismo teórico*. H. Albert, autor de lo que él denominó *trilema de Münchhausen (Münchhausen-Trilemma)*⁷⁴ y del *principio de los puentes (Brück-*

⁶⁶ K. R. POPPER, *Logik der Forschung*, 9. Aufl. 1989, p. 225.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 223.

⁶⁸ *Ibid.*, p. XXV.

⁶⁹ K. R. POPPER, *Die offene Gesellschaft*, Bd. I, 7. Aufl. 1992, p. 205; Bd. II, 7. Aufl. 1992, p. 312: «Las interpretaciones son importantes porque nos ofrecen un punto de vista».

⁷⁰ K. R. POPPER, *Logik der Forschung*, 9. Aufl. 1989, p. XV.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, 3. Aufl. 1975, p. 6.

⁷³ *Ibid.*, p. 41.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 13: «Si se exige una justificación *para todo*, también se debe exigir una justificación de los conocimientos a los que se ha atribuido la opinión respectiva –o el conjunto de declaraciones respectivas– para ser justificados de nuevo. Esto lleva a una situación con tres alternativas, las cuales parecen inaceptables (...). Aquí uno obviamente solo tiene la opción de elegir entre:

1. Una *regresión infinita (infinites Regreß)* que parece estar dado por la necesidad de retroceder cada vez más en la búsqueda de las razones, pero que no puede llevarse a cabo en la práctica y, por lo tanto, no proporciona una base segura;

2. Un *círculo lógico (logischer Zirkel)* en la deducción, que se crea recurriendo a afirmaciones del procedimiento de justificación que ya parecían necesitar justificación y que, por ser lógicamente incorrectas, tampoco conducen a una base segura; y finalmente:

3. Una interrupción del procedimiento (*Abbruch des Verfahrens*) en un momento determinado, que parece factible en principio, pero que implicaría una suspensión arbitraria del principio de fundamentación adecuada».

ken-Prinzip)⁷⁵, señala al respecto: «Si, como ha demostrado el análisis crítico del postulado de la justificación, nunca se puede tener la certeza de que una determinada teoría es verdadera, aunque parezca resolver los problemas que se le plantean, siempre vale la pena buscar alternativas, otras teorías que puedan ser mejores por tener mayor poder explicativo, evitar ciertos errores o incluso superar dificultades de algún tipo que las teorías anteriores no han podido superar»⁷⁶. No se trata solo de la búsqueda de hechos contrarios, sino sobre todo de la búsqueda de *alternativas*; el *pluralismo teórico* es, pues, un medio para impedir la dogmatización de los puntos de vista teóricos y, por consiguiente, su transformación en doctrinas metafísicas inmunes a la crítica⁷⁷.

Como K. R. Popper, P. Häberle es también un pluralista. Ambos creen «que todo un espectro de puntos de vista diferentes, incluidos los de carácter metodológico y fundamental, deberían tener un lugar, uno al lado del otro, y estar en una competencia intelectual»⁷⁸. El Estado constitucional, que P. Häberle defiende, se fundamenta en la democracia abierta y plural que se presenta «como tipo opuesto a los Estados totalitarios de todo color y a todas las reivindicaciones fundamentalistas de la verdad, a los monopolios de información y a las ideologías cerradas»⁷⁹. Su *teoría constitucional práctica*, cuyos fundamentos, principios y procedimientos son independientes del derecho natural⁸⁰, está comprometida con el racionalismo crítico y tiene «la tarea de desarrollar alternativas “en reserva”. No conoce verdades absolutas, sino que busca las verdades relativas (el consenso) en los procedimientos cuya organización se convierte en el problema decisivo»⁸¹. Al igual que el método de K. R. Popper, la teoría constitucional de P. Häberle no se apoya en una verdad eterna y preestablecida; esta es siempre provisional y revisable, se trata en todo caso de *las verdades*, nunca de *la verdad*⁸². A partir de estas premisas, el racionalismo crítico encuentra su valor en la tarea de la interpretación consti-

⁷⁵ Este principio es una máxima para salvar la distancia entre los *enunciados de deber ser* (*Soll-Sätzen*) y los *enunciados fácticos* (*Sachaussagen*) y, con ello, también entre la ética y la ciencia. Su función radica en que hace posible una crítica científica de los enunciados normativos. Cfr. H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, 3. Aufl. 1975, pp. 76 s.

⁷⁶ H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, 3. Aufl. 1975, p. 49; *id.*, *Plädoyer für kritischen Rationalismus*, 3. Aufl. 1973, pp. 11 ss.; *vid.* también G. EBELING, *Kritischer Rationalismus?*, 1973, pp. 13 ss.

⁷⁷ H. ALBERT, *Traktat über kritische Vernunft*, 3. Aufl. 1975, pp. 52 ss.

⁷⁸ K. R. POPPER, «Zur Theorie der Politik», en *Rechtstheorie* (4) 1973, p. 88 (88).

⁷⁹ P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, p. 79.

⁸⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 93 ss.

⁸¹ *Ibid.*, p. 106. P. Häberle habla aquí de una *teoría constitucional de los procedimientos y de las alternativas*.

⁸² P. HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, p. 79.

tucional⁸³. Por una parte, tiene «la tarea de apoyar permanentemente la “desdogmatización” (*Entdogmatisierung*)»; por la otra, proponer nuevas alternativas interpretativas. La interpretación de la Constitución, que metodológicamente parte del racionalismo crítico, siempre pide alternativas *prácticas* posibles y necesarias; es una *interpretación abierta* que siempre debe hacerse contra los dogmas⁸⁴.

II. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. La teoría constitucional material como auténtica hermenéutica constitucional

No se puede considerar la interpretación de la Constitución simplemente como «un subcaso o un caso especial de la interpretación de la ley»⁸⁵, pues esto significaría que los problemas de la interpretación constitucional –a pesar de su autonomía– podrían resolverse de acuerdo con la teoría de la interpretación de la ley. Sin embargo, las teorías de interpretación de la ley propuestas hasta ahora no pueden dar respuestas satisfactorias y prácticas a la interpretación de la Constitución, ni metodológicamente ni en términos de teoría democrática. Esto ya se refleja, por ejemplo, en el rol limitado de los métodos tradicionales en el marco de la interpretación constitucional, pero también en relación con el problema respecto de los sujetos que interpretan la Constitu-

⁸³ El racionalismo crítico también proporciona los puntos de vista más importantes para el desarrollo ulterior de los momentos de la separación del poder en los ámbitos públicos, pero también para poner a prueba la dimensión privada de los derechos fundamentales, así como para una teoría de las modificaciones y transformaciones de la Constitución. Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 105.

⁸⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl. 1998, p. 116.

⁸⁵ Así, sin embargo, M. BOROWSKI, «Subjekte der Interpretation», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 274 núm. marg. 1; CHR. STARCK, «Maximen der Verfassungsauslegung», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 271 núm. marg. 18: «Las cuestiones de interpretación constitucional han sido tratadas en Alemania como problemas especiales de interpretación de la ley desde principios de este siglo y son discutidas por algunos autores de una manera completamente diferente a la interpretación de la ley»; R. DREIER, «Zur Problematik und Situation der Verfassungsin-terpretation», en *id./F. Schwegmann* (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsin-terpretation*, 1976, p. 13 (13): La interpretación de la Constitución es «principalmente interpretación de la ley constitucional. Por consiguiente, comparte los problemas de la interpretación de la ley. Esto vale a pesar de la ambigüedad del concepto de Constitución».

ción, un campo de investigación en el que P. Häberle⁸⁶ es pionero⁸⁷. Por lo tanto, las respuestas a estas cuestiones fundamentales no se debe intentar encontrar en la teoría de la interpretación de la ley, sino en la «teoría constitucional material»⁸⁸ como «ancla para resolver la problemática de la interpretación»⁸⁹. Claro está que los problemas de la interpretación constitucional –como el denominado «caos metodológico» (*Methoden-Chaos*)⁹⁰– no es asunto del TCF, sino de la ciencia del derecho constitucional⁹¹, que tiene la tarea de posibilitar resultados interpretativos controlables⁹².

Con la ayuda de la hermenéutica, la teoría constitucional material debería poder resolver los problemas de la interpretación de la Constitución antes mencionados. Pero, ¿hermenéutica en qué sentido? Su significado como arte (*Kunst*) o como procedimiento (*Verfahren*) de la interpretación ha permanecido bastante inalterado desde la antigüedad hasta mediados del siglo XIX⁹³. Según F. Schleiermacher⁹⁴, la interpretación es un arte y, en consecuencia, la hermenéutica se convierte en «el arte de la comprensión» (*Kunst des Verstehens*), mientras que W. Dilthey⁹⁵ llama hermenéutica a la «teoría del arte de la comprensión (*Kunstlehre des Verstehens*) de las manifestaciones vitales fijadas por escrito». M. Heidegger⁹⁶ entiende la palabra hermenéutica «en el sentido de la formulación de las condiciones de las posibilidades de toda in-

⁸⁶ «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *JZ* 1975, p. 297 (297 ss.).

⁸⁷ De la literatura más reciente, *vid.* H. Ch. RÖHL, «Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität», en *VVDStRL* 74 (2015), p. 7 (8 ss.); A. V. ARNAULD, «Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität», en *VVDStRL* 74 (2015), p. 39 (40 ss.); M. BOROWSKI, «Subjekte der Verfassungsinterpretation», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSiR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 274; CH. KREUTER-KIRCHHOF, «Verfassungsgerichtsbarkeit im Dienst der Verfassung», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSiR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 272 núms. margs. 52 ss.

⁸⁸ H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (71); G. LEIBHOLZ, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 117 (117 s.), también aboga a favor de «una teoría material de la Constitución».

⁸⁹ K. STERN, «Bemerkungen zur Grundrechtsauslegung», en *FS H. Schambeck*, 1994, p. 381 (395).

⁹⁰ R. SCHLOTHAUER, *Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1979, p. 70.

⁹¹ Al respecto, M. DRATH, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 106 (107); para A. BLECKMANN, *Staatsrecht I*, 1993, p. 37, la jurisprudencia del TCF en materia de *interpretación* debería ser examinada más a fondo de manera racional y sistemática.

⁹² H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (115 s.).

⁹³ G. KLAUS/M. BUHR, *Philosophisches Wörterbuch*, 1964, p. 233.

⁹⁴ *Hermeneutik und Kritik mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament*, 1838, pp. 7 s., 16: La «actividad plena de la hermenéutica debe considerarse una obra de arte, pero no como si la ejecución finalizara en una obra de arte, sino de manera que la actividad posea en sí misma el carácter de arte, ya que la aplicación no está dada con las reglas, es decir, no puede ser mecanizada».

⁹⁵ *Gesammelte Schriften*, Bd. V, 2. Aufl. 1957, pp. 332 s.; *id.*, *Gesammelte Schriften*, Bd. VII, 2. Aufl. 1958, pp. 216 ss.

⁹⁶ *Sein und Zeit*, 6. Aufl. 1949, p. 37.

dagación ontológica». H.-G. Gadamer⁹⁷ – uno de los principales representantes de la hermenéutica⁹⁸ –, diferencia la hermenéutica en el *arte de la comprensión* y en la *hermenéutica filosófica*, «que no tiene la intención de elevar una habilidad al conocimiento de reglas», por el contrario, reflexiona «sobre esta habilidad y sobre el conocimiento en el que se basa».

A. Kaufmann⁹⁹ entiende la hermenéutica, por un lado, como *filosofía trascendental* (*Transzendentalphilosophie*), esto es, solo dice «bajo qué presupuestos se puede entender algo en su sentido»¹⁰⁰; por otro lado, habla de una «hermenéutica jurídica» (*juristische Hermeneutik*). Para él, la hermenéutica significa una lucha contra todos los dogmas del derecho natural y del positivismo, a saber: la idea objetivista del conocimiento (el esquema sujeto-objeto, el que reconoce el objeto en su pura objetividad sin añadir elementos subjetivos), el concepto ontológico-sustancial del derecho (concepto de ley), la ideología de la subsunción y la idea de un sistema cerrado¹⁰¹. Contra esta hermenéutica se plantean, al mismo tiempo, algunas objeciones; por ejemplo, que se trataría de un supuesto irracionalismo, subjetivismo y una falta de rigor científico¹⁰². Sin embargo, puede decirse que «la hermenéutica (...) es racional, solo se ocupa de los procesos (total o parcialmente) irracionales (como es el caso de la creación del derecho) de acuerdo con el lema: “tratar lo irracional de la manera más racional posible”»¹⁰³. Este es exactamente el propósito de una «comprensión hermenéutica del método jurídico»¹⁰⁴. Sobre la base de esta hermenéutica filosófico-jurídica se puede proponer precisamente las líneas básicas de la teoría de la Constitución¹⁰⁵ como hermenéutica jurídico-constitucional:

- *Abandono de la tesis de la identidad de la ley y el derecho*. Ley y derecho no son lo mismo, por lo que no es correcto el mecanismo deduc-

⁹⁷ *Wahrheit und Methode*, Bd. II, 1986, p. 254; *id.*, *Wahrheit und Methode*, Bd. I, 1986, p. 3. Para el estado actual de la interpretación constitucional, *vid.* H. Ch. RÖHL, «Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität», en *VVDStRL* 74 (2015), p. 7 (8 ss.); A. V. ARNAULD, «Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität», en *VVDStRL* 74 (2015), p. 39 (40 ss.).

⁹⁸ J. SCHREITER, Artikel: «Hermeneutik», en H. J. Sandkühler (Hrsg.), *Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften*, Bd. II, 1990, p. 538 (545).

⁹⁹ *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, 1999, p. 67.

¹⁰⁰ A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, pp. 44 s.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Si estas objeciones fueran aceptadas, se aplicarían a todos los métodos jurídicos porque no son exactas ni claras.

¹⁰³ A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, p. 48.

¹⁰⁴ A. KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, 1999, p. 67.

¹⁰⁵ U. KARPEN, *Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes*, 1987, p. 41: El método de interpretación de la LF como teoría del arte pertenece a la teoría de la Constitución.

tivo de la teoría racionalista del derecho natural, así como del positivismo legalista, y por eso tampoco lo es que la interpretación de la Constitución consista solo en hacer comprensibles las cosas racionalmente experimentadas y mediatas ¹⁰⁶.

- *Incompleción del texto constitucional*. El carácter incompleto del texto de la Constitución no es en absoluto una imperfección, una deficiencia; sino que ella fundamenta la esencia de la Constitución misma; precisamente, debido a la diversidad y variabilidad de las circunstancias vitales, ella no debe formularse de manera concluyente y sin ambigüedades, aunque esto fuera posible.
- *Superación del dualismo ser-deber ser (Sein-Sollen-Dualismus)*. El dualismo metodológico entre el ser y el deber ser es el resultado de una abstracción ¹⁰⁷; en la realidad del derecho y del derecho constitucional esta separación no existe, pues «no hay hechos neutrales (*wertfreie Sachverhalte*) ni valores separados del ser» ¹⁰⁸.
- *Necesidad de la precomprensión (Vorverständnis)*. Esto significa el reconocimiento de la condición de que el texto de la Constitución nunca puede ser entendido en sí mismo; para poder entenderlo siempre es necesario una comprensión previa, es decir, una precomprensión. Es por esta razón que la teoría de la Constitución como típica hermenéutica jurídico-constitucional se ocupa «de la cuestión de con qué “precomprensión” debemos aproximarnos a la interpretación de una Constitución escrita» ¹⁰⁹. Pues, como ya se ha señalado, no es que existan normas jurídicas, sino solo normas jurídicas interpretadas ¹¹⁰, «no son realmente los textos, sino los contextos los que se interpretan» ¹¹¹.
- *La interpretación de la Constitución no es un proceso puramente receptivo*. Entendida hermenéuticamente, y en contraposición al positivismo, la interpretación constitucional no es una actividad puramente receptiva, sino una actividad práctica y creadora ¹¹²; implica, desde el principio, un cambio inevitable en la Constitución, ya que la interpretación tampoco es un mero proceso deductivo.

¹⁰⁶ Al respecto, A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel*, 1972, pp. 135 ss.

¹⁰⁷ M. CORZILLIUS, «Recht», en M. Böhl u. a. (Hrsg.), *Hermeneutik*, 2013, p. 277 (345).

¹⁰⁸ A. KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984, p. 84.

¹⁰⁹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 298.

¹¹⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 79.

¹¹¹ R. LEICHT, «Von der Hermeneutik-Rezeption zur Sinnkritik in der Rechtstheorie», en W. Hassemer (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik*, 1984, p. 71 (72).

¹¹² U. NEUMANN, «Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik», en W. Hassemer (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik*, 1984, p. 49 (55).

- *Racionalidad relativa de la interpretación constitucional.* El derecho constitucional no se basa en un fundamento completamente racional; sobre todo, porque el ser humano mismo no es un ser absolutamente racional y, por lo tanto, no puede juzgar racionalmente su comportamiento.
- *Catálogo abierto de métodos de interpretación.* No existe un catálogo cerrado de cánones de interpretación constitucional ni un número limitado de argumentos con los que se pueda justificar la interpretación de la Constitución. El número de métodos de interpretación y argumentos posibles es, en principio, ilimitado¹¹³.
- *Naturaleza creadora de la interpretación constitucional.* La tarea de la interpretación de la Constitución no solo se refiere a la comprensión de los preceptos constitucionales vigentes, sino también a la creación del derecho (*Rechtsfindung*). La interpretación constitucional es siempre un «acto de creación jurídica»¹¹⁴.
- *No existe una «corrección» (Richtigkeit) absoluta de la interpretación constitucional.* Se debe reconocer que en el proceso de interpretación¹¹⁵ no puede haber «una única respuesta correcta»¹¹⁶ y que la supuesta «corrección» de la interpretación de la Constitución no es absoluta¹¹⁷. El resultado de una interpretación debe producirse de manera plural mediante «la reflexión y la argumentación, a través de la intersubjetividad y el consenso de los participantes»¹¹⁸.
- *Interpretación constitucional orientada hacia el problema.* La interpretación de la Constitución significa que su procedimiento, al igual que todo proceso interpretativo, es un proceso *tópico*¹¹⁹.
- *Objetivos y tareas pluralistas de la interpretación constitucional.* Los objetivos, tareas y métodos de interpretación de la Constitución dependen de los participantes, órganos, funciones, procedimientos, cualificaciones e

¹¹³ A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, p. 47.

¹¹⁴ H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Bd. II, 1986, p. 399.

¹¹⁵ E. BETTI, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, 1962, p. 11, distingue entre *interpretación (Auslegen)* y *comprensión (Verstehen)*. La *interpretación* se ha de caracterizar como el procedimiento cuyo éxito y resultado, de acuerdo con el objetivo, es la *comprensión*.

¹¹⁶ J. HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten*, 1972, pp. 10 s.

¹¹⁷ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 287.

¹¹⁸ Esto también aplica para la interpretación del TCF. Un tribunal constitucional haría bien en no seguir siempre *una teoría como la única correcta*, sino en esforzarse por una *integración pragmática de los elementos teóricos*. Esto se corresponde con el espíritu de la Constitución del pluralismo. Cfr. P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 309.

¹¹⁹ H. COING, *Die juristische Auslegungsmethode und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959, pp. 22 s.

intereses. Por esta razón, no hay una sola, sino una serie de objetivos, tareas y métodos pluralistas en la interpretación constitucional ¹²⁰.

2. El concepto de interpretación constitucional

a) INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN SENTIDO ESTRICTO

Tradicionalmente, el término *interpretación* solo se utiliza para describir una actividad que se dirige, consciente e intencionalmente, ¹²¹ a la comprensión e interpretación de una norma ¹²². En sentido estricto, solo se puede hablar de interpretación constitucional «cuando se debe responder a una cuestión jurídico-constitucional que no se puede decidir claramente sobre la base de la Constitución» ¹²³; es decir, cuando un precepto constitucional específico «admite varias interpretaciones y no se sabe con certeza cuál es la correcta» ¹²⁴. De modo que solo habrá interpretación de la Constitución cuando existan dudas ¹²⁵. La interpretación constitucional sería, en consecuencia, «la determinación del contenido de una disposición en relación con un determinado supuesto de hecho» ¹²⁶. P. Häberle considera que este concepto de interpretación constitucional es útil, ya que las cuestiones sobre el método solo pueden plantearse, por ejemplo, cuando se interpreta *deliberadamente*; no obstante, puede ser necesario un concepto más amplio para una indagación realista de cómo se produce la interpretación de la Constitución ¹²⁷.

b) INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN SENTIDO AMPLIO

Según la idea de la interpretación de la Constitución como *proceso abierto*, la interpretación puede distinguirse en un sentido estricto y amplio, aunque

¹²⁰ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 286 ss.

¹²¹ Sin embargo, hay disposiciones constitucionales que pueden considerarse «inequívocas» y «claras» como, por ejemplo, el art. 102 de la LF: «Queda abolida la pena de muerte». Ninguna argumentación, por muy refinada que sea metodológicamente, podrá convertir en plausible que el texto de esta disposición exprese realmente la norma: «Está permitida la pena de muerte». Así, M. MAHLMANN, *Konkrete Gerechtigkeit*, 2015, § 7 núm. marg. 21.

¹²² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 265.

¹²³ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 49.

¹²⁴ R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, p. 73.

¹²⁵ Sobre esto, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 49.

¹²⁶ M. KOTZUR, en R. GEIGER/D. E. KAHN/*id.*, *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2010, art. 267 núm. marg. 7.

¹²⁷ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 265.

P. Häberle opta por una comprensión amplia de la misma. Este concepto «incluye, además de lo habitual en sentido estricto, lo jurídico, especialmente por parte de los tribunales, un sentido amplio en el que participan activa o pasivamente todos los afectados, en última instancia, todos los que participan en la comunidad política»¹²⁸. Se trata de un postulado coherente que tiene fundamentos teóricos y también realistas. *Teóricamente* este entendimiento amplio se corresponde tanto con la sociedad abierta y plural como con la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. *Realistamente* la interpretación constitucional en un sentido amplio, busca construir un puente entre el ciudadano –también como intérprete– y los intérpretes jurídicos especializados; es decir, «entre la actuación jurídicamente relevante del ciudadano (de la *interpretación vivida*) y de la interpretación “habilidosa” y “conocedora” (esto es, racionalmente fundada y consensuada) de los “expertos” y “profesionales”. El resultado general alcanzado por ellos en conjunto es la *interpretación pluralista de la Constitución*»¹²⁹.

A la interpretación de la Constitución en sentido amplio le corresponde el paradigma de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales. Esto es, sin embargo, mucho más que una simple etiqueta o mucho más que «solo “intérpretes” terminológicos»¹³⁰. Los intérpretes de la Constitución son intérpretes que están legitimados, dentro de una democracia cívica, por los derechos fundamentales y por la democracia misma; pero también legitiman con su participación el proceso de interpretación en sí y, al mismo tiempo, el resultado de la interpretación. Es por esta razón que incluso el círculo de intérpretes de la Constitución en sentido estricto debe estar abierto teórica y prácticamente; un círculo abierto de intérpretes en sentido amplio no sería útil si el círculo de intérpretes en sentido estricto permaneciera cerrado al mismo tiempo y ambos círculos estuvieran totalmente separados uno *del* otro o uno *contra* el otro¹³¹. Esto se justifica por sí mismo, debido a que la misma persona es simultáneamente intérprete en sentido amplio y estricto. Por ejemplo, los jueces constitucionales son también intérpretes de la Constitución en un sentido amplio porque también son ciudadanos¹³². Los jueces honoríficos (*ehrenamtlicher Richter*), que no son abogados, reúnen

¹²⁸ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 47.

¹²⁹ Según P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 124, este concepto de interpretación constitucional no es primordialmente de naturaleza jurídica, ya que la mayoría de los ciudadanos no son abogados; no obstante, esta comprensión que los ciudadanos y los grupos pluralistas tienen de su comunidad es la *verdadera Constitución* (*wahre Verfassung*) del país.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 127 nota a pie 29.

¹³¹ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, pp. 47 s.

¹³² P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 127: «La “vida del juez” (*Richterleben*) es justamente una “vida de ciudadano” (*Bürgerleben*)».

ambos tipos de cualidad de intérpretes, contribuyendo de esta manera «a la apertura de la sociedad de intérpretes constitucionales en sentido estricto y al trabajo de todos en la Constitución. La fórmula de decisión judicial “en nombre del pueblo” (*Im Namen des Volkes*) adquiere así su significado más profundo»¹³³. Por consiguiente, la conciliación entre ambos tipos de interpretación se lleva a cabo, en parte, *a través* de diversas personas; en parte, *por medio de* las mismas personas o *en las mismas* personas concretas¹³⁴.

La interpretación constitucional en sentido amplio no es sinónimo de política, aun cuando los políticos interpretan la Constitución; aparte de ello, la coordinación de ambas clases de interpretación puede considerarse tanto en perspectiva *material-funcional* como *personal*¹³⁵. La interpretación constitucional, así concebida, no tiene la intención, sin embargo, de desconcertar al juez; muy por el contrario, intenta que los jueces tengan más claras las relaciones vitales y de influencia de su cargo público¹³⁶. De ahí que se pueda decir que la legitimación de la Constitución no radica únicamente en su propio carácter abierto, sino también en la apertura (*Offenheit*) y en el carácter público (*Öffentlichkeit*) de su interpretación, ya que *quien vive la norma, también la interpreta*¹³⁷. La interpretación constitucional en sentido amplio constituye, pues, una forma democrática y plural de acercar la Constitución a los ciudadanos.

c) INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO PROCESO PÚBLICO

La interpretación constitucional es «un *proceso* público, es decir, es y debe ser un proceso abierto»¹³⁸. Esta definición refleja la idea de la Constitución también como proceso público. Esto significa que la interpretación constitucional forma parte de un proceso amplio, en el que la interpretación no puede ser considerada como una tarea estática, sino como un proceso abierto basado en la innovación y el cambio. Así, se lleva a cabo «dentro de procesos *públicos* complejos, de los que el interés público (jurídico) científico (y de la comunidad) relativos a procesos constitucionales concretos son solo una parte»¹³⁹. La inserción de *lo público* en el proceso de interpretación de la Constitución per-

¹³³ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 48.

¹³⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 127.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 128.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ P. HÄBERLE, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *JZ* 1975, p. 297 (297); *vid.* también H. MAACK, *Verfassungsrecht für die öffentliche Verwaltung*, 1983, núm. marg. 112.

¹³⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 133.

¹³⁹ *Ibid.*

mite hablar de una interpretación pluralista. La inserción de esa esfera pública puede lograrse sopesando los intereses públicos y privados¹⁴⁰. Así pues, el espectro de la interpretación abarca desde el poder de los intereses organizados hasta la debilidad de los intereses no organizados, por ejemplo, el de los «grupos marginales» sociales que «son tanto más dependientes de la consideración por medio de y “dentro” de la interpretación constitucional, ya que representan minorías, pero también “intereses generales” sin poder»¹⁴¹.

Componentes fundamentales de la interpretación constitucional son las que P. Häberle¹⁴² denomina *cristalizaciones de lo público*. Estas pueden ser definidas como puntos de partida para una interpretación plural y consciente del carácter público de la Constitución. No se trata solo de puntos de partida que pueden ofrecer las instituciones oficiales (por ejemplo, los debates constitucionales, declaraciones gubernamentales o discursos oficiales), sino también de la comprensión y precomprensión de los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales, la prensa y otros medios de comunicación, incluso de los ciudadanos; las opiniones de la doctrina (*Lehrmeinungen*) y las controversias entre escuelas dogmáticas también complen un rol¹⁴³. No obstante, la cristalización de lo público puede ser altamente compleja y no puede sistematizarse de manera concluyente; en cualquier caso, se considera un *material interpretativo preliminar* para la posterior interpretación constitucional por parte del TCF¹⁴⁴. Las audiencias públicas (*öffentliche Sitzungen*) del TCF y los votos particulares (*Sondervoten*) constituyen expresiones procesales, y consecuencias del carácter público-procesal de la interpretación constitucional; mientras que los procesos de ponderación, las interpretaciones de conceptos como las funciones públicas de los medios de comunicación, las valoraciones de los grupos plurales, de los círculos de expertos, pero también del legislador, y las consecuencias de una determinada interpretación de la Constitución, se consideran derecho sustantivo¹⁴⁵.

¿Qué límites y peligros puede entrañar la interpretación de la Constitución como proceso público? P. Häberle¹⁴⁶ señala que ello residiría en la posible dinamización excesiva del derecho constitucional positivo. El derecho

¹⁴⁰ P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 67 ss.

¹⁴¹ Aquí se refiere P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 129, a los «grupos sociales marginales» (*gesellschaftliche Randgruppen*), como los Testigos de Jehová, inmigrantes y discapacitados, o a los consumidores y ahorristas, etc.

¹⁴² *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 130.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 130 s.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 131.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 132 s.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 134.

constitucional, sin embargo, es mucho más que derecho escrito, como se considera en general, por lo que la interpretación constitucional se encuentra principalmente en el campo de tensión entre «los principios (jurídico-constitucionales) y la norma (“jurídica infraconstitucional”)»¹⁴⁷. El peligro mencionado es de todos modos limitado, ya que el concepto háberliano de Constitución no es un concepto puramente procesal, tiene también momentos esenciales de *permanencia* como ordenamiento marco del Estado y de la sociedad. Estos momentos de estabilidad son de gran importancia y constituyen los límites de la interpretación constitucional como proceso público. Otro peligro estaría en la *hegemonía de la dimensión pública*. «En la interpretación constitucional, sin embargo, no se trata solo de la dimensión pública (constituida). Lo privado como tal está protegido de muchas maneras, no solo a través de los derechos fundamentales; es un concepto correlativo, presupuesto para la innovación de lo público»¹⁴⁸. En consecuencia, los intérpretes constitucionales deben considerar la protección de lo privado¹⁴⁹, toda vez que la interpretación de la Constitución significa también protección del derecho privado¹⁵⁰. Por último, la interpretación constitucional no debe disolverse en los altibajos de la *política diaria*, por eso, como proceso público dicha interpretación debe protegerse a través de sus métodos pluralistas y tradicionales¹⁵¹.

De esta manera, la interpretación constitucional como proceso público es la interpretación de la Constitución de una sociedad abierta. Se trata de un comprensión normativo-procedimental pluralista que pone de relieve la relativa capacidad de los métodos clásicos para la interpretación de la LF. Esta incapacidad debe complementarse con un refinado «espectro e instrumentalario en torno a la interpretación orientada a lo público, al bien común y al pluralismo»¹⁵². Además, los ciudadanos pueden intervenir por sí mismos en la tarea de la interpretación como proceso público –por ejemplo, a través de recursos constitucionales de amparo, críticas a las decisiones del TCF, sondeos de la opinión pública (*Demoskopie*), manifestaciones (*Demonstrationen*) y, cada vez más, por medio de los nuevos modos de formación de la opinión pública en inter-

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Al respecto, *vid.* el *Caso Google* resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Resolución C-131/12 (derecho al olvido).

¹⁵⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 135: «Piénsese en los problemas de la educación preescolar, la educación sexual, la protección de datos o el aborto. La idea de ser dejado en paz o “solo”, de retirarse en el sentido de la posición “sin mí”, también forma parte de esta protección del derecho privado. En este sentido, la paz es un “derecho ciudadano” (pero no la primera obligación civil)».

¹⁵¹ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 53.

¹⁵² *Ibid.*, p. 54.

net¹⁵³—, con el fin de asegurar la libertad en el Estado y la sociedad¹⁵⁴. La interpretación pluralista de la Constitución es tarea de todos.

3. Finalidad de la interpretación constitucional

a) FINALIDAD TRADICIONAL DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: ¿LA CONSTITUCIÓN O EL PODER CONSTITUYENTE?

La finalidad tradicional de la interpretación de la Constitución se basa en la *teoría de la voluntad* (*Theorie des Willens*)¹⁵⁵ que fue desarrollada para la interpretación de la ley¹⁵⁶. El fin objetivo de la interpretación sería «la comprensión del texto, captar su significado espiritual de su sentido»¹⁵⁷ o «determinar el significado de las normas jurídicas»¹⁵⁸. Según la *teoría subjetiva de los fines de la interpretación* (*subjektive Auslegungszieltheorie*), el objetivo de la interpretación constitucional sería determinar la voluntad del poder constituyente¹⁵⁹; de acuerdo con la *teoría objetiva de los fines de la interpretación* (*objektive Auslegungszieltheorie*)¹⁶⁰, el intérprete de la Constitución debe determinar el significado razonable¹⁶¹, correcto o justo de un precepto de la Constitución¹⁶². Ambas teorías tienen un trasfondo no solo jurídico, sino tam-

¹⁵³ CH. GRAMM/S. U. PIEPER, *Grundgesetz: Bürgerkommentar*, 2. Aufl. 2010, p. 44.

¹⁵⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 137.

¹⁵⁵ R. P. SCHENKE, «Methodenlehre und Grundgesetz», en H. Dreier (Hrsg.), *Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes*, 2009, p. 51 (57); acerca del significado de la *teoría de la voluntad* en el derecho constitucional norteamericano y alemán, *vid.* W. HEUN, «Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers», en *AöR* 1991, pp. 185 ss.

¹⁵⁶ W. BRUGGER, «Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», en *AöR* 1994, p. 1 (19, 21), habla de una *teoría de la combinación de la voluntad* (*Kombinationstheorie des Willens*), ya que la finalidad de la interpretación sería «la determinación tanto de la voluntad subjetiva del legislador como también de la voluntad objetiva de la ley».

¹⁵⁷ H. COING, *Die juristische Auslegungsmethode und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, 1959, p. 13.

¹⁵⁸ I. v. MÜNCH/U. MAGER, *Staatsrecht I*, 7. Aufl. 2009, p. 5 núm. marg. 10.

¹⁵⁹ H. KRÜGER, «Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgebers», en R. Dreier/F. Schwegmann (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, pp. 142 ss.: «El recurso a la “voluntad del legislador” es un mandato interpretativo».

¹⁶⁰ M. SACHS, en *id.* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 7. Aufl. 2014, Introducción, núm. marg. 37: «La finalidad de la interpretación es el significado objetivo de la norma, que también es adecuado para su aplicación a nuevos tipos de cuestiones, y no la voluntad subjetiva del legislador (histórico), que, sin embargo, puede tenerse en cuenta como medio de interpretación (...)».

¹⁶¹ Sin embargo, este contenido normativo «razonable» es determinado por el tribunal que decide según lo que sus jueces consideren *subjetivamente* razonable. *Cfr.* B. RÜTHERS, «Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz?», en *JZ* 2008, p. 446 (449).

¹⁶² Con respecto a la interpretación jurídica en general, *vid.* R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, pp. 82 s. Para él, la disputa entre las dos teorías se complica por la razón de que esta *dicotomía*

bién político. K. Engisch¹⁶³ y A. Kaufmann¹⁶⁴ han señalado, por ejemplo, la conexión de la teoría subjetiva con la monarquía absoluta y con el Estado nacional-socialista del *Führer*, en el que el juez solo realizaba el papel de un servidor del soberano cuya voluntad era la ley. El juez –según E. Forsthoff¹⁶⁵– juzga principalmente a partir de la autoridad de la ley, «a la que la autoridad del juez solo puede añadirse como complemento». En lo que concierne a la teoría objetiva argumentan que esta teoría sería la única posible para todo sistema constitucional parlamentario y democrático¹⁶⁶, debido a que una baja valoración de la importancia político-decisionista de la legislación conllevaría también en sí el peligro del abuso en democracia¹⁶⁷.

Pero tanto la teoría subjetiva como la objetiva presuponen una *voluntad predeterminada*. Por lo que solo se puede hablar de la determinación de la voluntad de la Constitución o del poder constituyente como finalidad de la interpretación constitucional, si la voluntad subjetiva u objetiva ha sido claramente predeterminada¹⁶⁸. Así, el rol del intérprete de la Constitución se manifiesta principalmente como simple ejecutor de una supuesta voluntad preexistente. Sin embargo, las disposiciones constitucionales no suelen ser normas claras¹⁶⁹. Por lo tanto, la teoría de la voluntad no significa otra cosa que el ocultamiento del estado de cosas real, pues ahí donde no se quiere nada claro, no se puede determinar ninguna voluntad real, sino a lo sumo una voluntad presunta o ficticia¹⁷⁰ que puede describirse como una combinación de *idolum fori e idolum theatri* y una *suppositio phantastica*¹⁷¹. En este contexto, dado

fáctica está superpuesta a una *dicotomía temporal*, a saber, entre los puntos del tiempo en que se establece la norma y cuándo se interpreta. «Cuatro posibles finalidades de la interpretación surgen de esto: 1) una finalidad subjetiva de la época de origen (voluntad fáctica del legislador histórico), 2) una finalidad objetiva de la época de origen (el sentido razonable de la ley en el momento de su creación), 3) una finalidad subjetiva en el momento de la interpretación (la voluntad hipotética del legislador actual) y 4) una finalidad objetiva en el momento de la interpretación (el sentido razonable de la ley en el momento de su interpretación). Las versiones 1) y 4) son particularmente significativas en términos prácticos».

¹⁶³ *Einführung in das juristische Denken*, 11. Aufl. 2010, p. 170.

¹⁶⁴ *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984, p. 46. Según él, este espíritu autoritario (*autoritärer Geist*) todavía se puede sentir, por ejemplo, en el derecho actual cuando se dice que el juez está sujeto a la ley (art. 97 párr. 1 de la LF, art. 1 de la Ley Orgánica de la Justicia [GVG], art. 25 del Código Judicial Alemán [DRiG]).

¹⁶⁵ *Recht und Sprache*, 1940, p. 28.

¹⁶⁶ K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 11. Aufl. 2010, pp. 170 s.

¹⁶⁷ A. KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984, p. 46.

¹⁶⁸ Y, por esa razón, no se debe intentar sin más transferir la *teoría de la voluntad (Willenstheorie)* a la interpretación de la Constitución.

¹⁶⁹ De acuerdo con K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 56, la razón de ello es que la Constitución o el constituyente en verdad aún no habrían decidido; habrían «dado solo más o menos puntos de referencia numerosos e incompletos para la decisión».

¹⁷⁰ Sobre esto, vid. C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, 2. Aufl. 1969, p. 30 nota a pie 3.

¹⁷¹ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 56.

que la voluntad subjetiva del constituyente y la voluntad objetiva de la Constitución¹⁷² es inexistente en los hechos¹⁷³, la finalidad de la interpretación constitucional desaparece y, con ello, el problema mismo de la interpretación de la Constitución¹⁷⁴.

b) FINALIDAD PLURALISTA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El denominado dualismo de la *interpretación subjetiva/objetiva* solo es «significativamente limitado»¹⁷⁵. Se «relativiza» en el tiempo. Considerada, por ejemplo, *ex post* la interpretación objetiva en sí misma es subjetiva en un momento determinado, en la medida que los intérpretes han contribuido con sus representaciones de la historia contemporánea a la interpretación de la Constitución¹⁷⁶. ¿Cuál es entonces la finalidad de la interpretación constitucional? La finalidad no es determinar la intención subjetiva del constituyente ni la voluntad objetiva de la Constitución. La Constitución no es solo la norma de más alto rango del ordenamiento jurídico que estructura al Estado y a la sociedad, sino también, y sobre todo, un proceso abierto y público. Como tal, no contiene una voluntad objetiva clara y definitiva, ya que se trata de una Constitución del pluralismo en la que nada está previamente determinado. La Constitución ofrece –sin perjuicio de su fuerza normativa– solo «perspectivas incompletas» en mayor o menor medida¹⁷⁷ para la decisión de los casos específicos. Por ello, la interpretación, pensada en la dimensión del tiempo, es menos interpretación de algo previamente dado que un dar en sí mismo; el texto de una norma se presenta a menudo como un *motivo (Aufhänger) de y para* la interpretación de la Constitución¹⁷⁸. La creación de una Constitución, entendida en sentido amplio, es también plural, versátil y constante¹⁷⁹, aparte del hecho de que el constituyente transporta siempre una diversidad de intereses e ideas, movimientos y cambios, objetivaciones y subjetivismos, realida-

¹⁷² Según P. SCHNEIDER, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 1 (40), «la interpretación constitucional sirve para eliminar las ambigüedades inherentes a las disposiciones constitucionales desde el principio o *a posteriori*, con el fin de hacer valer lo que la disposición realmente pretende expresar».

¹⁷³ W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, 1970, p. 299: Las normas podrían «no tener voluntad», por eso, tal voluntad está basada «en una ficción».

¹⁷⁴ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 56.

¹⁷⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 77.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 56.

¹⁷⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 75 nota a pie 87.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 195 ss.

des y posibilidades¹⁸⁰. Desde este punto de vista pluralista y abierto, la finalidad de la interpretación constitucional –en contraste con la teoría de la voluntad– es «una comprensión de la Constitución abierta (al futuro) y, dentro de ella, el equilibrio justo y “razonable” (*vernünftig*) de intereses. Se expresa en la correspondiente interpretación “abierta” de los principios jurídico-constitucionales»¹⁸¹.

4. Funciones de la interpretación constitucional

a) FUNCIONES TRADICIONALES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Las funciones tradicionales de la interpretación de la Constitución se conciben desde diferentes perspectivas. Para P. Schneider¹⁸², la función es eliminar las divergencias o imperfecciones entre la expresión y lo que se quiere expresar. W. Brugger¹⁸³ limita la función a solventar problemas e imperfecciones tales como lagunas, incertidumbres, contradicciones, ilegitimidad originaria o posterior, o inadecuación. R. Zippelius y Th. Würtenberger¹⁸⁴ sostienen que la tarea de una interpretación de la Constitución radica en la precisión de «qué significado tiene esta o aquella palabra dentro de una norma constitucional determinada». Según A. Hopfauf¹⁸⁵, tarea de la interpretación constitucional es «deducir las diversas funciones de una norma de la Constitución». K. Hesse¹⁸⁶, en cambio, concentra esta función en la corrección del resultado de la interpretación constitucional. Así pues, la función de la interpretación sería «hallar el resultado razonablemente “correcto” dentro de un proceso racional y controlable; justificar este resultado racional y controlable y, de esta manera, crear certeza (*Rechtsgewißheit*) y previsibilidad (*Voraussehbarkeit*) jurídica –por ejemplo, resolver no solo por la decisión».

¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 198 ss.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 72. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, p. 363, opina que el punto de vista de P. Häberle subestima la «función estabilizadora de la Constitución y su importancia para la interpretación».

¹⁸² «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en VVDStRL 20 (1963), p. 1 (44).

¹⁸³ «Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», en *AöR* 1994, p. 1 (19).

¹⁸⁴ *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl. 2008, p. 60 núm. marg. 2; E. STEIN/G. FRANK, *Staatsrecht*, 21. Aufl. 2010, p. 35.

¹⁸⁵ En B. Schmidt-Bleibtreu u. a. (Hrsg.), *GG*, 13. Aufl. 2014, Introducción, núm. marg. 213.

¹⁸⁶ *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 51; A. KATZ, *Staatsrecht*, 18. Aufl. 2010, p. 48 núm. marg. 109; E. SODAN/J. ZIEKOW, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 6. Aufl. 2014, p. 5 núm. marg. 5; M. KLOEPFER, *Verfassungsrecht I*, 2011, p. 26 núm. marg. 140; H. MAAK, *Verfassungsrecht*, 1983, núm. marg. 113.

b) FUNCIONES PLURALISTAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

No es casualidad que en el pensamiento haberliano se pueda distinguir un elemento *metodológico* y otro *material* de las funciones de la interpretación constitucional. Bajo el primer aspecto, tarea de la interpretación es «reconciliar las controversias metodológicas jurídicas y de las ciencias sociales en torno al *objeto* “Constitución” que, como Constitución de la libertad mantiene abierto el futuro, permitiendo que lo *posible* y lo *necesario* (en lo normativo) se haga realidad»¹⁸⁷. En cuanto al aspecto material, la tarea de la interpretación está relacionada con la realización de ciertos valores fundamentales (*Grundwerte*). Como funciones de la interpretación se mencionan: la «justicia, equidad, equilibrio de intereses, resultado satisfactorio y pacificador, razonabilidad (...), practicabilidad, objetividad, seguridad jurídica, previsibilidad, transparencia, capacidad de consenso»¹⁸⁸, apertura, formación de la unidad, “armonización” (...), fuerza normativa de la Constitución, corrección funcional, libertad efectiva de los derechos fundamentales, igualdad social, (“buen”) orden público y justicia (del bien común)»¹⁸⁹.

Sobre la base de esta perspectiva pluralista, se puede decir que la función última de la interpretación constitucional es la efectivización del contenido ordenador de la Constitución con vistas a la estructuración presente y futura de la sociedad civil¹⁹⁰. Esto no conduce a una tarea positivista de la interpretación constitucional que se centra únicamente o en la precisión del significado de un precepto constitucional o en la «corrección» (*Richtigkeit*) de la interpretación. Estas son, no obstante, importantes. Pero es evidente que la función de la interpretación de la Constitución no se limita al proceso interno de la interpretación. Trasciende los límites del concepto estrecho de la función de la interpretación constitucional para vincular la interpretación de la Constitución con la sociedad civil y con los valores fundamentales democráticos. Esta conexión puede lograrse a través de la apertura de los métodos de interpretación constitucional, pero sobre todo mediante la materialización de una auténtica sociedad abierta de intérpretes constitucionales. Es precisamente por esta razón que

¹⁸⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 72.

¹⁸⁸ M. MORLOK/L. MICHAEL, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2015, p. 61 núm. marg. 38: «La referencia del derecho constitucional al consenso constituye un punto de vista legítimo de la interpretación de la Constitución», el intérprete constitucional «tendrá en cuenta también el “efecto integrador” (*integrierende Wirkung*) de la interpretación constitucional».

¹⁸⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 155 nota a pie 1.

¹⁹⁰ N. WIMMER, *Materiales Verfassungsverständnis: Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation*, 1971, p. 95.

la visión de P. Häberle es una consideración hermenéutica, pluralista –no positivista– de la interpretación constitucional y de su función.

5. Métodos de la interpretación constitucional

a) EL ROL LIMITADO DE LOS MÉTODOS TRADICIONALES DE INTERPRETACIÓN

Aquellos que para la interpretación de la Constitución aplican los métodos clásicos tienen mucho que agradecer a la «ciencia pandectista (*Pandekten-Wissenschaft*) del siglo XIX»¹⁹¹. Según F. C. v. Savigny¹⁹², en la interpretación de las leyes hay que «distinguir cuatro elementos: uno gramatical, uno lógico, uno histórico y uno sistemático»; con estos cuatro elementos «la inspección del contenido de la ley es completa. Así pues, no son cuatro tipos de interpretación de los que se podría elegir según el gusto y placer, sino son actividades diferentes que *deben actuar en conjunto* si se quiere que la interpretación tenga éxito»¹⁹³. A. F. J. Thibaut¹⁹⁴ mencionó, por su parte, «varios componentes diferentes de la interpretación»; así, serían «los principales géneros: la interpretación gramatical y lógica. Esta última se descompone en la interpretación según el fundamento de la ley y la intención del legislador, cuya intención, de nuevo, está reconocida especialmente o se puede presuponer legalmente». Por esto se reconoce a A. F. J. Thibaut como el precursor del método teleológico. A diferencia de F. C. v. Savigny, él había establecido algunas reglas con respecto a la relación jerárquica entre sus métodos¹⁹⁵.

La aplicación de la teoría metodológica mencionada se puede observar en el ámbito de la interpretación constitucional, por ejemplo, en el pensamiento de E. Forsthoff. Para él, los métodos propuestos por F. C. v. Savigny serían «ni más ni menos que el *organon*, la herramienta de todo jurista»¹⁹⁶. E. Forsthoff parte de la Constitución como una *simple ley* (*bloßes Gesetz*) y como tal «la Constitución está sujeta a las reglas de la interpretación aplicables a las leyes»; solo con estos métodos «la Constitución es comprensible y controlable en su ejecución», y por eso la interpretación de la ley sería «la determinación de la

¹⁹¹ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 56.

¹⁹² *System des römischen Rechts*, Bd. I, 1840, p. 213.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 215.

¹⁹⁴ *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, 2. Ausgabe, 1806, p. 124.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 124 ss.

¹⁹⁶ E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, 1961, pp. 39 s.

correcta subsunción en el sentido de la conclusión silogística»¹⁹⁷. En la actualidad, sin embargo, la doctrina prefiere recurrir acriticamente¹⁹⁸ a los llamados métodos tradicionales de la interpretación de la ley. La teoría general de la interpretación jurídica –como afirma P. Badura¹⁹⁹–, que se ha desarrollado, sobre todo, en la ciencia del derecho privado, sería válido también para la ley constitucional, a pesar de las particularidades de la interpretación constitucional. A. Bleckmann²⁰⁰ está parcialmente de acuerdo con este punto de vista.

Sin embargo, los métodos clásicos de interpretación se revelan limitados en el ámbito de la interpretación constitucional. Solo pueden considerarse restrictivamente porque la estructura de las normas constitucionales es muy dis-

¹⁹⁷ E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, 2. Aufl. 1976, pp. 131 ss.; *vid.* también R. DREIER, *Recht –Moral– Ideologie*, 1981, p. 106: «Donde, como en la República Federal, existe una Constitución escrita, la interpretación constitucional es principalmente interpretación de la ley constitucional. Por lo tanto, comparte en definitiva los problemas de interpretación de la ley».

¹⁹⁸ Así, H.-J. PAPIER/CHR. KRÖNKE, *Grundkurs - Öffentliches Recht I*, 2012, núm. márg. 64: «En principio, los denominados medios clásicos de interpretación pueden ser transferidos ciertamente a la posición de los textos normativos del derecho constitucional»; K. STERN, *Das Staatsrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, p. 123; CHR. DEGENHART, *Staatsrecht I*, 30. Aufl. 2014, núm. marg. 20: «La Constitución es ley, aunque de mayor rango. Por lo tanto, para la interpretación de la Constitución se deben utilizar primero los métodos clásicos de interpretación de la ley»; H.-W. ARNDT/Th. FETZER, *Öffentliches Recht*, 16. Aufl. 2013, núms. margs. 66 ss.; U. BATTIS/CHR. GUSY, *Einführung in das Staatsrecht*, 5. Aufl. 2011, núm. marg. 27: «Las (...) peculiaridades de una Constitución no cambian el hecho de que la Constitución es una ley (...). Por lo tanto, las reglas de interpretación de la ley se aplican también a la Constitución»; H. MAURER, *Staatsrecht I*, 6. Aufl. 2010, p. 18 núm. marg. 49: «Básicamente, se aplican a la interpretación de la Constitución los mismos principios de interpretación que a la interpretación de las leyes ordinarias y otras normas jurídicas»; J. A. KÄMMERER, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2012, núm. marg. 29: «Como Constitución, la LF se interpreta según los mismos métodos de interpretación que otras leyes también»; M. KLOEPFER, *Verfassungsrecht I*, 2011, p. 27 núm. marg. 143: «La interpretación de las normas constitucionales sigue, en principio, las mismas reglas que la interpretación de otras normas jurídicas establecidas soberanamente»; A. KATZ, *Staatsrecht*, 18. Aufl. 2010, núm. marg. 110: «En principio, debe suponerse que la interpretación de la Constitución como ley constitucional debe basarse también en los principios y métodos generalmente aplicables a la interpretación de las normas jurídicas, aunque debe ya señalarse expresamente aquí que el especial significado y la peculiaridad de la Constitución exigen que los principios generales de interpretación se modifiquen sustancialmente en parte»; de acuerdo con I. v. MÜNCH/U. MAGER, *Staatsrecht I*, 7. Aufl. 2009, núm. marg. 16, «los métodos clásicos de interpretación hermenéutica son también aplicables a las normas de derecho constitucional»; G. PÜTTNER/G. KRETSCHMER, *Die Staatsorganisation*, 2. Aufl. 1993, p. 12: «La Constitución es también una ley y, por lo tanto, las normas de interpretación de la ley, que se admiten a menudo controvertidas, también se aplican a la Constitución»; R. ZIPPELIUS/TH. WÜRTEMBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl. 2008, p. 60 núm. marg. 2: «Los métodos de interpretación constitucional han surgido de la metodología general de Savigny y siguen comprometidos con ella»; W. ROHR, *Staatsrecht*, 2001, núm. marg. 55: «La interpretación de la Constitución se basa inicialmente en los cuatro métodos que se utilizan para interpretar cualquier ley»; H. MAACK, *Verfassungsrecht*, 1983, núm. marg. 119: «La validez positiva de la LF como ley constitucional vincula su interpretación a los métodos y principios generales convencionales de interpretación de las normas jurídicas»; K. WINDTHORST, *Verfassungsrecht I*, 1994, p. 34 núm. marg. 31; W. MERK, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 112 (112): «La interpretación de la Constitución no se regirá por otros principios que los que rigen otros tipos de leyes».

¹⁹⁹ *Staatsrecht*, 5. Aufl. 2012, p. 23 núm. marg. 14.

²⁰⁰ *Staatsrecht I*, 1993, núm. marg. 71.

tinta al de las demás normas jurídicas, tienen el carácter más fuerte de *principios* (o *valores*) en contraposición a las *reglas* (o *programas*); «tratar a los principios como reglas conduce a un camino equivocado»²⁰¹. A la vista de su deficiencia, el silogismo lógico no puede ofrecer una interpretación adecuada de los preceptos constitucionales a menudo abstractos²⁰². Los problemas aún no resueltos del *orden* (*Reihenfolge*)²⁰³ o *determinación del rango* (*Rangfestlegung*)²⁰⁴ y de la relación poco clara de los métodos clásicos entre sí constituyen una barrera para que, por ejemplo, en caso de colisión de principios, se pueda decidir. Incluso los métodos particulares de interpretación de la ley –como ha demostrado K. Hesse²⁰⁵– no proporcionan por sí mismos suficientes directrices; además, es cuestionable qué resultado de la interpretación debe prevalecer cuando los diferentes métodos conducen a diferentes posibilidades interpretativas²⁰⁶. Estos problemas siguen sin resolverse, aunque se diga que al decidir sobre una interpretación determinada hay que tener en cuenta los distintos métodos²⁰⁷ o se afirme que todos los métodos son importantes y deben actuar simultáneamente²⁰⁸.

Por eso no sorprende que una parte de la doctrina del derecho constitucional considere inaplicables los métodos tradicionales. Según H. Huber²⁰⁹, dado que «una Constitución no es una codificación», no se aplican los mismos

²⁰¹ M. MORLOK/L. MICHAEL, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2015, p. 61 núm. marg. 38.

²⁰² Como si las normas estuvieran listas antes de ser aplicadas. Cfr. Chr. G. v. PESTALOZZA, «Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung», en R. Dreier/F. Schwegmann, (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, p. 211 (211 ss.).

²⁰³ Para E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, 2. Aufl. 1976, p. 173, los métodos de F. C. v. Savigny deben aplicarse en este orden: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

²⁰⁴ No convencen, sin embargo, las sistematizaciones de los métodos de interpretación tradicionales propuestas por W. BRUGGER, «Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», en *AöR* 1994, p. 1 (22 ss.) y A. GERN, «Die Rangfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen», *VerwArch*. 1989, p. 415 (421 ss.). El primero sostiene que los cuatro métodos clásicos, correctamente entendidos, abarcarían casi todos los métodos interpretativos y teorías de interpretación que pueden encontrarse en la práctica y podrían clasificarse como inherentes al sistema. El segundo intenta complementar los cuatro métodos clásicos con el método de interpretación tópica.

²⁰⁵ *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 57: «El texto (*Wortlaut*), a menudo, no dice nada claro todavía acerca del presupuesto de la palabra y da lugar a la cuestión sobre qué se determina este significado (por ejemplo, según el uso del idioma (*Sprachgebrauch*) general o del uso jurídico especializado, o según la función respectiva del concepto. La “interpretación sistemática” puede manejarse de manera diferente, dependiendo de si se tiene en cuenta la conexión formal de la clasificación de la norma en una ubicación determinada de la ley o su conexión material. La “interpretación teleológica” es poco más que un *cheque en blanco* (*Blankett*), pues con la regla de que se debe indagar por el sentido de una norma jurídica, no se gana nada para esta cuestión decisiva de cómo se debe determinar este sentido».

²⁰⁶ TH. WÜRTEMBERGER, «Auslegung von Verfassungsrecht - realistisch betrachtet», en *FS A. Hoyer*, 2001, p. 223 (229 s.).

²⁰⁷ H.-W. ARNDT/TH. FETZER, *Öffentliches Recht*, 16. Aufl. 2013, núm. marg. 74.

²⁰⁸ F. ERMACORA, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 111 (111).

²⁰⁹ «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 116 (116).

métodos para la interpretación constitucional, especialmente no los métodos del derecho privado que se obtuvieron por la pandectística. W. Rohr²¹⁰ es de la opinión que el contenido exacto de las disposiciones constitucionales suele ser difícil de captar, ya que la interpretación de la Constitución no es una interpretación puramente jurídica, sino que a menudo es también una decisión política y creadora de derecho. Estos métodos –de acuerdo con G. Püttner y G. Kretschmer²¹¹– no son suficientes para la interpretación constitucional y las justificaciones de la interpretación no pueden probar, si no ocultar, los reales motivos de una decisión; sobre todo, se vuelven ineficaces en la concurrencia de normas constitucionales contradictorias entre sí. Por lo tanto, la interpretación de la Constitución debe ser trabajada de manera diferente al del resto de las normas jurídicas. En el proceso de interpretación constitucional, los métodos tradicionales solo desempeñan un rol limitado. En cualquier caso, su aplicación está decisivamente determinada por la comprensión que el intérprete tenga de la Constitución, la precomprensión (*Vorverständnis*) que tenga el intérprete y la teoría constitucional con la que él se sienta comprometido²¹². Muy conscientemente P. Häberle analizó, por eso, la importancia de una nueva versión de esos métodos, partiendo de una teoría democrática y abierta de la interpretación constitucional.

b) COMPRENSIÓN PLURALISTA DE LOS MÉTODOS TRADICIONALES.
LA APERTURA DEL CANON INTERPRETATIVO

En la teoría constitucional del pluralismo, los métodos y principios de interpretación siguen siendo indispensables²¹³. No se excluyen los métodos desarrollados por F. C. v. Savigny, aunque tampoco se aboga por una simple transferencia de métodos. Se trata más bien de conciliar los métodos clásicos, que fueron desarrollados para el derecho privado, con una teoría abierta de la interpretación constitucional²¹⁴. Ya se ha expuesto que todos los métodos de interpretación tienen su punto de referencia en la dimensión de lo público, que surten efecto *en el tiempo*, y en la realidad de la Constitución. Los métodos de interpretación siempre deben tender puentes con lo público y la realidad²¹⁵. Se

²¹⁰ *Staatsrecht*, 2001, núm. marg. 60.

²¹¹ *Die Staatsorganisation*, 2. Aufl. 1993, pp. 13 s.

²¹² U. BATTIS/CHR. GUSY, *Einführung in das Staatsrecht*, 5. Aufl. 2011, núm. marg. 30.

²¹³ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 297.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 298.

²¹⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 73.

puede hablar, así, de una *interpretación republicana*, ya que lo público y la realidad de la Constitución solo pueden ser captados mediante una interpretación abierta²¹⁶. La comprensión pluralista no recurre a la teoría de la interpretación de la ley, sino a su propia teoría constitucional que es, en realidad, la *verdadera hermenéutica jurídico-constitucional*, y a partir de este teoría constitucional se intenta superar los problemas fundamentales de la interpretación constitucional.

(1) *Catálogo abierto de los métodos de interpretación*

El canon metodológico de la interpretación de la Constitución debe permanecer abierto al fenómeno y al problema del cambio social, cuyos presupuestos pueden variar más rápida o más lentamente, más radical o más levemente²¹⁷. La apertura del catálogo de los métodos de interpretación se convierte, de esta manera, «en la garantía de obtención de la justicia *en el tiempo*, teniendo en cuenta el cambio y el desarrollo»²¹⁸. La interpretación republicana de la Constitución insta a «una apertura del canon metodológico»²¹⁹ y, en ese sentido, contiene un número ilimitado de argumentos posibles, por lo que se excluye un catálogo cerrado de métodos de interpretación constitucional. Junto al canon tradicional existen otros métodos²²⁰ que los órganos estatales y no estatales pueden aplicar en la interpretación de la LF. P. Häberle propone como ejemplos los métodos orientados a las consecuencias²²¹, a la realidad²²², a la dimensión pública²²³ y al bien común²²⁴.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 71.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 209 nota a pie 121.

²¹⁸ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 302.

²¹⁹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 73.

²²⁰ K. STERN, *Das Staatsrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, pp. 125 s., menciona los siguientes métodos de interpretación: gramatical, lógico, sistemático, histórico, genético, comparativo y teleológico.

²²¹ Sobre esto, además, O. BACHOF, «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», en *Summum ius summa iniuria*, 1963, pp. (41) 43 s.; G. DÜRIG, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 115 (115): «El juez debe encontrar, ante todo, una decisión justa para cada caso individual; es decir, el caso concreto tendría que decidirse racionalmente, sin tener en cuenta cómo se desarrollarán posteriormente normas abstractas para este caso, lo que no significa una “declaración de quiebra” (*Bankrotterklärung*) de la ciencia metodológica»; M. R. DECKERT, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, 1995, pp. 5 ss.; Chr. COLES, *Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß*, 1991, pp. 17 ss.

²²² P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 75; *id.*, «Schrifttum», en *DÖV* 1969, p. 150 (151); *id.*, «Rezension», en *DÖV* 1966, p. 660 (661 s.).

²²³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 75.

²²⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 28.

Pero una de las más notables contribuciones háberlianas es *la comparación jurídica como quinto método de interpretación*²²⁵. No se trata de una comparación puramente «jurídica», sino también de una comparación cultural²²⁶ que resulta útil para la interpretación²²⁷ del derecho constitucional vigente²²⁸. De acuerdo con M. Kotzur²²⁹, «la comparación jurídica significa un modo de solución de conflictos a través de la comunicación, es escéptico, reflexivo, dispuesto a aprender, pero no inconsciente». Especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales (*Grundrechte*) la comparación constitucional es uno de los métodos de interpretación más importantes. Como método de interpretación, la comparación constitucional permite aclarar, por ejemplo, por qué textos constitucionales idénticos, en el transcurso del tiempo o al inicio, están abiertos a diferentes interpretaciones y necesitan ser interpretados. Para ello, no debe omitirse el contexto cultural, «la individualidad comprensible culturalmente del Estado constitucional particular no debe nivelarse interpretativamente a través del “medio” o vehículo de la comparación constitucional y de la comparación de los derechos fundamentales. De lo contrario, la diversidad amenaza con em-

²²⁵ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 301; así también L. MICHAEL, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*, 1997, p. 221: El método de la comparación jurídica puede «colocarse en el canon de los métodos interpretativos». H. MAURER, «Das föderative Verfassungsorgan im europäischen Vergleich», en *Liber Amicorum für Peter Häberle*, 2004, p. 551 (551). Crítico Chr. HILLGRUBER, «Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht», en *JöR* 63 (2015), p. 367 (367 yss.).

²²⁶ Fundamental S. BAER, «Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus», en *JöR* 63 (2015), p. 389 (389 ss.); *id.*, «Verfassungsvergleichung und reflexive Methode», en *ZaöRV* 2004, p. 735 (739 ss.).

²²⁷ Propósitos de la comparación jurídica, según H. STREBEL, «Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht», en *ZaöRV* 1964, p. 405 (405), podrían ser: la creación de un nuevo derecho, la aclaración dogmática, la *interpretación*, la sistematización, etc. Para R. BERNHARDT, «Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht», en *ZaöRV* 1964, p. 431 (443 s.), se espera demasiado de la comparación jurídica en el derecho público para la interpretación del propio sistema jurídico; en cambio, es útil cuando se trata de la creación de un nuevo derecho constitucional y derecho ordinario.

²²⁸ K.-P. SOMMERMANN, «Die Bedeutung der Rechtsvergleichung», en *DÖV* 1999, p. 1017 (1025), habla de un reconocimiento implícito de la comparación jurídica en las decisiones del TCF. J. F. MÖSSNER, «Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung», en *AöR* 1974, S. 193 (241): «La jurisprudencia constitucional se sirve justificadamente del método comparativo para la interpretación de la LF». Según Chr. STARCK, «Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht», en *JZ* 1997, p. 1021 (1024), la comparación jurídica puede prestar buenos servicios en la interpretación de las leyes cuando los métodos convencionales no producen inicialmente una solución clara o viable, aunque en realidad ella sería «un elemento de la teleología». Para H. KRÜGER, «Eigenart, Methode und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht», en *FS M. Kriele*, 1997, p. 1393 (1404 s.), la comparación jurídica está adquiriendo cada vez más importancia a los efectos del perfeccionamiento judicial del derecho y de la interpretación del derecho (sobre todo, del derecho comunitario europeo). F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, p. 386: Los debates científicos y la aplicación práctica confirman «que la comparación jurídica puede aplicarse útilmente para la interpretación y el perfeccionamiento del derecho».

²²⁹ M. KOTZUR, «“Verstehen durch Nachzudenken” und/oder „Ausweitung der Kampfzone“?», en *JöR* 63 (2015), p. 355 (359).

pobrecerse hasta la uniformidad»²³⁰. El contexto cultural ayuda a la interpretación a evitar la arbitrariedad de los intérpretes²³¹, pues se trata de una comparación jurídica de los textos de las similitudes y diferencias en un proceso de recepción activo. Con la *canonización* de la comparación jurídico-constitucional como quinto método de interpretación de la Constitución no se persigue establecer una jerarquía metodológica²³², ni una eliminación o sustitución de los métodos tradicionales de interpretación²³³. La comparación jurídico-constitucional debe trabajar «flexiblemente» (*plastisch*)²³⁴ en conexión con otros métodos²³⁵, incluso se puede concebir que «la comparación jurídica es un aspecto de todos los demás métodos de interpretación»²³⁶.

(2) *Interacción abierta de los métodos clásicos de interpretación*

Ya de entrada es necesario que se aborde el problema de la organización o interacción de los métodos de interpretación. A diferencia de otras posiciones que asumen una ordenación abstracta y rígida de los métodos, la teoría constitucional del pluralismo se basa en una *interacción abierta* (*offenes Zusammenspiel*) de los métodos clásicos²³⁷. Así pues, la interpretación abierta integra no solo los métodos de interpretación anteriores, sino que también obliga a abrir el canon de los métodos²³⁸. Esto tiene como consecuencia que no pueda haber una

²³⁰ P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 40.

²³¹ La frase formulada por P. Häberle, «quien no conoce las constituciones o los sistemas jurídicos extranjeros, no conoce el suyo propio», quizás debería ser completada de esta manera: quien no conoce las constituciones o los sistemas jurídicos extranjeros y *su contexto cultural*, no conoce el suyo propio. Ello por cuanto las constituciones como la cultura siempre viven *en y desde* el contexto cultural». Cfr. P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 307.

²³² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 307: «En casos concretos, es muy posible que la comparación jurídica, por ejemplo, en relación con la interpretación teleológica, esté en un primer plano». Para K. ZEMANEK, «Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten?», en *ZaöRV* 1964, p. 453 (471), el método «histórico, institucional y funcional» también entran en cuestión.

²³³ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 307; similar K. ZWIEGERT, «Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode», en *RabelsZ* 1949/50, p. 5 (17): «El método de interpretación que crea la comparación jurídica, que aquí defiendo, no quiere ser entendido como si quisiera despedir a la metodología desarrollada hasta ahora y tomar su lugar».

²³⁴ H.-M. PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Aufl. 1999, núm. marg. 227 nota a pie 105.

²³⁵ Sobre la relación de la comparación jurídica y la interpretación histórica, *vid.* F. MÜLLER/R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, núm. marg. 349.

²³⁶ Así, «la dimensión jurídico-comparativa tiene carácter de anexo». Cfr. P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 307.

²³⁷ *Ibid.*, p. 307: No existe una jerarquización «ni siquiera entre los métodos clásicos»; P. AUSTERMANN, «Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber», en *DÖV* 2011, p. 267 (268): «Asimismo, una jerarquía entre ellos no existe».

²³⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 73.

jerarquización abstracta de los métodos de interpretación clásicos²³⁹, ya que una regla general incuestionable para organizar dichos métodos no existe. Por el contrario, se propone una *relación flexible* «que normalmente puede describirse como una estructura de principios, y menos frecuentemente como un sistema de reglas»²⁴⁰. Para esta relación flexible se plantean tres criterios: 1) la actividad razonable del juez, 2) la fuerza de adaptación de los principios y 3) la dependencia de la elección del método de los sujetos de la interpretación.

El juez que desarrolla una «actividad pública práctica»²⁴¹ puede justificar, en los casos particulares, «a partir de su “juicio” (*Judiz*), o más exactamente a partir de su parámetro de justicia determinado por su experiencia, cómo y por qué uno u otro método de interpretación prevalece sobre el otro o varios de ellos “ofrecen” un resultado»²⁴². Con esto se confirma el carácter abierto y plural de los métodos clásicos para la obtención de la justicia en el tiempo, bajo la consideración del cambio y desarrollo²⁴³. Al mismo tiempo, los métodos de interpretación en su calidad y relación entre sí son dependientes de los principios constitucionales. Principios como la república (en tanto referencia a la *res* y a la *salus publica*), los derechos fundamentales, el Estado social, la democracia pluralista, la esfera pública, entre otros, influyen en los métodos de interpretación y en su relación recíproca²⁴⁴. En el marco de la teoría constitucional republicana de la interpretación constitucional, la realidad y lo público determinan la importancia de los métodos tradicionales de interpretación. Incluso en la teoría de la Constitución abierta estos métodos de interpretación son, a su vez, interpretados: *interpretación de los métodos de interpretación*²⁴⁵, debido a que estos propios métodos no tienen un significado claro. Con razón se pueden plantear las siguientes preguntas: ¿el significado particular de una palabra que necesita ser interpretada²⁴⁶, resulta del significado coloquial o téc-

²³⁹ F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, pp. 553 ss., habla de un «rango relativo de los métodos jurídicos».

²⁴⁰ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 301 ss. Se puede encontrar ejemplos interesantes en L. MICHAEL, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*, 1997, pp. 205 ss., especialmente pp. 207-209.

²⁴¹ F. WIEACKER, «Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik», en R. Bubner u. a. (Hrsg.), *Hermeneutik und Dialektik*, Bd. II, 1970, p. 311 (311).

²⁴² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 302; W. BRUGGER, «Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», en *AöR* 1994, p. 1 (32); H.-R. LIPPARDT, «Probleme der Verfassungsauslegung», en H. P. Schneider/R. Steinberg (Hrsg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, 1990, p. 67 (67).

²⁴³ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 302.

²⁴⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 67.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 74: «La “interpretación de los métodos de interpretación” debe ser prejuizada mediante los principios constitucionales materiales y formales».

²⁴⁶ G. OTTE, «Rechtsanwendung», en D. Grimm (Hrsg.), *Einführung in das Recht*, 2. Aufl. Heidelberg, 1991, p. 172 (190).

nico, semántico o sintáctico, antiguo o actual de la palabra? El significado de las palabras puede cambiar con el tiempo (por ejemplo, el concepto de «familia» del art. 6 párr. 1 de la LF)²⁴⁷. En lo que respecta a la interpretación sistemática cabe preguntarse: ¿la comprensión correcta del contenido de un precepto normativo se deriva de su relación con un grupo de normas, con una subárea o con el ordenamiento jurídico en general?; ¿a qué «sistema» se refiere la interpretación sistemática: al sistema «formal» o al sistema «interno»?²⁴⁸ ¿De qué sujetos se trata cuando se pregunta por la voluntad o las representaciones normativas del «legislador»? En los Estados democráticos, el legislador no es un sujeto individual, sino suele ser una asamblea, el parlamento e, incluso, todos los ciudadanos con derecho a voto²⁴⁹. En vista de la diversidad de los denominados *materiales legislativos* (*Gesetzmaterialien*), incluso en la interpretación histórica solo se puede trabajar con «probabilidades»²⁵⁰.

Por último, es claro que en el derecho procesal constitucional el demandante y el demandado persiguen objetivos distintos y, lógicamente, eligen métodos de interpretación distintos y su contenido será cubierto por tales métodos diversos²⁵¹.

(3) *Pre y poscomprensión en el proceso de interpretación constitucional*

La hermenéutica y el círculo hermenéutico (*hermeneutischer Zirkel*)²⁵² conciben el «prejuicio» (*Vorurteil*)²⁵³ o la «precomprensión» (*Vorverständnis*)²⁵⁴ –que, sin embargo, no debe confundirse, como sucede a menudo, con el juicio

²⁴⁷ H. SAUER, «Juristische Methodenlehre», en J. Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. 2013, § 9 núm. marg. 24.

²⁴⁸ B. RÜTHERS/CHR. FISCHER/A. BIRK, *Rechtstheorie*, 7. Aufl. 2013, núms. margs. 741, 750 s.

²⁴⁹ K. LARENZ/C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, p. 149.

²⁵⁰ F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, p. 449.

²⁵¹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 286.

²⁵² Sobre esto, M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 6. Aufl. 1949, pp. 148 ss.; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, p. 136: «El “círculo hermenéutico” radica en la relación entre la pregunta y las respuestas de acuerdo con la comprensión de la norma; es decir, en el hecho de que sin el prejuicio sobre la necesidad de orden y la posibilidad de solución, el lenguaje de la norma no puede expresar en absoluto lo que se pregunta: la solución justa»; *vid.* también E. BETTI, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, 1962, p. 42.

²⁵³ H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Bd. I, 1986, pp. 270 ss., 275: «Prejuicio en sí mismo significa un juicio que se hace antes del examen final de todos los elementos determinantes de los hechos (...). Por lo tanto, el prejuicio no significa necesariamente un juicio erróneo. En su concepto está que puede ser evaluado positiva o negativamente».

²⁵⁴ J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, pp. 136 ss.

anticipado o posiblemente erróneo en un sentido psicológico-descriptivo²⁵⁵— como una condición de la comprensión²⁵⁶. El proceso de interpretación constitucional no es algo puramente receptivo, sino una actividad práctica y de creación²⁵⁷ que, no obstante, está guiada por una *preconcepción* determinada²⁵⁸. El intérprete se aproxima al proceso de interpretación con una cierta expectativa de la posibilidad de resolver un asunto conflictivo; esta expectativa, que está determinada por las formaciones del entorno vital y por las experiencias profesionales del intérprete²⁵⁹, limita y abre las posibilidades interpretativas²⁶⁰, pero determina también la elección del método²⁶¹. Solo cuando el intérprete se acerca al texto normativo con una precomprensión «podrá hacer hablar al texto»²⁶².

En este aspecto P. Häberle ha realizado precisiones relevantes. Sostiene que la precomprensión no solo está relacionada con la práctica judicial, pues en el proceso de interpretación constitucional, tanto los parlamentarios como los funcionarios administrativos también trabajan con preconcepciones, aunque se puede preguntar cómo se pueden aproximar entre ellos sin que se hubieran identificado las funciones estatales²⁶³. Además, en la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, todos los intérpretes tienen sus preconcepciones propias y diversas que enriquecen el proceso interpretativo. Sin embargo, P. Häberle considera insuficiente el concepto de *precomprensión*, ya que muchos presupuestos de la interpretación jurídica no se pueden asignar al concepto «comprensión»; así, por ejemplo, el *entorno* (*Umfeld*), a partir del cual se interpreta la norma, no es una cuestión subjetiva, sino objetiva, se transforma con el tiempo²⁶⁴. Por consiguiente, argumenta a favor de una «teoría de la práctica sobre la precomprensión que sea lo suficientemente *prospectiva*, una

²⁵⁵ A. KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984, p. 92; K. LARENZ/C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, pp. 32 s.

²⁵⁶ Aquí se trata de un círculo que no puede ser considerado como un *circulus vitiosus*; más bien se trata de un proceso que nunca llega a una conclusión, no debería llegar a una conclusión en absoluto, pero que, si tiene éxito, se abre camino hacia niveles más altos. Por eso, W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus: Untersuchung zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, p. 107, habla con acierto no de un círculo, sino de una *espiral hermenéutica (hermeneutische Spirale)*. Vid. también A. KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984, p. 77; C. LARENZ/C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, p. 28.

²⁵⁷ A. KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984, p. 63.

²⁵⁸ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 298.

²⁵⁹ R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, p. 76.

²⁶⁰ J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, p. 136.

²⁶¹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 298. Para MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, 10. Aufl. 2009, núm. marg. 273, la elección del método y la precomprensión son elementos de una actividad controlable, solo en la medida en que puedan justificarse en casos individuales con elementos metodológicos; de lo contrario, serían irracionales o funcionarían con cartas ocultas.

²⁶² A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, p. 46.

²⁶³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 80 nota a pie 105.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 81.

orientación hacia el futuro que debe influir en todos los denominados métodos clásicos de interpretación y en todos los que se desarrollen en el futuro, tales como la interpretación orientada a la dimensión pública y a las consecuencias»²⁶⁵.

Para esto, P. Häberle acuñó con razón la frase «poscomprensión (*Nachverständnis*) como la precomprensión del futuro (*Vorverständnis der Zukunft*)»²⁶⁶. Por un lado, se trata de un intento de «“fijar” el tiempo en el proceso interpretativo»²⁶⁷ y, por otro lado, constituye «el epítome (*Inbegriff*) de todos los factores condicionados por el tiempo, en base a los cuales se comprende una norma “después”. Lo que el tiempo y el desarrollo, especialmente la experiencia, el cambio de la autocomprensión, los procesos de socialización y la fuerza normativa de lo público “proveen” al intérprete de la norma, pertenece a la poscomprensión»²⁶⁸. Es por esta razón, precisamente, que el proceso de interpretación de la Constitución se desarrolla entre la pre y la poscomprensión²⁶⁹. Estos se encuentran, por otra parte, en una relación dialéctica que está determinada por la esfera pública y la realidad de la Constitución. La poscomprensión, para las normas interpretadas, no es menos constitutivo que la precomprensión; la importancia de la precomprensión para la interpretación constitucional es así relativizada, pues la «antigua» precomprensión es solo un elemento de la formación de la «nueva precomprensión»²⁷⁰.

c) P. HÄBERLE Y EL PENSAMIENTO TÓPICO

La tesis de P. Häberle sobre el pensamiento de las posibilidades, como ya se ha dicho, es uno de los fundamentos de la teoría republicana de la interpretación constitucional y de la teoría de la Constitución como auténtica hermenéutica constitucional. Las alternativas en tanto pensamiento de las posibilidades son relevantes, sobre todo, en el proceso interpretativo (por ejemplo, en la elección del método); en este punto se conecta la interpretación constitucional con la tópica, en la medida que el pensamiento tópico «busca puntos de vista de interpre-

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 80.

²⁶⁶ *Ibid.*: «La poscomprensión es la precomprensión en el momento de la decisión “posterior”». A. SCHMITT GLAESER, *Vorverständnis als Methode*, 2004, p. 286, habla de una «precomprensión pre y pos-legislativa».

²⁶⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 78.

²⁶⁸ *Ibid.*, pp. 78 s.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 80.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 79.

tación posibles»²⁷¹. La tópica es una parte de la retórica²⁷². Es, según Th. Viehweg, «una técnica desarrollada por la retórica del pensamiento problemático»²⁷³. La tópica quiere dar «pistas sobre cómo se debe actuar en una situación de esa naturaleza para no quedarse sin salida»²⁷⁴. De esta manera, un problema para la tópica es «toda cuestión que admite, aparentemente, más de una respuesta y se requiere necesariamente de una comprensión provisional, según la cual algo surge como una cuestión que debe ser tomada en serio, en ese momento se busca una respuesta como solución»²⁷⁵. Para encontrar la solución se necesitan puntos de vista o *topoi* que estén al servicio de la discusión del problema y cuyo conocimiento tenga el objetivo «de ofrecer una especie de repertorio que facilita la invención (*une sorte de répertoire facilitant l'invention*)»²⁷⁶. H. Ehmke²⁷⁷ y J. Esser²⁷⁸ han hecho ver en detalle cómo el pensamiento tópico tiene importantes implicaciones²⁷⁹ para la interpretación constitucional.

Sin embargo, E.-W. Böckenförde²⁸⁰ ha puesto en duda la aplicación de la tópica a la interpretación de la Constitución. La primacía (*Primat*) del proble-

²⁷¹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 84.

²⁷² Puesto que P. HÄBERLE aboga por una *hermenéutica constitucional*, hay que preguntarse si existe una relación entre el *ars inveniendi* (retórica) y el *ars interpretandi* (hermenéutica). H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Bd. II, 1986, pp. 232 ss., ha respondido afirmativamente a esta pregunta. Las herramientas teóricas del arte de la interpretación están en gran parte tomadas de la retórica; además, dice que «no habría orador ni arte de la retórica si la comprensión y el acuerdo no engañaran las relaciones humanas; no habría tarea hermenéutica si no se perturbaba el acuerdo de quienes están en “diálogo” y si no hubiera que intentar el entendimiento».

²⁷³ TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl. 1974, p. 14; *id.*, *Rechtsphilosophie und rhetorische Rechtslehre*, 1995, pp. 191 ss.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 31.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 32.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 37.

²⁷⁷ «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (99 s.). Según él:

– El pensamiento jurídico-constitucional es el *pensamiento del problema* (*Problemdenken*) y la unidad de la jurisprudencia radica en su estructura fundamental tópica,

– El ordenamiento jurídico no es un sistema cerrado, sino una estructura esencialmente abierta en la que el pensamiento problemático muestra la diversidad del material jurídico y los momentos de perfeccionamiento del derecho por la jurisprudencia,

– Los métodos tradicionales de interpretación se manifiestan solo como parciales puntos de vista interpretativos,

– El denominado *pluralismo metodológico* (*Methodenpluralismus*) no hace más que recopilar una cierta selección de ciertos puntos de vista generales que son relevantes para la solución de problemas jurídicos,

– No es posible establecer una jerarquización fija entre los puntos de vista parciales,

– La jurisprudencia no se agota en la casuística. Mejor dicho, la tarea hermenéutica decisiva recae precisamente en la teoría o –jurídicamente entendida– en la sistemática que fundamenta la precomprensión de los problemas jurídicos y reúne las soluciones del problema.

²⁷⁸ *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, pp. 158 s.

²⁷⁹ Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), p. 30 núm. marg. 78.

²⁸⁰ «Die Methoden der Verfassungsinterpretation», en *NJW* 1976, p. 2089 (2092).

ma sobre la norma y el sistema llevaría a cuestionar la validez normativa de las leyes; la Constitución se convertiría, en lo que respecta a sus decisiones fundamentales y a sus normas individuales, en una compilación de puntos de vista relevantes para la solución del problema junto a otros cuya relevancia, en el caso concreto, ya no se determina por sí misma, sino por la respectiva preconcepción basada en el consenso²⁸¹. La aplicación de la tópica en el marco de la interpretación constitucional sería, por lo tanto, altamente problemático, porque el texto de la norma jurídica sería solo uno entre tantos otros *topoi* y los límites de la interpretación serían superados. Por esta razón, E.-W. Böckenförde criticó duramente el punto de vista de P. Häberle²⁸². Sostiene que el método orientado tópicamente al problema se ha radicalizado y, con ello, se ha conseguido una disolución casi completa de la Constitución como norma. De acuerdo con la opinión de Ch. Starck²⁸³, la tesis häberliana desdibujaría «el carácter marco de la Constitución» y «el concepto de interpretación constitucional».

Los fundamentos de estas críticas pueden ser cuestionados. En primer lugar, P. Häberle no sostiene que el pensamiento tópico sea el único método de interpretación de la Constitución; por el contrario, defiende con persistencia un catálogo abierto de métodos de interpretación. En segundo lugar, una radicalización del método tópico significaría establecer una jerarquización de dichos métodos, pero ha de tomarse en cuenta que en el planteamiento häberliano tal jerarquización se rechaza de manera explícita. En tercer lugar, la crítica a la disolución de la Constitución se basa en la suposición de que el texto normativo es un simple *topos* y, por consiguiente, no vinculante. P. Häberle no afirma esto²⁸⁴; toda interpretación de la Constitución debe partir de su texto, cuando este existe, pero no se agota en él; es decir, el texto de la norma es el punto de partida, pero nunca el final. El pensamiento tópico, como otros métodos, es también importante. Vuelve al problema concreto y busca posibles puntos de vista o alternativas para la interpretación constitucional. Además, es compatible con el *método ensayo-error* (*Trial and Error-Method*)²⁸⁵ del racionalismo crítico, debido a que ambos métodos renuncian a los puntos de vista dogmáticos y la solución de la interpretación es siempre revisable.

²⁸¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation», en *NJW* 1976, p. 2089 (2093).

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ «Maximen der Verfassungsauslegung», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 271 núm. marg. 28.

²⁸⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 222.

²⁸⁵ J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, p. 152: «A la tópica como *estilo de argumentación* (*Argumentationsstil*) le corresponde una *tópica como estilo de investigación* (*Topik als Forschungsstil*), es decir, en el sentido del mencionado método de ensayo y error».

6. Principios de la interpretación constitucional

a) LA DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y MÉTODOS

La distinción entre *principios* y *métodos* (llamados también elementos, criterios o cánones) de la interpretación es fundamental para la valoración adecuada de los principios de interpretación. Según el criterio de H. Ehmke²⁸⁶, los *principios* de interpretación de la Constitución son «en el sentido técnico, ayudas en el acto hermenéutico de la teoría constitucional» y, en contraste «con los “métodos de interpretación”, que se han vuelto independientes en relación con la materia, representan junto al problema reglas objetivas desarrolladas para las soluciones de problemas»; son «expresión de una precomprensión teórico-constitucional de un determinado problema jurídico-constitucional» y poseen un «carácter material». Esto debe ser analizado. Cuando los principios de interpretación se denominan «medios auxiliares» (*Hilfsmittel*) no se ha dicho demasiado, ya que también los métodos constituyen instrumentos auxiliares de la interpretación constitucional²⁸⁷. También es cuestionable que los principios, en comparación con los métodos, puedan presentarse como reglas para la solución de un problema, pues los métodos pueden ofrecer también criterios para ello, aunque limitados. Sin embargo, tiene sentido la consideración de H. Ehmke sobre los principios de interpretación como expresión de la precomprensión y como principios de carácter material.

Se debe resaltar el carácter material de los principios de interpretación. Los principios de interpretación de la Constitución difieren de los métodos, en tanto medios interpretativos de acceso al contenido de la Constitución, en que ellos mismos (es decir, los principios) representan contenidos, si bien en ocasiones con dimensiones formales²⁸⁸. En contraste con los métodos de interpretación, los principios de interpretación de la Constitución están, por una parte, estrechamente relacionados con el contenido material de la Constitución; incluso algunos principios de la interpretación constitucional –como el denominado *principio de unidad de la Constitución* (*Prinzip der Einheit der Verfassung*)– constituyen una característica de la propia Constitución²⁸⁹. Por otra parte, como los métodos de interpretación carecen de una organización prede-

²⁸⁶ «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (72).

²⁸⁷ F. MÜLLER/R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, núm. marg. 95.

²⁸⁸ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 314.

²⁸⁹ H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (77): El principio de *unidad de la Constitución* (*Einheit der Verfassung*) es la expresión «de la unidad concreta material de una Constitución».

terminada, requieren de los principios de interpretación para ello; estos se manifiestan aquí como «reglas»²⁹⁰ de esa organización. En ese sentido, los principios de interpretación condicionan y organizan la aplicación de los métodos de interpretación. Así, los principios de interpretación pueden condicionar *cuándo* y *cómo* se han de aplicar los diversos métodos de interpretación a un caso particular (*Einzelfall*) y *cómo* aquellos métodos se han de «ponderar» (palabra clave: *ponderación de métodos*) en caso de resultados diferentes²⁹¹.

b) CATÁLOGO ABIERTO DE LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Los principios de interpretación constitucional son, ante todo, una valiosa contribución de la dogmática constitucional. Se debatieron «por primera vez en Alemania en la Conferencia de Profesores de Derecho Constitucional de 1961»²⁹². Allí H. Ehmke²⁹³ habló de principios de interpretación *jurídico-materiales* y *jurídico-funcionales*. Al primer grupo pertenecen el *principio de unidad de la Constitución* y los *principios de interpretación de los derechos fundamentales*, a saber: *a)* interpretación de los derechos fundamentales «a partir de un “sistema” de derechos fundamentales predeterminado», *b) in dubio pro libertate* y *c)* el principio de efectividad de los derechos fundamentales (*Prinzip der Grundrechtseffektivität*). Al segundo grupo pertenecen el principio de interpretación conforme, la doctrina de la *political question* y la denominada doctrina de las libertades preferidas (*preferred freedoms-Doktrin*). Desde la perspectiva de K. Hesse²⁹⁴, son principios de la interpretación constitucional los siguientes: unidad de la Constitución, concordancia práctica (*praktische Konkordanz*), corrección funcional (*funktionelle Richtigkeit*), eficacia integradora (*integrierende Wirkung*) y fuerza normativa de la Constitución (*normative Kraft der Verfassung*). P. Lerche²⁹⁵, por su parte, acuñó el «principio de equilibrio prudente y necesario» (*Prinzip des erforderlichen schonenden Ausgleichs*). De relevancia también es la propuesta de U. Scheu-

²⁹⁰ R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, p. 89.

²⁹¹ Con respecto a la interpretación jurídica general, *vid.* R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, p. 89.

²⁹² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 314.

²⁹³ «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (72 ss.).

²⁹⁴ *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núms. margs. 70 ss.

²⁹⁵ P. LERCHE, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration*, 1971, p. 56; *id.*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, pp. 130 ss.

ner²⁹⁶, quien considera el principio de armonización (*Prinzip der Harmonisierung*) como «mandato fundamental de toda interpretación de la Constitución». Para una correcta apreciación del *principio de interpretación conforme con la Constitución* (*Prinzip der verfassungskonformen Auslegung*), H. Simon²⁹⁷ propuso su distinción del *principio de interpretación orientada a la Constitución* (*Prinzip der verfassungsorientierten Auslegung*).

En el pensamiento de P. Häberle, los principios de interpretación constitucional son de dos clases: *a*) principios de interpretación constitucional en sentido estricto y *b*) principios sobre los límites de la interpretación constitucional²⁹⁸. Esta distinción es de importancia. Por una parte, porque la interpretación de la Constitución es una actividad relacionada con el contenido material de la Constitución; por otra parte, debido a que la interpretación como proceso es limitada. Se asume la unidad de la Constitución, la concordancia práctica y la interpretación conforme con la Constitución como principios adecuados para interpretar la Constitución. Sin embargo, va más allá. Se trata de una ampliación hacia el Estado constitucional europeo integrado, ya que el derecho constitucional europeo y nacional constituyen una unidad material, funcional e institucional²⁹⁹. En su opinión, el principio de unidad de la Constitución se debe modificar porque las constituciones nacionales son, dentro de Europa, *constituciones parciales* (*Teilverfassungen*)³⁰⁰; en el mismo sentido, el principio de interpretación conforme con la Constitución se refleja en la *interpretación del derecho nacional conforme con el derecho de la Unión* (*unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts*)³⁰¹. En el contexto de la tesis de los Estados cooperativos se añaden los principios interpretativos de *cordialidad con el derecho europeo y el derecho internacional* (*Europarechtsfreundlichkeit bzw. Völkerrechtsfreundlichkeit*), así como la *interpretación amistosa de la LF con los derechos humanos* (*menschenrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes*); además, se toma en cuenta incluso la comparación jurídica como un principio de interpretación sin par, sobre

²⁹⁶ U. SCHEUNER, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 125 (125 s.): «Puesto que una Constitución moderna es un todo unificado y debe ser interpretado como tal, las contradicciones y los contrastes del texto deben ser equilibrados, eliminados, en resumen “armonizados” por la interpretación».

²⁹⁷ «Die verfassungskonforme Auslegung», en *EuGRZ* 1974, p. 85 (86 ss.): «En la práctica de los tribunales constitucionales, esta *interpretación orientada a la Constitución* es importante para todos los procesos en los que se debe examinar cómo se debe interpretar y aplicar correctamente, en casos individuales, una norma a la luz de la Constitución».

²⁹⁸ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 314.

²⁹⁹ I. PERNICE, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», en *VVDStRL* 60 (2001), p. 148 (153); CHR. TOMUSCHAT, «Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSiR*, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 226 núm. marg. 59.

³⁰⁰ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 92.

³⁰¹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 314.

todo, en el campo de los derechos fundamentales³⁰². En este sentido, P. Häberle³⁰³ visionariamente hablaba ya de una «hermenéutica común europea» (*gemeineuropäische Hermeneutik*).

c) El problema de los límites de la interpretación constitucional

Como se ha mencionado, los otros principios son los denominados *principios sobre los límites de la interpretación de la Constitución*. En primer lugar, se debe mencionar aquí el *principio de corrección funcional* (*Prinzip der funktionellen Richtigkeit*)³⁰⁴, según el cual «si la Constitución dispone la tarea respectiva y la cooperación de los titulares de las funciones estatales de una determinada manera, el órgano que interpreta debe mantenerse en el marco de las funciones que le han sido asignadas; no debe, por la manera y el resultado de su interpretación, modificar la distribución de las funciones»³⁰⁵. Se trata, especialmente, de los límites en relación con el legislador democrático y con las demás jurisdicciones³⁰⁶. En segundo lugar, aparece el *principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución* (*gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*)³⁰⁷. Esto quiere decir que cuando el TCF examina una ley, también la interpreta; se produce «una interacción entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley»³⁰⁸. La ley se mide junto a la unidad de la Constitución³⁰⁹. Dado que la *relación jurídico-material y jurídico-funcional* apunta en la dirección del mantenimiento de la ley, una interpretación conforme a la Constitución interpretará la norma constitucional (a ser interpretada), en la medida de lo posible, en el sentido que el legislador lo ha concretizado; «por lo tanto, la interpretación conforme a la Constitución es, en su repercusión sobre la interpretación constitucional, interpretación de la Consti-

³⁰² P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 65: «Sigue siendo crucial que la comparación constitucional se practique consciente y abiertamente, especialmente en lo que respecta a los derechos fundamentales»; *id.*, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 315.

³⁰³ *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 93.

³⁰⁴ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 315.

³⁰⁵ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 73; H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (73 ss.).

³⁰⁶ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 315, se lamenta con razón del término «tribunales ordinarios» (*Fachgerichte*) que el TCF utiliza constantemente. Dado que los demás tribunales están obligados por la Constitución e incluso participan en su desarrollo interpretativo, se convierten en *tribunales constitucionales* en un sentido más profundo.

³⁰⁷ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 315.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ P. HÄBERLE, «Allgemeine Probleme des Verfassungsrechts und der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *JöR* 48 (2000), p. 399 (417).

tución conforme a la ley»³¹⁰. Este sería el caso cuando un precepto de la propia Constitución, para la interpretación de un concepto determinado, remite a su uso en el derecho ordinario, por ejemplo, el concepto de impuesto (*Steuerbegriff*)³¹¹. Por supuesto, no se trata de una subordinación de la Constitución ante las leyes ordinarias, sino solo de la relación recíproca de la Constitución y la ley, y, con ello, –como resalta K. Hesse³¹²– de la idea de unidad del ordenamiento jurídico (*Einheit der Rechtsordnung*). No hay que olvidar que el legislador democrático también concretiza la Constitución.

Además, se debe preguntar si el texto (*Wortlaut*) de la norma puede ser un límite de la interpretación³¹³. Quienes responden afirmativamente a esta pregunta parten de dos premisas. Por una parte, presuponen que «donde no hay duda no hay interpretación y, a menudo, no existe necesidad de interpretación»³¹⁴. Es evidente que esta perspectiva otorga al método gramatical una mayor prioridad y, con ello, una jerarquía que, sin embargo, no existe en abstracto. Si el «texto» es realmente claro, solo se puede sostener después de examinar, necesariamente, otros métodos; pero el intérprete no tiene derecho a dejar de lado, de antemano y de manera arbitraria, los criterios de interpretación³¹⁵. Por otra parte, los que defienden esta tesis se remiten a la opinión de que la expresión «texto» no es problemático, sin considerar las siguientes cuestiones: ¿texto en sentido coloquial o jurídico?, ¿texto real o posible?, ¿texto jurídico general o especializado?, ¿la comprensión del significado según el intérprete o el significado establecido por la palabra?, ¿texto de la época de su origen o del momento en que se aplica?³¹⁶. Además, para el *derecho constitucional no escrito* (un-

³¹⁰ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 85; así también U. HALTERN, *Europarecht*, 2. Aufl. 2007, núm. marg. 771; N. FISCHER, *Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff*, 2006, pp. 426 s.; M. BALDUS, «Buchbesprechung», en *Der Staat* 35 (1996), p. 145 (149); TH. SCHILLING, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, 1994, pp. 458 ss.; A. v. MUTIUS, *Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung*, 1969, p. 141; H. HUBER, «Buchbesprechung», en *AöR* 1967, p. 550 (552); H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (74 y s).

³¹¹ U. SACKSOFSKY, *Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben*, 2000, p. 108: «Durante muchos años, el Tribunal definió el término *impuesto* en la Constitución alemana (*Grundgesetz*) remitiéndose al concepto de impuesto del art. 1 de la Ley General Tributaria del Imperio (*Reichsabgabenordnung*)». Crítico, F. MÜLLER, *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des BVerfG*, 1968, p. 34: Así pues, los ámbitos normativos de los derechos fundamentales impiden, a menudo, un desarrollo que se describe escépticamente como interpretación de la Constitución de conformidad con la ley»; U. STEINER, «Schutz von Ehe und Familie», en D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *HGR*, Bd. IV, 2011, § 108 núm. marg. 5.

³¹² K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 85.

³¹³ *Ibid.*, al respecto, M. KLATT, *Theorie der Wortlautgrenze*, 2004, pp. 40 ss.

³¹⁴ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núm. marg. 49.

³¹⁵ Cfr. R. WANK, *Die Auslegung von Gesetzen*, 5. Aufl. 2011, p. 51.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 39.

geschriebenes Verfassungsrecht)³¹⁷ el texto no es evidentemente de provecho³¹⁸. Por ello, se rechaza el texto como «límite» de la interpretación constitucional³¹⁹. El texto solo puede ser o bien *objeto* (*Gegenstand*) de la interpretación o bien puede marcar su límite, pero no puede pensarse de manera significativa en ambas funciones juntas³²⁰. Se ha de reconocer, por consiguiente, que el *texto* es siempre objeto, mas no límite de la interpretación constitucional³²¹.

7. Interpretación constitucional y proceso constituyente

Interpretación constitucional y proceso constituyente son procesos públicos mucho más cercanos de lo que se suele suponer, si la *Constitución* se entiende materialmente y se considera al *pueblo* (*Volk*) como una dimensión plural y constituida³²². Con esta idea esencial se intenta explicar la relación plural y abierta de la interpretación de la Constitución y el proceso constituyente (*Verfassungsgebung*)³²³. Para ello, se distingue entre el proceso constituyente en sentido estricto y en sentido amplio. Mientras que el primero es un proceso regulado y limitado en el tiempo, el segundo es un proceso plural, diverso y continuo³²⁴. Esto implica, claramente, un alejamiento de la teoría tradicional³²⁵ y de la concepción jurídico-positivista³²⁶ del proceso constituyente, que concibe a

³¹⁷ Sobre esto, R. SMEND, «Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat», en *FG O. Mayer*, 1916, p. 245 (247 ss.); *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Aufl. 1994, pp. 39 ss.; H. A. WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, 2000, pp. 139 ss.; S. SCHRÖCKER, «Ungeschriebenes Verfassungsrecht im Bundesstaat. Zum 100. Gründungsjahr des Deutschen Bundesstaats», en *Der Staat* 5 (1966), p. 137 (137 ss.); *vid.* también las ponencias de E. v. HIPPEL y A. VOIGT, «Ungeschriebenes Verfassungsrecht», en *VVDStRL* 10 (1952), p. 1 (1 ss.).

³¹⁸ H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (58).

³¹⁹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 302.

³²⁰ O. DEPENHEUER, *Der Wortlaut als Grenze*, 1998, p. 58.

³²¹ M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, p. 150 nota a pie 71.

³²² P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 199.

³²³ Acerca de la teoría y práctica del proceso constituyente en Alemania, *vid.* U. STEINER, *Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 1966, pp. 25 ss.; H. v. WEDEL, *Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung*, 1976, pp. 85 ss.; sobre el art. 146 de la LF, *vid.* H. H. KLEIN, «Verfassungsgebung, Verfassungsrevision, Volksabstimmung», en Ch. Calliess u. a. (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, 2014, pp. 97 ss.

³²⁴ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 184: El proceso constituyente «no comienza sobre una "tabula rasa" en la hora cero».

³²⁵ J. E. SIEYÈS, *Politische Schriften*, 1975, p. 250: «El poder constituyente puede todo en esta relación. No está sujeto *a priori* a una Constitución preexistente». Sobre el proceso constituyente como «voluntad política» (*politischer Wille*), *vid.* C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 5. Aufl. 1970, pp. 75 ss.; W. HENKE, *Die verfassungsgebende Gewalt des deutschen Volkes*, 1957, p. 25: «El poder constituyente no puede ser regulado ni organizado jurídicamente. Su actividad no está vinculada a ninguna forma o procedimiento. "Está siempre en su estado natural"».

³²⁶ V. LEMKE, *Aktualisierung der verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz*, 1974, pp. 24 ss.

este como un proceso impuesto³²⁷ y un acto único³²⁸. De acuerdo con el *dogma de la unicidad* (*Einzigartigkeit*, palabra clave: decisionismo), el proceso constituyente solo puede explicarse históricamente, como en 1789 en la Revolución francesa; según el *dogma de la exactitud* (*Punktualität*), el proceso constituyente termina con la culminación del proceso formal de entrada en vigor de la revisión parcial o total de la Constitución. En su lugar, se argumenta a favor del abandono de ambos dogmas³²⁹, pues visto republicanamente, «el proceso constituyente puede tener un inicio en el tiempo –tangible particularmente en 1789–, pero una vez puesto en marcha no tiene un final³³⁰. Es un proceso permanente y evolutivo, no un acto único»³³¹. Se trata de la finalidad abierta de la Constitución. Al igual que la interpretación constitucional, el proceso constituyente se realiza «como un proceso público con muchos participantes³³² y dentro de muchos procesos (plurales)»³³³.

Interpretación constitucional y proceso constituyente en sentido amplio son materialmente y quizás también gradualmente difíciles de distinguir una de otro. La interpretación constitucional tiene la tarea de «“preparar” (*vorbereiten*) y “consolidar” (*nachbereiten*) el proceso constituyente, “actualizarla” (*fortschreiben*)»³³⁴. Por lo que existe una *identidad parcial* entre los intérpretes de la Constitución y los constituyentes en sentido amplio. Incluso el proceso constituyente en sentido estricto tiene que ver con la interpretación de la Constitución, ya que el constituyente no decide «normativamente de la nada» ni «es sin principio»³³⁵. Lo mismo se aplica a la revisión total, pues «toda nueva Constitución se sigue construyendo sobre lo que alguna vez fue o llegó a

³²⁷ K. v. BEYME, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 1968, pp. 26 ss.

³²⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 202: En un concepto republicano de proceso constituyente «no es típico la puesta unilateral o el “regalo”, la promulgación desde “arriba” (¡el monarca!) o desde “abajo” (¡el pueblo!)».

³²⁹ Para los seguidores del positivismo jurídico no existe una facultad jurídica para el proceso constituyente, suponen que con el acto constituyente se funda primero el ordenamiento jurídico estatal y que no existe ningún derecho, tampoco un derecho anterior al Estado. Por eso, el *poder constituyente* (*verfassungsgebende Gewalt*) sería solo un factor del poder social. Cfr. Chr. WINTERHOFF, *Verfassung –Verfassungsgebung– Verfassungsänderung*, 2006, p. 138; *vid.* también para esto H. J. BOEHL, *Verfassungsgebung im Bundesstaat*, 1997, pp. 127 ss.

³³⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 202.

³³¹ *Ibid.*, p. 203.

³³² La ciencia del derecho constitucional (*Verfassungsrechtswissenschaft*) es un participante importante en el proceso constituyente. Como ciencia, tiene que dirigir, sistematizar o incluso provocar contribuciones que compitan para el poder constituyente pluralista en sentido amplio. Sin embargo, esto no modifica el hecho de que la relación entre los constituyentes y la teoría constitucional sea muy compleja. «Hay relaciones de cooperación, pero también de competencia y conflicto». Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 212 ss.

³³³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 202.

³³⁴ *Ibid.*, p. 210.

³³⁵ *Ibid.*, p. 208.

ser»³³⁶. Esta –guste o no– se basa en la Constitución anterior (que, por lo general, contiene las reglas para este proceso) y en sus interpretaciones. «La nueva Constitución recibe impulsos a partir de la interpretación de la antigua, esta sigue influyendo de una nueva forma, incluso se convierte en una suerte de “partera” (*Geburtshelferin*) de la nueva Constitución»³³⁷. No toda interpretación constitucional es proceso constituyente, pero este está siempre latente en el trasfondo de la interpretación de la Constitución.

La tesis de P. Häberle contiene una relativización del proceso constituyente. El concepto republicano del proceso constituyente, a partir de la interpretación constitucional, no significa su subestimación ni su trivialización³³⁸. Pero este proceso debe ser abierto, plural, permanente en el tiempo para garantizar «el crecimiento (*Wachstum*) de una Constitución vigente». Bajo este punto de vista, el proceso constituyente gana credibilidad y acercamiento a la realidad. Si esta dinamización significara una disolución de la Constitución es algo que se puede poner en duda. Solo como proceso público –no cerrado– puede justificarse su condición de elemento estructural de una teoría constitucional democrática y de la democracia misma³³⁹. El proceso constituyente republicano, así pues, es un proceso público en el que participan amplios grupos, minorías, personas individuales y la ciencia del derecho constitucional. Más a menudo de lo que se cree, el proceso constituyente se sirve de la interpretación constitucional abierta, su interacción es fluida. Por lo tanto, proceso constituyente e interpretación constitucional son procesos parcialmente coincidentes.

III. LOS PARTICIPANTES EN EL PROCESO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. El círculo cerrado de intérpretes constitucionales

En su *Constitutio Tanta*, Justiniano estableció una prohibición de interpretación e introdujo una obligación para la declaración de falta de claridad de las leyes³⁴⁰. Los autores de la «Ley General de Tierras de los Estados Prusianos

³³⁶ HAAS, citado según W. BREUNIG, *Verfassunggebung in Berlin 1945-1950*, 1990, p. 30.

³³⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 202.

³³⁸ *Ibid.*, p. 196.

³³⁹ *Ibid.*, p. 224: «El proceso constituyente es un proceso genuinamente público –pluralista– que concierne a cada ciudadano, le da a él una oportunidad y al mismo tiempo lo coloca en la continuidad de las generaciones pasadas y en la solidaridad con las futuras».

³⁴⁰ M. SCHRÖDER, *Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem*, 2010, p. 17.

de 1794» (*Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794*)³⁴¹ solucionaron el conflicto en torno a la interpretación «correcta» por medio de la ley³⁴². Se trataba de un texto legislativo con la obligación de los jueces de «consultar a la Comisión Legislativa Real»³⁴³. El «monopolio de los juristas» significa «la existencia de una clase social de élite dentro de la justicia, administración, economía y política, privilegiada por su origen y su educación»³⁴⁴. Para E. Forsthoﬀ³⁴⁵, este «privilegio de los juristas» ha estado en un proceso de desmontaje durante años. Un frente muy fuerte de «expertos» (*Sachverständigen*), a su entender, se dispone en la actualidad a desplazar a los juristas constitucionales de su campo tradicional. Los representantes de intereses y los expertos como *procuradores* de la sociedad industrial moderna no se cansan de poner en la Constitución sus demandas legitimadas por el experto, que al examinarlas más de cerca suelen ser, la mayor de las veces, un acuerdo de grupo³⁴⁶. La interpretación de la Constitución se convierte en la tarea legítima de la ciencia jurídica, de hecho, en la tarea principal de los juristas³⁴⁷.

Quienes hablan explícita o implícitamente de una *sociedad cerrada de intérpretes de la Constitución* (*geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*)³⁴⁸, argumentan que la normatividad de la Constitución solo puede ser garantizada si su interpretación no se pone en manos de numerosos intérpretes; de lo contrario,

³⁴¹ «Art. 46. Al decidir los casos en litigio, el juez no podrá añadir a la ley ningún significado que no sea el que se desprenda claramente de las palabras y su contexto, en relación con el tema en litigio o de la próxima razón indudable de la ley.

Art. 47. Si el juez encuentra dudoso el significado real de la ley, deberá, sin nombrar a las partes que llevan el caso, informar de sus dudas al Comité Legislativo y solicitar su resolución.

Art. 48. Aunque el juez que plantea la solicitud es responsable de seguir la decisión de la Comisión Legislativa, como base para sus posteriores conclusiones en el asunto, las partes no tendrán derecho a ningún recurso ordinario.

Art. 49. Si el juez no encuentra una ley que pueda servir para decidir el caso en cuestión, lo hará según su leal saber y entender y de acuerdo con los principios generales establecidos en el Código, y de acuerdo con las normas vigentes en casos similares.

Art. 50. Al mismo tiempo, sin embargo, debe reportar el supuesto defecto de la ley al Presidente del Poder Judicial.

(...)

Art. 60. Así como las nuevas leyes no pueden ser introducidas por las costumbres, las opiniones de los profesores de derecho, los conocimientos de los jueces, o por los decretos emitidos en casos individuales; así también las leyes existentes no pueden ser derogadas de esa misma manera».

³⁴² K. ROTH-STIELOW, *Grundelemente der verfassungsgebundenen Rechtsprechung*, 1975, p. 35.

³⁴³ F. MÜLLER/R. CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, Bd. I, 9. Aufl. 2004, núm. marg. 509.

³⁴⁴ W. BLEEK, *Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg*, 1972, p. 11.

³⁴⁵ *Rechtstaat im Wandel*, 2. Aufl. 1976, p. 227.

³⁴⁶ N. WIMMER, *Materiale Verfassungsverständnis*, 1971, p. 92.

³⁴⁷ Al respecto, H. SCHÄFFER, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, 1971, pp. 42 ss.

³⁴⁸ E. BLANKENBURG/H. TREIBER, «Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *JZ* 1982, p. 543 (543 ss.).

según E.-W. Böckenförde³⁴⁹, el resultado sería contribuir al desmantelamiento de la normatividad de la LF, esto es, a la «disolución completa de la Constitución como norma». En similar sentido, Ch. Starck³⁵⁰ toma posición: la sociedad cerrada de intérpretes constitucionales —en contraposición a la sociedad abierta— sería compatible «con el carácter marco del derecho constitucional», «la dogmática jurídica y los antejuicios (*Präjudizien*) no se difuminan», la idea de interpretación constitucional no se desdibujaría en lo incomprensible y, por lo tanto, no se pierde como objeto de la ciencia. Basándose en criterios como *competencia* (*Zuständigkeit*) y vinculación (*Verbindlichkeit*), M. Borowski³⁵¹ sostiene que únicamente quien está autorizado de manera implícita o explícita está en posición de interpretar la Constitución de manera vinculante. Por consiguiente, solo el TCF, el legislador, los tribunales ordinarios y los demás poderes públicos pueden ser sujetos de la interpretación constitucional; las opiniones de los particulares y de la doctrina del derecho constitucional no se consideran interpretaciones, debido a que ellos no producen «ninguna fuerza vinculante ni autoritativa».

E. Blankenburg y H. Treiber³⁵² hablan de una «sociedad relativamente cerrada de intérpretes constitucionales». Según ellos, un análisis sociológico del TCF demostraría que dicha sociedad es solo relativamente *abierta* y que la expectativa de una sociedad abierta sería «en parte, no realista y, en parte, errónea en su enfoque». Así, habría «una sociedad de “intérpretes constitucionales primarios”, en el que se cuentan a los miembros de los “grupos de trabajo forenses”, esto es, los portadores de aquellas funciones en las que se ha diferenciado la revisión de casos ante el tribunal. Este “núcleo” (*Kern*) de “intérpretes constitucionales primarios” está rodeado en el TCF, como en otros tribunales, también por un “tribunal” (*Hof*) de “intérpretes constitucionales secundarios”, entre los que se encuentran los *prácticos* (*Praktiker*) a los que les gusta hacer comentarios, sobre todo, los profesores de derecho de las universidades. Con su trabajo de comentaristas, los profesores de derecho asumen una función importante: «desdramatizan el caso»³⁵³. Para el sector austríaco de la doctrina no solo existe una sociedad cerrada de intérpretes constituciona-

³⁴⁹ *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, pp. 66 ss.

³⁵⁰ «Maximen der Verfassungsauslegung», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 271 núm. marg. 28.

³⁵¹ «Subjekte der Interpretation», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 274 núm. marg. 45: «Los particulares pueden asumir una posición interpretativa. Sin embargo, las interpretaciones constitucionales que proponen no tienen fuerza vinculante o autoritativa». «A pesar de su enorme importancia para la comprensión y el cultivo del derecho constitucional, la influencia de la doctrina del derecho constitucional es básicamente indirecta, ya que nunca puede legislar por sí misma ni interpretar la ley con fuerza vinculante normativa».

³⁵² «Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *JZ* 1982, p. 543 (543).

³⁵³ *Ibid.*, p. 543 (547).

les, sino incluso un cierto rango (*Rangstufe*). El primer rango lo ocupa el Tribunal Constitucional, en segundo lugar está el servicio constitucional (*Verfassungsdienst*), en tercer lugar está la doctrina y en el último rango están los demás órganos constitucionales. Con esto «la relación de los miembros de la sociedad de intérpretes constitucionales ya está agotada. Los ciudadanos y los intelectuales no participan en su interpretación»³⁵⁴.

2. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución

La *sociedad abierta de intérpretes constitucionales* (*offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*)³⁵⁵ constituye una teoría de P. Häberle del año 1975. Hasta entonces, la teoría de la interpretación de la Constitución había permanecido incompleta³⁵⁶. La dogmática no había teorizado sobre el problema de los intérpretes de la Constitución³⁵⁷, sino que se había limitado, por lo general, a la cuestión de las tareas, objetivos y métodos de la interpretación constitucional³⁵⁸. El ensayo del mismo nombre se trata de una teoría pluralista de los sujetos que participan en el proceso público de la interpretación constitucional. Sin embargo, sería erróneo creer que esta contribución «por su contenido, trata menos de cuestiones metodológicas que más bien de la diversidad de los sujetos» que «participan en el proceso de concretización de la Constitución»³⁵⁹. En realidad, se muestra también cómo la teoría de los intérpretes constitucionales está relacionada con los objetivos, tareas y métodos de la interpretación constitucional. Sus reflexiones en torno a los intérpretes de la Constitución se complementan permanentemente con una serie de explicacio-

³⁵⁴ E. WIEDERIN, «Verfassungsinterpretation in Österreich», en G. Lienbacher (Hrsg.), *Verfassungssinterpretation in Europa*, 2011, p. 81 (94 ss.).

³⁵⁵ P. HÄBERLE, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *JZ* 1975, p. 297 (297 ss.); H. SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, 2013, p. 236.

³⁵⁶ Ciertamente, los objetivos y los métodos son cuestiones esenciales de la teoría de la interpretación constitucional, pero no son las únicas.

³⁵⁷ Casi cuatro décadas después de la publicación de la contribución de P. HÄBERLE, el *Manual de Derecho Constitucional* (*Handbuch des Staatsrechts*) editado por J. Isensee y P. Kirchhof contiene finalmente su propia contribución sobre los sujetos de la interpretación constitucional. Cfr. M. BOROWSKI, «Subjekte der Verfassungssinterpretation», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 274.

³⁵⁸ Con relación a los sujetos de la interpretación en la teoría general del derecho, *vid.* R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, p. 74. *Sujetos* de la interpretación son –según él– el *legislador* y el *poder judicial* a través de la interpretación auténtica; la *ciencia jurídica* a través de la interpretación doctrinal; los *ciudadanos* a través de la interpretación profana y el *derecho consuetudinario* (*Gewohnheitsrecht*) a través de la interpretación consuetudinaria. Solo la interpretación del legislador y del poder judicial tendrían «carácter institucional» y esto explicaría «el papel especial de la interpretación judicial o de los tribunales».

³⁵⁹ Por ejemplo, R. DREIER, «Zur Problematik und Situation der Verfassungssinterpretation», en *id./F. Schwegmann* (Hrsg.), *Probleme der Verfassungssinterpretation*, 1976, p. 13 (47 nota a pie 151).

nes metodológicas específicas. En ese sentido, se trata de una teoría pluralista y democrática de la interpretación constitucional que se fundamenta en los sujetos, objetivos, tareas y métodos de la interpretación de la Constitución.

a) TESIS DE PARTIDA

«En los procesos de interpretación de la Constitución intervienen, potencialmente, *todos* los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y grupos. ¡No existe un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución!», ya que «quien “vive” la norma, también la (co)interpreta»³⁶⁰. Estas palabras de P. Häberle constituyen el núcleo de su famosa y pionera teoría de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales que desarrolló hace más de cuatro décadas³⁶¹. Con este punto de vista abre un nuevo campo de investigación para el tratamiento de la teoría de la interpretación de la Constitución que se expone a continuación.

b) REALIDAD CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Como herencia de la monarquía constitucional, la Constitución y la realidad han aparecido como dicotómicas; la Constitución escrita se descubriría frente a la realidad, por un lado, sin fuerza y sin poder; la realidad o el *factum brutum* de la facticidad política, por otro lado, se descubriría insustancial y sin principios³⁶². Un punto de vista como este resulta hoy no solo anacrónico, sino también insostenible. La Constitución y la realidad no pueden ser consideradas³⁶³ aisladas, separadas³⁶⁴ o como opuestos necesarios³⁶⁵. Una Constitución «no tiene existencia propia, independiente de la realidad»³⁶⁶ –lo que no significa que

³⁶⁰ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 264. Crítico G. ROELLECKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG*, Bd. II, 1976, p. 22 (49).

³⁶¹ P. HÄBERLE, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *JZ* 1975, p. 297 (297 ss.).

³⁶² W. HENNIS, *Regieren im modernen Staat*, 2000, pp. 183 ss.

³⁶³ La reunión de la Constitución y la realidad (*Wirklichkeit*) no significa ni capitulación de la Constitución como norma frente a la fuerza de lo fáctico, ni la descripción pasiva de la realidad constitucional como resultado fáctico de la efectivización de la Constitución. Cfr. N. WIMMER, *Materiales Verfassungsverständnis*, 1971, p. 15.

³⁶⁴ H. HELLER, *Staatslehre*, 4. Aufl. 1970, p. 250: «Así como no pueden ser estimados complementemente separados lo dinámico y lo estático, tampoco pueden serlo la normalidad (*Normalität*) y la normatividad (*Normativität*), el ser y el deber ser en el concepto de Constitución».

³⁶⁵ K. DOEHRING, *Staatsrecht*, 3. Aufl. 1984, p. 24.

³⁶⁶ K. HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, p. 8.

sea simple descripción de las relaciones de poder fácticos³⁶⁷– y «en virtud de su elemento normativo ordena y configura la realidad política y social»³⁶⁸. Entendido de esta manera, un cambio de la realidad puede afectar significativamente la interpretación de la Constitución³⁶⁹. Cuando en la realidad afloran nuevos problemas políticos, sociales y económicos, o la realidad existente aparece bajo una nueva luz, surgen nuevos desafíos para la interpretación constitucional, «la realidad pregunta, el derecho responde»³⁷⁰. En otras palabras, en la interpretación, la LF es capaz de adaptarse al cambio de las circunstancias (*Gegebenheiten*) y de responder adecuadamente a nuevas cuestiones, de modo que la Constitución se realiza y renueva por medio de la interpretación³⁷¹. Por su parte, el intérprete de la Constitución se relaciona con la realidad y se mantiene abierto a nuevos desarrollos³⁷².

Se dice que todo problema de interpretación constitucional surge principalmente de la realidad y toda interpretación de la Constitución se da en el campo de la norma y la realidad³⁷³. Por lo tanto, no es de extrañar que P. Häberle vincule su tesis con la referencia a un importante aspecto parcial del problema *derecho constitucional/realidad constitucional*³⁷⁴, ya que las teorías tematizan de manera adecuada la realidad, «pero también los límites de esta influencia de la realidad sobre las normas jurídicas»³⁷⁵. A partir de esta tesis se derivan no solo cuestiones metodológicas de la interpretación constitucional, sino también consecuencias importantes para el problema concreto de los *sujetos de la interpretación*, que solo se puede determinar desde una consideración realista, sociológica y científico-experimental³⁷⁶. H. Ehmke³⁷⁷ ya había hablado en el marco de los principios de la interpretación constitucional de los «pensadores razonables y justos» (*Vernünftig- und Gerech-Denkenden*); a los primeros pertenecerían, sobre todo, los *profesores de derecho* y los *jueces*, a los segundos pertenecería la *comunidad* en su conjunto. No obstante, no solo los pensadores razonables y justos participan en el proceso de interpretación

³⁶⁷ B.-O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 35.

³⁶⁸ K. HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, p. 16.

³⁶⁹ G. LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 1974, p. 278.

³⁷⁰ H. MAURER, *Staatsrecht I*, 6. Aufl. 2010, p. 27 núm. marg. 74.

³⁷¹ J. ISENSEE/P. KIRCHHOF, en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Vorwort, HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, p. VII.

³⁷² M. MORLOK/L. MICHAEL, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2015, p. 61 núm. marg. 38.

³⁷³ Sobre el problema de la Constitución y la realidad, *vid.* W. HENNIS, *Die missverstandene Demokratie*, 1973, pp. 53 ss.

³⁷⁴ E. YERSIN, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *JA* 1975, *ÖR*, 129, p. 129 (129).

³⁷⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 34.

³⁷⁶ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 268.

³⁷⁷ «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (71 s.).

de la Constitución, sino también los «actores razonables y justos» (*Vernünfftig- und Gerech-Handelnden*)³⁷⁸. En la realidad, P. Häberle observa un círculo de intérpretes constitucionales muy amplio, plural y, en ocasiones, difuso³⁷⁹.

Si se observa de cerca el proceso interpretativo de la Constitución, inmediatamente se advierte que el TCF no es el único intérprete de la LF, sino solo uno de muchos³⁸⁰. De esta manera, se puede hablar de un *numerus apertus* de intérpretes de la LF³⁸¹. Por un lado, el círculo abierto de intérpretes constitucionales confirma la apertura y pluralismo de la sociedad; por otro lado, esto se refleja en la cuestión de los intérpretes de la Constitución. J. Habermas³⁸², quien confirma la tesis de P. Häberle, ancla la interpretación constitucional en una diversidad de intérpretes, en lugar de «en el ideal de la personalidad de un juez que se destaca por la virtud y el acceso privilegiado a la verdad». Una sociedad cerrada de intérpretes constitucionales pone en peligro tanto la apertura como la dimensión pública de la sociedad como principios democráticos estructurales³⁸³. El círculo de intérpretes, en consecuencia, debe ser lo más abierto posible en la medida que la sociedad en sí es plural.

c) RELATIVIZACIÓN Y PERSONALIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Con la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, el concepto de interpretación jurídica experimenta una significativa transformación. En primer lugar, ya no se puede hablar de *monopolio interpretativo* del TCF. En la medida que la Constitución es un proceso abierto y público, los ciudadanos deberían estar en la posición –individualmente o en grupo– de interpretar de manera abierta y plural la Constitución. Se justifica aquí hablar de una *relativización de la interpretación jurídica* porque, en el preludio (*Vorfeld*) de la interpretación de la Constitución, los jueces interpretan potencialmente todas las fuerzas públicas y plurales; con ello, se relativiza también «el término “participantes en el proceso constitucional”, en la medi-

³⁷⁸ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 264 nota a pie 28.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 281: «El juez constitucional ya no interpreta “solo” en el proceso constitucional: varios participan en el proceso, se amplían las formas de participación procesal».

³⁸¹ L. HEUSCHLING, «Verfassungsinterpretation in Frankreich», en G. Lienbacher (Hrsg.), *Verfassungsinterpretation in Europa*, 2011, p. 37 (41), habla justificadamente de una «multitud de intérpretes de la Constitución».

³⁸² J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl. 1994, p. 274.

³⁸³ W. BLEEK, *Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg*, 1972, p. 11.

da que se amplía el círculo de los implicados en la interpretación constitucional»³⁸⁴. Así, todos los actores de la comunidad influyen en la interpretación de la LF: órganos del Estado y ciudadanos, ciencia jurídica y práctica jurídica, economía y sociedad³⁸⁵. Esencialmente se trata de la integración de todas las *fuerzas productivas interpretativas (interpretatorische Produktivkräfte)*³⁸⁶ en el proceso de interpretación de la Constitución. En segundo lugar, la interpretación constitucional no se realiza como un proceso estatal exclusivo. Esto significa que, dado que las normas no pueden ser entendidas como simples y listas para ser aplicadas, también requieren de la interpretación de los ciudadanos y grupos *concretos* que pueden ser identificados como fuerzas activas del *law in public action*. En este sentido, P. Häberle³⁸⁷ argumenta a favor de la *personalización y pluralización* de los intérpretes de la Constitución. A partir de aquí ya no es posible concebir la interpretación constitucional únicamente como un proceso oficial. Se puede decir incluso que «no existe interpretación de la Constitución sin los ciudadanos activos y los poderes públicos aludidos»³⁸⁸. Con ello, el concepto de interpretación se puede considerar como teoría republicana (*republikanische Lehre*) de la interpretación de la Constitución.

d) POSICIÓN DE LOS INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN

Con el fin de esclarecer la posición sistemática conjunta de los participantes en la interpretación de la Constitución, se va a seguir el «cuadro» (*Tableau*)³⁸⁹ häberliano que se divide en cuatro grupos:

1. Las funciones estatales	a) En una decisión final vinculante: el TCF («relativizado», sin embargo, a través de los propios votos en minoría [<i>Minderheitsvotum</i>] y, por lo tanto, «abierto»). b) La LF exige decisiones vinculantes, pero verificables: el Poder Judicial, el Poder Legislativo (en distinta medida, según la materia), el Poder Ejecutivo, especialmente en la (pre)formulación de los intereses públicos.
----------------------------	--

³⁸⁴ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 281.

³⁸⁵ J. ISENSEE/P. KIRCHHOF, en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Vorwort, HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, p. VII.

³⁸⁶ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 265.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 274.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 265.

³⁸⁹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 268 ss.

<p>2. Los participantes procesales en 1. a) y b)</p>	<p>a) Los solicitantes y los oponentes, el reclamante (por ejemplo, en el recurso constitucional de amparo), el demandante y el demandado que fundamentan sus alegatos y exigen al juez que adopte una posición (en el «diálogo jurídico»).</p> <p>b) Otras partes en el proceso, personas legitimadas para declarar e intervenir de acuerdo con la Ley del TCF (por ejemplo, los arts. 77, 85 párr. 2, 94 párr. 1 a 4 y 65, 82 párr. 2, 83 párr. 2, 88, 94 párr. 5), personas «consultadas» por el TCF (por ejemplo, art. 82 párr. 4 de la Ley del TCF), ahora el nuevo art. 27a de la Ley del TCF.</p> <p>c) Los expertos (por ejemplo, en las comisiones de encuesta, art. 73 a del Reglamento del Bundestag –hoy art. 56a (1) del Reglamento del Bundestag)..</p> <p>d) Los expertos y los representantes de intereses en las audiencias públicas, art. 73 párr. 3 del Reglamento del Bundestag (hoy art. 70 (1) párr. 1 del Reglamento del Bundestag, art. 40 párr. 3 del Reglamento del Gobierno Federal), los expertos en los tribunales, las asociaciones (Anexo 1a –hoy Anexo 2 del Reglamento del Bundestag: registro de asociaciones y sus representantes), los partidos políticos (los grupos parlamentarios– estos también influyen especialmente mediante «el brazo largo» de la elección de jueces).</p> <p>e) Los lobistas y las «delegaciones» (art. 10 del Reglamento del Gobierno Federal).</p> <p>f) Los participantes en los procedimientos administrativos configurados participativamente.</p>
<p>3. La opinión pública democrática (plural), el proceso político como el «gran estimulador»</p>	<p>Los medios de comunicación (prensa, radio, televisión) –que no son, en sentido estricto, participantes procesales; el periodismo profesional, por un lado, las expectativas de los lectores, las cartas de los lectores, por otro; las iniciativas ciudadanas, las asociaciones, los partidos políticos fuera de su participación organizacional (cfr. 2.d), las iglesias, los teatros, las editoriales, los centros de educación de adultos, los profesores, las asociaciones de padres.</p>
<p>4. La teoría constitucional</p>	<p>(Clasificada de una manera aún por aclarar entre 1., 2., 3.); la doctrina del derecho constitucional ha tematizado la posición especial de las otras fuerzas, pero también ella misma está involucrada en diferentes niveles.</p>

(1) *El TCF, no hay monopolio de la interpretación, ni una última palabra*

La existencia de una jurisdicción constitucional tiene efectos cualitativos en la interpretación de la Constitución; en el «asunto de la interpretación constitucional» tiene un posición preponderante³⁹⁰. Por supuesto, H. Vorländer³⁹¹ exagera cuando señala que «el TCF “encarna” (*verkörpert*) la Constitución, su cambio y su necesidad de interpretación». Por el contrario, se puede afirmar que la interpretación de la Constitución «no es teórica ni prácticamente un proceso estatal “exclusivo”»³⁹². La especial posición del TCF en la interpretación de la LF no está en contradicción con la sociedad abierta de intérpretes constitucionales. La LF no contiene una *cláusula de reserva interpretativa*

³⁹⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 27.

³⁹¹ «Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 189 (195).

³⁹² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 268 ss.

(*interpretatorische Vorbehaltsklausel*) a favor del TCF, lo que no debe confundirse, sin embargo, con sus competencias exclusivas del art. 93 de la LF. *Monopolio de decisión (Entscheidungsmonopol)* no quiere decir monopolio de interpretación. El TCF está llamado a decidir autoritativamente sobre los conflictos jurídico-constitucionales específicos, pero no a interpretar, él solo, de manera auténtica las disposiciones que son decisivas para la controversia. Incluso los participantes de la controversia (*Streitparteien*) hacen en sus alegatos escritos y orales propuestas interpretativas que pueden influir en la interpretación del TCF. En el Estado democrático y plural no existe una prohibición para poder interpretar la Constitución³⁹³. «Desde un punto de vista formal, el juez constitucional tiene la última palabra; materialmente visto, *todos* tienen la palabra, ni el TCF ni el legislador, entre otros, tienen la última palabra “en sí y para sí”»³⁹⁴. Incluso en el seno del TCF, la interpretación constitucional final y vinculante es relativizada por las opiniones divergentes (*abweichende Meinungen*) y permanece abierta a nuevos desarrollos interpretativos.

(2) *Las otras funciones estatales*

Es apropiado, por otro lado, enfatizar que en la tarea de la interpretación de la Constitución el TCF no está solo. Asume la responsabilidad de la interpretación junto a otras funciones estatales. El poder legislativo, ejecutivo y la jurisdicción realizan también interpretación constitucional y asumen la responsabilidad correspondiente; se habla, por eso, de una «responsabilidad conjunta» (*Gesamtverantwortung*)³⁹⁵. La función del poder legislativo es mayor que la de un simple órgano ejecutor de la Constitución³⁹⁶, pues toda ley expone básicamente una interpretación de la Constitución, ya sea que esté en conformidad con la Constitución, ya sea que se entienda como exigida por la Constitución³⁹⁷. En un sentido amplio, se puede entender la legislación como una interpretación de la Constitución; no obstante, existe el riesgo de que una interpretación del legislador no encuentre el reconocimiento o la confirmación por parte del TCF³⁹⁸.

³⁹³ H.-P. SCHNEIDER, «Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht», en *id./R. Steinberg* (Hrsg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, 1990, p. 39 (46).

³⁹⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, pp. 27 s.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 27.

³⁹⁶ U. SCHEUNER, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 125 (125).

³⁹⁷ H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 53 (68 s.).

³⁹⁸ U. SCHEUNER, «Aussprache», en *VVDStRL* 20 (1963), p. 125 (125); F. LANGE, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers*, 2010, p. 215: «Según el modelo de una interpretación concurrente, otros órganos constitucionales, en particular el legislador, tienen una responsabilidad compartida en la interpretación de

Pero dado que en la interpretación de la Constitución como proceso público y abierto no existe un *primer* o *último* intérprete³⁹⁹, ni un *primer* o *segundo* intérprete⁴⁰⁰ de la LF⁴⁰¹, el TCF haría bien en no desdeñar la interpretación del poder legislativo. Es correcto afirmar que todas las funciones estatales, en el marco de sus competencias, interpretan la Constitución; en la interpretación constitucional se relacionan entre sí. Así pues, hay un diálogo plural, democrático, recíproco y permanente, sin perjuicio de las notables diferencias cualitativas que deben existir en el ámbito de la interpretación⁴⁰².

(3) *Participantes procesales en las decisiones de las funciones estatales y la dimensión pública democrática y pluralista*

Todos los que participan en las funciones y procesos estatales se convierten en intérpretes de la Constitución en un sentido amplio. Esto vale no solo para el derecho procesal constitucional (*Verfassungsprozessrecht*). La interpretación constitucional también se realiza en otros procesos estatales como, por ejemplo, en la legislación, el gobierno y la administración. Desde su posición, los participantes en el proceso pueden proponer posibles puntos de vista interpretativos de la Constitución. Como consecuencia de una interpretación constitucional abierta y plural no se trata de una intervención simple y aislada de los participantes en el proceso, sino de una participación continua y determinante para la interpretación de la Constitución, lo que contribuye a la legitimación democrática y a la transparencia de las decisiones estatales. Una vez más, la interpretación de la Constitución como proceso público y el catálogo

la Constitución». Para G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906, p. 9, el legislador interpreta la Constitución por medio de las leyes individuales.

³⁹⁹ Sin embargo, CHR. BICKENBACH, *Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers*, 2014, p. 282, habla del legislador como «primer intérprete» y del TCF como «último intérprete» de la Constitución; de manera similar, Ch. KREUTER-KIRCHHOF, «Verfassungsgerichtsbarkeit im Dienst der Verfassung», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSiR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 272 núms. margs. 52 ss.

⁴⁰⁰ Persistente, P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 306.

⁴⁰¹ P. KIRCHHOF, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», en P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, 1998, p. 5 (16): «En virtud de la Constitución, el legislador es el primer intérprete de la LF, la jurisdicción su segundo intérprete». M. BOROWSKI, «Subjekte der Verfassungsinterpretation», en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HSiR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 274 núm. marg. 35, por su parte, cree que si «el legislador es señalado como el “primer intérprete configurador” de la Constitución (*gestaltender Erstinterpret*), sería inicialmente correcto que la interpretación de la Constitución se efectúe por el legislador, cronológicamente, antes de la segunda interpretación contralora del TCF. En la medida en que la designación como “primera interpretación configuradora” tiene también por objeto expresar que la interpretación del legislador tiene algo de definitiva, esto también es correcto, ya que el TCF debe respetar en cierta medida esta interpretación».

⁴⁰² P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 271.

de los intérpretes constitucionales se muestra siempre abierto. La dimensión pública plural y democrática constituye el núcleo de la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. «Acá se producen movimientos, innovaciones, modificaciones, pero también “confirmaciones” (*Bekräftigungen*) que son mucho más que solo “material objetivo” para una interpretación constitucional (posterior)», en cuyo marco de los medios de comunicación – prensa, radio, televisión–, de las iniciativas ciudadanas, asociaciones, partidos políticos, iglesias, centros de formación para adultos, pedagogos, asociaciones de padres, etc., se crea la realidad pública y a menudo se modifica de manera imperceptible»⁴⁰³. La dimensión pública democrática y plural formula aquí, además, puntos de vista, «pone en marcha desarrollos que también son relevantes jurídico-constitucionalmente ahí donde el intérprete judicial de la Constitución dice más tarde que es asunto del legislador decidir, en el marco de las alternativas conformes con la Constitución, de una manera u otra»⁴⁰⁴.

(4) *La ciencia del derecho constitucional*

La ciencia del derecho constitucional se manifiesta «como factor esencial y participante activo» de la interpretación de la Constitución⁴⁰⁵. Su posición especial radica en el hecho de que tematiza la participación de otras fuerzas pluralistas y ella misma participa en diferentes niveles⁴⁰⁶. La supervisión crítica de la interpretación constitucional del TCF es solo un aspecto del rol de la ciencia del derecho constitucional⁴⁰⁷. Contribuye mucho más al proceso pluralista cuando, en el debate académico, se proponen tanto «nuevas» posibilidades interpretativas de los preceptos constitucionales como también métodos de interpretación propios⁴⁰⁸. En este sentido, la ciencia del derecho constitucional y los constitucionalistas tienen en la actualidad una tarea especial y específica, y una gran responsabilidad en la sociedad abierta de los intérpretes constitu-

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ *Ibid.*, pp. 271 s.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 270.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 272; E. YERSIN, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en *JA* 1975, ÖR, p. 129 (130).

⁴⁰⁷ Sobre la relación entre la doctrina del derecho constitucional y el TCF, *vid.* Th. OPPERMANN, «Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre», en *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I, 2001, pp. 421 ss.; M. JESTAEDT, «Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist», en *id./O. Lepsius u. a. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht*, 2011, p. 77 (124 ss.).

⁴⁰⁸ Por ejemplo, H. EHMKE y P. SCHNEIDER, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDS-iRL* 20 (1963).

cionales⁴⁰⁹. Dado que la ciencia del derecho constitucional y los juristas constitucionales pertenecen a este círculo plural interpretativo, deberían esforzarse por una democratización auténtica de la interpretación de la Constitución⁴¹⁰. Aquí P. Häberle es un ejemplo paradigmático.

e) LEGITIMACIÓN DE LOS INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN

Si se entiende la interpretación de la Constitución como proceso público, se plantea de inmediato la cuestión fundamental sobre la legitimación de los intérpretes constitucionales. Aquí hay que matizar el problema de la legitimación en función del grado de vinculación de los intérpretes a la Constitución, de manera que este problema se plantee solo con respecto a todas las fuerzas «encargadas» de interpretar la Constitución de manera no formal, oficial o de acuerdo a sus competencias⁴¹¹. Aun cuando los partidos políticos, los grupos y los ciudadanos están vinculados a la Constitución, esta vinculación constitucional es de diferente grado e inmediatez⁴¹², de modo que «a un menor grado de vinculación parece corresponder un menor grado de legitimación»⁴¹³. En relación con los intérpretes constitucionales mencionados al último se distinguen tres tipos de legitimación: legitimación a partir de los puntos de vista de la teoría del derecho, de la norma y de la interpretación; legitimación a partir de la teoría de la Constitución; y, por último, legitimación a partir de las consideraciones de la teoría de la democracia.

Desde el primer punto de vista, se sostiene que la relación de correspondencia entre la vinculación a la Constitución y la legitimación de la interpretación constitucional pierde, sin embargo, su fuerza expresiva en la interpretación constitucional cuanto más se consideran los nuevos conocimientos de la teoría de la interpretación. La superación de la teoría de la subsunción por medio de la teoría de la interpretación como proceso público ofrece siempre alternativas y nuevas posibilidades. La teoría de la subsunción y su margen de acción limitado apare-

⁴⁰⁹ P. HÄBERLE, *Pädagogische Briefe an einen jungen Verfassungsjuristen*, 2010, p. 13.

⁴¹⁰ «La sociedad abierta de intérpretes constitucionales vive de (y en) muchos tipos de “comentarios” y de muchas personas como intérpretes». Cfr. P. HÄBERLE, «Konrad Hesse (1919-2005)», en *id./M. Kilian/H. Wolff* (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2015, p. 893 (905).

⁴¹¹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 272 s. Competencias formales tienen, por ejemplo, los órganos estatales –art. 20 párr. 2 y 3 de la LF– y los funcionarios que están vinculados a la Constitución y que deben ejecutar en un proceso reglado, pero también los diputados (*Abgeordneten*) –art. 38 párr. 1 de la LF.

⁴¹² En su mayoría, según P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 273, «solo a través del poder del Estado –sancionador–».

⁴¹³ *Ibid.*, p. 273.

cen como insuficientes para esto. En la medida que la interpretación de la Constitución no es una sujeción pasiva, ni una recepción de órdenes, sino un proceso abierto, la vinculación «se convierte en libertad en la medida que la nueva comprensión de la interpretación ha refutado la ideología de la subsunción»⁴¹⁴. También se abre el círculo de intérpretes constitucionales, consecuencia de la inclusión de la realidad en el proceso de interpretación, universalmente preconizada⁴¹⁵; ellos constituyen «una pieza de esta realidad pluralista»⁴¹⁶. Este es un elemento esencial de la teoría de la interpretación constitucional como proceso público. Por ejemplo, no se puede ocultar que los jueces interpretan *dentro* de la dimensión pública y de la realidad de Constitución y, al mismo tiempo, están expuestos a influencias, expectativas y presiones sociales; tales influencias sobre los jueces, no obstante, no constituyen un riesgo para su independencia, sino que contienen también «una parte de la legitimación y evitan una arbitrariedad de la interpretación de los jueces»⁴¹⁷. La *unidad de la Constitución* tiene mejores oportunidades para su realización, ya que la unidad nunca puede ser decretada, sino que es el resultado «de la “unificación” (*Bündelung*) de los procesos y funciones de muchos intérpretes de la Constitución»⁴¹⁸. También el supuesto riesgo de una disolución de la interpretación constitucional desaparece aquí.

Desde la teoría de la Constitución, la legitimación de los partidos políticos, grupos y ciudadanos radica en el hecho de que estas fuerzas plurales son una pieza de la dimensión pública y de la realidad⁴¹⁹ de la *propia Constitución*. La Constitución abierta, que se desarrolla en el *campo de tensión* (*Spannungsfeld*) de lo posible, lo real y lo necesario, permite la inclusión de la *res publica* por lo menos de manera indirecta en el proceso de la interpretación constitucional; es más, la esfera de lo privado no se incluye como objeto, sino como sujeto. De esta manera, se toman en cuenta todas las fuerzas plurales que tienen una relevancia real para la interpretación de la Constitución⁴²⁰. «Estas fuerzas crean

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Para P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 274, todo intérprete es instruido por la teoría y la práctica, pero esta práctica justamente no está configurada solo por los intérpretes constitucionales «oficiales».

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ *Ibid.*: «La garantía de la independencia judicial solo es soportable porque las otras funciones del Estado y la dimensión pública pluralista suministran material “para” la ley».

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ En la realidad y en la dimensión pública de la Constitución, el «pueblo» actúa en un inicio de manera *difusa*, pero al final de manera *concertada*: «la práctica se convierte aquí en la legitimación de la teoría, y no al revés». Cfr. P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 276.

⁴²⁰ Incluso los partidos políticos que pueden ser prohibidos por el TCF y luego, por ejemplo, son prohibidos, tienen algo que decir; precisamente «estos obligan a la gente a reflexionar sobre el contenido de la Constitución e influyen, por medio de su existencia, en el desarrollo de la autocomprensión del sistema de gobierno democrático liberal». Cfr. P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 276.

una parte de la realidad y de la dimensión pública constitucional, por lo que también participan en la interpretación de la realidad y de la dimensión pública de la Constitución»⁴²¹. La legitimación de los *intérpretes no estatales* de la Constitución está, además, en el hecho de que la imaginación y fuerza creadora de los intérpretes «no especializados» enriquecen la interpretación constitucional; cuando, por el contrario, esta se limita a los intérpretes «expertos», asignados funcional y jurídicamente para ello, la interpretación de la Constitución cae en un empobrecimiento (*Verarmung*) o en un autoengaño (*Selbstenttäuschung*)⁴²². En cuanto respecta a la ciencia del derecho constitucional, se debe reconocer que, en virtud del art. 5 párr. 3 de la LF, ella tiene, sobre todo, una *función catalizadora* (*Katalysatorfunktion*) e influye en todos los ámbitos de la interpretación constitucional; para poder criticar y juzgar adecuadamente sus contribuciones, la ciencia del derecho constitucional debe ser accesible⁴²³.

De acuerdo con la teoría tradicional de la democracia, ni la ciencia del derecho constitucional, ni los ciudadanos o grupos tienen la legitimación para interpretar la Constitución. El distanciamiento háberliano de esta posición es comprensible, toda vez que la democracia se desarrolla no solo dentro de los procesos formalizados y mediante los órganos estatales, sino también por medio de la sociedad abierta. La legitimación democrática también radica en «las formas mediatizadas “refinadas” del proceso público abierto de la política y la práctica cotidiana; en particular, en la realización de los derechos fundamentales (*Grundrechtsverwirklichung*)», y en el «“concierto” científico sobre las cuestiones constitucionales, en el que apenas existen “intermedios” (*Pausen*) y “fermatas” (*Fermaten*), y ningún director de orquesta (*Dirigent*)»⁴²⁴. No se parte de la idea del «pueblo» como una dimensión homogénea y que emana solo el día de las elecciones, sino como una dimensión plural que está no menos presente y legitimada en el proceso de interpretación de la Constitución – en la forma de partidos políticos, opinión científica, intereses de grupo, ciudadanos (art. 33 párr. 1 de la LF)–. En este sentido, la interpretación constitucional es expresión de la democracia, ya que se transforma «en una pieza de la democracia ciudadana a través del desarrollo interpretativo de la norma constitucional»⁴²⁵. Por medio del ejercicio del derecho de voto (*Wahlrecht*) (art. 38 párr. 2 de la LF) y de la participación en los referendos (*Volkstimmungen*) (art. 29 párr. 2 ss. de la LF), los ciudadanos y ciudadanas to-

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*, p. 277.

⁴²⁴ *Ibid.*, pp. 277 s.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 278.

man parte de la realización de la Constitución, siempre que cumplan determinados requisitos (como, por ejemplo, la edad). Por lo tanto, no todos pueden participar en esta conformación de la voluntad política. Por el contrario, el proceso de interpretación de la Constitución es más democrático que los denominados instrumentos de la democracia directa, a causa de que cualquiera puede interpretar la Constitución de manera libre y sin impedimentos. Aquí se puede apreciar claramente una conexión entre la teoría democrática y la teoría de la interpretación⁴²⁶.

f) CONSECUENCIAS DE LA TEORÍA PLURALISTA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La teoría pluralista sobre la interpretación constitucional tiene importantes implicaciones no solo para los sujetos de la interpretación de la Constitución, sino también para la extensión e intensidad del control judicial, y del manejo y diseño del derecho procesal constitucional. En lo que respecta a los *sujetos de la interpretación* es claro que «el radio de la interpretación de la norma se amplía» gracias a todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta. En el proceso caracterizado por el *ensayo y error* en el «hallazgo» del derecho (*Rechtsfindung*), ellos son participantes esenciales; en consecuencia, los jueces constitucionales no interpretan la LF solos y el jurista constitucional es solo «un titular provisional» (*Zwischenträger*)⁴²⁷. Los diferentes intérpretes actúan tanto en la etapa previa de la interpretación jurídica de la Constitución como también en el propio derecho procesal constitucional, mediante las diversas formas de participación. Incluso en la fase previa de la interpretación constitucional, el derecho constitucional material vive «sin la interpretación de la Constitución por medio de los jueces», de modo que el derecho procesal constitucional no es «el único acceso a los procesos de interpretación de la Constitución»⁴²⁸. Aparte de ello, los principios y métodos de la interpretación constitucional desempeñan un nuevo papel: por un lado, son «filtros» de la fuerza normativa de lo público; por otro, disciplinan y canalizan las diversas formas de influencia de todos los participantes⁴²⁹.

En cuanto a la *extensión (Ausmaß)* e *intensidad del control judicial*, hay que concentrarnos en la actividad del TCF. El punto de partida es: «Un tribunal

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 280.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 281.

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 282.

como el *TCF* que examina la interpretación de la Constitución de otros órganos, debe emplear diversos métodos, según quien haya participado en la primera interpretación (a controlar)»⁴³⁰. Se distingue entre las leyes que son de gran interés para la opinión pública, que están constantemente en el debate público y han sido creadas bajo la amplia participación y control de la opinión pública pluralista; y las leyes que están menos en el debate público porque son aparentemente poco interesantes o ya han sido simplemente olvidadas⁴³¹. La propuesta es que las primeras leyes no deben ser controladas intensamente, debido especialmente a que en el proceso democrático y plural de la interpretación de la Constitución muchos han participado. Por el contrario, el control judicial debe ser estricto cuando se trate de una ley del segundo grupo, es decir, de aquellas leyes que han suscitado una gran controversia o disensos muy fuertes⁴³². Por consiguiente, se plantea la siguiente regla: cuanto más una ley no haya sido interpretada pública, plural y democráticamente, el control jurídico-constitucional de la ley debe ser más estricto⁴³³. El *TCF* debe vigilar «la participación equitativa (*faire Beteiligung*) de los diversos grupos en el proceso de interpretación constitucional»⁴³⁴; en su decisión debe tomar en cuenta también la interpretación de los que no han participado (palabra clave: dimensión jurídica de la protección de las minorías).

No menos importante son las consecuencias para la *configuración y aplicación del derecho procesal constitucional*. Por una parte, los instrumentos de información de los jueces constitucionales pueden ser ampliados y refinados⁴³⁵. Con este objeto, deben desarrollarse nuevas formas de participación de las fuerzas públicas plurales como intérpretes constitucionales en sentido amplio⁴³⁶. Se trata de una configuración y aplicación flexible del derecho procesal constitucional. Al estar el derecho procesal constitucional en estrecha relación con el derecho constitucional, pierde su simple particularidad procesal para convertirse «en una pieza del derecho de participación democrática»⁴³⁷. Por otra parte, sería inevitable, no obstante, que una ampliación de la actividad judicial constitucional

⁴³⁰ *Ibid.*, pp. 283, 284: «La intensidad del control constitucional es variable, dependiendo de qué formas de participación son o han sido posibles».

⁴³¹ *Ibid.*, pp. 283 s.

⁴³² *Ibid.*, p. 284.

⁴³³ *Ibid.*: «Un menos (*Minus*) en la participación real conduce a un más (*Plus*) en el control del tribunal constitucional». Crítico, F. OSSENBÜHL, «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», en *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG*, Bd. I, 1976, p. 458 (510 s.); *id.*, «Schule im Rechtsstaat», en *DÖV* 1977, p. 801 (809 nota a pie 47).

⁴³⁴ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 284.

⁴³⁵ *Ibid.*, pp. 284 s.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 285.

⁴³⁷ *Ibid.*

del TCF ocasione una restricción del margen de interpretación (*Interpretationsspielraum*) del legislador. Por esa razón, se debe abogar por una configuración legislativa óptima y un refinamiento interpretativo del derecho procesal constitucional⁴³⁸; con ello, la legitimación teórico-democrática de la jurisdicción constitucional estaría lo suficientemente asegurada en la realidad.

g) LA SOCIEDAD ABIERTA EUROPEA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una transferencia de la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución en Europa consideramos posible⁴³⁹. Esta transferencia se explica porque los tribunales constitucionales nacionales y los tribunales internacionales son, en la actualidad, elementos decisivos de una *jurisdicción constitucional universal* (*universelle Gerichtsbarkeit*), que se fundamenta, sobre todo, en la validez universal de la dignidad del ser humano y de los derechos humanos. Esto se refleja, por ejemplo, en el *favorecimiento al derecho europeo*⁴⁴⁰ y a los *derechos humanos* como principios de interpretación constitucional⁴⁴¹. También en Europa existe «un gran número de actores que son participantes en la interpretación del derecho de la Unión»⁴⁴². P. Häberle ofrece un catálogo formal y material de la *sociedad abierta europea de intérpretes constitucionales*. Desde un punto de vista *formal*, participantes en la interpretación constitucional europea⁴⁴³ son el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴⁴, los tribunales constitucionales nacionales de los países miembros de la Unión con los demás Estados

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 286.

⁴³⁹ P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 247.

⁴⁴⁰ El *principio favorable al derecho europeo*, como principio de interpretación, constituye una perspicaz y valiosa creación jurídica háberliana; fue propuesto en los años 2001/2002. Cfr. P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, p. 93.

⁴⁴¹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 291.

⁴⁴² S. GRILLER, «“Verfassungsinterpretation” in der Europäischen Union», en G. Lienbacher (Hrsg.), *Verfassungsinterpretation in Europa*, 2011, p. 115 (124).

⁴⁴³ Valiosas reflexiones sobre los mecanismos para evitar y resolver conflictos entre los tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden encontrarse en S. OETER, «Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrecht», en *VVDStRL* 66 (2007), p. 361 (381 ss.).

⁴⁴⁴ También para la legitimación democrática de los tribunales internacionales la teoría de P. Häberle sobre la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales es innovadora, como acertadamente afirman A. v. BOGDANDY/I. VENZKE, *In wessen Namen?: Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, 2014, p. 217 nota a pie 11. Este trabajo confirma también las teorías e ideas de P. Häberle, tales como la exigencia de publicidad de los procedimientos, la trascendencia democrática de las vistas orales (*mündliche Verhandlungen*), los votos particulares, los *amicus curiae*, etc.

européos que se están abriendo y europeizando a causa de las condiciones de adhesión de Copenhague, así como los «tribunales constitucionales» nacionales de los 47 países miembros del Consejo de Europa y de los países miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos, además de todos los tribunales del amplio espacio europeo; en los casos que, como en Estrasburgo, es posible emitir votos particulares en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estos se incluyen como potenciales «motores» de la interpretación constitucional⁴⁴⁵; además, los legisladores europeos en Estrasburgo y Bruselas, los poderes ejecutivos nacionales, incluido el Comité de las Regiones (arts. 305 a 307 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea) y el Defensor del Pueblo (*Bürgerbeauftragte*) de acuerdo con el art. 228 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

Desde una perspectiva *material*, intérpretes constitucionales del derecho europeo son los ciudadanos, partidos políticos (art. 10 párr. 4 del Tratado de la Unión Europea), asociaciones, grupos plurales, ONGs, medios de comunicación, iglesias, comunidades no confesionales (*Weltanschauungsgemeinschaften*) y la «sociedad abierta de los profesores de derecho constitucional europeo»⁴⁴⁶. Ellos son elementos esenciales de la sociedad civil y constituyen la dimensión pública europea (*europäische Öffentlichkeit*)⁴⁴⁷. Incluso en este ámbito, la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales contribuye a la legitimación democrática plural del derecho europeo; además, deja el camino libre para una *sociedad abierta mundial de intérpretes constitucionales* que se fundamenta, sobre todo, en una «teoría constitucional universal»⁴⁴⁸ y en la comparación jurídica constitucional.

IV. RECAPITULACIÓN

La teoría de la interpretación pluralista de la Constitución exige tanto una apertura de los objetivos, tareas, métodos, principios y procesos de la interpretación misma, así como una ampliación del círculo de intérpretes. Con ello, esta propuesta se distancia de la teoría tradicional de la interpretación. Cuando se habla de la teoría de la Constitución como una *auténtica hermenéutica*

⁴⁴⁵ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 291 s.

⁴⁴⁶ Sobre esto, H. SCHULZE-FIELITZ, «Auf dem Wege zu einer offenen Gesellschaft europäischer Staatsrechtslehrer», en *DVBl.* 1994, p. 991 (991 ss.).

⁴⁴⁷ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 292.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 6: «La teoría constitucional “universal” podría lograr desarrollarse a partir de un conjunto de constituciones parciales nacionales y de las constituciones parciales del derecho internacional. Todas las constituciones parciales a menudo trabajan juntas en procesos osmóticos».

constitucional, queda claro que se aboga por una teoría de la interpretación que sea compatible con la esencia y las funciones de una Constitución pluralista. Bajo este punto de vista, «hermenéutica constitucional» significa algo muy distinto al simple proceso de investigación del texto de la norma. Más bien presupone «una actividad pretoriana extensiva e intensiva», por lo que la interpretación constitucional debe ser considerada, en cierta medida, «una pieza del “proceso constituyente parcial”»⁴⁴⁹. Los rasgos principales de la hermenéutica jurídica constitucional se pueden resumir de la siguiente manera: renuncia a la tesis que identifica el derecho con la ley; reconocimiento de que la incompleción del texto de la Constitución no es un defecto en sí; superación del dualismo ser/deber ser; pre y poscomprensión como elementos inherentes de la interpretación constitucional; interpretación de la Constitución no como actuar pasivo, sino como una actividad práctica y configuradora; racionalidad relativa de la interpretación constitucional; existencia de un catálogo abierto de métodos y principios de interpretación; interpretación constitucional como actividad siempre creadora; inexistencia de una absoluta corrección de la interpretación constitucional; existencia de objetivos y tareas plurales de la interpretación de la Constitución; incorporación de *todos* como intérpretes de la Constitución. La interpretación de la Constitución es, sobre todo, interpretación orientada al problema.

⁴⁴⁹ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 254.

G. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO DEL PLURALISMO Y LA PARTICIPACIÓN

I. POSICIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN LA CIENCIA JURÍDICA

1. Naturaleza jurídica del derecho procesal constitucional. Teorías

Desde que P. Häberle presentó su *teoría material del derecho procesal constitucional* ha habido en Alemania un debate inconcluso sobre el problema de los fundamentos del derecho procesal constitucional. La cuestión central de esta discusión es la siguiente: ¿depende el derecho procesal constitucional de otros derechos procesales o constituye un orden procesal independiente y material? La respuesta a esta pregunta tiene importantes consecuencias no solo para la comprensión de la jurisdicción constitucional, sino también para la posición y fundamentos del derecho procesal constitucional, y, además, para la actividad del propio TCF¹. En la doctrina es controvertida

¹ En la literatura se encuentran tanto comentarios sobre la Ley del TCF (por ejemplo, Th. MAUNZ/B. SCHMIDT-BLEIBTREU/F. KLEIN/H. BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, Stand: Dezember, 2014; D. C. UMBACH/Th. CLEMENS/F.-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl. 2005; H. LECHNER/R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG. Kommentar*, 6. Aufl. 2011; CHR. LENZ/R. HANSEL, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Handkommentar*, 2013; H. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3. Aufl. 1973; G. LEIBHOLZ/R. RUPRECHT, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1968; W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 1952) como también libros de texto y manuales sobre el derecho procesal constitucional que realizan análisis minuciosos de cada una de las disposiciones de la LF, de la Ley del TCF, o comentarios sobre las decisiones del TCF (por ejemplo, K. SCHLAICH/S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl.

la posición del derecho procesal constitucional. Por un lado, se argumenta que el derecho procesal constitucional forma parte del derecho procesal general. Por otro lado, se reconoce que el derecho procesal constitucional tiene ciertas particularidades específicas, pero sigue estando incluido dentro del derecho procesal general. En contraste con estas teorías se hace hincapié también en la autonomía del derecho procesal constitucional. Estas teorías son analizadas a continuación.

a) EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO PARTE DEL DERECHO PROCESAL GENERAL

Esta teoría se fundamenta en la premisa de la unidad del derecho procesal². El derecho procesal constitucional, que habría sido «desarrollado sobre la base de otro derecho procesal ya en vigor»³, se caracteriza por ser parte del derecho procesal general. Como tal, comparte con los demás ordenamientos procesales su función, sus tareas, principios y conceptos jurídicos⁴. Así, K. Schlaich y S. Koriath⁵ sostienen que el derecho procesal cons-

2012; R. FLEURY, *Verfassungsprozessrecht*, 9. Aufl. 2012; E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012; Chr. HILLGRUBER/CHR. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2011; Th. I. SCHMIDT, *Verfassungsprozessrecht*, 2010; H. GERSDORF, *Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung*, 4. Aufl. 2014; M. SACHS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2010; G. ROBBERS, *Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, 2. Aufl. 2005; CHR. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 1991; *id.*, *Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, 1976). Las monografías más recientes se ocupan de los distintos ámbitos del derecho procesal constitucional (por ejemplo, H. POHL, *Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung*, 2005; T. YANG, *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 2003; G. SEYFARTH, *Die Änderung der Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht*, 1998; D. EHLERS, *Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl: Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Bildung von Richterwahlausschüssen*, 1998; S. U. PIEPER, *Verfassungsrichterwahlen*, 1998; T. BAUMGARTEN, *Anforderung an die Begründung von Richtervorlagen*, 1996; H. POSSE, *Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde*, 1993; R. WARMKE, *Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde*, 1993; P. E. HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, 1988; J. RÜHMANN, *Verfassungsgerichtliche Normenqualifikation*, 1982). Los detalles procesales también son frecuentemente investigados (cfr. E. KLEIN, «Verfassungsprozeßrecht - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en AöR 1983, p. 410 (412). Sin embargo, como P. HÄBERLE, Vorwort, en P. Häberle (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. XI (XVII s.), ha resaltado, no existe hasta ahora reflexiones jurídicas sobre la posición y los fundamentos del derecho procesal constitucional.

² Cfr. E. SCHUMANN, «Einheit der Prozeßrechtsordnung oder Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken?», en JZ 1973, p. 484 (484 ss.); M. FRÖHLINGER, *Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde*, 1982, pp. 76 ss.

³ H. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3. Aufl. 1973, p. 167.

⁴ Al respecto, J. J. HAGEN, *Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre*, 1972, pp. 14 ss.; M. SACHS, «Die Wiederaufnahme verfassungsgerichtlicher Verfahren», en BayVbl. 1979, p. 385 (385 ss.).

⁵ *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 57; *vid.* también H.-J. PAPIER, en *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, p. V: «Sobre todo (...), el derecho procesal constitucional

titucional (*Verfassungsprozessrecht*), como todo derecho procesal, tiene una función de servicio y apoyo al derecho constitucional material. Incluso las tareas del derecho procesal constitucional podrían responderse de acuerdo con el derecho procesal civil⁶. Los principios generales del derecho procesal son igualmente vinculantes para el derecho procesal constitucional, por lo menos el TCF estaría autorizado a remitirse a los principios generales y disposiciones de los otros derechos procesales o a hacer referencias comparativas a ellos⁷ (por ejemplo, la Ley del TCF no contiene disposiciones sobre la *policía para las audiencias* [*Sitzungspolizei*], por lo que a este respecto hay que remitirse, en su totalidad, a los arts. 176 hasta el art. 183 de la Ley Orgánica de la Justicia [*Gerichtsverfassungsgesetz*]; la *asistencia legal gratuita* [*Prozesskostenhilfe*] ni siquiera se menciona en la Ley del TCF, el TCF se remite a las disposiciones de los arts. 114 ss. de la Ley de Procedimiento Civil [*Zivilprozessordnung*]; se reconoce, igualmente, la aplicación correspondiente de los arts. 221 ss. de la Ley de Procedimiento Civil en cuanto a los *plazos* [*Fristen*], etc.)⁸. Incluso «cosas simples como la fuerza de ley (*Rechtskraft*) y la vinculación intraprocesal (*inner-prozessuale Gebundenheit*), la decisión interlocutoria (*Zwischenentscheidung*) y las resoluciones procesales (*Prozessurteil*), el principio de petición (*Antragsprinzip*) y el procedimiento oficioso (*amtswegiges Vorgehen*), la neutralidad e inhibición (*Befangenheit*) de los jueces, solo pueden entenderse recurriendo a las clasificaciones establecidas en las grandes codificaciones». De lo contrario, «una exención del derecho procesal constitucional del pensamiento procesal sería el final de una jurisdicción en los asuntos constitucionales»⁹. Consecuentemente, el tratamiento sistemático del derecho procesal constitucional solo sería «útil en el marco de la teoría general del proceso (*allgemeine Verfahrenslehre*)»¹⁰.

está relacionado con una función de servicio para la realización del derecho constitucional sustantivo en los respectivos procedimientos».

⁶ W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2. Aufl. 1974, pp. 10 s.

⁷ H. BETHGE, en Th. Maunz u. a. (Hrsg.), *BVerfGG Kommentar*, Bd. I, Stand: Dezember 2014, vor § 17 núm. marg. 13; G. ROBBERS, *Verfassungsprozessuale Probleme*, 2. Aufl. 2005, p. 4: «Las disposiciones más detalladas sobre la estructura y el procedimiento del TCF figuran en la Ley del TCF. En la medida en que no contenga ninguna norma, se aplicarán los principios generales de los procedimientos judiciales tal como figuran, especialmente, en la Ley Orgánica de la Justicia (*Gerichtsverfassungsgesetz*)».

⁸ Chr. LENZ/R. HANSEL, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2013, § 17 núm. marg. 15 ss.

⁹ E. SCHUMANN, «Einheit der Prozeßrechtsordnung oder Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken?», en *JZ* 1973, p. 484 (489).

¹⁰ J. J. HAGEN, *Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren*, 1971, p. 9; E. KLEIN, «Verfassungsprozeßrecht», en *AöR* 1983, p. 410 (414): «El derecho procesal es siempre también derecho de la competencia (*Kompetenzrecht*). Asigna tareas soberanas y delimita las funciones entre sí. Establece un orden funcional dentro del Poder Judicial, pero también regula la relación entre los po-

b) LA TESIS DE LA ESPECIFICIDAD DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Esta tesis afirma que el derecho procesal constitucional, a pesar de sus características específicas, forma parte del derecho procesal general. Así, K. Stern¹¹ sostiene, por ejemplo, que «el derecho procesal constitucional debe (...) permanecer incorporado en el derecho procesal general. Sin embargo, es cierto que cualquier uso de los principios jurídicos de la teoría general del proceso o de cualquier otro ordenamiento procesal solo es admisible, si se toman en consideración las peculiaridades de la jurisdicción constitucional». En otras palabras, las estructuras decisivas deben admitir también analogías estructurales. G. Leibholz y R. Rupprecht¹² se expresan de manera similar, ya que consideran que «para la complementación de los preceptos faltantes» de la Ley del TCF «se considerarían, en primer lugar, otros ordenamientos procesales más detallados»; no obstante, «los principios provenientes de otros tipos de procesos no pueden aplicarse sin más a la jurisdicción constitucional, a causa de su especialidad y especificidad». E. Benda y E. Klein¹³ hablan también a favor de la «integración del derecho procesal constitucional en el derecho procesal general», en la medida que esta integración remite «principalmente al TCF a colmar las lagunas (deliberadas) de su derecho procesal, recurriendo a las regulaciones de otros ordenamientos procesales, pero no a cualquier precio», sino bajo la consideración de las «singularidades (*Besonderheiten*) del derecho procesal constitucional en los casos individuales». En resumen, según la *tesis de la especificidad*, el derecho procesal constitucional pertenece a la teoría general del proceso con la reserva de que cualquier aplicación correspondiente del derecho procesal general al TCF debe tomar en consideración su posición específica y sus tareas especiales¹⁴.

deres. Este punto de vista, válido para el derecho procesal en su conjunto, reviste especial importancia para el derecho procesal constitucional, ya que su objeto, el proceso constitucional, puede hoy en día afectar también directamente a la actividad del legislador parlamentario, el órgano representativo del Estado en su conjunto».

¹¹ *Das Staatsrecht*, Bd. II, 1980, p. 1029.

¹² G. LEIBHOLZ/R. RUPPRECHT, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1968, vor § 17 núm. marg. 1.

¹³ *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., 2012, núm. marg. 195; Chr. HILLGRUBER/CHR. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2011, núm. marg. 22; H. LECHNER/R. ZUCK, *BVerfGG Kommentar*, 6. Aufl. 2011, vor § 17 núm. marg. 3; W. KUNZE, en D. C. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, vor §§ 17 ss. núm. marg. 1: El derecho procesal constitucional se caracteriza por la peculiaridad de su objeto, por lo que el TCF tiene abierta la posibilidad de tomar caminos que se desvían del resto del derecho procesal.

¹⁴ M. SACHS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2010, núm. marg. 56.

c) LA TESIS DE P. HÄBERLE SOBRE EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

(1) *El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado*

La comprensión häberliana del derecho procesal constitucional contiene varias líneas de intersección, que es una característica de este pensamiento. Se concibe el derecho procesal constitucional no solo como derecho constitucional material, sino también como un *derecho del pluralismo y la participación*. Bajo el lema «derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado» se ha desarrollado una propia teoría del derecho procesal constitucional. Según esta teoría, el derecho procesal constitucional «es concreción de la LF en dos sentidos: es en sí mismo derecho constitucional concretizado y sirve al TCF para concretizar la LF»¹⁵. Con esta idea P. Häberle propone «un fundamento teórico-constitucional del derecho procesal constitucional»¹⁶. El primer elemento de esta teoría constituye la interpretación *específicamente constitucional-material de las normas procesales constitucionales*; es decir, debe existir una interpretación jurídico-constitucional concordante entre las normas de la LF y la Ley del TCF. El derecho procesal constitucional «debe interpretarse mucho más sustantivamente a partir del derecho constitucional –político–, de su (pre)comprensión, de sus principios (...) y de sus métodos de interpretación (...)»¹⁷. La «estrechez» (*Enge*) de las normas procesales se supera por medio de su interpretación específicamente constitucional¹⁸.

El segundo elemento es la *autonomía (Eigenständigkeit) del derecho procesal constitucional*, que es consecuencia de la configuración específicamente constitucional de la Ley del TCF y su interpretación con respecto a la LF¹⁹;

¹⁵ P. HÄBERLE, «Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», en *JZ* 1976, p. 377 (378); *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 633; *id.*, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 405 ss.; *id.*, «Allgemeine Staatsrechtslehre, demokratische Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre?», en *AöR* 1973, p. 119 (128, nota a pie 43); *id.*, «Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts», en *JZ* 1973, p. 451 (451 ss.); *id.*, «Schrifttum», en *DÖV* 1969, p. 150 (151); *id.*, «Rezension», en *DÖV* 1966, p. 660 (661); K. ENGELMANN, *Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht*, 1977, p. 122 (122 ss.).

¹⁶ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 634.

¹⁷ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (23).

¹⁸ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 634 s.

¹⁹ Efectos concretos de la *autonomía (Eigenständigkeit)* del derecho procesal constitucional son la constitucionalización de los principios generales del proceso, el reglamento (*Geschäftsordnung*) y la autonomía procesal (*Verfahrensautonomie*) propios del TCF, la fuerza normativa de la realidad procesal, la interpretación restrictiva de las normas de inhibición del juez constitucional en comparación con otros códigos procesales a fin de garantizar una presencia y representación social pluralistas óptimas. Cfr. P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

mejor dicho, «de la peculiaridad de la “materia constitucional”»²⁰. Como derecho constitucional concreto, el derecho procesal constitucional debe distanciarse de los demás ordenamientos procesales; sin embargo, esta emancipación no significa «ni un fin en sí mismo, ni un dogma»²¹. El TCF debe servirse de la valiosa experiencia de los principios del derecho procesal general, siempre que no se ponga en tela de juicio la específica interpretación jurídico-constitucional del derecho procesal constitucional. No se excluye, por ello, un «“préstamo” prudente del resto del derecho procesal»²². Como tercer elemento aparece la *interpretación holística –integradora– de las normas del derecho procesal constitucional*. Las ideas centrales son las siguientes: a) el derecho procesal constitucional se debe interpretar de manera *holística*²³ y b) se debe interpretar e integrar en el contexto general de la Constitución material²⁴. Esto también es consecuencia de la específica comprensión constitucional del derecho procesal constitucional y un elemento de su independencia gradual frente a otros ordenamientos procesales²⁵, ya que, en realidad, no hay normas que no puedan ser interpretadas de conformidad con la Constitución²⁶. Para ello, por ejemplo, el TCF se sirve del «arte de la comparación jurídica *intraprocesal*» (*Kunst innerprozessualer Rechtsvergleichung*) o de los paralelismos entre los procesos constitucionales judiciales²⁷. Aparte de ello, el TCF podría remitirse a los principios del derecho procesal general, siempre y cuando esa remisión no contradiga la inter-

keit, 1976, p. 1 (24 s.). Por autonomía entiende R. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 4. Aufl. 2013, núm. marg. 377, un «valor funcional intrínseco» del derecho procesal constitucional en dos sentidos: «Por un lado, asignándolo al derecho constitucional sustantivo que debe aplicarse, en la medida en que este derecho prescribe consecuencias concretas; por otro lado, asignándolo a los principios generales del derecho procesal, debido a que las lagunas solo pueden colmarse a través de éstos, pero no a través de otras normas procesales individuales. Así pues, a la autonomía se le asigna una tercera función: «El derecho procesal constitucional también es independiente del propio TCF».

²⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 33.

²¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 639; *id.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 8: «El autor está de acuerdo en que, en lugar de la tesis fuerte de la autonomía del derecho procesal constitucional (1973-1976), se hable con más suavidad de la “peculiaridad” y las “características especiales” de esta materia».

²² P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 639.

²³ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (24).

²⁴ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 33.

²⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 639.

²⁶ Con razón dice P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.*, (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (23 ss.), que el derecho procesal constitucional «debe ser interpretado holísticamente» y «en el contexto general de la Constitución material». «En el derecho procesal constitucional, apenas hay un solo problema que sea simple, “técnico” y que se pueda aislar».

²⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 639 s.

pretación holística exigida y se preserve la especificidad del derecho procesal constitucional (*Eigenheit des Verfassungsprozessrechts*)²⁸.

(2) *El derecho procesal constitucional como derecho del pluralismo y la participación*

El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado debe ser complementado con reflexiones puntuales sobre su rol en una sociedad abierta. No es solo, por así decirlo, «la ley fundamental» del TCF, sino que es también esencial para la sociedad civil²⁹. En la medida que el derecho procesal constitucional es el vehículo y el instrumento de dirección limitada para la actualización de la Constitución, concretiza también valores constitucionales como el *pluralismo* y la *participación*³⁰ a través de los diversos procesos constitucionales y mediante la «ampliación y refinamiento de los instrumentos de información y participación»³¹, pues en los procesos constitucionales deben ser escuchadas todas las voces plurales y valoradas todas las opiniones.

Además, en todo proceso existe una fuerte demanda de *transparencia* e *información*. La participación exige un nivel de información del TCF, la información, a su vez, exige la inclusión de los grupos plurales en el desarrollo del proceso constitucional ante el TCF³². Cuanto más transparente es el proceso constitucional, mayor es la legitimidad democrática del TCF³³. Aparte de ello, legitima democráticamente su círculo de participación abriéndolo y ampliándolo. Las vistas orales (*mündliche Verhandlungen*) como regla general, no como excepción, las audiencias (*Anhörungen*), los sondeos de opinión (*Umfragen*), la participación de «terceros», los *amicus curiae briefs* y los votos particulares (*Sondervoten*) conducen a un verdadero derecho del pluralismo, la participación y la información³⁴. La diversidad de intereses plurales de una sociedad civil puede abordarse mediante los instrumentos de participación y,

²⁸ *Ibid.*, p. 641.

²⁹ P. HÄBERLE, «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en R. Chr. van Ooyen/M. H. V. Möllers (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2006, p. 35 (40).

³⁰ Según K. ENGELMANN, *Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht*, 1977, p. 58, la *participación* no significa participación directa en la adopción de la decisión, más bien se limita *al proceso* de la toma de decisión.

³¹ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 642.

³² K. ENGELMANN, *Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht*, 1977, p. 58.

³³ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (34 s.).

³⁴ *Ibid.*, p. 1 (39): «El derecho procesal constitucional se convierte así en la garantía del pluralismo y la participación»; P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 648.

con ello, también una parte de la esfera pública; el derecho procesal constitucional capta así «una pieza de la dimensión pública plural»³⁵ y, al mismo tiempo, el TCF se transforma en un participante en el proceso político³⁶.

II. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. En general

Una parte de la Constitución del pluralismo se manifiesta claramente en el derecho procesal constitucional³⁷. La Constitución y el derecho procesal constitucional están estrechamente relacionados. Lo que se entienda por la primera determina la comprensión del segundo. Aunque esta relación es evidente, a menudo es ignorada. Aun cuando el TCF ha resaltado las particularidades del proceso constitucional ante el TCF³⁸ no ha propuesto una definición del derecho procesal constitucional. De la misma manera, ni la LF, la Ley del TCF ni el Reglamento del TCF ofrecen una determinación conceptual del mismo. En la literatura³⁹, E. Benda y E. Klein⁴⁰ entienden por derecho procesal constitucional «todas las normas jurídicas que regulan el proceso *de y ante* los tribunales constitucionales, y en el que se deben decidir las cuestiones materiales de la Constitución». Para D. Umbach y Th. Clemens⁴¹, el derecho procesal constitucional es «mucho más que un derecho técnico (*technisches Recht*)», ya que el mejor derecho constitucional sustantivo sirve de muy poco sin un derecho procesal adecuado. De acuerdo con K. Schlaich y S. Koriath⁴²

³⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 648.

³⁶ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (4); H. SCHULZE-FIELITZ, «Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung», en G. F. Schuppert/C. Bumke (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, p. 111 (120).

³⁷ P. HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 65.

³⁸ BVerfGE 32, 288 (291); BVerfGE 46, 321 (326); BVerfGE 81, 387 (389); BVerfGE 88, 382 (383).

³⁹ A pesar de su importancia, no proporcionan una definición del derecho procesal constitucional: Chr. HILLGRUBER/Chr. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2011; R. FLEURY, *Verfassungsprozessrecht*, 9. Aufl. 2012; Th. I. SCHMIDT, *Verfassungsprozessrecht*, 2010; M. SACHS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2010; H. LECHNER/R. ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, 6. Aufl. 2011; H. GERSDORF, *Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung*, 4. Aufl. 2014; G. ROBBERS, *Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, 2. Aufl. 2005.

⁴⁰ *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 29. Individualmente E. KLEIN, «Verfassungsprozessrecht», en AÖR 1983, p. 410 (415 ss.), considera al derecho procesal constitucional como «derecho de la competencia, del estatus y de la función» [del TCF].

⁴¹ D. UMBACH/TH. CLEMENS, Vorwort, en D. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, p. X.

⁴² *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 57.

el derecho procesal constitucional es un «ordenamiento procesal cerrado» (*geschlossene Prozeßordnung*), pues al ordenamiento constitucional «“abierto” debe corresponderle no uno abierto, sino un ordenamiento procesal preciso». Ch. Pestalozza⁴³, por su parte, considera el derecho procesal constitucional como independiente, pero que debe ser aplicado de modo «estricto».

En general, P. Häberle define el derecho procesal constitucional como *un derecho sustantivo autónomo del TCF*⁴⁴ y como *el auténtico derecho para la labor del TCF*⁴⁵. Desde esta perspectiva, hay que distinguir entre el derecho procesal constitucional en sentido amplio y en sentido estricto. Sin embargo, esta distinción no es arbitraria, sino una consecuencia lógica de una comprensión amplia, plural y abierta de la propia Constitución.

2. Derecho procesal constitucional en sentido amplio

Derecho procesal constitucional en sentido amplio significa que este se relaciona con la fase previa al inicio formal del proceso constitucional ante el TCF⁴⁶. Se ocupa también de las normas que regulan la elección de los jueces constitucionales (*Verfassungsrichterwahl*), la incompatibilidad, cualificación, duración del mandato (*Amtsduer*), el número y la actividad secundaria (*Nebenätigkeit*) de los jueces constitucionales. El derecho procesal constitucional no se ocupa aquí de las normas que rigen los procesos constitucionales propiamente dichos. En este caso no norma ningún proceso constitucional específico. Pero, por esta razón, fortalece a las normas sustantivas. Aparte de ello, pueden establecerse aquí conexiones entre el derecho procesal constitucional con otras disciplinas jurídicas. Las relaciones entre el derecho procesal constitucional, el derecho parlamentario (*Parlamentsrecht*)⁴⁷ y el derecho de partidos políticos (*politisches Parteienrecht*)⁴⁸ son claras. Existen normas del derecho parlamentario y del derecho de partidos políticos que tienen evidentes repercusio-

⁴³ *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, p. 2 núm. marg. 3.

⁴⁴ Diferente E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 29: «Todas las normas jurídicas que regulan el proceso de y ante los tribunales constitucionales, en el que deben resolverse las cuestiones constitucionales sustantivas, constituyen el derecho procesal constitucional».

⁴⁵ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 642.

⁴⁶ Cfr. P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (24).

⁴⁷ N. ACHTERBERG, *Parlamentsrecht*, 1984, pp. 516 ss.; R. G. v. WESTPHALEN, *Parlamentslehre*, 1993, pp. 184 s.; Chr. GUSY, «Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit», en H.-P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, 1989, § 60 núms. margs. 1 ss.

⁴⁸ D. Th. TSATSOS/M. MORLOK, *Parteienrecht: Eine verfassungsrechtliche Einführung*, 1982, pp. 124 ss.

nes en el derecho procesal constitucional como, por ejemplo, en la protección de las minorías o de la oposición políticas. Desde esta perspectiva amplia, el derecho procesal constitucional no se limita, por lo tanto, a la regulación de los procesos constitucionales ante el TCF.

3. Derecho procesal constitucional en sentido estricto

Desde el punto de vista estricto, el derecho procesal constitucional tiene por objeto el proceso constitucional en sí mismo. A este pertenecen todas las normas constitucionales procesales que «se extienden desde el inicio hasta el final de un proceso constitucional específico»⁴⁹. El derecho procesal constitucional, en este sentido más estricto, establece las normas procesales acerca de la capacidad para presentar una solicitud (*Antragsbefugnis*), de participar (*Beteiligungsfähigkeit*), sobre la recusación del juez (*Richterablehnung*), la ejecución (*Vollstreckung*) así como la revisión (*Wiederaufnahme*). La actividad del TCF en esta parte es esencial para el desarrollo de los procesos constitucionales, cuyos principios y preceptos requieren de una interpretación jurídico-constitucional sustantiva y flexible⁵⁰. El TCF hace uso del proceso constitucional para que los objetivos del derecho procesal constitucional sean concretados. Ni el comportamiento pretoriano y creativo del TCF, ni la aplicación independiente de las normas procesales constitucionales deben ser consideradas contradictorias.

III. TAREAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. En general

No deben confundirse las tareas del derecho procesal constitucional con las funciones de la jurisdicción constitucional. Según P. Häberle⁵¹ las tareas concre-

⁴⁹ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (24).

⁵⁰ «Las tensiones mencionadas también dan lugar a características especiales del proceso constitucional en comparación con los procedimientos civiles, penales y administrativos. Porque si las normas constitucionales que el juez constitucional debe aplicar se refieren objetivamente a la política misma, el procedimiento ante el TCF no debe restringirse demasiado». Cfr. G. LEIBHOLZ, «Der Status des Bundesverfassungsgerichts», en *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 2. Aufl. 1971, p. 37.

⁵¹ P. HÄBERLE, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», en *EuGRZ* 2004, p. 117 (121); H. SPANNER, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1972, p. 12; A. RINKEN, «Vorbemerkungen zu Art. 93 und 94», en E. Denninger u. a. (Hrsg.), *AK-GG*, 3. Aufl. 2001, núm. marg. 72.

tas de la jurisdicción constitucional se derivan de los preceptos de las constituciones y de sus regulaciones sobre sus competencias (art. 93 de la LF): la protección general de la Constitución, el aseguramiento de la primacía y garantía de los derechos fundamentales⁵². Además, la jurisdicción constitucional tiene otras tareas como la protección de los ciudadanos, la integración de los órganos constitucionales, la protección de las minorías⁵³, pero también la integración y el consenso de la sociedad. Por el contrario, la LF, la Ley del TCF y el Reglamento del TCF no regulan las tareas del derecho procesal constitucional. Estas son esencialmente el resultado de consideraciones dogmáticas constitucionales. Estas tareas del derecho procesal constitucional se han ido perfilando gradualmente con la ayuda también de las decisiones del TCF. Es posible distinguir las tareas tradicionales de las tareas del derecho procesal constitucional del pluralismo.

2. Tareas tradicionales

Las tareas tradicionales del derecho procesal constitucional están determinadas por su pertenencia al derecho procesal general y por su función auxiliar (*Hilfsfunktion*)⁵⁴ en tanto simple derecho procesal. Desde esta perspectiva, estas tareas pueden clasificarse en tres áreas: *a)* La primera tarea es la *realización del derecho constitucional sustantivo o material*; aquí el derecho procesal constitucional tiene una función de servicio (*dienende Funktion*) para la ejecución del derecho constitucional⁵⁵. Al igual que los demás derechos procesales, el derecho procesal constitucional se encuentra en una dependencia existencial con respecto al derecho constitucional material⁵⁶. *b)* La segunda tarea se refiere al *aseguramiento del status del TCF y sus competencias*. El derecho procesal constitucional regula, por una parte, la posición del TCF y, por otra, asegura su ámbito funcional en relación con los otros órganos constitucionales⁵⁷, especialmente

⁵² R. ZIPPELIUS/TH. WÜRTEMBERGER, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl. 2008, p. 518 núms. margs. 25 ss.; Chr. DEGENHART, *Staatsrecht I*, 30. Aufl. 2014, núm. marg. 809.

⁵³ P. HÄBERLE, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», en *EuGRZ* 2004, p. 117 (121).

⁵⁴ En el derecho procesal general se atribuyen a los procesos constitucionales las tareas de «hacer valer los derechos subjetivos de carácter constitucional» y «hacer valer el derecho objetivo». Cfr. W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2. Aufl. 1974, pp. 10 s.

⁵⁵ H. LECHNER/R. ZUCK, *BVerfGG Kommentar*, 6. Aufl. 2011, vor § 17 núm. marg. 3; H.-J. PAPIER, «Geleitwort», en D. Ch. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, p. V.

⁵⁶ E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 35.

⁵⁷ H.-J. PAPIER, «Geleitwort», en D. Ch. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, p. V.

con respecto al legislador⁵⁸. Asimismo, establece y limita las competencias del TCF. Lleva a cabo una delimitación con relación al ámbito de las tareas de los demás órganos constitucionales y define, al menos indirectamente, la división del trabajo entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria⁵⁹. c) La tercera tarea esencial es el *aseguramiento de la idoneidad de funcionamiento del TCF*⁶⁰. Esta función incluye la garantía de la uniformidad de su jurisprudencia, la confianza de los participantes procesales en su independencia e imparcialidad, el restablecimiento de la paz jurídica (*Wiederherstellung des Rechtsfriedens*) así como la protección frente a la sobrecarga (*Überlastung*)⁶¹.

3. Tareas pluralistas del derecho procesal constitucional

Las tareas tradicionales del derecho procesal constitucional se refieren al status, a las competencias y al aseguramiento de la capacidad de funcionamiento del TCF. Como se ha visto, sin embargo, el derecho procesal constitucional es derecho del pluralismo y la participación, por lo que sus tareas no se agotan en el campo de acción del TCF, sino que se extienden a los dominios del derecho constitucional material, pero también de la sociedad y la política. En este sentido, el derecho procesal constitucional no solo se relaciona con el TCF, sino también de manera real y concreta con lo social y lo político; es aquí donde un tribunal constitucional y «su» derecho procesal adquieren un sentido integral.

a) TAREAS CONSTITUCIONALES

Las tareas constitucionales del derecho procesal constitucional se reflejan en dos formas de manifestación: primero, el derecho procesal constitucional controla cualquier aplicación simple y precipitada de otros ordenamientos procesales, lo que excluye que las regulaciones de otras leyes adjetivas sean adoptadas sin más reflexión y de manera general⁶². Esta tarea especial es determinante para que la LF misma se concrete y se aseguren, de esta manera,

⁵⁸ E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 37.

⁵⁹ H. BETHGE, en Th. Maunz u. a. (Hrsg.), *BVerfGG Kommentar*, Bd. 1, Stand: Dezember 2014, Vorbemerkung núm. marg. 202.

⁶⁰ H.-J. PAPIER, «Geleitwort», en D. Ch. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, p. V.

⁶¹ E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 38.

⁶² H. LECHNER/R. ZUCK, *BVerfGG Kommentar*, 6. Aufl. 2011, vor § 17 núm. marg. 3.

los fines de los procesos constitucionales. El TCF desempeña un papel importante en este sentido, ya que tiene la tarea de interpretar y concretar la Ley del TCF en conexión con la LF. Segundo, asegura la interpretación y armonización de las disposiciones de la Ley del TCF con respecto a los preceptos de la LF⁶³. También se trata de hallar principios y métodos de interpretación apropiados que sean compatibles con la teoría material-procesal de la Constitución y la jurisdicción constitucional⁶⁴.

b) TAREAS SOCIALES

Como ya se ha mencionado, la Constitución del pluralismo significa un orden fundamental constitucionalmente limitante para el Estado y la sociedad. El TCF se convierte así en un «tribunal social» (*gesellschaftliches Gericht*)⁶⁵. Esto otorga al TCF y al derecho procesal constitucional «una relación sin par con la sociedad»⁶⁶. De esta manera, el derecho procesal constitucional se abre «a la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, se convierte en su *medium*, especialmente ahí donde el parlamento ha claudicado»⁶⁷. El derecho procesal constitucional se transforma no solo en el *derecho del TCF*, sino también en un instrumento de la sociedad constituida para que sus voces y opiniones sean escuchadas a través de los procesos constitucionales. Como *medium* «social» posibilita un verdadero acercamiento de la LF y del TCF a los ciudadanos, y viceversa. Gracias a los instrumentos de participación e información del derecho procesal constitucional (como, por ejemplo, las vistas orales [art. 25 párrs. 1 y 2], el registro de pruebas [*Beweiserhebung*, art. 26], la asistencia judicial y administrativa [*Rechts- und Amtshilfe*, art. 27], las opiniones de terceros expertos [*Stellungnahmen sachkundiger Dritter*, art. 27a de la Ley del TCF, etc.]), la LF no se considera un misterio (*Geheimnis*) que solo unos cuantos pueden descifrar. A este respecto, el derecho procesal constitucional conecta la LF con la comunidad y al TCF con los ciudadanos. Con esto, el TCF pierde algo de su estatalidad tradicional, «pero gana, por el contrario, una pizca (*Gran*) del carácter de un “tribunal social (en su conjunto)” de un tipo único»⁶⁸.

⁶³ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 634.

⁶⁴ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 409.

⁶⁵ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, pp. 147 ss.

⁶⁶ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, p. 67.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, p. 68.

c) TAREAS POLÍTICAS

R. Smend⁶⁹ ha sostenido que «el criterio que distingue a la Constitución del resto del ordenamiento jurídico es siempre el carácter “político” de su objeto». *Derecho constitucional como derecho político* quiere decir que regula la competencia, las formas e institutos, así como los mecanismos procedimentales y de toma de decisión de los órganos políticos⁷⁰. Como consecuencia de esto, el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional poseen una existencia política⁷¹; el derecho constitucional apolítico (*unpolitisches Verfassungsrecht*) y la jurisdicción constitucional «libre de la política» es una ilusión, un dogma, un engañarse a sí mismo (*Selbsttäuschung*)⁷². En la medida que el derecho constitucional tiene un carácter político, el derecho procesal constitucional tiene la misma naturaleza. Así, por ejemplo, la elección de los jueces del TCF, la eventual aplicación de la doctrina de la automoderación (*Zurückhaltungsdoktrin*), la valoración de las consecuencias políticas de una decisión, el carácter jurídico-político de los conflictos constitucionales, la apelación al legislador (*Appell an den Gesetzgeber*), el control de la prognosis del legislador, entre otros, constituyen componentes políticos que se deciden racionalmente (en lo posible) mediante el *derecho procesal constitucional como derecho político*⁷³. En la medida que tanto el derecho constitucional como la jurisdicción constitucional *transferen* su naturaleza política al derecho procesal constitucional se insta por eso ahora a reconocer las tareas políticas de este último⁷⁴. El TCF no solo consigue una «neutralización de las luchas por el poder político»⁷⁵ a través del derecho procesal constitucional, sino también consigue un incremento de las posibilidades del consenso político. El elemento político del derecho constitucional y de la jurisdicción constitucional se refleja, así, en el derecho procesal

⁶⁹ *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, p. 133; *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Aufl. 1994, p. 238.

⁷⁰ K. STERN, *Das Staatsrecht*, Bd. I., 1977, p. 90.

⁷¹ La jurisdicción constitucional no puede contraponerse al *proceso político*; es, aunque en procedimientos específicos, *parte de* ese proceso general. Cfr. P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en P. Häberle (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, S. 1 (32).

⁷² *Ibid.*, p. 1 (4).

⁷³ Según K. SCHLAICH, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, p. 62: «Los efectos eminentemente políticos de las decisiones, así como ciertas actividades políticas del TCF, no alteran por sí mismos el hecho de que la jurisdicción constitucional sea también inicialmente una jurisdicción neutral en el sentido tradicional».

⁷⁴ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (4 s.).

⁷⁵ K. DOERING, «Der “pouvoir neutre” und das Grundgesetz», en *Der Staat* 3 (1964), p. 201 (213).

constitucional mismo y en sus tareas⁷⁶, aunque existen también *límites* a la *capacidad de resistencia política* (*politische Belastbarkeit*) del derecho procesal constitucional⁷⁷.

IV. PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. En general

Cuando P. Häberle habla de principios del derecho procesal constitucional no solo piensa en un ordenamiento constitucional concreto, sino también en directrices que pueden considerarse «principios universales del derecho procesal constitucional»⁷⁸. Una perspectiva como esta es plenamente coherente y compatible con su programa y con la realidad actual de *la teoría constitucional universal* que se proyecta, gradualmente, hacia una «jurisdicción constitucional internacional» y un «derecho procesal constitucional» universal⁷⁹. En comparación con la teoría común, considera que determinados principios constitucionales tienen su contraparte en el derecho procesal constitucional y sus principios⁸⁰. Así pues, la actividad del TCF se guía por principios constitucionales procesales, pero también siempre por principios constitucionales; por eso hay que distinguir entre *principios constitucionales* y *principios procesales*⁸¹ del *derecho procesal constitucional*, cuya «traducción» (*Übersetzung*) y «continuación» (*Fortsetzung*) es tarea del TCF y del legislador⁸².

⁷⁶ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 30 nota a pie 115.

⁷⁷ P. HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 410 nota a pie 15.

⁷⁸ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 12.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 26.

⁸¹ Los principios constitucionales y procesales del derecho procesal constitucional reflejan con especial claridad las representaciones políticas básicas de una sociedad; sirven al legislador como directriz, a la ciencia del derecho como orientación para la elaboración de teorías y sistemas, y a los tribunales como ayuda para la interpretación e instrucciones para la acción cuando se trata de la interpretación de normas procesales. Cfr. P. GILLES, «Der Prozeß als Mittel zur rechtlichen Konfliktlösung», en D. Grimm (Hrsg.), *Einführung in das Recht*, 2. Aufl. 1991, p. 244 (280). Sobre la relación entre los principios procesales del procedimiento civil y la Constitución, *vid.* R. STÜRNER, «Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung», en *FS F. Baur*, 1981, p. 647 (648 ss.).

⁸² P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (26).

2. Principios constitucionales

a) EL PRINCIPIO DE LO PÚBLICO

Aunque la publicidad del proceso es solo un aspecto de la publicidad judicial⁸³, el principio constitucional de lo público (*Grundsatz der Öffentlichkeit*) tiene para el proceso constitucional ante el TCF una elevada jerarquía; forma parte del principio de Estado de derecho (*Rechtsstaatsprinzip*) y corresponde al principio general de la dimensión pública de la democracia⁸⁴. Como principio constitucional del derecho procesal constitucional es también la expresión de la dimensión pública de la Constitución⁸⁵. Surte efecto en el propio TCF y en los procesos constitucionales individuales⁸⁶, pero también adquiere su relevancia jurídico-material en la interpretación de la Ley del TCF. Por *lo público* se entiende «el acceso de personas que no son parte en el proceso a la sala de audiencia, a fin de poder seguir el desarrollo del proceso»⁸⁷ o que, «en principio, todos deben tener acceso a la sala del tribunal»⁸⁸. Mientras que, según el art. 169 frase 2 de la Ley Orgánica de la Justicia, por ejemplo, está prohibido en general las grabaciones de radio y televisión (*Rundfunk- und Fernsehaufnahmen*) de las audiencias judiciales, el art. 17a párr. 1 de la Ley del TCF relaja esta prohibición para el público de los medios de comunicación⁸⁹. El principio de lo público –de acuerdo con el art. 17a párr. 1 núm. 2 y el art. 30 párr. 1 frase 3– también se aplica al pronunciamiento de las sentencias (*Urteilsverkündung*) y a las vistas orales que, según el art. 17 y el art. 25 párr. 1 de la Ley del TCF son la regla; sin embargo, la aplicación de este principio es la rara excepción⁹⁰. Pero esta práctica del TCF no es realmente compatible con el principio de lo público. Hay que tomar en cuenta que el interés justificado del público, que no es parte técnicamente en el proceso, de «experimentar en acción» al tribunal es tan grande y trascendente que, en todo caso, la cuestión de una carga adicional al TCF por

⁸³ M. KOTZUR, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, p. 203.

⁸⁴ W. KUNZE, D. Ch. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, § 17 núm. marg. 15.

⁸⁵ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (31).

⁸⁶ M. SACHS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2010, núms. margs. 72 ss.

⁸⁷ F. KLEIN, en Th. Maunz u. a. (Hrsg.), *BVerfGG Kommentar*, Bd. 1, Stand: Dezember 2014, § 17 núm. marg. 3.

⁸⁸ H. LECHNER/R. ZUCK, *BVerfGG Kommentar*, 6. Aufl. 2011, § 17 núm. marg. 3.

⁸⁹ TH. I. SCHMIDT, *Verfassungsprozessrecht*, 2010, p. 25; E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núms. margs. 291 ss.; Chr. LENZ/R. HANSEL, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2013, § 17a núm. marg. 1.

⁹⁰ K. SCHLAICH/S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 69.

medio de las audiencias públicas no debería jugar ningún rol⁹¹. Además de las vistas orales y la publicación de las decisiones, el procedimiento de elección de los jueces y los votos particulares son también expresiones del principio de lo público. Por un lado, este principio exige, por ejemplo, para la elección de los jueces constitucionales federales comparencias ante la opinión pública (*öffentliche Anhörungen*)⁹². Por lo tanto, el déficit⁹³ de lo público existente hasta ahora tiene un impacto negativo en la Constitución⁹⁴. Por otro lado, los votos particulares (art. 30 párr. 2 de la Ley del TCF) constituyen una pieza y, al mismo tiempo, una ventaja de lo público, haciendo en lo posible mucho más claro, como «contrapunto», para algunos observadores, por qué la mayoría ha decidido de una manera y no de otra⁹⁵.

b) EL PRINCIPIO DEL PLURALISMO

Al igual que en el derecho constitucional, el pluralismo como principio constitucional en el ámbito del derecho procesal constitucional es de mucha importancia. El pluralismo significa aquí «diversidad de ideas e intereses»⁹⁶. En la medida que detrás de los derechos están intereses, esto conduce a una

⁹¹ Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, p. 59 núm. marg. 52.

⁹² Más recientemente al respecto, M. HÖRETH, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, 2014, pp. 54 ss.; *vid.* también E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., 2012, núm. marg. 134. Con respecto a las audiencias públicas hubo posiciones contrapuestas de un expresidente y un expresidente del TCF. J. LIMBACH, «Zur Wahl der Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts», en *FS R. Herzog*, 2009, p. 273 (278), opina: «Hay lecciones que aprender de la crítica práctica política de los Estados Unidos. Hacia dónde se podría dirigir la curiosidad de los diputados debe ser acordada de antemano. El presidente de la Comisión tendrá que asegurarse de que las preguntas sean objetivas. El que una audiencia cumpla lo que promete dependerá, entre otras cosas, de lo que es o debería ser objeto de la información. La conciencia social y política de los problemas, la participación del juez en las cuestiones políticas y el desarrollo social de su país, deben ser temas permitidos a la curiosidad de los diputados». H.-J. PAPIER, «Die Balance zwischen Sicherheit und Freiheit», en *DRiZ* 2009, p. 130 (132), dice: «Las audiencias públicas conllevan el peligro de una especie de “compromiso anticipado” (*Vorwegbindung*) por parte de los jueces, que más tarde puede llevar a dudas sobre su imparcialidad en el contexto de las decisiones concretas. El sistema alemán de elección de jueces constitucionales ha demostrado en gran medida su valía, según mis apreciaciones; en cualquier caso, no he visto nada mejor hasta ahora».

⁹³ Sin embargo, el art. 112 párr. 4 oración 4 de la Constitución del Land de Brandeburgo dice: «Antes de la elección se celebrará una audiencia en una determinada comisión designada por el Parlamento del Land (*Landtag*)».

⁹⁴ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (31).

⁹⁵ CHR. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, S. 292 Rn. 41. A decir de K. SCHLAICH/S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 52, los votos particulares podrían tener la intención de llamar la atención de la *opinión pública* sobre las contradicciones (*Widersprüche*) internas y las rupturas (*Brüche*) de la jurisprudencia.

⁹⁶ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 5.

interpretación constitucional pluralista y genera consecuencias para la configuración del derecho procesal constitucional⁹⁷. Todo proceso constitucional se debe a una discrepancia de determinados derechos fundamentales o a un desacuerdo sobre la interpretación del texto de la Constitución. Un proceso constitucional vive, por eso, *de y en* la variedad (*Mannigfaltigkeit*) de los puntos de vista. Si el TCF es consciente realmente de esto, estará en condiciones de ofrecer una solución adecuada para un conflicto constitucional concreto (entendido en un sentido amplio). Para ello, el TCF necesita extender sus posibilidades de conocimiento, incluso yendo más allá de las formas reguladas convencionalmente⁹⁸. El derecho procesal constitucional del pluralismo podría ser aún más justo de esta manera y la «verdad» jurídico-constitucional podría expresarse como «la verdad a través del pluralismo»⁹⁹.

c) EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS

La protección de las minorías es una «tarea genuina de la jurisdicción constitucional»¹⁰⁰ y, por tanto, el derecho procesal constitucional es su herramienta esencial. Este principio es expresión del pluralismo y un rasgo distintivo de la democracia, así como de la libertad iusfundamental¹⁰¹. La minorías juegan un significativo rol activo y pasivo en el derecho procesal constitucional. Desde un punto de vista *activo*, las minorías políticas participan, por ejemplo, en la elección de los jueces constitucionales federales y en el control abstracto de normas (*abstrakte Normenkontrolle*). El derecho procesal constitucional debe asegurar esto. De una parte, la exigencia de la «mayoría de los dos tercios» (*Zwei-Drittel-Mehrheit*)¹⁰² en la elección de los jueces del

⁹⁷ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (28).

⁹⁸ Por ejemplo, mediante la información de órganos no gubernamentales como las asociaciones, el perfeccionamiento de las audiencias de expertos (*Sachverständigen-Hearings*), la ampliación del círculo de los participantes, las formas escalonadas de participación desde la simple oportunidad de expresar una opinión hasta el ingreso formal. Cfr. P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, S. 1 (27).

⁹⁹ *Ibid.*, p. 1 (26).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 1 (29).

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² W. HEUN, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie*, 1983, p. 126: «Además, en los casos notables, las minorías merecen una mayor protección, que puede mejorarse exigiendo, como consecuencia de una mayoría de dos tercios, al menos el consentimiento de una parte de la minoría, lo que por lo menos garantiza a este grupo el derecho a la autodeterminación (*Selbstbestimmungsrecht*) a este respecto».

TCF ¹⁰³ significa «un instrumento clásico de la protección de las minorías» ¹⁰⁴. De otra parte, el art. 76 párr. 1 de la Ley del TCF hace alusión a «una cuarta parte del Bundestag» de conformidad con el art. 93 párr. 1 núm. 2 de la LF, que evidentemente tiene por objeto la protección de una minoría (*Minderheitschutz*) ¹⁰⁵, en el marco del control abstracto de normas. Sin duda, ambas disposiciones constituyen derecho constitucional material, ya que establecen la «protección de la oposición» ¹⁰⁶ y la necesidad de transigir entre la mayoría y minoría ¹⁰⁷. Desde la perspectiva *pasiva*, las minorías son objeto de protección (*Schutzgegenstand*) del derecho procesal constitucional. Los grupos minoritarios requieren, sobre todo, de una protección judicial constitucional especial. Aquí el TCF se manifiesta como «guardián de los derechos de la minoría» (*Hüter der Rechte der Minderheit*) ¹⁰⁸.

d) EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES «PARTICIPATIVO»

La separación de poderes como principio constitucional tiene múltiples correspondencias en el derecho procesal constitucional, los que no solo se manifiestan en el pluralismo y la protección de las minorías, sino también en las normas individuales de la Ley del TCF ¹⁰⁹. Por ejemplo, el TCF solo tiene una participación limitada en la conducción estatal suprema y, por lo tanto, los institutos del derecho procesal constitucional deben entenderse menos *técnicamente* que *material* y *funcionalmente* ¹¹⁰. Esto hace posible que otros órganos constitucionales también puedan participar en el derecho procesal constitucional. Puede verse esto claramente, por ejemplo, en la obligación jurídica del TCF de informar al presidente de la República Federal, al Bundestag, al

¹⁰³ Al respecto, W. BILLING, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969, pp. 132 ss.

¹⁰⁴ K. SCHLAICH/S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 44. Distinto, E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 129.

¹⁰⁵ Tanto E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 669, como H. SÖHN, «Die abstrakte Normenkontrolle», en *FG aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVerfG*, Bd. I, 1976, p. 292 (298), piensan que la legitimidad de una minoría para solicitar (*Antragsberechtigung*) el control abstracto de normas no sería, en realidad, una expresión de la protección de la minoría.

¹⁰⁶ Al respecto, *vid.* J. MEDEARIS, *Why democracy is oppositional*, 2015, pp. 129 ss.; A. NASSEHI, *Abwählen! Warum in Demokratien die Opposition regiert, es aber in Europa nicht gelingt*, 2013, p. 25 (25 ss.); K. FREYTAG, *Völkerrechtlicher Schutz der politischen Opposition*, 2004, pp. 12 ss.

¹⁰⁷ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (26).

¹⁰⁸ K. SCHLAICH/S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 44.

¹⁰⁹ P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, pp. 30 s.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 31.

Bundesrat y al Gobierno Federal de la incoación del procedimiento (art. 65 párr. 2 de la Ley del TCF), en la atribución del TCF para realizar una notificación (art. 82 párr. 4, art. 88 de la Ley del TCF), en la oportunidad de expresar comentarios (arts. 77, art. 82 párr. 1, art. 84, art. 88, art. 94 párrs. 1 y 2 de la Ley del TCF) y, finalmente, en la adhesión al proceso constitucional (art. 82 párr. 2, art. 65 párr. 1, art. 83 párr. 2, art. 88, art. 94 párr. 5 de la Ley del TCF). Aquí el principio de separación de poderes se entiende como participación en el sentido material –no puramente formal– y como cooperación. De este modo, el principio de separación de poderes constituye un *principio abierto y flexible* del derecho procesal constitucional en la medida que el TCF debe utilizar todas las posibilidades interpretativas, de modo que los demás órganos constitucionales también participen en el proceso de perfeccionamiento del derecho ¹¹¹. En el derecho procesal constitucional, el TCF es «socio de los otros órganos constitucionales», ya que la jurisdicción constitucional «no es una institución opuesta al parlamentarismo ni a los partidos políticos» ¹¹². La separación de poderes significa participación y cooperación, sin que la posición y las competencias del TCF o de los demás órganos constitucionales se pongan en duda. La *imagen del TCF* del pluralismo no es la de un tribunal aislado (*isoliertes Gericht*), sino la de un *tribunal abierto y dialogante* ¹¹³. Los jueces constitucionales tienen –para decirlo con A. Arndt ¹¹⁴– la «obligación de tener un “diálogo jurídico” (*Rechtsgespräch*) con los participantes».

3. Principios procesales

a) EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE EXAMEN DE OFICIO

El principio de separación de poderes tiene uno de sus equivalentes en la prohibición del examen de oficio (*Verbot der ex-officio-Prüfung*) por parte del TCF. Este principio contribuye a la separación de poderes entre órganos constitucionales, facilita al TCF la preservación de la neutralidad vigilada y proporciona al poder legislativo un instrumento regulativo para aliviar la carga del tribunal, y, por supuesto, también para disciplinar a los participantes en las

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, p. 38.

¹¹³ Sobre esto, *vid.* M. KOTZUR, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, p. 203.

¹¹⁴ A. ARNDT, *Gesammelte juristische Schriften*, 1976, p. 363.

disputas de la vida constitucional¹¹⁵. El TCF custodia por medio de la prohibición del examen de oficio el principio de separación de poderes; ni como tribunal ni como órgano constitucional está por encima de este principio; el TCF mismo está –como todo órgano constitucional– vinculado a la separación de poderes. De acuerdo con el *principio de prohibición de examen de oficio* o *principio de petición* (*Antragsprinzip*)¹¹⁶, la iniciación de un proceso constitucional ante el TCF está siempre vinculada a una *petición desde fuera*¹¹⁷ –«donde no hay demandante, no hay juez» (*Wo kein Kläger, da kein Richter*)¹¹⁸. A pesar de su cualificación como órgano constitucional¹¹⁹ y de su caracterización como «señor del proceso» (*Herr des Verfahrens*)¹²⁰, el TCF no podría iniciar un proceso, en ningún caso, sin la solicitud de terceras personas o de instituciones, aun cuando salgan a la luz inconstitucionalidades evidentes¹²¹. Incluso cuando se trata del control abstracto de normas¹²² se excluye un derecho de iniciativa autónomo del TCF¹²³. No obstante, en la literatura se mencionan excepciones a este principio. Por una parte, se defiende la tesis de que la prohibición de examen de oficio no se aplica para el proceso constitucional extraordinario de terminación del mandato de un juez del TCF, de conformidad con el art. 105 párr. 2 de la Ley del TCF, debido a que el Pleno puede decidir la iniciación del proceso «sin ningún impulso desde fuera»¹²⁴. Se trata aquí «de un caso singular de “autodepuración” (*Selbstreinigung*) del Tribunal»¹²⁵. Por otra parte, se habla de

¹¹⁵ Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, p. 47 núm. marg. 31.

¹¹⁶ Acerca de la importancia de las peticiones en el derecho procesal constitucional, *vid.* G. SCHMITZ, *Die Bedeutung der Anträge für die Einleitung und Beendigung des Verfassungsprozesses*, 1968, pp. 1 ss.

¹¹⁷ H. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3. Aufl. 1973, vor § 17 B II 1); K. ENGELMANN, *Verfassungsprozessrecht*, 1977, pp. 36 s.: «En todos los casos, la iniciación de un procedimiento ante un tribunal constitucional requiere la solicitud de una parte con derecho a iniciar un procedimiento»; Th. I. SCHMIDT, *Verfassungsprozessrecht*, 2010, p. 27; Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, p. 47 núm. marg. 31; M. SACHS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2010, núm. marg. 69; R. FLEURY, *Verfassungsprozessrecht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 35.

¹¹⁸ E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 103.

¹¹⁹ Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, p. 38 núm. marg. 13.

¹²⁰ *BVerfGE* 13, 54 (94).

¹²¹ H. LECHNER/R. ZUCK, *BVerfGG Kommentar*, 6. Aufl. 2011, § 17 núm. marg. 9.

¹²² H. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3. Aufl. 1973, vor § 17 B II 1): «Esto se aplica también para el proceso de control abstracto de normas».

¹²³ H. BETHGE, en Th. MAUNZ U. A. (Hrsg.), *BVerfGG Kommentar*, Bd. 1, Stand: Dezember 2014, vor § 17 núm. marg. 21.

¹²⁴ G. LEIBHOLZ/R. RUPPRECHT, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1968, vor § 17 núm. marg. 3; así también E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 203 nota a pie 4: «Una excepción es el proceso según el art. 105 de la Ley del TCF (procedimiento contra los jueces del TCF)»; núm. marg. 1233: «Legitimado para iniciar el procedimiento de autorización (*Ermächtungsverfahren*) es solo el pleno del TCF (art. 105 párr. 2 de la Ley del TCF)»; H. LECHNER/R. ZUCK, *BVerfGG Kommentar*, 6. Aufl. 2011, § 105 núm. marg. 7; Chr. LENZ/R. HANSEL, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2013, § 105 núm. marg. 1 ss.

¹²⁵ Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, p. 48 núm. marg. 33.

las medidas cautelares temporales (*einstweilige Anordnungen*) (art. 32 de la Ley del TCF) como excepción al principio de petición. Si bien una medida cautelar requiere, en principio, de una solicitud¹²⁶ –incluso si el art. 32 no vincula expresamente la emisión de una medida cautelar a una solicitud¹²⁷–, el TCF¹²⁸ considera, sin embargo, que también puede emitirse de oficio¹²⁹.

b) EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DEL *NON LIQUET*

En el derecho procesal constitucional la prohibición del *non liquet* (*non-liquet-Verbot*) se considera un principio esencial que emana de la LF y de la propia naturaleza de la jurisdicción constitucional. Según este principio, todo lo que se asigna al TCF para su decisión debe ser resuelto¹³⁰, mejor dicho: «el Tribunal Constitucional Federal decide» (art. 93 párr. 1 de la LF). Ya la sola existencia de una jurisdicción constitucional impide un posible *non liquet*¹³¹. Si la LF excluye la doctrina del *non liquet*¹³², entonces el TCF tiene la obligación jurídico-pública, obligación de naturaleza judicial constitucional por así decirlo, de tomar una decisión; se trata de «una obligación judicial» en estricto¹³³. La doctrina del *non liquet* es insatisfactoria en todo tipo de procedimientos, especialmente en el derecho constitucional y en el derecho procesal constitucional;

¹²⁶ H. LECHNER/R. ZUCK, *BVerfGG Kommentar*, 6. Aufl. 2011, § 32 núm. marg. 24; Chr. HILLGRUBER/CHR. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2011, núm. marg. 818.

¹²⁷ E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 1317; Chr. LENZ/R. HANSEL, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2013, § 32 núm. marg. 116.

¹²⁸ *BVerfGE* 1, 74 (75), 35, 12 (14).

¹²⁹ K. SCHLAICH/S. KORIOETH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 463; J. BERKEMANN, en D. Ch. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, § 32 núm. marg. 62; G. LEIBHOLZ/R. RUPPRECHT, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1968, vor § 17 núm. marg. 3; H. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3. Aufl. 1973, § 32 p. 237; K. GRASSHOF, § 32, en Th. Maunz u. a. (Hrsg.), *BVerfGG Kommentar*, Bd. 1, Stand: Dezember 2014, § 32 núm. marg. 28. Según Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, p. 48 núm. marg. 34: «Un semejante “derecho de iniciativa” del tribunal no puede conciliarse con las tareas judiciales limitadas del TCF, especialmente si no hay ningún proceso principal pendiente». Distinto W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 1952, § 32 Abs. 5: «Por último, una medida cautelar dictada de oficio no es incompatible con las tareas del Tribunal, especialmente no lo es con su tarea de “ser el guardián de la Constitución”».

¹³⁰ H. RIDDER, «In Sachen Opposition: Adolf Arndt und das Bundesverfassungsgericht», en *FS A. Arndt*, 1969, p. 323 (326).

¹³¹ E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation», en *NJW* 1976, p. 2089 (2092).

¹³² En el derecho constitucional un *non liquet* se refiere no solo a *cuestiones de hecho* (*Tatsachenfragen*) –es decir, a la valoración de las pruebas–, sino también a *cuestiones jurídicas* (*rechtliche Fragen*). Cfr. Th. RIEHM, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung*, 2006, p. 105.

¹³³ F. BAUR, *Beiträge zum materiellen Recht und Verfahrensrecht*, 1986, p. 113.

y, por esa razón, su valor de justicia es claramente difícil de aceptar¹³⁴. El TCF como órgano constitucional y como *tribunal* nunca puede renunciar a sus competencias y funciones; está siempre obligado a tomar una decisión, incluso si el hecho (*Sachverhalt*) es supuestamente «no esclarecible»¹³⁵, se invoque la doctrina de la *political question*¹³⁶ o se aplique la propuesta de conciliación (*Vergleichsvorschlag*) del TCF¹³⁷. Incluso el empate de votos (*Stimmengleichheit*, art. 15 de la Ley del TCF) lleva a una decisión y no a un *non liquet*¹³⁸. En consecuencia, se exige al TCF a adoptar una decisión; para él no está permitido ningún *non liquet*¹³⁹. El principio de prohibición del *non liquet* es incluso evidente en aquellos casos en los que el TCF recurre a una «no decisión» (*Nicht-Entscheidung*), por ejemplo, cuando «en el esfuerzo por el consenso básico, el TCF delega la responsabilidad de nuevo a las fuerzas estatales y sociales que por su función, competencia y posibilidades de participación política están en una mejor posición de lograrlo»¹⁴⁰, o cuando el TCF, de acuerdo con su función y su autocomprensión, asume un *rol mediador* (*Mediatorenrolle*)¹⁴¹ —«tentatio

¹³⁴ P. ARENS, «Zur Problematik von non-liquet-Entscheidungen», en *FS W. Müller-Freienfels*, 1986, p. 13 (13).

¹³⁵ F. BAUR, *Beiträge zum materiellen Recht und Verfahrensrecht*, 1986, p. 113: «Cuando las pruebas admisibles en el procedimiento no son suficientes para permitir que se adopte una decisión libre de dudas, entonces la superación del *non liquet* mediante una sentencia que se corresponda con la carga de la prueba es un deber y una facultad que el derecho consuetudinario y el derecho procesal confieren al Tribunal».

¹³⁶ M. KOTZUR, *Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa*, 2004, p. 508; H.-P. SCHNEIDER, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung», en *NJW* 1980, p. 2103 (2104): «El derecho constitucional, a pesar de su amplitud y apertura, no solo se considera justiciable en su conjunto; incluso si se presentan solicitudes al TCF en el ámbito de sus competencias, éste debe decidir sobre la violación constitucional denunciada en el caso concreto y no puede retirarse al refugio de un “*non liquet*”, invocando la falta de justiciabilidad. Por esta razón, la “doctrina de la cuestión política” (*political question doctrine*) no puede ser transferida a la práctica decisoria alemana». Según O. BACHOF, «Buchbesprechung», en *DÖV* 1982, p. 462 (462), la aplicación de la doctrina de la cuestión política «no es una “no decisión” (*keine Nicht-Entscheidung*), sino una decisión de “no actuación” (*Nicht-Tätigwerden*) del Tribunal, porque los factores extrajurídicos son de una importancia tan grande que las normas jurídicas no pueden sostener una decisión». Parecido B. EISENBLÄTTER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Prozeß», en *JöR* 29 (1980), p. 63 (79). Acerca de la «no decisión» y el principio general de igualdad, *vid.* F.-W. DOPATKA, *Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt*, 1982, pp. 170 s.

¹³⁷ Al respecto, *vid.* H. A. WOLFF, «Der Vergleichsvorschlag des Bundesverfassungsgerichts in den Verfahren um das Brandenburgische Schulgesetz (LER)», en *EuGRZ* 2003, p. 463 (463 ss.).

¹³⁸ R. ESCHELBACH, en D. Ch. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, § 15 núm. marg. 116.

¹³⁹ CHR. STARCK, *Verfassungen: Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung*, 2009, p. 148.

¹⁴⁰ M. KOTZUR, «Der “Vergleich” im verfassungsgerichtlichen Verfahren», en *JZ* 2003, p. 73 (78).

¹⁴¹ Al respecto, *vid.* F. HÖPKER, *Der Prozeßvergleich in der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2010, pp. 115 ss.; H.-J. PAPIER, «Das Bundesverfassungsgericht als Mediator?», en *ZRP* 2002, p. 134 (134 ss.); H. A. WOLFF, «Der Vergleichsvorschlag des Bundesverfassungsgerichts in den Verfahren um das Brandenburgische Schulgesetz (LER) –Verfahrenfortbildung contra legem», en *EuGRZ* 2003, p. 463 (463 ss.); R. LHOTTA, «Vermitteln statt Richten: Das Bundesverfassungsgericht als judizieller Mediator und Agenda-Setter im LER-Verfahren», en *ZPol* 3/2002, p. 1073 (1073 ss.); F. SCHINDLER, «Die L-E-R-Verfahren: Vorgang zu und alle Fragen offen?», en *FG D. Hömig*, 2006, p. 87 (87 ss.); R. POSCHER, «Entscheidungs-, aber nicht erfolglos: Das verfassungsgerichtliche Verfahren um das Lehrfach Lebensgestaltung-

amiciae compositionis»¹⁴²-. En realidad, no se trata de una «no decisión», sino por el contrario –como bien ha explicado M. Kotzur¹⁴³– de una decisión que expresa la función de integración y consenso; dicho de mejor manera, se trata de evitar¹⁴⁴ «efectos desintegradores» (*desintegrative Effekte*)¹⁴⁵.

c) EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES

«Los jueces son independientes y solo están sometidos a la ley» (art. 97 párr. 1 de la LF). Con esto, la LF quiere *prescribir* que los jueces deben ser independientes, no desea *describir* una situación ya existente en los hechos¹⁴⁶. Por eso, la lucha por la independencia *material* y *personal*¹⁴⁷ de los jueces¹⁴⁸ es una tarea permanente¹⁴⁹. Para el Estado de derecho¹⁵⁰ y la jurisdicción constitucional este principio de independencia (*Unabhängigkeits-*

Ethik-Religionskunde (LER)», en *RdJB* 4/2002, p. 380 (380 ss.); TH. I. SCHMIDT, «LER - Der Vergleich vor dem BVerfG», en *NVwZ* 2002, p. 925 (925 ss.); S. WOLF, «Der Fall "LER" - ein Paradigmenwechsel im Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts? Der Vergleichsvorschlag und sein Beitrag zur pluralistischen Verfassungstheorie», en *KJ* 2002, p. 250 (250 ss.); N. JANZ, «LER in Brandenburg - der Vorgang zu und alle Fragen offen», en *LKV* 2003, p. 172 (172); L. RENCK, «LER-Verfahren gegen das Brandenburgische Schulgesetz beendet», en *LKV* 2003, p. 173 (173).

¹⁴² *Ibid.*, p. 73 (76 s.; 78).

¹⁴³ *Ibid.*, p. 73 (78).

¹⁴⁴ H.-P. SCHNEIDER, «Richter oder Schlichter? Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor», en *FS. W. Zeidler*, Bd. I, 1987, p. 293 (293), opina que el Reglamento del TCF no prevé una solución, ya que, en el derecho procesal constitucional, el derecho constitucional no está a disposición de los participantes y un tribunal constitucional no puede renunciar a él ni apartarse de él.

¹⁴⁵ R. LHOTTA, «Vermitteln statt Richten: Das Bundesverfassungsgericht als judizieller Mediator und Agenda-Setter im LER-Verfahren», en *ZPol* 3/2002, p. 1073 (1073, 1092).

¹⁴⁶ D. SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975, p. 1.

¹⁴⁷ La *independencia material* significa, por un lado, que ningún juez debe recibir instrucciones para el desempeño de sus funciones y, por otro lado, que ningún juez debe seguir dichas instrucciones en caso de su impartición inconstitucional. Por su parte, la *independencia personal* significa inamovilidad (*Unabsetzbarkeit*) e insustituibilidad (*Unversetzbarkeit*); sirve «para garantizar la independencia material de los jueces, que no solo se ve amenazada si el juez recibe instrucciones, sino también si tiene que temer desventajas para su posición jurídica personal a causa de sus decisiones, y si el nombramiento de los tribunales puede ser controlado no solo por el nombramiento inicial de los jueces programados, sino por el poder ejecutivo *per se*». Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995 (Neudruck 1999), núms. margs. 554 s.

¹⁴⁸ Según A. ARNDT, *Juristische Schriften*, 1976, p. 315: «Independiente no es nunca el juez como persona, como funcionario, sino el Tribunal como institución, como departamento. La independencia se le da al juez no a favor de sí mismo, sino a causa de su dependencia del pueblo soberano que lo ha legitimado para juzgar en su nombre». Por consiguiente, «el contenido político de la independencia es la dependencia» del pueblo.

¹⁴⁹ F. BAUR, *Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit*, 1954, pp. 1 ss.

¹⁵⁰ D. OPPERMAN, *Richterberufung und richterliche Unabhängigkeit*, 1966, p. 35.

grundsatz) es de gran importancia¹⁵¹, aun cuando no sea un valor en sí mismo y tenga una función de servicio¹⁵². El principio de independencia, de acuerdo con A. Arndt,¹⁵³ significa «libertad judicial» (*richterliche Freiheit*). Esta libertad es oponible no solo frente a los posibles participantes de un proceso constitucional ante el TCF, sino también frente al ejecutivo y al legislativo, frente a los demás órganos del poder judicial y a los grupos de poder político y social, y además frente a aquellas libertades que se derivan de la persona del propio juez¹⁵⁴. Sobre todo, la independencia asegura la libertad judicial frente a los partidos políticos¹⁵⁵, debido a que estos participan en los procesos de elección y nombramiento (*Wahl- und Bestellungsverfahren*) de los jueces del TCF. Para garantizar su independencia los jueces constitucionales deben poner en práctica el «deber de ingratitud» (*le devoir d'ingratitude*), acuñado por el político francés y juez constitucional R. Badinter¹⁵⁶. La ingratitud ciertamente no es un comportamiento humano que se valore positivamente, pero para el juez constitucional es una virtud, un deber inevitable frente a los partidos políticos.

Una influencia también podría provenir de la *crítica pública*. Cuando esta es limitada crea transparencia y contribuye a la confianza de la comunidad jurídica en la administración de justicia (*Rechtspflege*); por el contrario, la crítica pública es inadmisibles cuando se hace con el objetivo de influir en determinadas decisiones antes de que sean adoptadas por el tribunal¹⁵⁷. Aparte de ello, la independencia no quiere decir exención de responsabilidad¹⁵⁸. En una democracia esto no puede comprenderse en absoluto¹⁵⁹. Esta responsabilidad (*Verantwortlichkeit*) del juez constitucional no se contrapone a su independencia, sino que es más bien su consecuencia¹⁶⁰.

¹⁵¹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 752; vid. también J. LIMBACH, «*Im Namen des Volkes*»: *Macht und Verantwortung der Richter*, 1999, pp. 92 ss.

¹⁵² R. LAMPRECHT, *Vom Mythos der Unabhängigkeit*, 2. Aufl. 1996, p. 31.

¹⁵³ *Juristische Schriften*, 1976, pp. 315 s.: Esta libertad no es, por supuesto, formal, ya que «el problema de la independencia judicial es, como todos los problemas constitucionales, un *problema político* y su comprensión no es posible si se busca el significado político de esta construcción conceptual (*Begriffsbildung*)».

¹⁵⁴ W. BILLING, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, 1969, p. 90.

¹⁵⁵ K. EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1960, pp. 161 s.

¹⁵⁶ Sobre esto, D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel*, 1997, p. 21 ss.; P. CASSIA, *Un juriste en politique*, 2009, pp. 9 ss.

¹⁵⁷ H. SCHULZE-FIELITZ, en H. DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. III, 2. Aufl. 2008, art. 97 núm. marg. 46.

¹⁵⁸ W. HEYDE, «*Rechtsprechung*», en E. Benda u. a. (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1994, § 33 núm. marg. 81.

¹⁵⁹ W. BILLING, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, 1969, p. 89.

¹⁶⁰ A. ARNDT, *Juristische Schriften*, 1976, pp. 320 ss.: «Un juez absoluto significaría una abolición de la democracia».

d) EL PRINCIPIO DE EQUIDAD PROCESAL

P. Häberle¹⁶¹ ha propuesto a la «equidad procesal» como principio universal. En el proceso constitucional no se disminuyen las garantías formales a favor de las participantes que buscan justicia, pero al mismo tiempo se fortalecen los medios que permiten al TCF llevar a cabo sus tareas a favor del ordenamiento jurídico objetivo¹⁶². La equidad procesal comprende los principios ya desarrollados de la independencia del tribunal y de la dimensión pública de los procesos constitucionales. Además, son relevantes principios como el de ser oído (*rechtliches Gehör*), presunción de inocencia (*Unschuldsvermutung*), duración razonable del proceso (*angemessene Verfahrensdauer*) y proceso judicial justo (*fairen verfassungsgerichtliches Verfahren*)¹⁶³.

El *derecho a ser oído* es válido en el derecho procesal constitucional, si bien su aplicabilidad tiene características especiales que no se pueden pasar por alto. M. Morlok¹⁶⁴ subraya con razón que este principio, en su mayor parte, no se basa en el art. 103 párr. 1 de la LF, pues en la interpretación y aplicación de la LF deben participar y ser escuchados otros órganos constitucionales y grupos plurales de la sociedad civil. Por lo tanto, el contenido de este principio es más amplio en los procesos constitucionales ante el TCF que en los demás ordenamientos procesales. El *principio de duración razonable del proceso*, sin lugar a dudas, se aplica también a los procesos constitucionales. Aunque el TCF ha demostrado que en casos urgentes está en capacidad de decidir en un corto periodo de tiempo –al menos, por el momento, mediante la emisión de una medida cautelar (art. 32 de la Ley del TCF)–, sin embargo, por lo general no es posible hacer una prognosis de la duración del proceso ante el TCF¹⁶⁵. En todo caso, la adecuación de la duración del proceso constitucional podría depender de las circunstancias del caso particular, del comportamiento procesal de los participantes o de la carga del TCF. El *proceso justo* como principio procesal del derecho procesal constitucional pertenece a los principios fundamentales del Estado constitucional. Es el resultado del art. 2 párr. 1 de la LF –en conjunción con el principio de Estado de derecho– y protege a la persona, esencialmente, frente a su objetivación en un proceso. De acuerdo con este principio, la persona para defender sus derechos debe

¹⁶¹ *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 13.

¹⁶² J. WINTRICH/H. LECHNER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit», en K. A. Bettermann u. a. (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. III/2, 2. Aufl. 1972, p. 643 (699).

¹⁶³ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, pp. 12 s.

¹⁶⁴ *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, 1993, pp. 201 s.; diferente Chr. STARCK, *Verfassungen: Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung*, 2009, p. 129.

¹⁶⁵ M. KLEINE-COSACK, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, 3. Aufl. 2013, p. 33.

poder influir en el desarrollo y resultado del proceso, ejercer sus facultades procesales autónomamente y evitar las injerencias del Estado o de otros participantes en el proceso¹⁶⁶. Los principios de juicio justo y *presunción de inocencia* merecen una atención especial; sobre todo, en los denominados «procesos cuasipunitivos» (*quasi-straftprozessuale Verfahren*)¹⁶⁷ (por ejemplo, en el procedimiento de pérdida de derechos fundamentales [*Grundrechtsverwirkungungsverfahren*], art. 18 frase 2 de la LF; en el procedimiento de prohibición de partidos políticos [*Parteiverbotsverfahren*], art. 21 párr. 2 frase 2 de la LF; en las acusaciones al presidente Federal [*Bundespräsidentenanklagen*], art. 61 de la LF; así como en la acusación de los jueces [*Richterranklage*], art. 98 párrs. 2 y 5 de la LF)¹⁶⁸.

e) EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL

Hasta ahora se ha discutido en la literatura si el TCF tiene la capacidad para crear normas procesales. Por una parte, G. Zembsch¹⁶⁹ afirma que la autonomía procesal (*Verfahrensautonomie*) es la «decisión judicial sobre cuestiones procesales», cuya respuesta el legislador le ha transferido deliberadamente al TCF, debido a que dichas cuestiones no pueden ser tratadas con los métodos tradicionales del derecho judicial vinculante –en particular, la interpretación y perfeccionamiento del derecho *praeter legem*–. Por otra parte, K. Schlaich¹⁷⁰ no está convencido de calificar la supuesta libertad procesal (*prozessuale Freiheit*) del TCF como «autonomía». En la medida que el TCF –como cualquier otro tribunal– está vinculado no solo a la Constitución, sino también a las leyes ordinarias, debe limitarse incidentalmente a llenar los vacíos por la vía de la analogía recurriendo al resto del derecho procesal alemán; la predisposición de la Ley del TCF hacia los vacíos (*Lückenfähigkeit*) es solo un defecto, no expresión de una «autonomía procesal» del TCF¹⁷¹.

¹⁶⁶ M. NIEMÖLLER, «Strafgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit», en D. Ch. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, p. 107 (113 s.).

¹⁶⁷ J. WINTRICH/H. LECHNER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit», en K. A. Bettermann u. a. (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. III/2, 2. Aufl. 1972, p. 643 (699).

¹⁶⁸ M. SACHS, *Verfassungsverfahren*, 3. Aufl. 2010, núm. marg. 107.

¹⁶⁹ *Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts*, 1971, p. 67.

¹⁷⁰ «Buchbesprechung», en *ZZP* 1973, p. 227 (230).

¹⁷¹ K. SCHLAICH/S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 57.

P. Häberle¹⁷² piensa que «un tribunal constitucional debería vivir de acuerdo con sus propias reglas de actuación, adaptadas a sus funciones particulares y puede, él mismo, crearlas en parte»¹⁷³. El *principio de autonomía procesal del TCF* se manifiesta aquí como una expresión evidente del derecho procesal constitucional en tanto derecho constitucional materializado¹⁷⁴. De acuerdo con este principio, el TCF tiene la capacidad «de regular sus procedimientos de manera autónoma e independiente»¹⁷⁵. A fin de defender su autonomía, no solo recurre a las funciones especiales de la jurisdicción constitucional, sino también a la cualidad de órgano constitucional del TCF. Esto puede ser aceptado. P. Häberle hace bien en no fundamentar su tesis de la autonomía procesal, básicamente, ni en la *teoría de la capacidad implícita (implizite Befähigung)* del legislador¹⁷⁶ a favor del TCF ni en el, tantas veces citado punto de vista, de la *predisposición de la Ley del TCF hacia las lagunas*¹⁷⁷. La primera es una ficción que no se puede justificar; la segunda, que se basa en el concepto de «laguna» (*Lücke*) —«un concepto propio y apreciado por el positivismo»¹⁷⁸— es, como afirma J. Esser¹⁷⁹, un autoengaño (*Selbsttäuschung*). El derecho procesal constitucional, en el sentido häberliano «no cae prisionero de la extendida ideología de las lagunas (*Lückenideologie*)»¹⁸⁰. Por el contrario, apela a lo que es *propio* de las funciones del TCF y de los procesos constitucionales tramitados ante él¹⁸¹. La autonomía procesal del TCF no se justifica a partir de la conexión con el art. 94 párr. 2, sino con el art. 93 párr. 1 de la LF. Este es la *magna charta* del TCF; a través de él recibe su cualidad de órgano constitucional¹⁸² y por medio de él se aseguran sus competencias. De este modo, la autonomía procesal aparece como un *anexo* de las com-

¹⁷² «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en P. Häberle (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (24 s.).

¹⁷³ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 218.

¹⁷⁴ Crítico N. ACHTERBERG, «Schrifttum», en *DVBl.* 1985, p. 649 (658).

¹⁷⁵ G. ZEMBSCH, *Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts*, 1971, p. 109; H. LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3. Aufl. 1973, vor § 17A. Por el contrario, Chr. HILLGRUBER/CHR. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2011, núm. marg. 23, entienden por autonomía procesal el *poder* del TCF para determinar «el curso del proceso según su propia voluntad».

¹⁷⁶ Al respecto, *vid.* M. BRODFÜHRER, *Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf «Wissenschaft und Praxis»*, 2010, pp. 24 ss.

¹⁷⁷ Sobre esto, *vid.* C.-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl. 1983, pp. 15 ss.

¹⁷⁸ W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, 1970, p. 281.

¹⁷⁹ *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, p. 175; W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, 1970, p. 281: «En el derecho no existen, en modo alguno, “lagunas”».

¹⁸⁰ P. HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 152. No se debe confundir este problema, que se debe rechazar, de las lagunas jurídicas con la cuestión de si el derecho debe, puede o quiere regular y en qué medida todas las relaciones vitales. Cfr. W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, 1970, p. 281.

¹⁸¹ *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 218.

¹⁸² H. LAUFER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, 1968, pp. 296 ss.

petencias del TCF; así, también podría en caso necesario invocar el art. 93 párr. 1 de la LF contra la regulación restrictiva de la ley ordinaria (art. 94 párr. 2 de la LF). Esto es así, «pues al legislador no le está permitido estrechar las competencias asignadas constitucionalmente, cuya interpretación extensiva o restrictiva es asunto del TCF»¹⁸³.

V. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. El derecho procesal constitucional: ¿simple derecho «técnico»?

El problema de la interpretación de la Ley del TCF ha recibido hasta ahora poca atención en la literatura. Se asume explícita o implícitamente que los métodos tradicionales de interpretación valen también para el derecho procesal constitucional¹⁸⁴. Desde esta perspectiva, la interpretación del derecho procesal se guía por los principios generales y los métodos tradicionales, debido a que el enfoque procesal no es un método especial, sino que se limita solamente a hacer hincapié en los criterios fácticos, el objetivo y la naturaleza del proceso, a fin de conseguir una solución justa de las cuestiones procesales¹⁸⁵. Así pues, el método del derecho procesal «no es nada distinto al empleado en el resto de las esferas del derecho»¹⁸⁶. Además, la «sociedad de aplicadores e intérpretes»¹⁸⁷ de la Ley del TCF se reduce; el proceso de interpretación nunca debería conducir a la creación del derecho (*Rechtsschaffung*)¹⁸⁸ y mucho me-

¹⁸³ K. SCHLAICH, «Buchbesprechung», en *ZZP* 1973, p. 227 (232). Por otra parte, queda abierta la cuestión de si el TCF, por medio de su autonomía procesal, se convierte en «legislador». De acuerdo con G. LENZ, *Neue Grundlage der Rechtsfindung*, 1940, p. 135, le ley en sentido amplio no sería solo una norma, sino también una sentencia (*Urteil*); por lo que legislación (*Gesetzgebung*) y jurisdicción (*Rechtsprechung*) no podrían separarse, en principio. «La ley contiene elementos de la sentencia, así como la sentencia contiene elementos de la legislación». Así, la suposición de que cada función representa la competencia exclusiva de determinados órganos resulta insostenible.

¹⁸⁴ En el ámbito del derecho procesal, la tendencia al tratamiento formalista es particularmente fuerte. Cfr. K. HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, 1. Teil, 1912, p. 14.

¹⁸⁵ Así, L. ROSENBERG U. A., *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl. 2004, p. 41 núm. marg. 8; A. MENGER, *System des oesterreichischen Civilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Bd. I, 1876, pp. 106 ss.; A. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Bd. I, 1885, pp. 254 ss.

¹⁸⁶ W. BREHM, en F. STEIN/M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 23. Aufl. 2014, vor § 1 núm. marg. 46; H. PRÜTTING, en *id./M. Gehrlein* (Hrsg.), *ZPO Kommentar*, 6. Aufl. 2014, Einleitung núm. marg. 55: «El derecho procesal está sujeto a las reglas y principios metodológicos generales. Una metodología y hermenéutica procesal civil autónoma no existe»; A. BAUMBACH U. A., *Zivilprozessordnung*, 73. Aufl. 2015, III. Anwendungshilfe núm. marg. 38.

¹⁸⁷ So E.-W. BÖCKENFÖRDE, «Geleitwort», en D. Ch. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichts-gesetz*, 2. Aufl. 2005, p. VII.

¹⁸⁸ A. WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Bd. I, 1885, p. 255.

nos a una modificación del derecho (*Rechtsänderung*); al contrario, el juez tiene que limitarse solamente «a aplicar»¹⁸⁹ el derecho también aquí.

En la mayoría de los casos el juez investiga –no subsume– las afirmaciones de las partes en cuanto a «si la posición jurídica pretendida por ambas partes es conforme a ley»¹⁹⁰. En el prefacio a la primera edición de su *Grundrisses des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, F. Stein¹⁹¹ sostuvo que «muy al contrario de las consideraciones jurídico-filosóficas: para mí, el proceso es “derecho técnico” en su manifestación más aguda, dominada por su utilidad cambiante (*wechselnde Zweckmäßigkeiten*), desprovista de valores eternos». Esta concepción «técnica» del proceso también es evidente cuando el proceso constitucional ante el TCF se define simplemente como «procedimiento jurídico ordenado» y el derecho procesal constitucional solo como «conjunto de normas jurídicas que regulan los procesos de los tribunales constitucionales y los procesos ante ellos»¹⁹². Cualquiera que piense así, no está realmente preocupado por el problema de la interpretación del derecho procesal. En la configuración, interpretación y aplicación del derecho procesal no se recurre a ningún método científico, pues el derecho procesal es solo práctica pura (*reine Praxis*); es decir, rutina pura (*reine Routine*)¹⁹³.

Elementos éticos o políticos del derecho procesal no se consideran¹⁹⁴. Además, las categorías jurídico-materiales de legalidad (*Rechtmäßigkeit*) e ilegalidad (*Rechtswidrigkeit*) no tendrían ninguna fuerza en la *esfera procesal*, ya que «la neutralidad valorativa» de las normas procesales, en tanto tales, resultaría claramente de la determinación de la finalidad del proceso¹⁹⁵. Para interpretar la norma textual procesal, los partidarios de esta tesis consideran

¹⁸⁹ G. LENZ, *Neue Grundlage der Rechtsfindung*, 1940, pp. 9 s.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, 3. Aufl. 1928, p. XIV.

¹⁹² E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., 2012, núm. marg. 29; K. STERN, en W. Kahl u. a. (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum GG*, Ordner 13, Art. 89-104, (Stand: Februar 2015), art. 94 núm. marg. 115: «En el proceso se deben tomar en cuenta todas las normas que se refieran al proceso, al curso del procedimiento, de los asuntos asignados al TCF».

¹⁹³ «A menudo se dice, de forma tan primitiva como equívoca, que el derecho procesal no pertenecería a las lecciones universitarias, que solo se aprende de la práctica de los tribunales. Esto solo puede referirse a las reglas puramente formales y técnicas del mero procedimiento. Los que se limitan a esto se convierten en formalistas y rutinarios que ven en las normas procesales solo “instrucciones de actos”». Cfr. W. SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, 1951, pp. IX s.; *id.*, *Grundlagen des Prozessrechts*, 2. Aufl. 1929, pp. 2 ss.

¹⁹⁴ Al respecto, F. WEBER, «Zur Methodik des Prozeßrechts», en *Studium Generale*, 1960, p. 182 (182 ss.); *vid.* también H. FENGE, «Juristische Methodenlehre und Prozessrechtswissenschaft», en *FS F. Weber*, 1975, p. 135 (135 ss.); R. BRUNS, «Methodik des Prozessrechts», en M. Thiel (Hrsg.), *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, 1972, p. 190 (190 ss.).

¹⁹⁵ W. SAX, «Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre», en *ZZP* 1954, p. 21 (49, 51).

solo a la interpretación teleológica como apropiada¹⁹⁶; por consiguiente, presuponen un enfoque excluyentemente teleológico, con ello se refieren con frecuencia a la libertad valorativa (*Wertfreiheit*) o «neutralidad valorativa» (*Wertneutralität*) de las disposiciones procesales y su interpretación¹⁹⁷, a menos que se aplique el método teleológico en relación con el bien común, la justicia¹⁹⁸ y el pluralismo. Sin embargo, el problema es mucho más complejo de lo que parece, ya que tiene que ver con la cuestión de si el derecho procesal general y el derecho procesal constitucional poseen un método propio¹⁹⁹.

2. La interpretación del derecho procesal constitucional

El proceso no es, en absoluto, un mero asunto jurídico-formal, más bien es una manifestación social y cultural que debe cumplir una tarea ético-social, y constituye una concretización del *bien común*, del *interés público*, de la *justicia* y de la *seguridad jurídica*²⁰⁰. A partir de aquí –en el sentido de W. Sauer²⁰¹– el proceso aparece «no simplemente como jurisprudencia (*Rechtsprechung*), sino como configuración del derecho (*Rechtsgestaltung*); no simplemente como aplicación del derecho (*Rechtsanwendung*), sino como establecimiento del derecho (*Rechtssetzung*); no simplemente como descubrimiento del derecho (*Rechtsfindung*), sino como creación del derecho (*Rechtsschöpfung*)». Bajo estas premisas, la interpretación en el ámbito del derecho procesal constitucional adquiere una gran relevancia²⁰². También las normas procesales se deben interpretar. P. Häberle²⁰³ habla de «métodos de interpretación y *topoi*²⁰⁴ en el derecho procesal constitucional» en el sentido que entre la interpretación

¹⁹⁶ Sobre la aplicación prioritaria del criterio teleológico, *vid.* T. VOGEL, *Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz*, 1969, pp. 35 s. E. SCHUMANN, «Prozessrecht und Methode», en *FS K. D. Kerameus*, Bd. I., 2009, p. 1209 (1224): «La respuesta a la pregunta de cuál es el sentido y el propósito de una norma procesal guía significativamente la interpretación» del derecho procesal.

¹⁹⁷ J. J. HAGEN, *Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren*, 1971, pp. 12 s.

¹⁹⁸ W. SAUER, *Juristische Methodenlehre*, 1970, p. 296.

¹⁹⁹ E. SCHUMANN, «Prozessrecht und Methode», en *FS K. D. Kerameus*, Bd. I., 2009, p. 1209 (1209 s.) opina que «las consideraciones metodológicas del derecho procesal proceden del reconocimiento de que no existe un método procesal *propio*».

²⁰⁰ W. SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, 1951, p. IX.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 3.

²⁰² P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 643: «A causa del carácter fragmentario de las normas procesales y del carácter dinámico de la jurisdicción constitucional, los métodos interpretativos adquieren especial importancia».

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Como, por ejemplo, la «tarea» y «autoridad» del TCF, su reputación, el deseo de aliviar su carga, la economía de trabajo y de proceso, etc. Cfr. P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 644.

de la LF y la interpretación de la Ley del TCF existen estrechas interrelaciones; una consecuencia sustantiva es el predominio de los dos *topoi* argumentales en ambas esferas, por lo que la interpretación del derecho procesal constitucional se orienta, consiguientemente, hacia el derecho constitucional sustantivo²⁰⁵.

El desarrollo del derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado posibilita defender un tratamiento *material* de los procesos constitucionales ante el TCF, frente al peligro de una consideración demasiado formal y vacía de contenido²⁰⁶. Puesto que esas normas son derecho constitucional material, los métodos tradicionales de interpretación no están en la aptitud de ofrecer una respuesta satisfactoria. A la interpretación de las normas procesales constitucionales le corresponde los mismos principios y métodos de la interpretación del derecho constitucional; en particular, *la interpretación conforme con la Constitución*, que no debe confundirse con el *principio de interpretación amistosa de la ley procesal con el derecho material*²⁰⁷. Esta última directriz obliga a los intérpretes de las leyes procesales a elegir entre varios posibles resultados aquel que corresponda mejor al derecho material; la interpretación del derecho procesal de manera amistosa con el derecho sustantivo debe describirse como la orientación de la interpretación de las leyes procesales hacia los valores y ordenamientos de validez del derecho sustantivo²⁰⁸. Pero la interpretación de las normas del TCF requiere también de sus propios métodos²⁰⁹, a los que P. Häberle²¹⁰ ha descrito perspicazmente como «técnicas de objetivación» (*Objektivierungstechniken*): por ejemplo, la orientación al caso particular, la adecuación de las formalidades procesales al fin y objeto de los procesos constitucionales ante el TCF, la interpretación y reinterpretación (*Umdeutung*) de las solicitudes, la interpretación favorable al

²⁰⁵ D. Th. TSATSOS/M. MORLOK, *Parteienrecht: Eine verfassungsrechtliche Einführung*, 1982, p. 125.

²⁰⁶ F. WEBER, «Zur Methodik des Prozeßrechts», en *Studium Generale*, 1960, p. 183 (184 ss.).

²⁰⁷ Sobre la interpretación conforme y la interpretación amistosa con los derechos humanos, *vid.* M. KOTZUR, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, p. 292.

²⁰⁸ Según E. SCHUMANN, «Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozeßgesetzes», en *FS K. Larenz*, 1983, p. 571 (571 ss.), ambos principios –interpretación conforme con la Constitución e interpretación amistosa con el derecho material– no se identifican. La *interpretación conforme a la Constitución* es una expresión de la jerarquía de las fuentes del derecho, pues el intérprete no puede evitar elegir solo la interpretación de la ley conforme a la Constitución si no quiere ser acusado de aplicar una norma nula; la *interpretación amistosa con el derecho sustantivo* es una expresión de la unidad del ordenamiento jurídico. Dado que no existiría una relación jerárquica entre el derecho sustantivo y el derecho procesal, sino más bien una relación de igualdad, faltaría aquí el motivo para pronunciar un resultado interpretativo inválido o ilícito.

²⁰⁹ E. SCHUMANN, «Einheit der Prozeßrechtsordnung oder Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken?», en *JZ* 1973, p. 484 (499): «La interpretación de la Ley del TCF en su conjunto siempre se ha sentido obligada a tener en cuenta las particularidades de la jurisdicción constitucional, sin perder las conexiones de sentido y valor con el resto del derecho procesal».

²¹⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, p. 645.

solicitante y la interpretación restrictiva de las normas de competencia. Incluso estos métodos de interpretación deben ser modificados de acuerdo con el proceso constitucional del que se trate²¹¹.

Además, hay que decir que no solo las normas materiales, sino también las normas procesales pueden alcanzar objetivos de política jurídica²¹²; con ello, el *positivismo jurídico procesal* (*prozessuale Rechtspositivismus*) se hace insostenible, tanto por la presunta «neutralidad valorativa» de las normas procesales como también por la «libertad de valores» interpretativa de las normas del derecho procesal constitucional. El derecho procesal constitucional es, por supuesto, «mucho más que solo un derecho técnico interesante»²¹³.

VI. CÍRCULO ABIERTO DE PARTICIPANTES EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. «PARTICIPANTES» EN LUGAR DE «PARTES»

1. Procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Federal sin partes procesales

En la apreciación del círculo de participantes se manifiesta también hasta qué punto el derecho procesal constitucional es autónomo con respecto a los demás ordenamientos procesales y al derecho constitucional material. A diferencia de otros ordenamientos procesales, acertadamente la Ley del TCF no habla de *partes* (*Parteien*) del proceso, sino de *participantes* (*Beteiligten*); estos ocupan un lugar especial en los procesos constitucionales ante el TCF²¹⁴, aunque la Ley del TCF carece de una regulación general y válida de la misma manera para todos los tipos de procesos²¹⁵. El círculo de participantes no está fijado uniformemente para todos los procesos, sino que depende de las disposiciones sobre los tipos individuales de procesos²¹⁶. La diversidad de los procesos constitucionales ante el TCF no permite, por eso, una manifestación uniforme²¹⁷.

²¹¹ *Ibid.*, pp. 645 s.

²¹² F. WEBER, «Zur Methodik des Prozeßrechts», en *Studium Generale*, 1960, p. 183 (184 ss.), *vid.* además, H. O. DE BOOR, *Die Auflockerung des Zivilprozesses*, 1939, pp. 7 ss.

²¹³ W. GEIGER, *Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß*, 1981, p. 40.

²¹⁴ CHR. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, p. 45 núm. marg. 27.

²¹⁵ TH. I. SCHMIDT, *Verfassungsprozessrecht*, 2010, p. 38.

²¹⁶ M. SACHS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2010, núm. marg. 64; D. Ch. UMBACH/T. DOLLINGER, en D. Ch. Umbach u. a. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2. Aufl. 2005, § 20 núm. marg. 10.

²¹⁷ E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 216.

Es importante ahora distinguir cuidadosamente entre los dos términos. Desde un punto de vista puramente terminológico, bajo el concepto de *participante* se comprende a «alguien que está involucrado en algo; colaborador (*Mitwirkender*), afectado (*Betroffener*): una solución satisfactoria para todos»²¹⁸; mientras que *parte* es «uno de los dos oponentes (*Gegner*) en un litigio»²¹⁹. Es decir, el término *participante* presupone colaboración (*Zusammenarbeit*) o cooperación (*Mitwirkung*); no es necesario que haya una disputa o un antagonismo. En contraposición a esto, el término *parte* exige tanto un contrincante como una disputa. Jurídicamente, *participante* sería «quien –sin conducir el proceso– desempeña una función y por eso está legitimado para presentar solicitudes, proponer un recurso jurídico y efectuar otras actuaciones procesales»²²⁰. *Parte* sería «aquel del que se solicita o contra el que se solicita protección jurídica ante el tribunal»²²¹. Así, partes serían «aquellas personas por las que (“demandante”) y contra las que (“demandado”) se solicita protección jurídica del Estado en propio nombre»²²².

El *participante* no necesariamente busca representar o satisfacer sus propios intereses personales, no conduce un proceso, sino que simplemente coopera dentro de él. La *parte* siempre se refiere (por ejemplo, en la Ley de Procedimiento Civil [ZPO]) a un demandante (*Kläger*) y a un demandado (*Beklagten*)²²³. El proceso se inicia con una demanda de protección jurídica (*Rechtsschutzbegehren*) de una *parte*, realizada y decidida *en interés de la parte*²²⁴. Según «el principio de las dos partes (*Zweiparteienprinzip*), como prohibición del denominado proceso consigo mismo (*In-sich-Prozess*)»²²⁵, están en «un proceso (...) siempre dos personas –ni más ni menos–»²²⁶ que dominan el proceso²²⁷; es decir, el proceso «tiene como requisito que dos partes estén enfrentadas entre sí, una de las cuales ataca y la otra rechaza la ofensiva»²²⁸. Para el modelo de *proceso contradictorio*, un proceso sin deman-

²¹⁸ DUDEN: *Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, Bd. 1, 1981, p. 373.

²¹⁹ DUDEN: *Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, Bd. 5, 1981, p. 1954.

²²⁰ C. CREIFELDS/K. WEBER, *Rechtswörterbuch*, 21. Aufl. 2014, p. 202.

²²¹ *Ibid.*, p. 945.

²²² K. SCHREIBER, Artikel: «Parteien des Zivilprozesses», en G. Lüke/H. Prütting (Hrsg.), *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, Ordner 7, 18/260, p. 1 (1).

²²³ Sobre esto, W. HENCKEL, *Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1961, pp. 15 ss.

²²⁴ W. F. LINDACHER, en W. Krüger/Th. Rauscher (Hrsg.), *Münch-Komm-ZPO*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, vor § 50 ss. núm. marg. 1.

²²⁵ *Ibid.*, núms. margs. 4 ss.; O. JAUERNIG/B. HESS, *Zivilprozessrecht*, 30. Aufl. 2011, p. 67 núm. marg. 3.

²²⁶ M. GEHRLEIN, en H. Prütting/*id.* (Hrsg.), *ZPO Kommentar*, 6. Aufl. 2014, § 50 núm. marg. 3.

²²⁷ K. SCHELLHAMMER, *Zivilprozess*, 13. Aufl. 2010, núm. marg. 1163.

²²⁸ M. VOLLKOMMER, en R. Zöllner (Hrsg.), *ZPO*, 30. Aufl. 2014, vor § 50 núm. marg. 2.

dante ni demandado es inconcebible²²⁹; *parte* constituye, por eso, un concepto clave del derecho procesal²³⁰.

2. «Participante» como categoría más apropiada del derecho procesal constitucional

Para la delimitación del concepto de parte y participante es importante saber si se trata o no de un proceso contradictorio. Es evidente, sin embargo, que el *principio bipartito* o *de las dos partes* del proceso civil no se aplica en los procesos constitucionales ante el TCF. Las partes en el derecho procesal general defienden un interés propio y privado; los participantes en el derecho procesal constitucional alegan, en cambio, el interés público de la Constitución²³¹, incluso cuando invocan un derecho fundamental específico²³². Por eso, con acierto, G. Leibholz²³³ ha resaltado que el proceso constitucional «no es una disputa entre partes (*Parteienstreit*) como el proceso civil». De ahí que el concepto de *parte* –como categoría procesal– no es aplicable al derecho procesal constitucional. Su contenido no se ajusta a la esencia pública, abierta y plural de los procesos constitucionales. Esto no solo significa, sin embargo, una particularidad o singularidad del derecho procesal constitucional. Más bien es una diferencia *estructural* y *sustancial* entre el derecho procesal constitucional y otros ordenamientos procesales, lo cual refuerza su autonomía.

Por lo tanto, no es una casualidad que la Ley del TCF hable de *participantes*, no de partes. En el derecho procesal constitucional, *participante* es un concepto más amplio que el de *parte* en el resto del derecho procesal. En una interpretación sustantiva, el término participante comprende no solo a aquellos que formalmente y de acuerdo con la Ley del TCF pueden participar en un proceso constitucional, sino también a todos aquellos que tienen voz en la opinión pública (*öffentliche Meinung*), que es un factor de legitimación²³⁴: por ejemplo,

²²⁹ D. LORENZ, Artikel: «Beteiligte, Verwaltungsrechtsschutz», en P. Krause (Hrsg.), *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Bd. 4, 9/430, p. 1 (1).

²³⁰ M. GEHRLEIN, en H. Prütting/*id.* (Hrsg.), *ZPO Kommentar*, 6. Aufl. 2014, § 50 núm. marg. 1.

²³¹ Además, por supuesto, hay un interés individual.

²³² P. HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *id.* (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1976, p. 1 (14 ss.).

²³³ «Der Status des Bundesverfassungsgerichts», en *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 2. Aufl. 1971, p. 37.

²³⁴ H. SCHULZE-FIELITZ, «Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung», en G. F. Schuppert/C. Bumke (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, p. 115, habla de diferentes funciones de la opinión pública: la funciones de integración, control y legitimación.

ciudadanos y ciudadanas, medios de comunicación, políticos, funcionarios, expertos (*Fachleute*), asociaciones, etc. Todos están interesados en el curso y finalización de los procesos constitucionales ante el TCF. Por ello, el derecho procesal constitucional del pluralismo y la participación se esfuerza por escuchar todas las voces y valorar todas las opiniones porque aquí no hay un círculo cerrado de participantes. J. Wintrich y H. Lechner²³⁵ han afirmado, con razón, que el proceso constitucional tiende a ampliar la participación en el proceso. Esto vale tanto para la comprensión del derecho procesal constitucional en sentido amplio (por ejemplo, en la elección de los jueces del TCF) como también en sentido estricto. En el control abstracto de las normas, *participante* es, por ejemplo, el solicitante (*Antragsteller*)²³⁶; en el recurso constitucional de amparo, el que presenta el recurso (*Beschwerdeführer*). En ambos procesos no existen oponentes a la solicitud (*Antragsgegner*) o al recurso (*Beschwerdegegner*)²³⁷. Incluso si se considera al proceso de conflicto entre órganos (*Verfahrensorgans-treit*) como un «proceso contradictorio», este no conoce en estricto de partes, sino de participantes²³⁸. Mientras que en el conflicto entre órganos participantes son el solicitante y el que se opone a la solicitud, el control concreto de normas (*konkrete Normenkontrolle*) no sabe de participantes²³⁹.

²³⁵ «Die Verfassungsgerichtsbarkeit», en K. A. Bettermann u. a. (Hrsg.), *Die Grundrechte*, 2. Aufl., Bd. III/2, 1972, p. 700.

²³⁶ En el control abstracto de las normas no existen *partes procesales* y no se trata, en sí, de un proceso contradictorio. El solicitante solo plantea ante el TCF la cuestión constitucional de si una determinada norma es conforme con la LF. El objeto del proceso no constituye el interés del solicitante y tampoco su solicitud, sino la norma como tal en su compatibilidad con la LF. Así, el solicitante aparece aquí como un mero participante, como un colaborador en el asunto de la protección de la Constitución.

²³⁷ K. SCHLAICH/S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl., 2012, núm. marg. 61.

²³⁸ El *proceso de conflicto entre órganos* se describe a menudo como un «proceso contradictorio» en el que los órganos constitucionales se enfrentan entre sí y, por lo tanto, no sería un proceso objetivo. El objeto de estos procesos sería la delimitación mutua de las competencias de los órganos constitucionales. Esto, sin embargo, es erróneo. En primer lugar, el proceso de conflicto entre órganos no es un *proceso contradictorio* porque los órganos constitucionales no tienen, en verdad, un interés propio y subjetivo, por mucho que la LF hable de «derechos y deberes» de los órganos. Se trata más bien de asegurar la *distribución jurídico-constitucional del poder*, esto es obviamente una cuestión constitucional objetiva. El solicitante y el que se opone a la solicitud son *colaboradores*. En este caso, están representando el *interés de la propia Constitución*. Acertadamente, W. RUPP-V. BRÜNNECK, *Verfassung und Verantwortung*, 1983, p. 247 sostiene que «incluso en los conflictos constitucionales contradictorios (...) el Tribunal está menos al servicio de la persecución del derecho subjetivo», «está más bien para interpretar la Constitución con fuerza vinculante en última instancia y para preservar su observancia como un ordenamiento jurídico objetivo». En segundo lugar, ambos participantes pertenecen a uno y al mismo sujeto de derecho: el «Estado», lo que de hecho hace de este proceso un *proceso consigo mismo (In-sich-Prozess)*, lo cual es incompatible con el *principio de las dos partes (Zweiparteienprinzip)*. Cfr. K. SCHLAICH/S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, núm. marg. 79.

²³⁹ Chr. PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. 1991, p. 45 núm. marg. 27.

VII. FUENTES JURÍDICAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. PLURALISMO Y APERTURA DE LAS FUENTES

1. En general

En la literatura, el problema de las fuentes jurídicas del derecho procesal constitucional apenas ha sido analizado²⁴⁰. Se entiende que sus fuentes más importantes son la LF, la Ley del TCF y el Reglamento del TCF²⁴¹; muy rara vez se han discutido sobre otras fuentes jurídicas: por ejemplo, si la jurisprudencia del propio TCF constituye una fuente del derecho procesal constitucional²⁴². Contra la *teoría estatalista* de las fuentes del derecho (*etatistische Rechtsquellenlehre*), sostenemos una *teoría pluralista* de las fuentes del derecho; ambas teorías serán referidas ahora en sus rasgos esenciales.

2. La teoría estatalista de las fuentes del derecho

«Todo el derecho es creado por el Estado»²⁴³. Así dice la tesis de partida de esta teoría que se basa en la metáfora de las fuentes²⁴⁴. El *derecho* es, sobre todo, un *producto de la decisión estatal*; otras formas de surgimiento del derecho apenas son concebibles²⁴⁵. El derecho tendría que entenderse como una fuerza o como una voluntad que procede del Estado —y solo del Estado—. De esta manera, el derecho constituye un producto acabado (*fertiges Produkt*) del Estado²⁴⁶. Según este ingenuo punto de vista positivista, todas las demás fuentes solo pueden tomarse en consideración en la medida que expresen directa o indirectamente la voluntad suprema del Estado²⁴⁷. Además, se rechaza la diversidad de ordenamientos jurídicos y sus relaciones entre sí²⁴⁸ o, si se asume esta diversidad, es

²⁴⁰ H. BETHGE, en Th. Maunz u. a. (Hrsg.), *BVerfGG Kommentar*, Bd. 1, Stand: Dezember 2014, Vorbemerkung núms. margs. 203 ss.; E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núms. margs. 30 ss.; M. SACHS, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2010, núms. margs. 1 ss.

²⁴¹ TH. RITTERSPACH, «Die Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts», en *EuGRZ* 1976, p. 57 (57 ss.).

²⁴² E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 33; H. BETHGE, en Th. Maunz u. a. (Hrsg.), *BVerfGG Kommentar*, Bd. 1, Stand: Dezember 2014, Vorbemerkung núm. marg. 212.

²⁴³ A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, p. 297.

²⁴⁴ F. OSSENBÜHL, en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 100 núms. margs. 1 ss.

²⁴⁵ D. GRIMM, «Rechtsentstehung», en D. Grimm (Hrsg.), *Einführung in das Recht*, 2. Aufl. 1991, p. 41.

²⁴⁶ Crítico, S. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, 1975, pp. 88 ss.

²⁴⁷ A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, p. 296.

²⁴⁸ S. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, 1975, pp. 88 ss.

necesario determinar y fijar su jerarquía (*Rangfolge*)²⁴⁹. Por ejemplo, según G. Radbruch²⁵⁰, el problema de las fuentes del derecho está relacionado con una «lucha por la primacía entre el derecho legislado (*Gesetzesrecht*) y el derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*)», no se trata de «un conflicto jurídico, sino de una prueba de fuerza» que se decide, en su mayor parte, a favor del derecho estatal. Así, no solo existe una jerarquía externa entre el derecho legislado y el derecho consuetudinario, sino también una jerarquía dentro del derecho legislado que se debe asegurar mediante la rigidez de la jerarquía de las fuentes del derecho (*Starrheit der Rechtsquellenhierarchie*)²⁵¹. Aparte de ello, la teoría estatalista de las fuentes del derecho considera que el derecho consuetudinario es «casi insignificante»²⁵², ya que el Estado aparece aquí como el único órgano del derecho o como el único creador de derecho²⁵³.

3. Pluralismo y apertura de las fuentes del derecho

P. Häberle ha cuestionado la metáfora de las fuentes del derecho (*Rechtsquelle*) y su teoría tradicional estatalista. A su juicio, la figura de «fuente del derecho» sugiere que el derecho está más o menos acabado, disponible y predeterminado a partir de una causa²⁵⁴. Pero el derecho es, más bien, *law in action* y solo «llega a ser» *a través de y en la interpretación*²⁵⁵. El concepto dogmático de un derecho completamente terminado no es más que «una ilusión»²⁵⁶. Además, en el Estado constitucional actual no existe un catálogo cerrado de fuentes del derecho²⁵⁷; su enumeración es solo ejemplificativa y el Estado ya no posee el monopolio de las fuentes del derecho²⁵⁸. La teoría estatalista de las fuentes jurídicas se contradice ya con el universo de la experien-

²⁴⁹ D. GRIMM, «Rechtsentstehung», en D. Grimm (Hrsg.), *Einführung in das Recht*, 2. Aufl. 1991, p. 71.

²⁵⁰ *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 13. Aufl. 1980, pp. 47 s.

²⁵¹ F. OSSENBÜHL, en J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 100 núms. margs. 1 ss.

²⁵² D. GRIMM, «Rechtsentstehung», en D. Grimm (Hrsg.), *Einführung in das Recht*, 2. Aufl. 1991, p. 41. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 13. Aufl. 1980, pp. 47 ss.

²⁵³ S. ROMANO, *Die Rechtsordnung*, 1975, p. 90.

²⁵⁴ P. HÄBERLE, «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neuerer Verfassungen», en *ARSP* 1995, p. 127 (138); *vid. también* L. MICHAEL, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*, 1997, pp. 21 s.

²⁵⁵ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 513; *id.*, «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neuerer Verfassungen», en *ARSP* 1995, p. 127 (138).

²⁵⁶ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990, p. 300.

²⁵⁷ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 164 s.

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 91 s.; 234; 759.

cia actual y no tiene ninguna propuesta de esclarecimiento adecuada para esta diversidad jurídica pluralista. Con razón, P. Häberle²⁵⁹ –siguiendo a J. Esser²⁶⁰– aboga por el carácter pluralista de las fuentes del derecho que no se fundamenta en la mera «estructura escalonada» (*Stufenbau*). Solo por medio de una observación atenta del proceso real de la formación del derecho actual se pueden explicar todas las cuestiones particulares de la teoría de las fuentes del derecho y de la interpretación²⁶¹.

La teoría abierta y pluralista de las fuentes del derecho²⁶² ha roto el pensamiento de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico; en todo caso, la estructura escalonada del ordenamiento jurídico (*Stufenbau der Rechtsordnung*), la imagen de la jerarquía, es solo una dimensión de la actuación de las fuentes del derecho. En la práctica, sin embargo, la aplicación del derecho es dinámica²⁶³; «así, junto a la interpretación de la ley conforme a la Constitución tiene lugar también la “interpretación de la Constitución conforme a la ley”»²⁶⁴. Además, es cuestionable si la distinción habitual²⁶⁵ entre fuentes jurídicas formales –fuentes de *conocimiento* del derecho (*Rechtserkenntnisquellen*)– y fuentes jurídicas materiales –fuentes de *producción* del derecho (*Rechtserzeugungsquellen*)–²⁶⁶ puede ser mantenida en pie, pues el *derecho judicial* (*Richterrecht*)²⁶⁷, que no es ningún «caso particular patológico, sino una forma

²⁵⁹ *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 514; *id.*, «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neuerer Verfassungen», en *ARSP* 1995, p. 127 (139).

²⁶⁰ *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, 1949, pp. 115 ss.; *id.*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990, p. 14.

²⁶¹ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. 1990, pp. 14, 137 ss. De acuerdo con J. ESSER, las verdaderas fuentes del derecho son «el acto *intencional* de creación del derecho de la actividad social con consecuencias jurídicas», solo el «hecho social (*fait social*) con el que la nueva norma jurídica adquiere eficacia, pero no el producto de este acto, la propia norma así creada».

²⁶² *Ibid.*, p. 291.

²⁶³ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, pp. 166 s.; *id.*, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3. Aufl. 1998, pp. 377 nota a pie 58a, 412 s., 436.

²⁶⁴ P. HÄBERLE, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, pp. 516 s.; *id.*, «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neuerer Verfassungen», en *ARSP* 1995, p. 127 (140 s.).

²⁶⁵ *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013, p. 164.

²⁶⁶ Sobre esto, U. MEYER-CORDING, *Die Rechtsnormen*, 1971, pp. 50 ss.

²⁶⁷ Al respecto, J. IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, pp. 60 ss.; H.-P. SCHNEIDER, *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*, 1968, pp. 7 ss.; CHR. HILLGRUBER, «“Neue Methodik” - Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland», en *JZ* 2008, p. 745 (745 ss.); *id.*, «Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem», en *JZ* 1996, p. 118 (118 ss.); según Chr. STARCK, «Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung», en *VVDStRL* 34 (1976), p. 43 (77), el derecho judicial no sería una fuente independiente del derecho «porque el juez carece de competencia para hacer una ley general abstracta». B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution*, 2014, p. V, afirma: «La República Federal ha pasado de ser un Estado constitucional democrático a un “Estado de los jueces”. Grandes áreas de todas las ramas jurídicas ya no están reguladas predominantemente por leyes, sino por “leyes hechas por jueces”. En estas áreas, se aplica el hecho ampliamente indiscutible: el derecho es lo que las instancias competentes del Tribunal Supremo declaran legalmente válido –hasta el próximo cambio de

de expresión necesaria del sistema jurídico»²⁶⁸, se ha asentado desde hace mucho tiempo «entre» estas categorías²⁶⁹. Por lo tanto, la antigua alternativa de derecho legislado o derecho judicial²⁷⁰ se está convirtiendo en el Estado constitucional, cada vez más, en un «tanto esto como lo otro» (*Sowohl-als-auch*) de las fuentes del derecho y en una apertura a *nuevas* fuentes del derecho²⁷¹. Esta pluralidad y apertura de la teoría de las fuentes jurídicas se aplica también al derecho procesal constitucional. Más allá de la LF, de la Ley del TCF y del Reglamento del TCF deben ser considerados los principios generales del derecho, el derecho procesal constitucional europeo, el derecho judicial²⁷², la comparación jurídica²⁷³ y los votos particulares²⁷⁴ como fuentes jurídicas del derecho procesal constitucional.

VIII. RECAPITULACIÓN

El derecho procesal constitucional del pluralismo y la participación no es simple derecho técnico. Es, en sí mismo, derecho constitucional concretizado. La constitucionalización de sus tareas, principios, métodos de interpretación, sujetos y fuentes jurídicas acerca el derecho procesal constitucional al derecho constitucional más que a la teoría general del proceso, al punto que la autonomía del derecho procesal constitucional puede ser sostenido en relación con el derecho procesal general. No solo el TCF, sino también todos encuentran en el derecho procesal constitucional un foro plural, abierto y público en el que ciudadanos y ciudadanas pueden participar en los asuntos públicos. La jurisdicción constitucional no solo se legitima por medio de su institucionalización

esta jurisprudencia. Esto también se aplica al derecho constitucional. El TCF se ha convertido en la *fuerza nacional suprema de derecho*».

²⁶⁸ Chr. SCHÖNBERGER, «Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen», en *VVDStRL* 71 (2012), p. 296 (332).

²⁶⁹ Sobre esto, *vid.* M. KOTZUR, *Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa*, 2004, pp. 518 s.

²⁷⁰ Sobre la distinción entre *derecho judicial (Richterrecht)* y «derecho jurisprudencial» (*Rechtssprechungsrecht*), *vid.* M. ALBERS, «Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen», en *VVDStRL* 71 (2012), p. 257 (286 s.; 367).

²⁷¹ «Nuevas» fuentes del derecho significa aquí para P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3. Aufl. 1998, p. 165, las antiguas fuentes del derecho que se manifiestan de una nueva forma; las nuevas fuentes del derecho (por ejemplo, los derechos humanos reconocidos internacionalmente, distintos a los derechos fundamentales existentes ya escritos) y ocasionalmente también el derecho natural; así también M. KOTZUR, *Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa*, 2004, pp. 517 ss.

²⁷² E. BENDA/E. KLEIN, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2012, núm. marg. 33: «Sin embargo, entre las fuentes jurídicas del derecho procesal constitucional, hay que incluir también la jurisprudencia del TCF, en la medida en que se ocupa de cuestiones de procedimiento constitucional».

²⁷³ P. HÄBERLE, «Aussprache», en *VVDStRL* 71 (2012), p. 348 (349).

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 348 (348).

constitucional o la «racionalidad» de sus decisiones, sino esencialmente también a través de las posibilidades de participación en los procesos constitucionales ante el TCF. Como en ningún otro ordenamiento procesal, en el derecho procesal constitucional son de gran importancia las audiencias públicas, los *amicus curiae briefs*, la participación de terceros –esto no en el sentido tradicional y limitado de la teoría general del proceso, sino en el sentido de una posibilidad de participación abierta y democrática de todos en el derecho procesal constitucional– y los votos particulares. El derecho procesal constitucional, como derecho del pluralismo y la participación, es el *derecho procesal de la Constitución* como proceso público, de la sociedad civil abierta y de la jurisdicción constitucional, a la que se ha denominado felizmente como la «jurisdicción del pluralismo» (*Pluralismusrechtsprechung*)²⁷⁵.

²⁷⁵ *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht*, 2014, p. 195.

H. APRECIACIONES FINALES

1. La comprensión de la Constitución por parte de P. Häberle se basa en una «concepción mixta de la Constitución» que se centra en el proceso público de elaboración de la Constitución y sus raíces culturales (M. Kotzur). La teoría pluralista de la Constitución no es aquí un accidente. En todas sus contribuciones existe abierta o sutilmente un desarrollo coherente de un problema constitucional determinado, que es abordado siempre con un enfoque interdisciplinario. La teoría de la Constitución del pluralismo constituye en la actualidad una de las más importantes teorías de la Constitución (P. de Vega), cuyo propósito es vincular, entre sí, a la Constitución, el Estado y la sociedad abierta. Esta teoría tiene muy poco que ver con una comprensión constitucional estrictamente formalista del Estado de derecho. Por eso, no es raro que el término «pluralismo» se asocie cada vez más con P. Häberle en el contexto del derecho público contemporáneo.

2. La esencia de la jurisdicción constitucional solo puede determinarse teniendo en cuenta la relación entre derecho y política. En la literatura, se absolutiza con demasiada frecuencia la dominación, el conflicto, la irracionalidad o el bienestar y felicidad como elementos inherentes de la política. Tal maniqueísmo es superado en la teoría häberliana. La política no se refiere a la técnica para obtener y mantener el poder con fines arbitrarios; no es ni la mera «influencia en la conducción de una comunidad política» (M. Weber) ni el arte del ejercicio del poder bajo la distinción entre amigo y enemigo (C. Schmitt). Por el contrario, *la política es el arte de lo posible y lo necesario*; el ejercicio racional del poder (que no es un fin en sí mismo) con el fin de lograr un consenso democrático; el buen orden de una sociedad abierta y plural en el que participan todos los ciudadanos y ciudadanas, los órganos constitucionales y las instituciones.

3. Mientras que en el pensamiento de la separación dualista (*dualistisches Trennungsdenken*) el derecho y la política aparecen como polos opuestos, en el pensamiento haberliano están tan interconectados que no pueden separarse nítidamente el uno de la otra. No se defiende un dualismo, pero tampoco una identificación absoluta. Derecho y política son elementos parciales de la *res publica* que se deben organizar de acuerdo con el criterio de la división del trabajo. Entre ellos existen coincidencias, pero también tensiones que, no obstante, pueden ser resueltas. Entre el derecho y la política no existe un principio ni un fin. El derecho de hoy es el resultado de la política de ayer. La política de hoy crea el derecho del mañana. Una supremacía del uno sobre la otra por eso no existe. Derecho y política no se representan como dos círculos autárquicos que se tocan en un punto, el derecho, por lo que el contenido de la norma aparece como político, y la producción y aplicación de las normas como pertenecientes a la esfera jurídica. Derecho y política, por lo tanto, no se oponen en el Estado constitucional democrático, son aspectos o funciones parciales de la *res publica* en su conjunto. Sirven cooperativamente al bien común.

4. El derecho constitucional apolítico no solo es un autoengaño, sino también una imposibilidad. El derecho constitucional «conlleva una existencia política». Su peculiaridad radica en su naturaleza como *derecho político*. Sin embargo, lo político también se manifiesta en la consideración del derecho constitucional como derecho de lo público (*Recht der Öffentlichkeit*), del conflicto y compromiso (*Konflikt- und Kompromissrecht*). El derecho constitucional democrático puede ser concebido como el «derecho de lo público *par excellence*». Esto significa que la dimensión pública es la ley bajo la cual la Constitución nace y debe seguir desarrollándose. Es en la esfera pública donde se encuentran las condiciones y vías del desarrollo ulterior de la Constitución. La realidad de esta se convierte en la realidad de su derecho constitucional en tanto *derecho de lo público y de la res publica*. La política comprende inevitablemente los conflictos y consensos, pero también las posibilidades (de configuración). El conflicto contiene, desde un principio, las semillas del consenso. No se puede hablar de consenso si no existe un conflicto previo. El derecho constitucional regula el orden político de una comunidad, busca el consenso básico (*Grundkonsens*) de una sociedad civil. En este sentido se habla del derecho constitucional como *derecho del conflicto y del compromiso*.

5. En la teoría de la Constitución pluralista, lo político no constituye un «añadido» (*Zusatz*) de la jurisdicción constitucional; muy por el contrario, es inherente a ella. La jurisdicción constitucional tiene una incontrovertible esencia política, por las siguientes razones: el derecho y la política se manifiestan inseparables, el *derecho puro* o la *política pura* no existen; la Constitución

tiene un gran contenido político; el derecho constitucional se transforma en un auténtico derecho político; las controversias jurídico-constitucionales siempre incluyen una cuestión política; la interpretación de la Constitución es, al mismo tiempo, un proceso jurídico y político; las decisiones del TCF, a menudo, tienen un impacto significativo en el ámbito de la política; los jueces (constitucionales) como seres humanos con preconcepciones, tienen también una inevitable dimensión política. Así, la jurisdicción constitucional no está, en realidad, ni *entre* el derecho y la política ni *en* el campo de tensión (*Spannungsfeld*) de ellos; por el contrario, *lo político pertenece a su esencia desde el principio*. De ahí que el eslogan frecuentemente repetido de la «juridificación de la política» (*Verrechtlichung der Politik*) o de la «politización del derecho» (*Politisierung des Rechts*) signifique muy poco en el Estado constitucional del presente; a lo sumo, solo la advertencia frente a un exceso de activismo judicial de parte del TCF.

6. La teoría constitucional del pluralismo no aboga por un dualismo estricto ni por una equiparación real o presunta del Estado y la sociedad. La Constitución de la *res publica constituyee*, por un lado, al Estado y, por otro, estructura a la sociedad en el sentido liberal. Por eso, no existe libertad política sin una libertad real de la sociedad. En lugar del inútil modelo dualista Estado/sociedad, P. Häberle recurre a la imagen de la «tríada de los ámbitos republicanos». Se trata de una feliz conceptualización que logra integrar y armonizar los tres ámbitos de la comunidad –lo *privado*, lo *público* y lo *estatal*– de un Estado constitucional democrático. Esta tríada es, además, el contrapunto de todas las formas de Estados y sociedades totalitarias. Puesto que la Constitución es el ordenamiento jurídico fundamental del Estado y la sociedad, y el derecho constitucional regula el ordenamiento político de una comunidad, además de buscar el consenso básico de una sociedad civil, la jurisdicción constitucional asume una responsabilidad compartida y nuevas funciones con respecto a la sociedad. La acertada imagen del *TCF como tribunal social*, como judicatura del bien común, como parte y garante del principio de separación de poderes y como participante en el proceso político, nos muestra una transformación en la esencia de la jurisdicción constitucional. Cada vez es, en menor medida, una función estatal que una función pública del bien común. El TCF es, sobre todo, un tribunal social (*gesellschaftliches Gericht*).

7. Debido a que la teoría tradicional de la interpretación –con su ideología de la subsunción y sus métodos limitados de interpretación– no puede captar la apertura y el pluralismo de la interpretación de la Constitución, se exige para la jurisdicción constitucional del pluralismo una teoría propia de la interpretación constitucional. Se propone aquí a la *teoría de la Constitución*

como auténtica hermenéutica constitucional, toda vez que es compatible con la esencia y las funciones de una Constitución pluralista. La «hermenéutica constitucional», por supuesto, no presupone un simple proceso de investigación (*Ermittlungsverfahren*) del texto de una norma, sino una *intensa actividad pretoriana*. Los rasgos esenciales de esta hermenéutica constitucional pueden resumirse de la siguiente manera: renuncia a la tesis de la identidad del derecho con la ley; la incompleción del texto de la Constitución no es un defecto; superación del dualismo ser/deber ser; la precomprensión como elemento inherente de la hermenéutica constitucional; la interpretación no como actividad pasiva, sino como una acción práctica y configuradora; la naturaleza relativa de la racionalidad de la interpretación constitucional; existencia de un *catálogo abierto de métodos interpretativos*; carácter creativo la interpretación de la Constitución; relatividad de su corrección; interpretación tópica de la Constitución; existencia de fines y tareas pluralistas de la interpretación constitucional e integración *de todos* en el proceso interpretativo constitucional.

8. El derecho procesal constitucional como derecho de la participación y del pluralismo no es un mero «derecho técnico». Es, en sí mismo, derecho constitucional material y concretizado. La constitucionalización de sus tareas, principios, interpretación, sujetos y fuentes jurídicas aproxima más el derecho procesal constitucional al derecho constitucional que al derecho procesal general, de modo que se puede establecer su autonomía con respecto a la teoría general del proceso. No solo para el TCF, sino también para todos los participantes, el derecho procesal constitucional es el *foro plural, abierto* y público en el que pueden participar, potencial y actualmente, los ciudadanos y ciudadanas en los asuntos públicos. De esta manera, la jurisdicción constitucional no solo se legitima por medio de su creación institucional o de la «racionalidad» de sus decisiones, sino esencialmente también mediante las posibilidades de participación en los procesos constitucionales ante el TCF. Es en el derecho procesal constitucional donde las audiencias públicas, los *amicus curiae briefs*, la participación de terceros y los votos particulares adquieren una gran relevancia. El derecho procesal constitucional como *derecho del pluralismo y la participación*, es el derecho procesal de la *Constitución como proceso público*, de la sociedad civil abierta y de la jurisdicción constitucional del pluralismo.

9. No cabe duda que las teorías háberlianas propuestas y aquí desarrolladas han encontrado una gran resonancia en Alemania y Europa¹, aun cuando muchas veces no es citado en la jurisprudencia o en la literatura. Además,

¹ A. VOSSKUHLE/Th. WISCHMEYER, «Der Jurist im Kontext», en *JöR* 63 (2015), p. 401 (416 nota a pie 105).

sus teorías también han sido recibidas con entusiasmo fuera de Europa². No solo los juristas extranjeros siguen con gran interés sus pensamientos. Muchos tribunales constitucionales de otros países lo han adoptado en sus decisiones. Piénsese, por ejemplo, en las decisiones del Tribunal Constitucional peruano con respecto a la teoría häberliana de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales³, de la dignidad del ser humano como «premisa antropológica» del Estado constitucional⁴, de la Constitución como cultura⁵, del derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado⁶, de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución⁷, del Tribunal Constitucional como «tribunal social»⁸ y de la economía social de mercado⁹. El Supremo Tribunal Federal de Brasil también ha aceptado la teoría de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales¹⁰. La Corte Constitucional colombiana ha confirmado tempranamente la teoría sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales¹¹, así como la Corte Suprema de Argentina ha retomado recientemente la tesis de la Constitución como cultura¹². Por último, pero no menos importante, el Tribunal Constitucional de Chile también debe ser mencionado por la aplicación de la concepción häberliana de la familia y el matrimonio¹³.

10. En este contexto, no es una coincidencia que las teorías de P. Häberle se hayan vuelto cada vez más relevantes con el transcurso del tiempo. Esto se debe, ciertamente, a su apertura hacia las diferentes corrientes de pensamiento, a su capacidad de integrar puntos de vista aparentemente contradictorios e irreconciliables¹⁴, pero también a su visión realista, pero siempre optimista del futuro. En esto radica el gran potencial futuro de sus planteamientos para una *teoría constitucional alemana, europea y universal*, en la que trabaja desde hace mucho tiempo.

² Cfr. P. HÄBERLE, *Veröffentlichungen* (Stand: März 2015), pp. 52 ss.

³ STC 1417-2005-AA/TC, 21.

⁴ STC 0042-2004-AI/TC, 1.

⁵ STC 0008-2003-AI/TC, 5.

⁶ STC 00025-2005-AI/TC, 15.

⁷ STC 00025-2005-AI/TC, 23.

⁸ STC 0048-2004-AI/TC, 6.

⁹ STC 04223-2006-AA/TC, 14.

¹⁰ ADI 4.096 de 7 de marzo de 2012, 2.

¹¹ T-002/92, 4 und T-799/98, 3.

¹² Caso: concentración de los medios de comunicación, G. 439. XLIX. REX de 29 de octubre de 2013, p. 192.

¹³ Decisión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, de 3 de noviembre de 2013, 3.

¹⁴ Abraza con gusto la tradición sin caer en una perspectiva puramente alemana o eurocentrista.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHTERBERG, Norbert, *Parlamentsrecht*, Tübingen 1984.
- «Schrifttum», in *DVBl.* 1985, S. 413-414.
- ALBERS, Marion, «Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen», in *VVDStRL* 71 (2012), S. 257-295.
- ALBERT, Hans, *Plädoyer für kritischen Rationalismus*, 3. Aufl., München 1973.
- *Traktat über kritische Vernunft*, 3. Aufl., Tübingen 1975.
- ALEMANN, Ulrich von, Artikel «Politik», in Heun, Werner/Honecker, Martin/Morlok/Wieland, Joachim (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuausgabe, Stuttgart 2006, S. 1803-1084.
- ALEXY, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M. 1995.
- ALTMAIER, Peter, «Das Atomrecht und seine Herausforderungen», in 14. Deutsches Atomrechtssymposium. Veranstaltet vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zusammen mit Martin Burgi, Baden-Baden 2013, S. 11-19.
- ANDERHEIDEN, Michael, *Gemeinwohl in Republik und Union*, Tübingen 2006.
- ANGERMANN, Erich, «Das Auseinandertreten von “Staat” und “Gesellschaft” im Denken des 18. Jahrhunderts», in *ZfP* 1963, S. 89-101.
- ANSCHÜTZ, Gerhard, *Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919: Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14. Aufl. Bad Homburg von der Höhe u. a. 1933 (Nachdruck 1968).
- APELT, Willibald, «Ist der Streit um die Verfassungsmäßigkeit des EVG-Vertrages eine Streitigkeit im Sinne des Art. 93 GG?», in *NJW* 1953, S. 639-641.
- ARENDT, Hannah, *Was ist Politik? Fragmente aus dem Nachlass (herausgegeben von Ursula Ludz)*, München 1993.

- ARENS, Peter, «Zur Problematik von non-liquet-Entscheidungen», in Dieckmann, Albrecht/Frank, Reiner/Hanisch, Hans/Simitis, Spiros (Hrsg.), *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*, Baden-Baden 1986, S. 13-29.
- ARNAULD, Andreas von, «Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen», in *VVDStRL* 74 (2015), S. 39-87.
- ARNDT, Adolf, *Geist der Politik: Rede*, Berlin 1965.
- *Gesammelte juristische Schriften: Ausgewählte Aufsätze und Vorträge 1946-1972 (herausgegeben von Ernst-Wolfgang Böckenförde/Walter Lewald)*, München 1976.
- *Politische Reden und Schriften (herausgegeben von Horst Ehmke und Carlo Schmid)*, Berlin u. a. 1976.
- «Umwelt und Recht», in *NJW* 1963, S. 24-25.
- *Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919*, mit Einleitung und Kommentar, Berlin u. a. 1919.
- ARNDT, Hans-Wolfgang/FETZER, Thomas, *Öffentliches Recht: Grundriss für das Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft*, 16. Aufl., München 2013.
- AUSTERMANN, Philipp, «Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber», in *DÖV* 2011, S. 267-272.
- BACHOF, Otto, «Aussprache», in *VVDStRL* 9 (1952), S. 118-119.
- «Buchbesprechung», in *DÖV* 1982, S. 462-463.
- «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», in *Summum ius summa iniuria*. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben. Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus Wintersemester 1962/63, Tübingen 1963, S. 41-57.
- «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», in *Universitas. Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur*, 21/1966, S. 137-152.
- «Rechtsweg, Parteifähigkeit, Prozeßführungsrecht und Sachlegitimation im Verfassungsstreit», in *AöR* 1953-1954, S. 107-121.
- BADURA, Peter, *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 5. Aufl. München, 2012.
- BAER, Susanne, «Verfassungsvergleich und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz», in *ZaöRV* 2004, S. 735-758.
- «Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus», in *JöR* 63 (2015), S. 389-400.
- BALDUS, Manfred, «Buchbesprechung», in *Der Staat* 35 (1996), S. 145-149.
- BALLERSTEDT, Kurt, «Privatrecht und Politik: Zur Frage der politischen Bildung der Juristen», in ders./Friesenhahn, Ernst/v. Nell-Breuning, Oswald (Hrsg.), *Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie: Festgabe für Otto Kunze zum 65. Geburtstag*, Berlin 1969, S. 39-63.
- BARAK, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, New Jersey, 2005.

- BÄRSCH, Claus-Ekkehard, «Der Gerber-Laband'sche Positivismus», in Sattler, Martin J. (Hrsg.), *Staat und Recht: Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, München 1972, S. 43-71.
- BASSO, Lelio, «Die Marxsche Staatsauffassung», in Pozzoli, Claudio (Hrsg.), *Rahmenbedingungen und Schranken staatlichen Handelns: Zehn Thesen*, Frankfurt a. M. 1976, S. 9-26.
- BATTIS, Ulrich/GUSY, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 5. Aufl., Berlin 2011.
- BAUMBACH, Adolf/LAUTERBACH, Wolfgang/ALBERS, Jan/HARTMANN, Peter, *Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen*, 73. Aufl., München 2015.
- BAUMGARTEN, Torsten, *Anforderung an die Begründung von Richtervorlagen*, Baden-Baden 1996.
- BÄUMLIN, Richard, *Staat, Recht und Geschichte*, Zürich 1961.
- BAUR, Fritz, *Beiträge zum materiellen Recht und Verfahrensrecht: Zum 75. Geburtstag am 6. Juli 1986 (herausgegeben von Wolfgang Grunsky, Rolf Stürmer, Gerhard Walter und Manfred Wolf)*, Tübingen 1986.
- *Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit: Eine gerichtsverfassungsgerichtliche Untersuchung*, Tübingen 1954.
- BECKER, Hans Joachim, «Buchbesprechung», in *NJW* 1971, S. 926-927.
- BENDA, Ernst, «Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld von Recht und Politik», in *ZRP* 1977, S. 1-5.
- «Die Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland», in Starck, Christian/Weber, Albrecht (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Bd. I, Baden-Baden 1986, S. 121-148.
- «Richter und Politik», in Cotta, Sergio/ders./Schambeck, Herbert/Malinverne, Alessandro (Hrsg.), *Richter und Politik*, Heidelberg u. a. 1978, S. 37-52.
- BENDA, Ernst/KLEIN, Eckart/KLEIN, Oliver, *Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch*, 3. Aufl., München u. a. 2012.
- BERKEMANN, Jörg, in Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., Heidelberg 2005, § 32.
- BERNHARDT, Rudolf, «Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht», in *ZaöRV* 1964, S. 431-452.
- BETHGE, Herbert, «Die materielle Verfassungsstreitigkeit zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», in Baumeister, Peter/Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.), *Staat, Verwaltung und Rechtsschutz: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag*, Berlin 2011, S. 61-79.
- in Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/ders. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, Bd. I, München (Loseblatt, Stand: Dezember 2014), Vorbemerkung vor § 17.
- in *DVBl.* 1986, S. 957.
- «Verfassungsstreitigkeiten als Rechtsbegriff», in *Jura* 1998, S. 529-534.

- BETTERMANN, Karl August, «Die rechtsprechende Gewalt», in *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, Heidelberg 1988, § 73.
- BETTI, Emilio, *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Tübingen 1962.
- BEYME, Klaus von, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes: Demokratische Doktrin und politische Wirklichkeit*, Tübingen 1968.
- *Vergleichende Politikwissenschaft*, Wiesbaden 2010.
- BICKENBACH, Christian, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers: Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen 2014.
- BILFINGER, Carl, «Verfassungsrecht als politisches Recht», in *ZfP* 1929, S. 281-298.
- BILLING, Werner, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht: Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit»*, Berlin 1969.
- BIRK, Rolf, «Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen», in Gerd Roellecke (Hrsg.), *Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidungen*, Darmstadt 1982, S. 340-367.
- BIRKE, Adolf M., *Pluralismus und Gewerkschaftstheorie in England. Entstehungsgeschichte einer politischen Theorie*, Stuttgart 1978.
- BLANKENBURG, Erhard/TREIBER, Hubert, «Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *JZ* 1982, S. 543-551.
- BLECKMANN, Albert, *Staatsrecht I: Grundlagen, Staatszielbestimmungen und Staatsorganisationsrecht des Bundes*, Köln u. a. 1993.
- BLEEK, Wilhelm, *Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg: Studium, Prüfung und Ausbildung der höheren Beamten des allgemeinen Verwaltungsdienstes in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert*, Berlin 1972.
- BLOCH, Ernst, *Das Prinzip Hoffnung: in fünf Teilen*, Frankfurt a. M. 1959.
- *Politische Messungen, Pestzeit, Vormärz*, Frankfurt a. M. 1985.
- BLUNTSCHLI, Johann Caspar, *Allgemeines Staatsrecht*, Bd. I, 3. Aufl., München 1863.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, Artikel: «Staat und Gesellschaft», in *Staatslexikon*, Bd. 5, 7. Aufl., Freiburg i. Br. u. a. 1989, S. 228-235.
- «Aus den Geleitworten zur Voraufgabe», in *Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., Heidelberg 2005.
- «Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart», in ders. (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, S. 395-431.
- «Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft», in Achterberg, Norbert/Krawietz, Werner/Wydukkel, Dieter (Hrsg.), *Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Berlin 1983, 317-331.

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik», in *NJW*, 1976, S. 2089-2099.
- *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Opladen 1973.
- In Quaritsch, Helmut (Hrsg.), *Complexio Oppositorum: Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Berlin 1988, S. 283-299.
- *Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. M. 1976.
- *Staat, Nation, Europa: Studien zu Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M. 1999.
- *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a. M. 1991.
- «Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation», in *NJW* 1999, S. 9-17.
- *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin 2011.
- BOEHL, Henner Jörg, *Verfassungsgebung im Bundesstaat: Ein Beitrag zur Verfassungslehre des Bundesstaates und der konstitutionellen Demokratie*, Berlin 1997.
- BOGDANDY, Armin von/VENZKE, Ingo, in *Wessen Namen?: Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*, Berlin 2014.
- BOLDT, Hans, «Verfassungsrechtsprechung ohne Grenzen? Bemerkungen zum Versuch, dem Bundesverfassungsgericht "funktionell-rechtlich" Schranken zu setzen», in Geis, Max-Emanuel/Umbach, Dieter C. (Hrsg.), *Planung – Steuerung – Kontrolle: Festschrift für Richard Bartlspurger zum 70. Geburtstag*, Berlin 2006, S. 199-213.
- BOROWSKI, Martin, «Subjekte der Verfassungsinterpretation», in *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 274.
- BRANDT, Reinhard, *Zu Kants politischer Philosophie*, Stuttgart 1997.
- BRAUN, Johann, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., Tübingen 2011.
- BREHM, Wolfgang, in Stein, Friedrich/Jonas, Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung (herausgegeben von Reinhard Bork und Herbert Roth)*, Bd. 1, 23. Aufl., Tübingen 2014, Einleitung.
- BREUNIG, Werner, *Verfassungsgebung in Berlin 1945-1950*, Berlin 1990.
- BRIEFS, Goetz, Artikel: «Gesellschaft», in *Staatslexikon*, Bd. III, 6. Aufl., Freiburg i. Br. 1959, S. 817847.
- BRODFÜHRER, Michael, *Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf «Wissenschaft und Praxis»*, Baden-Baden, 2010 es kann sie, die ngsgerichtsbarkeit, sondern auch auf die Verfassungsorganqualität des BVerfG.d es kann sieBaden-Baden 2010.
- BRUGGER, Winfried, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, 2. Aufl., München 2001.
- «Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze», in *AöR* 1994, S. 1-34.
- «Kultur, Verfassung, Recht, Staat», in *AöR* 2001, S. 271-293.

- BRUNNER, Otto, «Die Freiheitsrechte in der altständischen Gesellschaft», in Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, S. 20-36.
- Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte, 3. Aufl., Göttingen 1980.
- BRUNS, Rudolf, «Methodik des Prozessrechts», in Thiel, Manfred (Hrsg.), *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden: Methoden der Rechtswissenschaft Teil I*, München u. a. 1972, S. 190-204.
- BRYDE, Brun-Otto, *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 1982.
- BULL, Hans Peter, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*, 2. Aufl., Kronberg/Ts. 1977.
- BYDLINSKI, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien u. a. 1991.
- «Privatrecht und umfassende Gewaltenteilung», in *Walter Wilburg zum 70. Geburtstag*, Festschrift, Graz 1975, S. 53-76.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz: Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 2. Aufl., Berlin 1983.
- CASSIA, Paul, *Robert Badinter: Un juriste en politique*, Paris 2009.
- CAVALLAR, Georg, *Pax Kantiana: Systematisch-historische Untersuchung des Entwurfs «Zum ewigen Frieden» (1775) von Immanuel Kant*, Wien u. a. 1992.
- COING, Helmut, *Die juristische Auslegungsmethode und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Köln u. a. 1959.
- COLES, Christina, *Folgenorientierung im richterlichen Entscheidungsprozeß: Ein interdisziplinärer Ansatz*, Frankfurt a. M. u. a. 1991.
- CONZE, Werner, «Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands», in Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, S. 37-76.
- CORZILLIUS, Martin, «Recht», in Böhl, Meinrad/Reinhard, Wolfgang/Walter, Peter (Hrsg.), *Hermeneutik: Die Geschichte der abendländischen Textauslegung von der Antike bis zur Gegenwart*, Wien u. a. 2013, S. 277-346.
- CREIFELDS, Carl/WEBER, Klaus, *Rechtswörterbuch*, 21. Aufl., München 2014.
- DAU-LIN, Hsü, «Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff», in *AöR* 1932, S. 27-53.
- DE BOOR, Hans Otto, *Die Auflockerung des Zivilprozesses: Ein Beitrag zur Prozeßreform*, Tübingen 1939.
- DECKERT, Martina Renate, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, München 1995.
- DEGENHART, Christoph, *Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht: Mit Bezügen zum Europarecht*, 30. Aufl., München u. a. 2014.
- DENNINGER, Erhard, «Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtordnung. Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts», in Tohidipur, Mehdi (Hrsg.), *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik*, Frankfurt a. M. 1976, S. 163-183.

- DEPENHEUER, Otto, *Der Wortlaut als Grenze: Thesen zu einem Topos der Verfassungssinterpretation*, Heidelberg 1998.
- DERPMANN, Simon, *Gründe der Solidarität*, Münster 2013.
- DETTERBECK, Steffen, in Sachs, Michael (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 6. Aufl., München 2011, Art. 93.
- DI FABIO, Udo, *Das Recht offener Staat: Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie*, Tübingen 1998.
- *Der juristische Begriff des Politischen*, Trier 2001.
- DILTHEY, Wilhelm, *Gesammelte Schriften: Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, Bd. VII, 2. Aufl., Stuttgart u. a. 1958.
- *Gesammelte Schriften. Die geistige Welt: Einleitung in die Philosophie des Lebens*, Bd. V, 2. Aufl., Stuttgart u. a. 1957.
- DOEHRING, Karl, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts*, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1984.
- «Der "pouvoir neutre" und das Grundgesetz», in *Der Staat* 3 (1964), S. 201-219.
- DOLZER, Rudolf, *Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1972.
- *Verfassungskonkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht und durch politische Verfassungsorgane: Die Geeignetheit des Entscheidungsverfahrens als Kriterium verfassungsgerichtlicher Kompetenz*, Heidelberg, 1982.
- DOPATKA, Friedrich-Wilhelm, *Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt: Zur Analyse der Entwicklung des Bundesverfassungsgerichts und der adressatenspezifischen Bezüge seiner Rechtsprechung*, Berlin 1982.
- DRATH, Martin, «Aussprache», in *VVDStRL* 1963, S. 106-108.
- «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», in *VVDStRL* 9 (1952), S. 17-116.
- DREIER, Horst, Artikel 19, in ders. (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013, S. 1700-1788.
- «Integration durch Verfassung? Rudolf Smend und die Grundrechtsdemokratie», in Hufen, Friedhelm/Berlit, Uwe/Dreier, Horst (Hrsg.), *Verfassungen zwischen Recht und Politik. Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider*, Baden-Baden 2008, S. 70-96.
- DREIER, Ralf, *Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt a. M. 1981.
- «Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation», in ders./Schwegmann, Friedrich (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation: Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden 1976, S. 13-47.
- DREWS, Claudia, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG*, Baden-Baden 2005.
- Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache*, Bd. 6, Mannheim u. a. 1981.
- DÜRIG, Günter, «Aussprache», in *VVDStRL* 20 (1963), S. 115.
- EBELING, Gerhard, *Kritischer Rationalismus? Zu Hans Alberts «Traktat über kritische Vernunft»*, Tübingen 1973.

- EBSEN, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung: Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlin 1985.
- EHLERS, Dirk, *Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl: Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Bildung von Richterwahlausschüssen*, Berlin 1998.
- EHMKE, Horst, «“Staat” und “Gesellschaft” als verfassungstheoretisches Problem», in Hesse, Konrad/Reicke, Siegfried/ders. (Hrsg.), *Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tübingen 1962, S. 23-49.
- «“Staat” und “Gesellschaft” als verfassungstheoretisches Problem», in Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft, Darmstadt 1976*, S. 241-274.
- *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik (herausgegeben von Peter Häberle)*, Königstein/Ts. 1981.
- «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», in *VVDStRL* 20 (1963), S. 53-102.
- *Wirtschaft und Verfassung: Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung*, Karlsruhe 1961.
- EICHENBERGER, Kurt, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Bern 1960.
- EISENBLÄTTER, Bernd, *Die Überparteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts im politischen Prozess*, Mainz 1976.
- «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Prozeß: Ein Beitrag zur Überparteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts», in *JöR* 29 (1980), S. 63-83.
- EISWALDT, Wolfgang, *Die Staatsgerichtshöfe in den deutschen Ländern und Art. 19 der Reichsverfassung*, München 1927.
- ENGELMANN, Klaus, *Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht: Zugleich ein Beitrag zum materiellen Verständnis des Verfassungsprozeßrechts*, Berlin 1977.
- ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 11. Aufl., Stuttgart 2010.
- ERMACORA, Felix, *Allgemeine Staatslehre: Vom Nationalstaat zum Weltstaat*, Bd. I, Berlin 1970.
- «Aussprache», in *VVDStRL* 20 (1963), S. 111.
- «Schrifttum», in *DÖV* 1964, S. 826.
- ESCHELBACH, Ralf, in Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., Heidelberg 2005, § 15.
- ESCHENBURG, Theodor, *Staat und Gesellschaft in Deutschland*, Stuttgart 1956.
- ESSER, Josef, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates: Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie*, Wien 1949.
- *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, 4. Aufl., Tübingen 1990.

- ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt a. M. 1970.
- FAST, Viktor, *Neue Medien und Öffentlichkeit: Wie digitale soziale Netzwerke das Verhältnis von Öffentlichkeit und Privatheit beeinflussen*, Hamburg 2013.
- FENGE, Hilmar, «Juristische Methodenlehre und Prozessrechtswissenschaft», in Bökelmann, Erhard/Henckel, Wolfram/Jahr, Günther (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag am 19. Mai 1975*, Berlin u. a. 1975, S. 135-154.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, «Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung». *Mitteleuropäischer Rechtskreis*, Bd. III, Tübingen 1976.
- FISCHER, Nikolaj, *Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff: Zugleich eine Kritik der Hyperkonstitutionalisierung einfachen Verfahrensrechts*, Frankfurt a. M. 2006.
- FLEINER, Thomas/Basta Fleiner, Lidija R., *Allgemeine Staatslehre: Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt*, 3. Aufl., Berlin u. a. 2004.
- FLEURY, Roland, *Verfassungsprozessrecht*, 9. Aufl., München 2012.
- FORSTHOFF, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft: Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., München 1971.
- Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20. Abs. 3 GG): Strukturanalytische Bemerkungen zum Übergang von Rechtsstaat zum Justizstaat, in *DÖV* 1959, S. 41-44.
- «Einiges über Geltung und Wirkung der Verfassung», in Forsthoff, Ernst/Weber, Werner/Wieacker (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973*, Göttingen 1973, S. 3-15.
- *Recht und Sprache: Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Halle 1940.
- *Rechtsstaat im Wandel: Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*, 2. Aufl., München 1976.
- *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart 1961.
- FRAENKEL, Ernst, *Deutschland und die westlichen Demokratien (herausgegeben und eingeleitet von Alexander v. Brünneck)*, 9. Aufl., Baden-Baden 2011.
- FREYTAG, Katharina, *Völkerrechtlicher Schutz der politischen Opposition*, Regensburg 2004.
- FRIESENHAHN, Ernst, «§ 98 Die Staatsgerichtsbarkeit», in Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II, Tübingen 1932, S. 523-545.
- «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», in Mosler, Hermann (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart: Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Köln u. a. 1962, S. 89-197.
- *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln u. a. 1963.

- FRIESENHAHN, Ernst, «Einige Anmerkungen zum Verfassungsbegriff und zum Staatsvertragsreferendum der Schweizerischen Eidgenossenschaft», in Ehmke, Horst/Kaiser, Joseph M./Kewenig, Wilhelm A./Meessen, Karl Matthias/Rüfner, Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin 1973, S. 85-106.
- «Hüter der Verfassung?», in *ZRP* 1973, S. 188-193.
- «Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen», in *Festschrift Richard Thoma: Zum 75. Geburtstag am 19. Dezember 1949*, Tübingen 1950, S. 21-69.
- FRÖHLINGER, Margot, *Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde: Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Verfassungsprozeßrechts zum sonstigen Prozeßrecht*, Baden-Baden 1982.
- GADAMER, Hans-Georg, *Hermeneutik I. Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Bd. I, Tübingen 1986.
- *Hermeneutik II. Wahrheit und Methode: Ergänzungen*, Register, Bd. II, Tübingen 1986.
- GEHRLEIN, Markus, in Prütting, Hanns/ders. (Hrsg.), *ZPO Kommentar*, 6. Aufl., Köln 2014, § 50.
- GEIGER, Willi, *Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß*, Heidelberg u. a. 1981.
- *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951*. Kommentar, Berlin u. a. 1952.
- *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, Bielefeld 1980.
- Zur Verfassung des Bundesverfassungsgerichts, *DÖV* 1950, S. 193-198.
- GEIS, Max-Emanuel, Buchbesprechung, in *Verw.* 2000, S. 297-299.
- GERBER, Carl Friedrich von, *Grundzüge des deutschen Staatsrecht*, 3. Aufl., Leipzig 1880.
- *Über öffentliche Rechte*, Tübingen 1913.
- *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen 1852.
- GERN, Alfons, «Die Rangfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen», in *VerwArch.* 1989, S. 415-436.
- GERSDORF, Hubertus, *Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung*, 4. Aufl., Heidelberg 2014.
- GIERKE, Otto von, *Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Darmstadt 1961.
- GIESE, Friedrich, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Berlin u. a. 1928.
- *Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919: Taschenausgabe für Studium und Praxis*, 7. Aufl., Berlin 1926.
- GILLES, Peter, «Der Prozeß als Mittel zur rechtlichen Konfliktlösung: Staatliche Justiz –gerichtliches Verfahren– richterliche Entscheidung», in Grimm, Dieter (Hrsg.), *Einführung in das Recht: Aufgaben, Methoden, Wirkungen*, 2. Aufl., Heidelberg 1991, S. 244-302.

- GNEIST, Rudolf, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg: Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen mit besonderer Rücksicht auf Verwaltungsreformen und Kreisordnungen in Preußen*, Berlin 1869.
- GOETHE, Johann Wolfgang von, *Faust. Eine Tragödie, Erster Theil*, London 1841.
- GRAMM, Christof/PIEPER, Stefan Ulrich, *Grundgesetz: Bürgerkommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.
- GRASSHOF, Karin, in Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/ders. (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, Bd. I, München, (Loseblatt, Stand: Dezember 2014) § 32.
- GRILLER, Stefan, «“Verfassungsinterpretation” in der Europäischen Union», in Lienbacher, Georg (Hrsg.), *Verfassungsinterpretation in Europa: Heinz Schäffer Gedächtnissymposium*, Wien 2011, S. 115-144.
- GRIMM, Dieter, *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen*, München 2001.
- *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M. 1991.
- «Politik und Recht», in Klein, Eckart (Hrsg.), *Grundrecht, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit: Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1995, S. 91-103.
- «Recht und Politik», in *JuS* 1969, 501-510.
- «Rechtsentstehung», in ders. (Hrsg.), *Einführung in das Recht: Aufgaben, Methoden, Wirkungen*, 2. Aufl., Heidelberg 1991, S. 40-94.
- GRIMMER, Klaus, *Demokratie und Grundrechte: Elemente zu einer Theorie des Grundgesetzes*, Berlin 1980.
- GROH, Kathrin, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatsrechtslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats*, Tübingen 2010.
- GRUNSKY, Wolfgang, *Grundlagen des Verfahrensrechts: Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG*, 2. Aufl., Bielefeld 1974.
- GRZESZICK, Bernd, *Rechte und Ansprüche*, Tübingen 2002.
- GSCHIEGL, Stefan, *Politik und Recht: Studienbuch*, Wien 2013.
- GUIZOT, François, *Des conspirations et de la justice politique*, Paris 1821.
- GUNST, Dietrich, *Politik zwischen Macht und Recht: Eine Begriffsanalyse*, Mainz 1974.
- *Verfassungspolitik zwischen Macht und Recht*, Mainz 1976.
- GUSY, Christoph, «Verfassungspolitik» zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik, Heidelberg 1983.
- «Ansichten zum Thema “politisches Recht”», in *Jus Politicum* 1, abrufbar unter <http://www.juspoliticum.com/Ansichten-zum-Thema-Politisches,111.html>. (Abruf vom 25.03.2015).
- «Die Verfassungsbeschwerde», in van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. V. (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden 2006, S. 201-213.
- *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen 1997.

- GUSY, Christoph, «Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit», in Schneider, Hans-Peter/Zeh, Wolfgang (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin u. a. 1989, § 60.
- *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin 1985.
- «Staatsrecht und Politik», in *Österr. Z. öffentl. Recht und Völkerrecht 1984*, S. 81-114.
- HÄBERLE, Peter, «“Gemeinwohlljudikatur” und Bundesverfassungsgericht: Öffentliche Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des BVerfG», in *AöR 1970*, 86-125, S. 260-298.
- «“Gott” im Verfassungsstaat?», in Fürst, Walter/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. I., Berlin u. a. 1987, S. 3-17.
- «Allgemeine Probleme des Verfassungsrechts und der Verfassungsgerichtsbarkeit - auf der Grundlage des deutschen “Modells” und im Blick auf die Ukraine», in *JöR 48* (2000), S. 399-419.
- «Allgemeine Probleme des Verfassungsrechts und der Verfassungsgerichtsbarkeit - auf der Grundlagen des deutschen “Modells” und im Blick auf die Ukraine», in *JöR 48* (2000), 399-419.
- «Allgemeine Staatsrechtslehre, demokratische Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre?», in *AöR 1973*, S. 119-134.
- «Aussprache», in *VVDStRL 5* (1977), S. 121-123.
- «Aussprache», in *VVDStRL 71* (2012), S. 348-349.
- «Besprechung», in *AöR 1975*, S. 645-651.
- «Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsrechtsbarkeit», in Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I., Tübingen 2001, S. 311-331.
- *Das Grundgesetz der Literaten: Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur (Illustrationen von Bernd Burkhard)*, Baden-Baden 1983.
- *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik: Ausgewählte Studien zur vergleichenden Verfassungslehre in Europa*, Baden-Baden 1996.
- *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. Aufl., Berlin 2008.
- *Der kooperative Verfassungsstaat - aus Kultur und als Kultur: Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre*, Berlin 2013.
- *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, 2. Aufl., Berlin 2006.
- «Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts: Zum Beschluß des BVerfG vom 29. Mai 1973 - 2BvQ 1/73», in *JZ 1973*, S. 451-455.
- «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», in *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I., Heidelberg 1987, § 20.
- «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten - Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation», in *JZ 1975*, S. 297-305.

- HÄBERLE, Peter, *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts. 1980.
- «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», in *EuGRZ* 2004, S. 117-125.
 - *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzvorbehalts*, Karlsruhe 1962.
 - *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Freiburg i. Br. u. a. 1981.
 - «Ethik "im" Verfassungsrecht», in *Rechtstheorie* (21) 1990, S. 269-282.
 - *Europäische Rechtskultur: Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, Frankfurt a. M. 1997.
 - *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl., Baden-Baden 2006.
 - «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», in ders. (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt 1976, S. 1-45.
 - «Grundrechte im Leistungsstaat», in *VVDStRL* 30 (1972), Berlin 1972, S. 43-141.
 - «Grundrechte in pluralistischen Gesellschaften - Die Verfassung des Pluralismus», in *Verw.* 1993, S. 421-447.
 - «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat - Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode», in *JZ* 1989, S. 913-919.
 - *Kleine Schriften: Beiträge zur Staatsrechtslehre und Verfassungskultur (herausgegeben von Wolfgang Graf Vitzthum)*, Berlin 2002.
 - *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein/Ts. 1979.
 - «Konrad Hesse (1919-2005)», in ders./Kilian, Michael/Wolff, Heinrich (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland –Österreich– Schweiz*, Berlin u. a. 2015, S. 893-905.
 - *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, Wien 1980.
 - «Musik und "Recht" - auf dem Forum der Verfassungslehre als Kulturwissenschaft», in *JöR* (60) 2012, S. 205-224.
 - *Nationalflaggen: Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, Berlin 2008.
 - *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin 2007.
 - *Öffentliches Interesse als juristisches Problem: Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, 2. Aufl., Berlin 2006.
 - «Öffentlichkeitsarbeit der Regierung zwischen Parteien- und Bürgerdemokratie: Zum Urteil des BVerfG vom 2. März 1977», in *JZ* 1977, S. 360-371.
 - *Pädagogische Briefe an einen jungen Verfassungsjuristen*, Tübingen 2010.
 - «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neuerer Verfassungen - ein Textstufenvergleich», in *ARSP* 1995, S. 127-142.

- HÄBERLE, Peter, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates: Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Berlin 1992.
- «Retrospektive Staats(rechts)lehre oder realistische “Gesellschaftslehre”? Zu Ernst Forsthoff: *Der Staat der Industriegesellschaft*», in ZHR 1972, S. 425-446.
 - *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, Berlin 1982.
 - «Rezension», in DÖV 1966, S. 660-662.
 - «Schlusswort», in Ehrenzeller, Bernhard/Gomez, Peter/Grewe, Constance/Kley, Andreas/Kotzur, Markus/Odendahl, Kerstin/Schindler, Benjamin/Thürer, Daniel (Hrsg.), *Vom Staatsbürger zum Weltbürger - ein republikanischer Diskurs in weltbürgerlicher Absicht. Drittes Kolloquium der «Peter Häberle-Stiftung» an der Universität St. Gallen*, Zürich u. a. 2011.
 - «Schrifttum», in DÖV 1966, S. 660-662.
 - «Schrifttum», in DÖV 1969, S. 150-151.
 - «Schrifttum», in DVBl. 1973, S. 388-389.
 - *Tagen shugi ni okern Kenpo - saiban: pi häberure no Kenpo - saibanron, Tokyo 2014 (Verfassungsgerichtsbarkeit im Pluralismus - P. Häberle und seine Theorie über die Verfassungsgerichtsbarkeit, 2014)*.
 - «Unmittelbare staatliche Parteifinanzierung unter dem Grundgesetz - BVerfGE 20, 56», in JuS 1967, S. 64-74.
 - *Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, 3. Aufl. 1998.
 - *Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozessrecht: Ausgewählte Beiträge aus vier Jahrzehnten*, Berlin 2014.
 - «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», in van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. V. (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden 2006, S. 35-46.
 - *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft: Recht aus Rezensionen; Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft; zwei Studien*, Königstein/Ts. 1980.
 - *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Berlin 1998.
 - *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. erw. Aufl., Berlin 1998.
 - «Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des BVerfG», in JZ 1976, S. 377-384.
 - *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht. Späte Schriften (herausgegeben von Markus Kotzur und Lothar Michael)*, Berlin 2009.
 - *Veröffentlichungen*, Bayreuth, 2015.
 - «Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht», in ders. (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Darmstadt 1982, S. 1-59.
 - «Vorwort», in ders. (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt 1976, SS. XI-XVIII.
 - *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1995.

- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 1994.
- *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1. Neuauf., Frankfurt a. M. 1990.
- HAGEN, Johann Josef, *Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren*, München u. a. 1971.
- *Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre: Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie*, Freiburg 1972.
- *Soziologie und Jurisprudenz*, München 1973.
- HALLER, Walter, *Supreme Court und Politik in den USA: Fragen der Justiziabilität in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung*, Bern 1972.
- HALLSTEIN, Walter, *Wiederherstellung des Privatrechts: Rede bei Übernahme des Rektorats der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt a. M.*, Heidelberg 1946.
- HALTERN, Ulrich, *Europarecht: Dogmatik im Kontext*, 2. Aufl., Tübingen 2007.
- HAMANN, Andreas, «Schrifttum», in *DVBl.* 1964, 288-289.
- HÄNEL, Albert, *Deutsches Staatsrecht*, Bd. I, Leipzig 1892.
- HARATSCH, Andreas, in Sodan, Helge (Hrsg.), *Grundgesetz: Beck'scher Kompakt-Kommentar*, 2. Aufl., München 2011, Art. 93.
- HASE, Friedhelm, *Richterliches Prüfungsrecht und Staatsgerichtsbarkeit: Zu der Auseinandersetzung über Formen einer justiziellen Kontrolle der parlamentarischen Gesetzgebung in Weimar*, Gießen 1982.
- HASSEMER, Winfried, *Tatbestand und Typus: Untersuchung zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln u. a. 1968.
- HATJE, Armin, *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl., Hamburg 2008.
- HEBERER, Bettina, *Grüne Gentechnik: Hintergründe, Chancen und Risiken*, Wiesbaden 2015.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Berlin u. a. 1927.
- HEFFTER, Heinrich, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert: Geschichte der Ideen und Institutionen: in Monografien dargestellt*, Stuttgart 1950.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt a. M. 1986.
- HEIDEGGER, Martin, *Sein und Zeit*, 6. Aufl., Tübingen 1949.
- HEIN, Peter E., *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden 1988.
- HELLER, Hermann, *Staatslehre (herausgegeben von G. Niemeyer)*, 4. Aufl., Leiden 1970.
- HELLWIG, Konrad, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, 1. Teil, Leipzig 1912.
- HENCKEL, Wolfram, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, Heidelberg 1961.
- HENKE, Wilhelm, «Der fließende Staat. Zu Peter Häberles Verfassungstheorie», in *Der Staat* 20 (1981), S. 580-592.
- *Die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes*, Stuttgart 1957.

- HENKE, Wilhelm, *Kritik des kritischen Rationalismus*, Tübingen 1974.
- *Recht und Staat: Grundlagen der Jurisprudenz*, Tübingen 1988.
- HENNIS, Wilhelm, *Die missverstandene Demokratie: Demokratie –Verfassung– Parlamente. Studien zu deutschen Problemen*, Freiburg i. Br. 1973.
- *Regieren im modernen Staat: Politikwissenschaftliche Abhandlungen I*, Tübingen 2000.
- HERWIG, Hedda J., «Georg Jellinek», in Sattler, Martin J. (Hrsg.), *Staat und Recht: Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, München 1972, S. 72-99.
- HERZOG, Roman, *Allgemeine Staatslehre*, Frankfurt a. M. 1971.
- HESSE, Konrad, *Ausgewählte Schriften (herausgegeben von Häberle, Peter/Hollerbach, Alexander)*, Heidelberg 1984.
- «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», in Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt 1976, S. 484-502.
- «Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft», in *DÖV* 1975, S. 437-443.
- *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen 1959.
- «Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat», in *VVDStRL* 17 (1959), S. 11-52.
- *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (Neudruck 1999).
- «Verfassung und Verfassungsrecht», in Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen/Hesse, Konrad/Heyde, Wolfgang (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Berlin u. a. 1994, S. 3-17.
- *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg 1988.
- «Konrad, Zum 60. Geburtstag - nur ein Impromptu», in Fleiner-Gerster, Thomas (Hrsg.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft: 60 Jahre Peter Häberle; eine neue Herausforderung an die europäische Verfassung; wissenschaftliche Begegnung einiger europäischer Freunde von Peter Häberle vom 12. bis 15. Mai 1994 in der Schweiz*, Disentis GR, Hotel Cucagna und Casa Monrepos, Fribourg 1995, S. 215-217.
- HEUN, Werner, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie: Grundlagen –Struktur– Begrenzungen*, Berlin 1983.
- «Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers: Zur Problematik einer Maxime im amerikanischen und deutschen Verfassungsrecht», in *AöR* 1991, S. 185-209.
- HEUSCHLING, Luc, «Verfassungsinterpretation in Frankreich: Gouvernement des juges, Methodenabstinenz und Polyzentrik», in Lienbacher, Georg (Hrsg.), *Verfassungsinterpretation in Europa: Heinz Schäffer Gedächtnissymposium*, Wien 2011, S. 37-49.

- HEYDE, Wolfgang, «Rechtsprechung», in Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Berlin u. a. 1994, § 33.
- HILLGRUBER, Christian, «“Neue Methodik” - Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland», in *JZ* 2008, S. 745-755.
- «Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Verfassungsrecht und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland», in *JöR* 63 (2015), S. 367-388.
- «Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem», in *JZ* 1996, S. 118-125.
- HILLGRUBER, Christian/GOOS, Christoph, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., Heidelberg [u. a.], 2011.
- HIPPEL, Ernst von, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Berlin u. a. 1967.
- «Ueber Objektivität im öffentlichen Recht», in *AöR* 1927, S. 393-419.
- «Ungeschriebenes Verfassungsrecht», in *VVDStRL* 10 (1952), S. 1-32.
- HIRSCHL, Ran, «The Political Economy of Constitutionalism in a Non-Secularist World», in Ginsburg, Tom (Edited by), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge 2012, S. 178-218.
- HIRST, Paul Q. (Hrsg.), *The Pluralist theory of the state: selected writings of G. D. H. Cole, J. N. Figgis, and H. J. Laski*, London u. a. 1989.
- HOFMANN, Gottfried, *Die Verfassungsstreitigkeit innerhalb eines Landes nach Artikel 19 der Reichsverfassung*, Leipzig 1933.
- HOLLERBACH, Alexander, *Ausgewählte Schriften (herausgegeben von Gerhard Robbers)*, Berlin 2006.
- «Ideologie und Verfassung», in Maihofer, Werner (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt a. M. 1969, S. 37-61.
- HOPFAUF, Axel, in Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Hofmann, Hans/Hennecke, Hans-Günter (Hrsg.), *GG: Kommentar zum Grundgesetz*, 13. Aufl., Köln 2014, Art. 93.
- In: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Hofmann, Hans/Hennecke, Hans-Günter (Hrsg.), *GG: Kommentar zum Grundgesetz*, 13. Aufl., Köln 2014, Einleitung.
- HÖPKER-ASCHOFF, Hermann, «Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts», in *JöR* 6 (1957), S. 144-148.
- HÖPKER, Felix, *Der Prozeßvergleich in der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin 2010.
- HÖRETH, Marcus, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart 2014.
- HRUSCHKA, Joachim, *Das Verstehen von Rechtstexten: Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, München 1972.
- HUBA, Hermann, «Zur Verfassung der Theorie des Pluralismus», in *Der Staat* 33 (1994), S. 581-594.
- HUBER, Hans, «Aussprache», in *VVDStRL* 20 (1963), S. 116-117.
- «Buchbesprechung», in *AöR* 92 (1967), S. 550-553.

- HUFEN, Friedhelm, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 4. Aufl. München, 2014.
- HUSTER, Stefan, «Kultur im Verfassungsstaat», in *VVDStRL* 65 (2006), S. 51-78.
- IHERING, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig 1893.
- *Recht und Sitte*, München 1924.
- IPSEN, Hans Peter, «Aussprache», in *VVDStRL* 20 (1963), S. 120-121.
- «Buchbesprechung», in *DÖV* 1983, S. 826.
- «Buchbesprechung», in *DÖV* 1997, S. 260-261.
- IPSEN, Jörn, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin 1975.
- «Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess: Anmerkungen zum “Auflösungs-Urteil” des Bundesverfassungsgerichts», in Grote, Reiner (Hrsg.), *Die Ordnung der Freiheit: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2007, S. 263-274.
- ISENSEE, Josef, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin 1968.
- «Verfassungsrecht als “politisches Recht”», in ders./Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 268.
- JÄCKEL, Hartmut, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung: Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG*, Berlin 1967.
- JACKSON, Vicki C., «Constitutions as “Living Trees”? Comparative Constitutional Law and Interpretative Metaphors», in *Fordham L. Rew.* 75, 2006, S. 921-960.
- JANZ, Norbert, «LER in Brandenburg - der Vorgang zu und alle Fragen offen», in *LKV* 2003, S. 172-173.
- JAUERNIG, Othmar/HESS, Burkhard, *Zivilprozessrecht - Ein Studienbuch*, 30. Aufl., München 2011.
- JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Bad Homburg von der Höhe u. a. 1966.
- *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin 1906.
- JELLINEK, Walter, «Der Schutz des öffentlichen Rechts durch die Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution)», in *VVDStRL* 2 (1925), S. 8-80.
- JERUSALEM, Frank W., *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1930.
- JESTAEDT, Matthias, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen 1999.
- «Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist», in ders./Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 77-157.
- JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt a. M. 1984.

- KÄGI, Werner, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates: Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, Zürich 1971.
- «Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung: Erstarre Formeln –bleibende Idee– neue Formen», in Rausch, Heinz (Hrsg.), *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Darmstadt 1969, S. 286-312.
- «Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung: Erstarre Formeln –bleibende Idee– neue Formen», in *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit: Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag 24. Mai 1961*, Bern 1961, S. 151-173.
- *Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips: Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte und Verfassungslehre*, Zürich 1937.
- KAHL, Wilhelm, in *Bericht und Protokolle des Achten Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlin 1920.
- KÄMMERER, Jörn Axel, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl., München 2012.
- KANT, Immanuel, *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik (herausgegeben von Karl Vorländer)*, 2. Aufl., Leipzig 1922.
- *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, Darmstadt 1964.
- KARPEN, Ulrich, *Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes: Vom liberalen Rechtsstaat zum demokratischen Sozialismus*, Berlin 1987.
- «Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der rechtsstaatlichen Freiheit», in ders. (Hrsg.), *Grundlagen von Staat und Recht: Verfassungstheoretische, -politische und historische Beiträge*, Hamburg 2001, S. 1-12.
- «Literatur», in *JZ* 1985, S. 31.
- KATZ, Alfred, *Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht*, 18. Aufl., Heidelberg 2010.
- KAUFMANN, Arthur, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln u. a. 1984.
- *Das Verfahren der Rechtsgewinnung: Eine rationale Analyse*, München 1999.
- *Rechtsphilosophie im Wandel: Stationen eines Weges*, Frankfurt a. M. 1972.
- *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., München 1997.
- KAUFMANN, Erich, «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», in *VVDStRL* 9 (1952), S. 1-16.
- KELLMANN, Christof, «Kritischer Rationalismus in der Rechtswissenschaft?», in *Rechtstheorie* (6) 1975, S. 83-103.
- KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatsrechtslehre*, Bad Homburg von der Höhe u. a. 1966.
- *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., Darmstadt 1923 (2. Neudruck 1984).
- *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1967.
- *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin 1931.
- «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», in *VVDStRL* 5 (1929), S. 30-88.

- KERSTEN, Jens, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, Tübingen 2000.
- KETTLER, Dietmar, *Die Drei-Elemente-Lehre: Ein Beitrag zu Jellineks Staatsbegriff, seine Fortführung und Kritik*, Münster 1995.
- KIRCHHOF, Paul, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung», in Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung: Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Peter Lerche*, München 1998, S. 5-22.
- KLATT, Matthias, *Theorie der Wortlautgrenze: Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden 2004.
- KLAUS, Georg/BUHR, Manfred, *Philosophisches Wörterbuch*, Berlin 1964.
- KLEIN, Eckart, «Verfassungsprozeßrecht - Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in *AöR* 1983, S. 410-444.
- KLEIN, Franz, in Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/ders./Bethge, Herbert (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, Bd. I, München (Loseblatt, Stand: Dezember 2014), § 17.
- KLEIN, Friedrich, *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, Münster, 1966.
- KLEIN, Hans H., «Buchbesprechung», in *Verw.* 1972, S. 361-364.
- *Die Grundrechte im demokratischen Staat: Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart*, Stuttgart u. a. 1972.
- «Verfassungsgebung, Verfassungsrevision, Volksabstimmung», in Calliess, Christian/Kahl, Wolfgang/Schmalenbach, Kirsten (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union: Deidesheimer Kolloquium 2012 zu Ehren von Detlef Merten anlässlich seines 75. Geburtstages*, Berlin 2014, S. 97-105.
- KLEINE-COSACK, Michael, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, 3. Aufl., Heidelberg u. a. 2013.
- KLEINHEYER, Gerd/SCHRÖDER, Jan, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 3. Aufl., Heidelberg 1989.
- KLOEPFER, Michael, *Verfassungsrecht I - Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht*, München 2011.
- KOCH, Hans-Joachim, *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht: Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzbindung*, Frankfurt a. M. 1977.
- KOELLREUTTER, Otto, *Staatslehre im Umriss*, Göttingen 1955.
- KORIOTH, Stefan, *Integration und Bundesstaat: ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends*, Berlin 1990.
- KOTZUR, Markus, «“Verstehen durch Nachzudenken” und/oder “Ausweitung der Kampfzone”? Vom Wert der Rechtsvergleichung als Verbundtechnik», in *JöR* 63 (2015), S. 355-365.
- «Der “Vergleich” im verfassungsgerichtlichen Verfahren», in *JZ* 2003, S. 73-82.

- KOTZUR, Markus, *Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa: Der Beitrag von Art. 24 Abs. 1 a GG zu einer Lehre vom kooperativen Verfassungs- und Verwaltungsstaat*, Berlin 2004.
- In Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/ders., *EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Kommentar*, 5. Aufl., München 2010, Art. 267.
- «Peter Häberle zum 80. Geburtstag», in *AöR* 2014, 287-291.
- «Thematik des Verfassungsgesetzes», in *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XII, 3. Aufl., Heidelberg u. a. 2014, § 260.
- *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes: Das Beispiel der Präambel des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte*, Berlin 2001.
- «Wechselwirkungen zwischen Europäischer Verfassungs- und Völkerrechtslehre: Eine Skizze zu den Methoden und Inhalten», in Blankenagel, Alexander/Pernice, Ingolf/Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt: Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2004, S. 289-307.
- KOTZUR, Markus/MICHAEL, Lothar, «Vorwort», in Häberle, Peter, *Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht: Spätere Schriften (herausgegeben von Kotzur, Markus/Michael, Lothar)*, Berlin 2009, S. V-VIII.
- KRAAYVANGER, Jan, *Der Begriff der verfassungsrechtlichen Streitigkeit im Sinne des §40 Abs.1 Satz 1 VwGO*, Berlin 2004.
- KREUTER-KIRCHHOF, Charlotte, «Verfassungsgerichtsbarkeit im Dienst der Verfassung», in *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XII, 3. erw. Aufl., Heidelberg 2014, § 272.
- KRIELE, Martin, *Einführung in die Staatslehre: Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 3. Aufl., Opladen 1988.
- KRÜGER, Hartmut, «Eigenart, Methode und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht», in Ziemske, Burkhardt/Langheid, Theo/Wilms, Heinrich/Haverkate, Görg (Hrsg.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*, München 1997, S. 1393-1405.
- KRÜGER, Herbert, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Stuttgart u. a. 1966.
- «Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgebers», in Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation: Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, 1976, S. 142-155.
- KRÜGER, Wolfgang/RAUSCHER, Thomas (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 1, 4. Aufl., München 2013.
- KRÜPER, Julian, «Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts», in ders. (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 268-284.

- KÜHN, Friedrich, *Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Reichs- und Landesstaatsrecht*, Leipzig 1929.
- KUNZE, Wolfgang, in Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., Heidelberg 2005, Vorbemerkungen zu §§ 17 ff.
- In Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., Heidelberg 2005, § 17.
- LABAND, Paul, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. I, 5. Aufl., Tübingen 1911.
- LAMMERS, Hans-Heinrich/SIMONS, Walter, *Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Reichsverfassung*, Bd. I, Berlin 1929.
- LAMPRECHT, Rolf, *Vom Mythos der Unabhängigkeit: Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter*, 2. Aufl., Baden-Baden 1996.
- LANDFRIED, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber: Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität*, Baden-Baden 1984.
- LANDSBERG, Ernst, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, 2. Halbband, München u. a. 1910.
- LANGE, Friederike, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers: Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA*, Tübingen 2010.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin u. a. 1991.
- LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin u. a. 1995.
- LASKI, Harold J., *Einführung in Staatsrecht und Politik*, Berlin 1950.
- «The Pluralistic State», in *The Philosophical Review*, 1919, S. 562-575.
- LAUFER, Heinz, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß: Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1968.
- LAUN, Rudolf, «Der Staatsrechtslehrer und die Politik», in *AöR* 1922, S. 145-199.
- Studienbehelf zur allgemeinen Staatslehre, 4. Aufl., Hamburg 1947.
- LECHELER, Helmut, «Buchbesprechung», in *FamRZ* 1985, S. 32.
- LECHNER, Hans, «Buchbesprechung», in *NJW* 1974, 90, S. 112.
- *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 3. Aufl., München 1973.
- LECHNER, Hans/ZUCK, Rüdiger, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, 6. Aufl., München 2011.
- LEIBHOLZ, Gerhard, «Aussprache», in *VVDStRL* 20 (1963), S. 117-120.
- «Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur "Status"-Frage», in *JöR* 6 (1957), S. 120-137.
- «Der Status des Bundesverfassungsgerichts», in *Das Bundesverfassungsgericht 1951-1971*, 2. Aufl., Karlsruhe 1971, 31-57.
- «Der Status des Bundesverfassungsgerichts: Gutachten, Denkschriften und Stellungnahme mit einer Einleitung», in *JöR* 6 (1957), S. 109-221.

- LEIBHOLZ, Gerhard, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Frankfurt a. M. 1974.
- *Verfassungsstaat - Verfassungsrecht*, Stuttgart u. a. 1973.
- LEIBHOLZ, Gerhard/RUPPRECHT, Reinhard, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Rechtsprechungskommentar*, Köln u. a. 1968.
- LEICHT, Robert, «Von der Hermeneutik-Rezeption zur Sinnkritik in der Rechtstheorie», in Hassemer, Winfried (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik: Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg 1984, S. 71-79.
- LEISNER-EGENSPERGER, Anna, «§ 70 Wesensgehaltgarantie», in Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. III, Heidelberg u. a., 2009, S. 591-632.
- LEISNER, Walter, «Literatur», in *JZ* 2006, S. 1119-1120.
- *Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957-1991 (herausgegeben von Josef Isensee)*, Berlin 1994.
- LEMBCKE, Oliver W., *Hüter der Verfassung: Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen 2007.
- LEMKE, Volker, *Aktualisierung der verfassunggebenden Gewalt nach dem Grundgesetz*, Kiel 1974.
- LENZ, Christofer/HANSEL, Ronald, *Bundeverfassungsgerichtsgesetz: Handkommentar*, Baden-Baden 2013.
- LENZ, Georg, *Neue Grundlage der Rechtsfindung*, Hamburg 1940.
- LEÓN VÁSQUEZ, Jorge Luis, «Entrevista al Profesor Peter Häberle», in *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 7 (2014), S. 157-184.
- LEPSIUS, Oliver, «Die maßstabsetzende Gewalt», in M. Jestaedt/ders./Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, 159-266.
- LERCHE, Peter, «Schrifttum», in *DÖV* 1965, S. 212-214.
- *Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Köln u. a. 1961.
- *Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration: Rechtsgutachten auf Anregung des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger e. V.*, Berlin 1971.
- LHOTTA, Roland, «Vermitteln statt Richten: Das Bundesverfassungsgericht als judizieller Mediator und Agenda-Setter im LER-Verfahren», in *ZPol* 3/2002, S. 1073-1098.
- LIMBACH, Jutta, «*Im Namen des Volkes*»: *Macht und Verantwortung der Richter*, Stuttgart, 1999.
- *Das Bundesverfassungsgericht*, 2. Aufl., München 2010.
- «Zur Wahl der Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts», in Herdegen, Matthias/Klein, Hans Hugo/Papier, Hans-Jürgen/Scholz, Rupert (Hrsg.), *Staatsrecht und Politik: Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag*, München 2009, S. 273-279.
- LINDACHER, Walter F., in Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 1, 4. Aufl., München 2013, vor § 50 ff.

- LIPPHARDT, Hanns-Rudolf, «Zusammenfassung der Aussprache zum Thema: Probleme der Verfassungsauslegung», in Schneider, Hans-Peter/Steinberg, Rudolf (Hrsg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst: Konrad Hesse zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1990, S. 67-69.
- LLOMPART, José, «“Unterscheiden” und “Trennen” im rechtsphilosophischen Denken der Gegenwart», in Hengstschläger, Johannes/Köck, Heribert F./Korinek, Karl/Stern, Klaus/Truyol y Serra, Antonio (Hrsg.), *Für Staat und Recht: Festschrift für Herbert Schambeck*, Berlin 1994, S. 35-47.
- LOCKE, John, *Zwei Abhandlungen über die Regierung*, Frankfurt a. M. 1977.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Verfassungslehre (übersetzt von Rüdiger Boerner)*, 3. Aufl., Tübingen 1975.
- LORENZ, Dieter, Artikel: «Beteiligte, Verwaltungsrechtsschutz», in Krause, Peter (Hrsg.), *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Bd. 4, 9/430, Darmstadt, Stand: 1996, S. 1-3.
- LUHMANN, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1993.
- MAACK, Heinrich, *Verfassungsrecht für die öffentliche Verwaltung: Verfassungsprinzipien und Staatsorganisation*, Bd. I, Stuttgart u. a. 1983.
- MAHLMANN, Matthias, *Konkrete Gerechtigkeit: Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart*, Baden-Baden 2015.
- MANN, Thomas, «Verfassungsrechtliche Determinanten bei der Nachrüstung von Kernkraftwerke», in 14. *Deutsches Atomrechtssymposium. Veranstaltet vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zusammen mit Martin Burgi*, Baden-Baden 2013, S. 54-76.
- MARCIC, René, *Rechtsphilosophie: Eine Einführung*, Freiburg i. Br. 1969.
- *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien 1963.
- *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat: Recht als Maß der Macht/Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*, Wien 1957.
- MARTENS, Wolfgang, «Literatur», in JZ 1971, S. 565-566.
- MASSING, Otwin, «Recht als Korrelat der Macht? Überlegungen zu Status und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit», in Schäfer, Gert/Nedelmann, Carl (Hrsg.), *Der CDU-Staat: Studien zur Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik*, München 1967, S. 123-150.
- MATTER, Hans-Peter, *Die pluralistische Staatstheorie: oder Der Konsens zur Uneinigkeit*, Oberhofen am Thunersee 2012.
- MAUNZ, Theodor, in ders./Dürig, Günter (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar (herausgegeben von Roman Herzog/Rupert Scholz/Matthias Herdegen/Hans. H. Klein)*, Bd. VI Art. 86-106 b, München, Art. 94 (Loseblatt, Stand: Juli 2014).
- MAUNZ, Theodor/SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno/KLEIN, Franz/BETHGE, Herbert (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, Bd. I, München, (Loseblatt, Stand: Februar 2014).
- MAURER, Harmut, *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, 6. Aufl., München 2010.

- MAURER, Harmut, «Das föderative Verfassungsorgan im europäischen Vergleich», in Blankenagel, Alexander/Pernice, Ingolf/Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt: Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2004, 551-578.
- MAYER-MALY, Theo, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Berlin u. a. 1993.
— *Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., München 1981.
- MAYER-MALY, Theo/HONSELL, Heinrich, *Rechtswissenschaft: Eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen*, 6. Aufl., Berlin u. a. 2015.
- MAYER, Franz, «Buchbesprechung», in *DVBl.* 1975, 961.
- MAYER, Theodor, *Mittelalterliche Studien: Gesammelte Aufsätze*, Lindau u. a. 1959.
- MEDEARIS, John, *Why democracy is oppositional*, Cambridge u. a. 2015.
- MENGEL, Hans-Joachim, «Recht und Politik. Zur Theorie eines Spannungsverhältnisses im demokratischen Staat», in *APuZ* B13/14, 1989, S. 30-38.
- MENGER, Anton, *System des oesterreichischen Civilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Bd. I, Wien 1876.
- MERK, Wilhelm, «Aussprache», in *VVDStRL* 20 (1963), S. 112-113.
- MEYER-CORDING, Ulrich, *Die Rechtsnormen*, Tübingen 1971.
- MICHAEL, Lothar, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme: Methodenrechtliche Analyse der «beweglichen Systeme» (Wilburg)*, Berlin 1997.
— «Geburtstagsblatt zum 80. Geburtstag von Peter Häberle», in *JZ* 2014, S. 507-508.
- MICHAEL, Lothar/MORLOK, Martin, *Grundrechte*, 4. Aufl., Baden-Baden 2014.
- MOHL, Robert von, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Bd. I, Graz 1858 (Nachdruck 1960).
— *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Bd. II, Erlangen 1856.
- MÖLLERS, Christoph, «Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts», in Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/ders./Schönberger, Christoph (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 281-422.
— *The three branches: a comparative model of separation of powers*, Oxford u. a. 2013.
— «Verfassungsgebende Gewalt –Verfassung– Konstitutionalisierung», in Bogdandy, von Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Dordrecht u. a. 2009, S. 227-277.
- MORLOK, Martin, Artikel: «Verfassung», in Heun, Werner/Honecker, Martin/Morlok, Martin/Wieland, Joachim (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuausgabe 2006, S. 2556-2561.
— «Einführung in die Thematik», in ders./von Alemann, Ulrich/Merten, Heike (Hrsg.), *Gemeinwohl und politische Parteien*, Baden-Baden 2008, S. 9-21.
— *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen 1993.
— *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Berlin 1988.
- MORLOK, Martin/MICHAEL, Lothar, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2015.

- MOSLER, Hermann, «Das Heidelberger Kolloquium über Verfassungsgerichtsbarkeit: Ziel – Methode – Ergebnis», in ders. (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart: Länderberichte und Rechtsvergleichung*, Köln u. a. 1962, S. IX-XIX.
- MÖSSNER, Jörg Manfred, «Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung», in *AöR* 1974, 193-242.
- MÜLLER, Friedrich, «Demokratie und juristische Methodik», in Brunkhorst, Hauke/ Niesen, Peter (Hrsg.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M. 1999, S. 191-208.
- *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1968.
- MÜLLER, Friedrich/CHRISTENSEN, Ralph, *Juristische Methodik. Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, Bd. I, 10. Aufl., Berlin 2009.
- MÜLLER, Jörg Paul, «Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur», in Blankenagel, Alexander/Pernice, Ingolf/Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), *Verfassung im Diskurs der Welt: Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2004, S. 18-30.
- MÜNCH, Ingo von/MAGER, Ute, *Staatsrechts I: Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge*, 7. Aufl., Stuttgart 2009.
- MUSIL, Robert, *Der Mann ohne Eigenschaften*, Hamburg 1952.
- MUTIUS, Albert von, *Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung*, Berlin 1969.
- NASSEHI, Armin, «Abwählen! Warum in Demokratien die Opposition regiert, es aber in Europa nicht gelingt», in ders. (Hrsg.), *Richtig wählen*, Hamburg 2013, S. 25-36.
- NEUMANN, Ulfried, «Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945», in Simon, Dieter (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik: Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt a. M. 1994, S. 145-187.
- «Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik», in Hassemer, Winfried (Hrsg.), *Dimensionen der Hermeneutik: Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg 1984, S. 49-56.
- NIELSEN, Kai, «The “Political Question” Doctrine», in *ARSP* 1968, S. 575-579.
- NIEMÖLLER, Martin, «Strafgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit», in Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., Heidelberg 2005, S. 107-128.
- NOWAK, John E./ROTUNDA, Ronald D./YOUNG, J. Nelson, *Constitutional law*, Third Edition, Minnesota 1986.
- OBERREUTER, Heinrich, Artikel: «Verfassungsgerichtsbarkeit», in Nohlen, Dieter (Hrsg.), *Wörterbuch Staat und Politik*, 3. Aufl., München 1995, S. 820-825.
- OETER, Stefan, «Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrecht», in *VVDStRL* 66 (2007), S. 361-391.
- OPPERMANN, Diethard, *Richterberufung und richterliche Unabhängigkeit*, Marburg 1966.

- OPPERMANN, Thomas, «Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre», in Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I, Tübingen 2001, S. 421-460.
- OSSENBÜHL, Fritz, «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», in Starck, Christian (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Erster Band*, Tübingen 1976, S. 458-518.
- «Gesetz und Recht - Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat», in Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 100.
- «Schule im Rechtsstaat», in *DÖV* 1977, S. 801-812.
- OTTE, Gerhard, «5. Rechtsanwendung», in Grimm, Dieter (Hrsg.), *Einführung in das Recht: Aufgaben, Methoden, Wirkungen*, 2. Aufl., Heidelberg 1991, S. 172-210.
- PAPIER, Hans-Jürgen, «Das Bundesverfassungsgericht als Mediator? Wann in Karlsruhe "Vergleiche" für die Integrationsfunktion sinnvoll sein können (Rechtsgespräch)», in *ZRP* 2002, S. 134-136.
- «Die Balance zwischen Sicherheit und Freiheit», in *DRiZ* 2009, S. 130-132.
- «Geleitwort», in Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., Heidelberg 2005.
- PAPIER, Hans-Jürgen/KRÖNKE, Christoph, *Grundkurs Öffentliches Recht 1: Grundlagen, Staatsstrukturprinzipien, Staatsorgane und -funktionen*, Heidelberg 2012.
- PARDON, Fritz, «Politik und Recht», in Achterberg, Norbert/Krawietz, Werner/Wydukel, Dieter (Hrsg.), *Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, Berlin 1983, S. 71-84.
- PAULY, Walter, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus: Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Tübingen 1993.
- PAWLOWSKI, Hans-Martin, *Einführung in die juristische Methodenlehre: Ein Studienbuch zu den Grundlagenfächern Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Heidelberg 1986.
- *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes*, 3. Aufl., Heidelberg 1999.
- PERNICE, Ingolf, «Europäisches und nationales Verfassungsrecht», in *VVDStRL* 60 (2001), S. 148-193.
- PERNTHALER, Peter, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 2. Aufl., Wien u. a. 1996.
- PESTALOZZA, Christian Graf von, «Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland», in Dreier, Ralf/Schwegmann, Friedrich (Hrsg.), *Probleme der Verfassungsinterpretation: Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden 1976, S. 211-236.

- PESTALOZZA, Christian, *Verfassungsprozeßrecht: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder mit einem Anhang zum Internationalen Rechtsschutz*, 3. Aufl., München 1991.
- PIAZOLO, Michael, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politische Fragen: die Political Question Doktrin im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Supreme Court der USA*, München 1994.
- PIEPER, Stefan Ulrich, *Verfassungsrichterwahlen*, Berlin 1998.
- PIEROTH, Bodo, «Kultur als juristisches Spiel ohne Grenzen: Zu vier kulturverfassungsrechtlichen Schriften Peter Häberles aus den Jahren 1972 bis 1982», in *Der Staat*, 22 (1983), S. 394-405.
- PIEROTH, Bodo/SCHLINK, Bernhard/KINGREEN, Thorsten/POSCHER, Ralf, *Grundrechte. Staatsrecht II*. Mit ebook: Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte, 30. Aufl., Heidelberg u. a. 2014.
- PILNIOK, Arne, *Governance im europäischen Forschungsförderverbund*, Tübingen 2011.
- POETZSCH, Fritz, *Handausgabe der Reichsverfassung vom 11. August 1919*, Berlin 1919.
- POHL, Heike, *Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung*, Berlin 2005.
- POPPER, Karl R., *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Bd. I, 7. Aufl., Tübingen 1992.
- *Logik der Forschung*, 9. Aufl., Tübingen 1989.
- «Zur Theorie der Politik: Bemerkungen zu einer Arbeit von Heiner Flohr», in *Rechtstheorie* 4 (1973), S. 88-89.
- POSCHER, Ralf, «Entscheidungs-, aber nicht erfolglos: Das verfassungsgerichtliche Verfahren um das Lehrfach Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde (LER)», in *RdJB* 4/2002, S. 380-388.
- POSSER, Herbert, «Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde», Berlin 1993.
- PREUSS, Hugo, in *Bericht und Protokolle des Achten Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs*, Berlin 1920.
- PREUSS, Ulrich K., *Legalität und Pluralismus: Beiträge zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt a. M. 1973.
- PRÜTTING, Hanns, in ders./Gehrlein, Markus (Hrsg.), *ZPO Kommentar*, 6. Aufl., Köln 2014, Einleitung.
- PRÜTTING, Hanns/GEHRLEIN, Markus (Hrsg.), *ZPO Kommentar*, 6. Aufl., Köln 2014.
- PÜTTNER, Günter/KRETSCHMER, Gerald, *Die Staatsorganisation: Lernbuch zum Staatsrecht*, 2. Aufl., München 1993.
- QUARITSCH, Helmut, «Zur Entstehung der Theorie des Pluralismus», in *Der Staat* (19) 1980, S. 29-56.
- RADBRUCH, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 13. Aufl., Stuttgart 1980.
- RATH, Hans-Dieter, *Positivismus und Demokratie: Richard Thoma 1874-1957*, Berlin 1981.
- «Verfassungsbegriff und politischer Prozeß», in *JöR* 33 (1984), S. 131-149.

- RAUSCH, Heinz (Hrsg.), *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Darmstadt 1969.
- RAWLS, John, *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (übersetzt von Hermann Vetter), Frankfurt a. M. 1979.
- REHBINDER, Manfred, *Rechtssoziologie: Ein Studienbuch*, 8. Aufl., München 2014.
- REINHARD, Friedrich Franz, *Die Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes nach Art. 19 der RV vom 11.8.1919: Ein Beitrag zur prozessualen Behandlung*, Hamburg 1945.
- RENCK, Ludwig, «LER-Verfahren gegen das Brandenburgische Schulgesetz beendet», in *LKV* 2003, S. 173-174.
- RICHTER, Ingo, *Bildungsverfassungsrecht: Studien zum Verfassungswandel im Bildungswesen*, Stuttgart 1973.
- RIDDER, Helmut, «In Sachen Opposition: Adolf Arndt und das Bundesverfassungsgericht», in Ehmke, Horst/Schmid, Carlo/Scharoun, Hans (Hrsg.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M. 1969, S. 323-348.
- RIEDEL, Manfred, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M. 1969.
- RIEHM, Thomas, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung: Argumentation – Beweis – Wertung*, München 2006.
- RINKEN, Alfred, in Denninger, Erhard/Hoffman-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (Hrsg.), *Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Neuwied u. a. 2001, Vorbemerkungen zu Artikel 93 und 94.
- RITTER, Kurt, *Die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*, Heidelberg 1930.
- RITTERSPACH, Theo, «Die Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts», in *EuGRZ* 1976, S. 57-70.
- ROBBERS, Gerhard, *Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit*, 2. Aufl., München 2005.
- ROELLECKE, Gerd, «Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge», in *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 2. Aufl., Heidelberg 1998, § 53.
- *Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit: Über immanente Grenzen der richterlichen Gewalt des Bundesverfassungsgerichtes*, Heidelberg 1961.
- «Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in Starck, Christian (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Zweiter Band*, Tübingen 1976, S. 22-49.
- «Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung», in Schäfer, Friedrich/ders., *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung: Ein Cappenberger Gespräch*, Köln 1980, S. 24-42.
- ROEMER, Walter, «Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht», *JZ* 1951, S. 193-199.

- RÖHL, Hans Christian, «Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen», in *VVDStRL* 74 (2015), S. 7-37.
- ROHR, Wolfgang, *Staatsrecht mit Grundzügen des Europarechts: Ein Basisbuch*, Köln u. a. 2001.
- ROMANO, Santi, *Die Rechtsordnung. Mit einem Vorwort, biographischen und bibliographischen Notizen (herausgegeben von Roman Schnur)*, Berlin 1975.
- ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., München 2004.
- ROSS, Alf, *Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig u. a. 1929.
- ROTH-STIELOW, Klaus, *Grundelemente der verfassungsgebundenen Rechtsprechung: Eine Studie zur Bedeutung der Wertordnung Grundgesetz, Rechtsphilosophie, Soziologie, Ideologie des Marxismus, und Industrie- und Massengesellschaft für die Rechtsprechung*, Stuttgart u. a. 1975.
- ROUSSEAU, Dominique, *Sur le Conseil constitutionnel: La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris 1997.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Der Gesellschaftsvertrag (Le contrat social), Einleitung von Romain Rolland*, München 1948.
- RÜHMANN, Jürgen, *Verfassungsgerichtliche Normenqualifikation: Rechtsvergleichende Untersuchung von Funktion und Verfahren am Beispiel von Frankreich und Deutschland*, Baden-Baden 1982.
- RUPP-V. BRÜNNECK, Wiltraut, *Verfassung und Verantwortung: Gesammelte Schriften und Sondervoten (herausgegeben von Hans-Peter Schneider)*, Baden-Baden 1983.
- RÜTHERS, Bernd, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Aufl., München 1997.
- *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen 2014.
- «Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte», in *JZ* 2008, S. 446-451.
- RÜTHERS, Bernd/FISCHER, Christian/BIRK, Axel, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 7. Aufl., München, 2013.
- SACHS, Michael, «Die Wiederaufnahme verfassungsgerichtlicher Verfahren - Ein Beitrag zur Bedeutung des allgemeinen Prozeßrechts für die Verfassungsgerichtsbarkeit», in *BayVBl.* 1979, S. 385-393.
- In ders. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 7. Aufl., München 2014, Einführung.
- SACHS, Michael, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., Tübingen 2010.
- SACKSOFSKY, Ute, *Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben: Zugleich ein Beitrag zur Geltung des Steuerstaatsprinzips*, Tübingen 2000.
- SALADIN, Peter, «Verfassung und Grundrecht auf Kultur», in Fleiner-Gerster, Thomas (Hrsg.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft: 60 Jahre Peter Häberle; eine neue Herausforderung an die europäische Verfassung; wissenschaftliche Begegnung einiger europäischer Freunde von Peter Häberle vom 12.*

- bis 15. Mai 1994 in der Schweiz, *Disentis GR, Hotel Cucagna und Casa Monrepos*, Fribourg 1995, S. 7-20.
- «Verfassungsreform und Verfassungsverständnis», in *AöR* 1979, S. 345-388.
- SALOMON, Gottfried, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin u. a. 1931.
- SASSENBACH, Ulrich, *Der Begriff des Politischen bei Immanuel Kant*, Würzburg 1992.
- SAUER, Heiko, «§ 9 Juristische Methodenlehre», in Krüper, Julian (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, S. 172-192.
- SAUER, Wilhelm, *Allgemeine Prozessrechtslehre: Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis*, Berlin u. a. 1951.
- *Grundlagen des Prozessrechts. Mit einem Nachtrag über die neuere Entwicklung der allgemeinen Prozessrechtslehre*, 2. Aufl., Stuttgart 1929.
- *Juristische Methodenlehre: Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, Stuttgart 1970.
- SAUTER, Gerhard, Artikel «Recht», in Kunst, Hermann/Grundmann, Siegfried (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Bd. II, 3. Aufl., Stuttgart 1987, S. 2694-2706.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840.
- *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.
- SAX, Walter, «Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozeßrechtslehre: Ein Beitrag zur allgemeinprozessualen Methodik», in *ZZP* 1954, S. 21-54.
- SCHACHTSCHNEIDER, Karl Albrecht, *Res publica res populi: Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre*, Berlin 1994.
- SCHÄFER, Hans Jürgen, *Inhalt und Grenzen der richterlichen Gewalt nach der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika*, Berlin 1968.
- SCHÄFFER, Heinz, *Verfassungsinterpretation in Österreich: Eine kritische Bestandsaufnahme*, Wien u. a. 1971.
- SCHARPF, Fritz W., *Demokratiethorie zwischen Utopie und Anpassung*, Kronberg/Ts. 1975.
- *Grenzen der richterlichen Verantwortung: Die political-question-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court*, Karlsruhe 1965.
- SCHARTL, Manfred/ERBER-SCHROPP, Julia Maria (Hrsg.), *Chancen und Risiken der modernen Biotechnologie*, Wiesbaden 2014.
- SCHEFOLD, Dian, *Bewahrung der Demokratie: Ausgewählte Aufsätze*, Berlin 2012.
- SHELLHAMMER, Kurt, *Zivilprozess: Gesetz – Praxis – Fälle*, 13. Aufl., Heidelberg 2010.
- SCHENKE, Ralf P., «Methodenlehre und Grundgesetz», in Dreier, Horst (Hrsg.), *Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes: Sechs Würzburger Vorträge zu 60 Jahren Verfassung*, Berlin 2009, S. 51-74.

- SCHENKE, Wolf-Rüdiger, «Rechtsprechung zum Verwaltungsprozeß - Teil 1», in *JZ* 1996, S. 998-1012.
- «Streitigkeiten verfassungsrechtlicher Art im Sinne des § 40 VwGO», in *AöR* 2006, S. 117-141.
- SCHNEUR, Ulrich, «Aussprache», in *VVDStRL* 20 (1963), S. 125-126.
- «Buchbesprechung», in *DÖV* 1979, S. 916-917.
- «Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre», in Hesse, Konrad/Reicke, Siegfried/ders. (Hrsg.), *Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tübingen 1962, S. 225-260.
- «Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert», in Starck, Christian (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Erster Band*, Tübingen 1976, S. 1-62.
- «Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem», in Jakobs, Günther (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, Berlin 1976, S. 33-68.
- «Pressefreiheit», in *VVDStRL* 22 (1965), S. 1-100.
- «Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik», in *DVBl.* 1952, S. 293-298.
- «Schrifttum», in *DÖV* 1972, S. 142.
- *Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften (herausgegeben von Joseph Listl und Wolfgang Riefner)*, Berlin 1978.
- SCHILLING, Theodor, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin 1994.
- SCHINDLER, Frank, «Die L-E-R-Verfahren: Vorgang zu und alle Fragen offen?», in Brockmüller, Annette/Domgörgen, Ulf (Hrsg.), *Liber Auxiliorum: Festgabe für Dieter Hömig zum Abschied vom Richteramt*, Stuttgart 2006, 87-102.
- SCHLAICH, Klaus, «Buchbesprechung», in *ZZP* 1973, 227-232.
- «Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen», in *VVDStRL* 39 (1981), Berlin u. a. 1981, S. 99-146.
- *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht*, Tübingen 1972.
- SCHLAICH, Klaus/KORIOTH, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen. Ein Studienbuch*, 9. Aufl., München 2012.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich, *Hermeneutik und Kritik mit besonderer Beziehung auf das Neue Testament*, Berlin 1838.
- SCHLINK, Bernhard, «Literatur», in *AöR* 1984, S. 143-148.
- SCHLOTHAUER, Reinhold, *Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit. Neuere Ansätze zur Methodik der Verfassungsinterpretation: Untersucht am Beispiel Horst Ehmke, Peter Häberle, Konrad Hesse, Martin Kriele und Friedrich Müller*, Köln u. a. 1979.

- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus: Untersuchungen zu den Vorstufen eines hermeneutischen Verfassungsdenkens*, Berlin 1967.
- SCHMIDT, Thorsten Ingo, «LER - Der Vergleich vor dem BVerfG», in *NVwZ* 2002, S. 925-932.
- *Verfassungsprozessrecht*, München 2010.
- SCHMIDT, Walter, «Die Entscheidungsfreiheit des einzelnen zwischen staatlicher Herrschaft und gesellschaftlicher Macht», in *AöR* 1976, S. 24-45.
- SCHMITT GLAESER, Alexander, *Vorverständnis als Methode: Eine Methode der Verfassungsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung U. S.-amerikanischen Rechtsdenkens*, Berlin 2004.
- SCHMITT GLAESER, Walter, *Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes: Eine Einführung*, 2. Aufl., Tübingen 2012.
- «Rechtspolitik unter dem Grundgesetz: Chancen –Versäumnisse– Forderungen», in *AöR* 1982, S. 335-386.
- SCHMITT, Carl, *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlin 1963.
- *Der Hüter der Verfassung*, 4. Aufl., Berlin 1996.
- *Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, 2. Aufl., München 1969.
- *Verfassungslehre*, 5. Aufl., Berlin 1970.
- *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3. Aufl., Berlin 1985.
- SCHMITZ, Günter, *Die Bedeutung der Anträge für die Einleitung und Beendigung des Verfassungsprozessrechts*, Augsburg 1968.
- SCHNAPP, Friedrich E., «Buchbesprechung», in *Der Staat* 38 (1999), S. 480.
- SCHNEIDER, Hans-Peter, «Richter oder Schlichter? Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor», in Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. I, Berlin u. a. 1987, S. 293-313.
- *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht: Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen*, Frankfurt a. M. 1968.
- «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung: Zur Funktionsgerechtigkeit von Kontrollmaßstäben und Kontrolldichte verfassungsgerichtlicher Entscheidung», in *NJW* 1980, S. 2103-2111.
- «Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht», in ders./Steinberg, Rudolf (Hrsg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst: Konrad Hesse zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1990, S. 39-52.
- SCHNEIDER, Peter, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», in *VVDStRL* 20 (1963), S. 1-52.
- SCHOLZ, Rupert, *Deutschland - In guter Verfassung?*, Heidelberg 2004.

- SCHÖNBERGER, Christoph, «Anmerkungen zu Karlsruhe», in Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/ders. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011, S. 9-76.
- «Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen», in *VVDStRL* 71 (2012), S. 296-335.
- SCHREIBER, Klaus, Artikel: «Parteien des Zivilprozesses», in Lüke, Gerhard/Prütting, Hanns (Hrsg.), *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Bd. 7, 18/260, Darmstadt, Stand: 1996, S. 1-4.
- SCHREITER, Jörg, Artikel: «Hermeneutik», in Sandkühler, Hans Jörg (Hrsg.), *Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften*, Bd. II, Hamburg 1990, S. 538-548.
- SCHRÖCKER, Sebastian, «Ungeschriebenes Verfassungsrecht im Bundesstaat. Zum 100. Gründungsjahr des Deutschen Bundesstaats», in *Der Staat* 5 (1966), S. 137-161, 315-340.
- SCHRÖDER, Meinhard, *Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem*, Tübingen 2010.
- SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, *Art. 97*, in Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. III, 2. Aufl., Tübingen 2008, S. 567-597.
- «Auf dem Wege zu einer offenen Gesellschaft europäischer Staatsrechtslehrer - Bericht über das Seminar "Die multi-kulturelle und multi-ethnische Gesellschaft: Eine neue Herausforderung an die europäische Verfassung" des Instituts für Föderalismus anlässlich des 60. Geburtstages von Peter Häberle», in *DVBl.* 1994, S. 991-994.
- «Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists - Zur Metadogmatik der Verfassungsinterpretation», in *AöR* 1997, S. 1-31.
- «Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung», in Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Baden-Baden 2000, S. 111-144.
- *Der informale Verfassungsstaat: Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie*, Berlin 1984.
- «Die deutsche Wiedervereinigung und das Grundgesetz», in Hesse, Joachim Jens/Schuppert, Gunnar Folke/Harms, Katharina (Hrsg.), *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen: Zur Rolle des Rechts in staatlichen Transformationsprozessen in Europa*, Baden-Baden 1999, S. 65-116.
- *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos: Bausteine zu einer Soziologie und Theorie der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts*, Tübingen, 2013.
- *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, Berlin 1988.
- SCHUMANN, Ekkehard, «Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozeßgesetzes», in Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München 1983, S. 571-604.

- SCHUMANN, Ekkehard, «Einheit der Prozeßrechtsordnung oder Befreiung des Verfassungsprozeßrechts vom prozessualen Denken? Zu den "Rottmann-Beschlüssen" des Bundesverfassungsgerichts», *JZ* 1973, S. 484-490.
- «Prozessrecht und Methode. Elemente einer prozessualen Betrachtungsweise», in Nationale und Kapodistrian Universität Athen/Juristische Fakultät/Forschungsinstitut für prozessrechtliche Studien (Hrsg.), *Festschrift für Konstantinos D. Kerameus*, Bd. I, Athens u. a. 2009, S. 1209-1243.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke, *Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt*, Baden-Baden 1973.
- *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein/Ts. 1980.
- «Governance - auf der Suche nach Konturen eines "anerkannt uneindeutigen Begriffs"», in ders./Zürn, Michael (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, Wiesbaden 2008, S. 13-40.
- *Verflochtene Staatlichkeit: Globalisierung als Governance-Geschichte*, Frankfurt a. M., 2014.
- SCHWABE, Jürgen, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt 1977.
- SCHWEIGER, Rolf, *Der Jurist als Politiker*, in Forstmoser, Peter/Vogt, Hans-Ueli, *Einführung in das Recht*, 4. Aufl., Bern 2008, S. 587-593.
- SEIFERT, Jürgen, «Verfassungsgerichtliche Selbstbeschränkung», in Tohidipur, Mehdi (Hrsg.), *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik*, Frankfurt a. M. 1976, S. 116-135.
- SEYFARTH, Georg, *Die Änderung der Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht*, Berlin 1998.
- SIEYES, Emmanuel Joseph, *Politische Schriften, 1788-1790 mit Glossar und kritischer Sieyes-Bibliographie*, Darmstadt 1975.
- SIMON, Dieter, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975.
- SIMON, Helmut, «Die verfassungskonforme Auslegung», in *EuGRZ* 1974, S. 85-91.
- «Verfassungsgerichtsbarkeit», in Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Berlin u. a. 1994, § 34.
- SIMSON, Werner von, «Glaube und Politik in heutiger Zeit», in Haungs, Peter (Hrsg.), *Res Publica: Studien zum Verfassungswesen. Dolf Sternberger zum 70. Geburtstag*, München 1977, S. 370-383.
- SMEND, Rudolf, «Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform», in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*, Tübingen 1923, S. 1-25.
- «Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962», in *Das Bundesverfassungsgericht*, Karlsruhe 1963, S. 23-37.
- *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl., Berlin 1994.
- «Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat», in *Festgabe für Otto Mayer. Zum siebzigsten Geburtstag dargebracht von Freunden, Verehrern und Schülern*, Tübingen 1916, S. 245-270.

- SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München u. a. 1928.
- «Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit», in Walz, Ernst (Hrsg.), *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München 1955, S. 11-20.
- SODAN, Helge, *Grundgesetz: Beck'scher Kompakt-Kommentar*, 2. Aufl., München 2011.
- SODAN, Helge/ZIEKOW, Jan, *Grundkurs Öffentliches Recht: Staats- und Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., München 2014.
- SÖHN, Hartmut, «Die abstrakte Normenkontrolle», in Starck, Christian (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Erster Band*, Tübingen 1976, S. 292-322.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, «Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa», in *DÖV* 1999, S. 1017-1029.
- «Kultur im Verfassungsstaat», in *VVDStRL* 65 (2006), S. 7-50.
- SPANNER, Hans, *Das Bundesverfassungsgericht: Einrichtung, Verfahren, Aufgaben*, München 1972.
- STAMMLER, Rudolf, *Die Lehre von dem richtigen Rechte, Bad Homburg von der Höhe 1964*.
- «Richtiges Recht», in Maihofer, Werner (Hrsg.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt 1973, S. 356-383.
- STARCK, Christian, *Der demokratische Verfassungsstaat: Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen*, Tübingen 1995.
- «Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung», in *VVDStRL* 34 (1976), S. 43-93.
- «Maximen der Verfassungskonstruktion», in *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XII, Heidelberg 2014, § 271.
- «Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht», in *JZ* 1997, S. 1021-1030.
- *Verfassungen: Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung*, Tübingen 2009.
- STEIN, Ekkehart/FRANK, Götz, *Staatsrecht*, 21. Aufl., Tübingen 2010.
- STEIN, Friedrich, *Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, 3. Aufl., Tübingen 1928.
- STEIN, Lorenz von, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Bd. I, München 1921.
- STEINBERGER, Rudolf, «Verfassungspolitik und offene Verfassung», in *JZ* 1980, S. 385-392.
- STEINER, Udo, «Buchbesprechung», in *NJW* 1985, S. 1610-1611.
- «Schutz von Ehe und Familie», in D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. IV, Heidelberg 2011, § 108.
- *Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, Berlin 1966.
- STERN, Klaus, «Bemerkungen zur Grundrechtsauslegung», in Hengstschläger, Johannes/Köck, Heribert F./Korinek, Karl/ders./Truyol y Serra, Antonio (Hrsg.), *Für Staat und Recht: Festschrift für Herbert Schambeck*, Berlin 1994, S. 381-406.

- STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl., München 1984.
- *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, München 1980.
- «Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte», in *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX, 3. Aufl., Heidelberg u. a. 2003, § 185.
- In: *Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ordner 13, Art. 89-104*, München (Stand: Februar 2015) Art. 94.
- *Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder: Textsammlung mit Einführung*, Hamburg 1978.
- STERNBERGER, Dolf, *Begriff des Politischen: Der Friede als der Grund und das Merkmal und die Norm des Politischen*, Frankfurt a. M. 1961.
- «Das Wort "Politik" und der Begriff des Politischen», in *PSV* 24 (1983), S. 6-14.
- *Drei Wurzeln der Politik*, Frankfurt a. M. 1978.
- STIER-SOMLO, Fritz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: Ein systematischer Überblick*, 3. Aufl., Bonn 1925.
- STOLLEIS, Michael, «Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Zugleich eine Besprechung des Buches von Peter Häberle», in *VerwArch.* 1974, S. 1-30.
- «Rezension», in *ARSP* 1974, S. 300-302.
- STOLZMANN, Hans Jochen, «Zur geschichtlichen Entwicklung des Rechts der Verfassungsstreitigkeiten», in *AöR* 1929, S. 355-415.
- STREBEL, Helmut, «Vergleichung und vergleichende Methode im öffentlichen Recht», in *ZaöRV* 1964, S. 405-430.
- STÜRNER, Rolf, «Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung», in *Grunsky, Wolfgang/ders./Walter, Gerhard/Wolf, Manfred* (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen 1981, S. 647-666.
- SUHR, Dieter, «Staat – Gesellschaft – Verfassung: Von Hegel bis heute», in *Der Staat* 17 (1978), S. 369-395.
- THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, 2. Ausgabe, Altona 1806.
- THIELE, Willi, «Buchbesprechung», in *DVBl.* 1999, S. 723-724.
- THOMA, Richard, «Aussprache», in *VVDStRL* 5 (1929), S. 104-110.
- «Grundbegriffe und Grundsätze», in *Anschütz, Gerhard/ders.* (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II, Tübingen 1932, § 71.
- «Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts: Auf Ersuchen des Herrn Bundesminister der Justiz», in *JöR* 6 (1957), S. 161-194.
- TOMUSCHAT, Christian, «Staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit», in *Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg 2013, § 226.
- TRIBE, Laurence H., *American constitutional law*, second edition, New York 1988.

- TRIEPEL, Heinrich, *Staatsrecht und Politik: Rede beim Antritte des Rektorats der Friedrich Wilhelms-Universität zu Köln am 15. Oktober 1926*, Berlin u. a. 1927.
- *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern: Beiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung, Bad Homburg von der Höhe 1965*.
- «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», in *VVDStRL* 5 (1929), S. 2-29.
- TROTTIER, Daniel/FUCHS, Christian, «Theorising social media, politics and the state», in ders./ders. (Hrsg.), *Social Media, Politics and the State: Protests, Revolutions, Riots, Crime and Policing in the Age of Facebook, Twitter and YouTube*, New York u. a. 2015, S. 3-38.
- TSATSOS, Dimitris Th., *Einführung in das Grundgesetz: Grundbegriffe - Grundprobleme*, Stuttgart u. a. 1976.
- *Zur Problematik des Rechtspositivismus*, Stuttgart 1964.
- TSATSOS, Dimitris Th./MORLOK, Martin, *Parteienrecht: Eine verfassungsrechtliche Einführung*, Heidelberg 1982.
- UERPMMANN-WITZACK, Robert, «Buchbesprechung», in *Verw.* 2006, S. 290-291.
- *Das öffentliche Interesse: seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff*, Tübingen 1999.
- UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas/DOLLINGER, Franz-Wilhelm (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., Heidelberg 2005.
- UMBACH, Dieter C./CLEMENS, Thomas, «Aus dem Vorwort zur Voraufgabe», in ders./ders./Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2. Aufl., Heidelberg 2005.
- UNRUH, Peter, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes: Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion*, Tübingen 2002.
- VAN OUYEN, Robert Chr., «Peter Häberle, die Wiener-Weimarer Staatsklassik und die offene Gesellschaft der europäischen Verfassungs-Kultur. Zum 80. Geburtstag», in *Recht und Politik* 2/2014, S. 99-101.
- VIEHWEG, Theodor, *Rechtsphilosophie und rhetorische Rechtstheorie: Gesammelte kleine Schriften*, Baden-Baden 1995.
- *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5. Aufl., München 1974.
- VOGEL, Hans-Jochen, «Einführung: Rechtspolitik als Berufung und Auftrag. Zu den juristischen Schriften von Adolf Arndt», in Arndt, Adolf, *Gesammelte juristische Schriften: Ausgewählte Aufsätze und Vorträge 1946-1972 (herausgegeben von Ernst-Wolfgang Böckenförde/Walter Lewald)*, München 1976, S. IX-XX.
- VOGEL, Thilo, *Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat*, Berlin 1969.
- VOIGT, Alfred, «Ungeschriebenes Verfassungsrecht», in *VVDStRL* 10 (1952), S. 33-45.

- VOLKMANN, Uwe, «Rechtsgewinnung aus Bildern - Beobachtungen über den Einfluss dirigierender Hintergrundvorstellungen auf die Auslegung des heutigen Verfassungsrechts», in Krüper, Julian/Merten, Heike/Morlok, Martin (Hrsg.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik: Kolloquium, das aus Anlass des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Martin Morlok am 28. März 2009 auf Schloss Mickeln in Düsseldorf-Himmelgeist stattfand*, Tübingen 2010, S. 77-90.
- VOLLKOMMER, Max, in Zöller, Richard (Hrsg.), *Zivilprozessordnung mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einföhrungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar*, 30. Aufl., Köln 2014, vor § 50.
- VON DER GABLENTZ, Otto Heinrich, Macht, «Gestaltung und Recht: Die drei Wurzeln des politischen Denkens», in Hoffmann, Hanns Hubert (Hrsg.), *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, Köln u. a. 1967, S. 52-72.
- VORLÄNDER, Hans, «Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgericht», in van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. V. (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden 2006, S. 189-199.
- *Verfassung und Konsens: Der Streit um die Verfassung in der Grundlagen- und Grundgesetz-Diskussion der Bundesrepublik Deutschland. Untersuchungen zu Konsensfunktionen und Konsenschance der Verfassung in der pluralistischen und sozialstaatlichen Demokratie*, Berlin 1981.
- VOSSKUHLE, Andreas, in Starck, Christian (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 3, 6. Aufl., München 2001, Art. 93.
- VOSSKUHLE, Andreas/WISCHMEYER, Thomas, «Der Jurist im Kontext. Peter Häberle zum 80. Geburtstag», in *JöR* 63 (2015), S. 401-428.
- WACH, Adolf, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Bd. I, Leipzig 1885.
- WAHL, Rainer, «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Widerstreit», in Guggenberger, Bern/Würtenberger, Thomas (Hrsg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden 1998, S. 81-120.
- «Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im öffentlichen Recht», in Stürner, Rolf (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung: Ein japanisch-deutsches Symposium*, Tübingen 2010, S. 121-136.
- WALUCHOW, Wilfried, «Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends», in Dyzenhaus, David/Reibetanz Moreau, Sophia/Ripstein, Arthur (Edited by), *Law and Morality: Readings in Legal Philosophy*, Toronto 2007, S. 533-588.
- WALZ, Gustav Adolf, *Der Begriff der Verfassung*, Berlin 1942.
- WAND, Rudi, «Fragen zu einer Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts», in Ritterspach, Theo/Geiger, Willi (Hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller. Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen 1970, S. 563-573.
- WANK, Rolf, *Die Auslegung von Gesetzen*, 5. Aufl., München 2011.
- WARMKE, Reinhard, *Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde*, Berlin 1993.

- WASSERMANN, Rudolf, *Die richterliche Gewalt: Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft*, Heidelberg 1985.
- WEBER, Friedrich, «Zur Methodik des Prozeßrechts», in *Studium Generale*, 1960, S. 183-193.
- WEBER, Max, *Politik als Beruf*, 4. Aufl., Berlin 1964.
- WEDEL, Hennig von, *Das Verfahren der demokratischen Verfassungsgebung: Dargestellt am Beispiel Deutschlands 1848/49, 1919, 1948/49*, Berlin 1976.
- WERNER, Fritz, «Buchbesprechung», in *NJW* 1965, S. 384.
- WERTENBRUCH, Wilhelm, «Zur Abgrenzung der Zulässigkeit des Rechtsweges vor den Zivilgerichten», in *DÖV* 1959, S. 505-507.
- WESTPHALEN, Raban Graf von (Hrsg.), *Parlamentslehre: Das parlamentarische Regierungssystem im technischen Zeitalter*, München u. a. 1993.
- WIEACKER, Franz, «Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik», in Bubner, Rüdiger/Cramer, Konrad/Wiehl, Reiner (Hrsg.), *Hermeneutik und Dialektik*, Bd. II, Tübingen 1970, S. 311-336.
- WIEDERIN, Ewald, «Verfassungsinterpretation in Österreich», in Lienbacher, Georg (Hrsg.), *Verfassungsinterpretation in Europa: Heinz Schäffer Gedächtnissymposium*, Wien 2011, S. 81-114.
- WIELAND, Joachim, in Dreier, Horst (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. III, Tübingen 2000, Art. 93.
- WIENER, Antje, *A theory of constestation*, Heidelberg u. a. 2014.
- WIETHÖLTER, Rudolf, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt a. M. 1968.
- WILHELM, Walter, *Juristische Methodenlehre: Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2003.
- WILKE, Dieter, «Die rechtsprechende Gewalt», in *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 112.
- WIMMER, Norbert, *Materiales Verfassungsverständnis: Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation*, Wien u. a. 1971.
- WINDSCHEID, Bernhard, *Gesammelte Reden und Abhandlungen (herausgegeben von Paul Oertmann)*, Leipzig 1904.
- WINDTHORST, Kay, *Verfassungsrecht I: Grundlagen*, München 1994.
- WINTERHOFF, Christian, *Verfassung –Verfassungsgebung– Verfassungsänderung: Zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung*, Tübingen 2006.
- WINTRICH, Josef, «Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», in Maunz, Theodor (Hrsg.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München 1956, S. 191-210.
- WINTRICH, Josef/LECHNER, Hans, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit», in Bettermann, Karl August/ Nipperdey, Hans Karl/Scheuner, Ulrich (Hrsg.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. III/2, 2. Aufl., Berlin 1972, S. 643-716.
- WITTIG, Peter, «Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?», in *Der Staat* 8 (1969), S. 137-158.

- WITTMAYER, Leo, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen 1922.
- WOLF, Sebastian, «Der Fall "LER" - ein Paradigmenwechsel im Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts? Der Vergleichungsvorschlag und sein Beitrag zur pluralistischen Verfassungstheorie», in *KJ* 2002, S. 250-253.
- WOLFF, Heinrich Amadeus, «Der Vergleichsvorschlag des Bundesverfassungsgerichts in den Verfahren um das Brandenburgische Schulgesetz (LER) - Verfahrensfortbildung contra legem», in *EuGRZ* 2003, S. 463-471.
- *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen 2000.
- WOODROW, Wilson, *Constitutional Government in the United States*, New York 1911.
- WÜRTEMBERGER, Thomas, «Auslegung von Verfassungsrecht - realistisch betrachtet», in Bohnert, Joachim/Gramm, Christof/Kindhäuser, Urs/Lege, Joachim/Rinken, Alfred/Robbers, Gerhard (Hrsg.), *Verfassung – Philosophie– Kirche: Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, Berlin 2001, S. 223-241.
- YANG, Tzu-hui, *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden 2003.
- YERSIN, Eckart, «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», in *JA* 1975, ÖR, S. 129-132.
- ZACHARIÄ, Heinrich Albert, *Deutsches Staats- und Bundesrecht, Erste Abtheilung*, Göttingen 1841.
- ZACHER, Hans F., «Pluralität als rechtspolitische Aufgabe», in *Staat* 9 (1970), S. 161-186.
- ZEIDLER, Wolfgang, in Schäfer, Friedrich/ders., *Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung: Ein Cappenberger Gespräch*, Köln 1980, S. 43-57.
- ZEMANEK, Karl, «Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten?», in *ZaöRV* 1964, S. 453-471.
- ZEMBSCH, Günther, *Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts*, Köln u. a. 1971.
- ZIEKOW, Jan, «Buchbesprechung», in *DÖV* 2000, S. 970-971.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft*, 16. Aufl., München 2010.
- ZIPPELIUS, Reinhold/WÜRTEMBERGER, Thomas, *Deutsches Staatsrecht: Ein Studienbuch*, 32. Aufl., München 2008.
- ZÖLLNER, Wolfgang, «Die politische Rolle des Privatrechts», in *JuS* 1988, S. 329-336.
- ZUCK, Rüdiger, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 4. Aufl., München 2013.
- «Political-Question-Doktrin, Judicial self-restraint und das Bundesverfassungsgericht», in *JZ* 1974, S. 361-368.
- ZWEIGERT, Konrad, «Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit», in Starck, Christian (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz: Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Erster Band*, Tübingen 1976, S. 63-75.
- «Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode», in *RabelsZ* 1949/50, S. 5-21.

El Tribunal Constitucional Federal alemán no solo es un tribunal estatal, sino también y, sobre todo, un *tribunal social y ciudadano*, por cuanto influye en el Estado y, cada vez más, en la sociedad civil. Con ello, el Tribunal Constitucional Federal contribuye al establecimiento y conservación del consenso básico social. Pluraliza el sistema jurídico-constitucional desde los puntos de vista *estatal y social*. En el cumplimiento de esta tarea el derecho procesal constitucional desempeña un rol decisivo. Pero no un derecho procesal constitucional formalista que intenta hallar acriticamente sus fundamentos en el derecho procesal general, sino más bien del derecho procesal constitucional entendido como *derecho del pluralismo y la participación*. Solo este puede posibilitar la realización de la *Constitución como proceso público* y el desarrollo de la función social de la jurisdicción constitucional.