

KONRAD HESSE

ESCRITOS
DE DERECHO
CONSTITUCIONAL

Selección y traducción

PEDRO CRUZ VILLALÓN

y

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

Introducción

PEDRO CRUZ VILLALÓN

Epilogo

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Madrid, 2012

CAPÍTULO SEGUNDO

La interpretación constitucional

I. Necesidad, significación y cometido de la interpretación constitucional

49. La interpretación constitucional, en el sentido estricto que aquí interesa¹, resulta necesaria y se plantea como problema cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente. Allí donde no se suscitan dudas no se interpreta, y con frecuencia no hace falta interpretación alguna². No toda realización de normas constitucionales es "interpretación", en tanto que en el curso de la interpretación constitucional la Constitución resulta siempre "actualizada".

¹ De la bibliografía más reciente cabe destacar: E. Forssthoft, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, 1961; P. Schneider y H. Ehmke, "Prinzipien der Verfassungsinterpretation", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 20, 1963, págs. 1 y ss., 53 y ss.; F. Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, 1966; *id.*, *Juristische Methodik*, 2.ª ed., 1976; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 4.ª ed., 1990; E. Stein, "Juristische Auslegungslehren und wissenschaftliche Methodik", en *Recht im Dienst des Friedens, Festschrift für E. Menzel*, 1975, págs. 3 y ss.; E. W. Böckenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation", *Neue Juristische Wochenschrift*, págs. 2089 y ss.; F. Ossenbühl, "Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *ibid.*, págs. 2100 y ss., así como las colaboraciones de la obra colectiva: *Probleme der Verfassungsinterpretation*, ed. de R. Dreier y F. Schwegmann, 1976, con más referencias, págs. 329 y ss.; el volumen contiene también algunas de las obras anteriormente citadas; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I (1977), págs. 33 y siguientes, 102 y ss., 2ª ed., 1984, págs. 123 y ss.; B. Schlink, "Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft", *Der Staat*, 19, 1980, págs. 73 y ss.; B. O. Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, págs. 254 y ss.; H.-J. Koch, "Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen", *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 186, págs. 345 y ss.

² BVerfGE I, 263 (264).

Así, no estaremos ante un supuesto de interpretación, aunque sí de “actualización”, cuando se cumple el contenido de las normas constitucionales, sin que, posiblemente, exista conciencia del acto de ejecución: cuando se funda una asociación, cuando se elige el Parlamento, cuando se dictan leyes, actos administrativos o resoluciones judiciales, en ejercicio todo ello de competencias constitucionalmente delimitadas³. Igualmente tampoco resulta necesario interpretar cuándo las disposiciones constitucionales son terminantes, por más que aquí también se asista a un acto —estructuralmente simple— de “comprensión” y, con ello, de “interpretación” en sentido amplio.

50. Para el Derecho constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas. Importancia que aumenta, si cabe, en un orden constitucional dotado de una *jurisdicción constitucional* de amplias proporciones, como lo es la de la Ley Fundamental. Si en virtud de la misma el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución con eficacia vinculante no sólo para el ciudadano sino también para los restantes órganos del Estado (cfr. §31, BVerf. G.G.), la idea que origina y legitima esta vinculación, que no es sino la del sometimiento de todo el poder del Estado a la Constitución, sólo podrá hacerse realidad si las sentencias del Tribunal expresan el contenido de la Constitución, aunque sea en la interpretación del Tribunal. Aunque el Tribunal sea competente para fijar este contenido con eficacia vinculante, no por ello se encuentra por encima de la Constitución, a la que debe su existencia. Por eso es fundamental para el cumplimiento del cometido del Tribunal, así como para el proceso constitucional en su conjunto el modo como se resuelva la problemática de la interpretación constitucional.

51. El *cometido de la interpretación* es el de hallar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión.

52. Pues bien, este cometido se encuentra, hoy por hoy, menos atendido que nunca. Tanto en la jurisprudencia como en amplios sectores de la doctrina científica, lo mismo un positivismo que sigue siendo acrítico e, incluso, inconsecuentemente practicado que los mismos esfuerzos emprendidos para superar dicho positivismo por medio del

³ Cfr., sin embargo (a partir de un concepto de interpretación más amplio), Ehmke (cit. n. 1), págs. 68 y ss.

recurso acrítico a “valores”, han conducido a una creciente inseguridad. La crítica que ello ha suscitado se encuentra justificada⁴. Ahora bien, en cuanto dicha crítica pretende responsabilizar de esta inseguridad a la expansión del método de las ciencias del espíritu —que no se identifica en absoluto con dicho pensamiento acrítico de valores jerarquizados—, buscando la solución en una vuelta a las tradicionales reglas de interpretación, viene a ignorar el complejo problema que hoy plantea la interpretación constitucional⁵.

II. Las tradicionales reglas de interpretación

1. CONTENIDO

53. La teoría tradicional de la interpretación persigue, por lo común, revelar la voluntad (objetiva) de la norma o la voluntad (subjetiva) del legislador mediante el análisis del texto, de su proceso de creación, de sus conexiones sistemáticas, de sus antecedentes, así como, finalmente, del sentido y la finalidad (la “ratio” y el “telos”) de la norma⁶. A continuación, el contenido de la norma así obtenido —es decir, hecha abstracción del problema concreto que se trata de decidir— es subsumido en forma de conclusión silogística al supuesto vital de cuya normación se trata, que queda así resuelto. Según dicha teoría existiría interpretación, e incluso, interpretación constitucional, por principio, en la simple ejecución de una voluntad preexistente (objetiva o subjetiva) que puede ser alcanzada con certidumbre objetiva a través de esos métodos y con independencia del problema a resolver.

54. El Tribunal Constitucional Federal también ha adoptado expresamente esta doctrina. El Tribunal, en efecto, opta, aunque no claramente, por la “teoría objetiva” de la interpretación: “Fundamental para interpretar un precepto legal es la voluntad objetiva del legislador manifestada a través de dicho precepto y tal como se deduce del texto y

⁴ En especial (aunque sin tratar la interpretación de la Ley Fundamental), W. Weischedel, *Recht und Ethik*, 1956; E. Forsthoff, “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes”, en *Festschrift für C. Schmitt*, 1959, págs. 35 y ss.; H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, 1973.

⁵ A. Hollerbach, “Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 85, 1960, págs. 241 y ss.

⁶ Va, pues, más allá de los elementos de la interpretación de la ley formulados por Savigny —“clásicos”, según Forsthoff (“Umbildung”, cit. n. 4, pág. 36; “Zur Problematik der Verfassungsauslegung”, cit. n. 1, pág. 39)—: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático; cfr. sobre ello Hollerbach (cit. n. 5), pág. 258.

del contexto de la disposición legal. No es, por el contrario, fundamental la idea subjetiva de los órganos que participan en el proceso legislativo, o determinados de sus miembros, acerca del significado de la disposición. El proceso de creación de un precepto sólo adquiere relevancia interpretativa en la medida en que venga a confirmar la corrección de la interpretación realizada según los principios referidos, o bien en la medida en que solventa dudas que no pueden ser eliminadas sobre la sola base del procedimiento indicado⁷. A este objetivo interpretativo sirven, en palabras del Tribunal, “la interpretación a partir del texto de la norma (interpretación gramatical), de su conexión (interpretación sistemática), de su finalidad (interpretación teleológica) y de su proceso de creación (interpretación histórica)”⁸, en el curso de lo cual estos elementos de interpretación se apoyan y complementan mutuamente, por ejemplo, al extraer conclusiones respecto del significado literal o de la finalidad de la norma a partir de su conexión sistemática o de su proceso de creación.

2. DIFICULTADES

55. Sin embargo, ya un somero análisis revela cuánto de problemático tiene esta teoría.

56. El *objetivo de la interpretación* sólo relativamente puede consistir en el descubrimiento de una “voluntad”, objetiva o subjetiva, preexistente en la Constitución. Dejando aparte lo discutible de los fundamentos de dicha tesis (que en último término se apoya en el dogma de la voluntad elaborado por la pandectística del siglo XIX y adoptado por la coetánea ciencia del Derecho Político que, por sí solo, no se basta ya para una comprensión de la Constitución moderna), como punto de partida implica un encubrimiento de la situación auténtica. Pues en los supuestos en los que la Constitución no contiene un criterio inequívoco, lo que equivale a decir en todos los supuestos de interpretación constitucional, propiamente ni la Constitución ni el constituyente han tomado una decisión, habiéndose limitado a proporcionar una serie más o menos numerosa, pero incompleta, de puntos de apoyo de aquélla. Allí donde no se ha querido nada de modo inequívoco, resulta imposible descubrir una voluntad auténtica sino todo lo más una voluntad supuesta o ficticia, y a este respecto tampoco sirve para sacarnos del

⁷ BVerfGE 1, 299 (312); jurisprudencia constante; *cfr.* también BVerfGE 62, 1 (45) con más referencias.

⁸ BVerfGE 11, 126 (130); *cfr.* asimismo BVerfGE 35, 263 (278 y ss.).

apuro cualesquiera recursos semánticos como, por ejemplo, el de la “obediencia reflexiva” del intérprete. Identificar como “objetivo” de la interpretación constitucional el descubrimiento de la previa voluntad objetiva de la Constitución o del constituyente equivale a pretender dar cumplimiento a algo que no preexiste realmente y, por lo tanto, a equivocarse desde el mismo punto de partida respecto de la problemática de la interpretación constitucional. En razón de su objeto, sólo con reservas cabe admitir que la interpretación sea ejecución y, desde luego, nunca que sea subsunción. Antes bien, deberá partir del hecho de que su “objetivo” no existe aún realmente.

57. Tampoco los distintos “*métodos*” de la interpretación tomados uno por uno ofrecen orientación suficiente. Es frecuente que el texto no diga aún nada que sea inequívoco acerca del significado de la palabra, con lo que se plantea el problema de cómo determinar este significado: si con arreglo al lenguaje usual, o al lenguaje jurídico especializado, o bien según la función que en cada caso asuma el concepto⁹. La “interpretación sistemática” puede ser manejada de diferente modo, según que lo que se tenga en cuenta sea el lugar de la ley donde se inserte el precepto, o bien su conexión material. La “interpretación teleológica” es prácticamente una carta blanca, pues con la regla de que hay que plantearse el sentido de un precepto no se avanza nada respecto de la pregunta fundamental, la de cómo descubrir dicho sentido. Finalmente, tampoco es clara la relación de los distintos métodos entre sí. Queda por decidir cuál de aquéllos haya que seguir en cada caso, o a cuál de los mismos deba darse preferencia, en particular cuando conducen a resultados diferentes.

58. Las dificultades señaladas tienen necesariamente que agravarse a la vista de una práctica de la interpretación constitucional que con frecuencia se aleja notablemente de las reglas de interpretación reconocidas por ella misma.

Así, en algunas de sus sentencias, el Tribunal Constitucional Federal ha considerado el texto de una disposición como el límite último de la interpretación¹⁰; en otros casos remite a un segundo plano el texto de una norma cuando así lo exige una aplicación lógica de la ley¹¹ o cuando ello responde mejor a una decisión constitucionalmente relativa a los valores¹² y en el caso Kehl ha interpretado los artículos 32 y 39

⁹ Así, por ejemplo, en la diferente interpretación del concepto “orden constitucional” por parte del Tribunal Constitucional Federal según la función asumida por dicho concepto (BVerfGE 6, 32 [38]).

¹⁰ P. e. BVerfGE 8, 38 (41).

¹¹ BVerfGE 9, 89 (104 y ss.); 14, 260 (262); 22, 28 (37); 35, 263 (278 y ss.).

¹² BVerfGE 8, 210 (221).

de la Ley Fundamental apartándose de su texto “en base a una aplicación y desarrollo lógicos de los principios de la Ley Fundamental”¹³, al equiparar a los “Estados extranjeros” a “sujetos del Derecho internacional similares a los Estados”. Apartándose de sus propios principios, el Tribunal ha utilizado, desde su jurisprudencia inicial, el origen histórico del precepto como el argumento decisivo, y no simplemente para despejar algunas dudas, sin ofrecer mayor explicación¹⁴. Ha ido más allá del canon de los métodos de interpretación considerados vinculantes cuando, por ejemplo, ha recurrido a sucesos situados bastante más atrás de lo que es el inmediato origen histórico del precepto¹⁵. El Tribunal, finalmente, ha abandonado el terreno de la interpretación tradicional al considerar como determinantes para la interpretación principios de tipo jurídico-funcional o jurídico-material (por ejemplo, la distribución de funciones entre los poderes legislativo y judicial¹⁶ o el principio de la unidad de la Constitución¹⁷), así como al considerar relevante para la determinación del contenido de la norma las circunstancias políticas, sociológicas e históricas¹⁸ y las consideraciones que tienen que ver con la adecuación del resultado¹⁹ a la situación a reglar; aquí la formación del juicio del Tribunal apenas tiene nada que ver con aquellas reglas de interpretación²⁰, lo que resulta enteramente aplicable a su praxis reciente donde el análisis cuidadoso y profundo de la realidad desempeña con toda razón un papel decisivo.

¹³ BVerfGE 2, 347 (374 y ss.); *cfi.* ya BVerfGE 1, 351 (366 y ss.).

¹⁴ P. e. BVerfGE 2, 266 (276); 4, 299 (304 y ss.). *Cfr.* asimismo BVerfGE 33, 125 (153 y ss.). M. Sachs, “Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *DVBL*, 1984, págs. 80 y ss.

¹⁵ P. e. BVerfGE 12, 205 (230 y ss.); 61, 149 (175 y ss.).

¹⁶ P. e. BVerfGE 4, 219 (233 y ss.); 1, 97 (100 y ss.); 2, 213 (224 y ss.); 4, 31 (40); 10, 20 (40). Si bien los límites aquí trazados son inseguros y variables: *cfi.*, de un lado, BVerfGE 7, 377 (411 y ss.); de otro lado, BVerfGE 10, 354 (370 y ss.).

¹⁷ P. e. BVerfGE 3, 225 (231); 28, 243 (261); 34, 165 (183) con más referencias.

¹⁸ P. e. BVerfGE 1, 144 (148 y ss.); 1, 208 (247 y ss.); 7, 58 (95); 3, 288 (301); 5, 85 (129 y ss.); 3, 377 (397); 9, 305 (323 y ss.). Lo mismo se diga cuando el Tribunal reconoce la posibilidad del cambio de significación de una norma; p. e. BVerfGE 2, 380 (401); 3, 407 (422); 7, 342 (351).

¹⁹ P. e. BVerfGE 1, 264 (275); 4, 322 (328 y ss.); 6, 309 (352); 12, 45 (56).

²⁰ *Cfr.* asimismo, p. e. BVerfGE 3, 58 y ss. (85 y ss.) —la cuestión sometida a la decisión del Tribunal acerca de la existencia de una violación de derechos fundamentales no es suscitada hasta las páginas 135 y ss.—; BVerfGE 6, 32 (35 y ss.); 6, 309 (339 y ss.). El terreno de la interpretación de los preceptos de la Ley Fundamental queda abandonado, p. e., en BVerfGE 25, 352 (358 y ss.).

59. Por tanto, las “reglas tradicionales de interpretación” que el Tribunal Constitucional Federal expresamente reconoce, sólo ofrecen una explicación parcial acerca del modo y manera como el Tribunal construye sus sentencias. Si en lugar de aquéllas lo que aparece es una multitud de consideraciones variadas, de modo que sólo de forma imperfecta resulta posible reconocer principios seguros relativos a la utilización de estas consideraciones, la razón no estriba en una falta de corrección jurídica —por más que algunas sentencias del Tribunal Constitucional Federal puedan ser merecedoras de crítica— sino en el reiterado fracaso de dichas reglas. Restringirse a las “reglas tradicionales de interpretación” supone desconocer la finalidad de la interpretación constitucional; supone en buena medida desconocer la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo, por lo que sólo de forma imperfecta es capaz de resolver la tarea de una interpretación correcta según principios seguros. Si, frente a esas reglas, la praxis se orienta a una interpretación vinculada al objeto y al problema, ello no es simple casualidad sino precisamente expresión y consecuencia de esta realidad. Por lo mismo, tanto más necesario resultará ser consciente de la propia conducta, no postulando un procedimiento de formación del juicio que no sea posible respetar, sino atendiendo a las condiciones reales, a las posibilidades y límites de la interpretación constitucional.

III. La interpretación constitucional como concretización

60. La interpretación constitucional es “concretización” (*Konkretisierung*). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata (*supra*, núms. 45 y ss.). En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación²¹; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma²².

²¹ Aquí se encuentra, por encima de cualesquiera diferencias en los planteamientos y en los métodos de trabajo de la moderna hermenéutica de las ciencias del espíritu y de la específicamente jurídica, lo que hay de común a ambas. *Cfr.* H. G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 2.ª ed., 1965, págs. 307, 312 y ss., 315. En general acerca del carácter productivo de la interpretación jurídica: J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2.ª ed., 1964, págs. 250 y ss.

²² Una valoración crítica de lo que sigue: Böckenförde (*cit.* n. 1), págs. 2095 y ss. 2097 y ss.

1. CONDICIONES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

61. La concretización presupone la “comprensión” del contenido de la norma a “concretizar”. La cual no cabe desvincular ni de la “pre-comprensión” del intérprete ni del problema concreto a resolver.

62. a) El intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios. El intérprete comprende el contenido de la norma a partir de una *pre-comprensión* que es la que va a permitirle contemplar la norma desde ciertas expectativas, hacerse una idea del conjunto y perfilar un primer proyecto necesitado aún de comprobación, corrección y revisión a través de la progresiva aproximación a la “cosa” por parte de los proyectos en cada caso revisados, la unidad de sentido queda claramente fijada²³.

63. Dada esta presencia del pre-juicio en toda comprensión, se trata de no limitarse a ejecutar las “anticipaciones” de la pre-comprensión, siendo por el contrario consciente de las mismas y explicándolas, respondiendo así al primer mandato de toda interpretación: evitar la arbitrariedad de las ocurrencias, prestando atención a “las cosas mismas”. La tarea así planteada de la fundamentación de la pre-comprensión es, ante todo, una tarea de teoría constitucional, cuya formulación, sin embargo, no tendrá lugar *ad libitum* siempre que se vea confirmada y corregida por la praxis del supuesto concreto en un continuo intercambio.

64. b) Sólo conceptualmente, no en el proceso real, cabe distinguir esta condición de la interpretación constitucional de la segunda: “Comprender” y, con ello, “concretizar” sólo es posible con respecto a un *problema concreto*. El intérprete tiene que poner en relación con dicho problema la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aquí y ahora. Esta determinación, así como la “aplicación” de la norma al caso concreto, constituyen un proceso único y no la aplicación sucesiva a un determinado supuesto de algo preexistente, general, en sí mismo comprensible. No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos.

65. También la captación del problema presupone un “comprender”; por eso también se halla en situación de dependencia de la pre-comprensión del intérprete, que a su vez necesita una fundamentación

²³ Sobre esto (y lo que sigue) Gadamer (*cit. n. 21*), págs. 250 y ss.; Müller (*cit. n. 1*) *Normstruktur und Normativität*, págs. 49 y ss.; *Juristische Methodik*, págs. 133 y ss.

teórico-constitucional. Con ello, la Teoría de la Constitución deviene condición tanto de la comprensión de la norma como de la del problema.

2. EL PROCESO DE CONCRETIZACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

66. La dependencia en que se encuentra la interpretación de la norma de cuya concretización se trata respecto de la precomprensión del intérprete y respecto del problema concreto que en cada caso se trata de resolver supone, formulado negativamente, que no puede haber un método de interpretación autónomo, desvinculado de estos factores y, formulado positivamente, que el proceso de concretización debe venir determinado por el objeto de la interpretación —la Constitución— y por el problema en cuestión.

67. Si la Constitución, como se ha podido ver, no contiene un sistema cerrado y unitario (ya sea éste lógico-axiomático o de jerarquía de valores) y si la interpretación de sus normas no puede ser simple ejecución de algo preexistente, la misma hará necesario un procedimiento de concretización que responda a esta situación: a través de una actuación “tópica” orientada y limitada por la norma (lo que es tanto como decir vinculada por la norma²⁴) habrán de encontrarse y probarse puntos de vista que, procurados por vía de la *inventio*, sean sometidos al juego de las opiniones en favor y en contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible (*topoi*). Siempre que estos puntos de vista contengan premisas objetivamente adecuadas y fecundas aportarán consecuencias que lleven a la solución del problema o que, al menos, cooperen a ello. En este sentido, no queda a la discreción del intérprete los *topoi* que deba traer a colación de entre la multiplicidad de los puntos de vista. De un lado, el intérprete sólo puede utilizar en la labor de concretización aquellos puntos de vista que se encuentran relacionados con el problema; la vinculación al problema excluye *topoi* extraños a la cuestión. De otro lado, se halla obligado a la inclusión en su “programa normativo” y en su “ámbito normativo” (*cf. supra* n.º 46) de los elementos de concretización que le proporciona la

²⁴ En esto estriba la diferencia esencial frente a la tópica “pura” (*cf. también infra* 3). Sobre esto, Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., 1974, trad. española, *Tópica y Jurisprudencia*, de L. Díez-Picazo y prólogo de E. García de Enterría. Madrid, 1964 (*N. del T.*); R. Bäumlín, *Staat, Recht und Geschichte*, 1961, págs. 27 y ss.; W. Hennis, *Politik und praktische Philosophie*, 1963, págs. 89 y ss.; Müller (*cit. n. 1*) *Normstruktur und Normativität*, págs. 56 y ss.; *id. Juristische Methodik*, págs. 92 y ss.; Kriele (*cit. n. 1*), págs. 114 y ss.; G. Otte, “Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgabe”, *Rechtstheorie*, 1, 1970, págs. 183 y ss.

norma constitucional misma así como de las directrices que la Constitución contiene en orden a la aplicación, coordinación y valoración de dichos elementos en el curso de la solución del problema.

68. a) Puesto que el “programa normativo” se halla contenido básicamente en el texto de la norma a concretar, deberá ser aprehendido mediante la interpretación de dicho texto en lo que se refiere a su significación vinculante para la solución del problema. Aquí encuentran su sitio los “métodos” de interpretación tradicionales: la interpretación literal, histórica, original y sistemática permiten la elaboración de elementos de concretización, pudiendo en efecto dichos puntos de vista históricos, originales y sistemáticos ayudar a precisar posibles variantes de sentido en el espacio delimitado por el texto²⁵; en cuanto al punto de vista “teleológico”, si bien éste puede orientar la cuestión en una determinada dirección, por sí solo no proporciona una respuesta suficiente porque el “sentido y finalidad” del precepto sólo pueden ser precisados de forma indiscutida cuando pueden ser confirmados con ayuda de los otros elementos²⁶. Esta labor resulta aliviada, usualmente, por decisiones previas de casos similares, así como, en conexión con ello, por la dogmática del Derecho Constitucional. Tanto las unas como la otra proporcionan una base más o menos segura, aunque no normativamente vinculante, a lo que se admite como comprensión “correcta” del texto.

69. b) Normalmente la sola interpretación del texto no proporciona una concretización suficientemente exacta del mismo. Se hace preciso acudir entonces a los datos aportados por el “ámbito normativo” en relación con el problema en cuestión. Puesto que lo que las normas de la Constitución persiguen es la ordenación de la realidad de las situaciones vitales concretas, habrá que aprehender dicha realidad en los términos marcados en el programa normativo, en su forma y carácter materialmente —y con frecuencia también jurídicamente— determinados (ver los ejemplos del n.º 45). Esta forma de actuar no sólo proporciona elementos adicionales de concretización y una fundamentación racional y controlable²⁷, sino que, además, garantiza (dentro de los límites de la interpretación constitucional, *cf. supra* 3) en buena parte la adecuada solución del problema; supone pues lo contrario de ese “normativismo” unilateral y ciego frecuentemente reprochado a los juristas. En particular y finalmente, posibilita, en los frecuentes casos en los que de lo que se trata es de la relación entre varias normas (así en la delimitación

²⁵ Müller, *Juristische Methodik* (cit. n. 1), pág. 207.

²⁶ *Ibid.*, pág. 208.

²⁷ *Ibid.*, págs. 107 y ss. Sobre la significación que de este modo adquiere el análisis de las consecuencias, *ibid.* págs. 245 y ss.

tación de derechos fundamentales), una solución sobre la base de la *coordinación objetiva* de las respectivas relaciones o ámbitos vitales y una exposición de los puntos de vista objetivos que sustentan esta coordinación; en este sentido posee un carácter sistemático que va más allá del punto de vista sistemático correspondiente a la interpretación del texto de la norma, si bien se halla en estrecha relación con el mismo.

70. c) A los *principios de la interpretación constitucional* les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema.

71. a') Así tenemos, en primer lugar, el principio de la *unidad de la Constitución*. La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución (*supra* n.º 20) obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución²⁸ y evite su limitación unilateral a aspectos parciales²⁹.

72. b') En íntima relación con el anterior se encuentra el principio de la *concordancia práctica*³⁰: los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada “ponderación de bienes” o incluso abstracta “ponderación de valores”, realizar el uno a costa del otro³¹. Por el contrario, el principio de la unidad de la Consti-

²⁸ P. e. BVerfGE 1, 14 (32); 19, 206 (220); 30, 1 (19); 34, 165 (183).

²⁹ Sobre esto, detalladamente Ehmke (*cit. n. 1*), págs. 77 y ss.

³⁰ Subrayado por U. Scheuner como principio interpretativo de la “armonización”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 20, 1963, págs. 125 y 22, 1965, pág. 53 y P. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, 1961, en especial págs. 125 y ss., quien destaca la “idea del equilibrio de máximo respeto en ambas direcciones”.

³¹ Resulta por completo inadmisibles otorgar prevalencia a “bienes superiores de la comunidad” no protegidos constitucionalmente —cuya presencia cabe siempre afirmar discrecionalmente— prescindiendo no sólo de la unidad de la Constitución sino de la Constitución misma. En la medida en que las valoraciones de una “ponderación de bienes” (*Güterabwägung*) vengan determinadas “exclusivamente a partir de la Constitución” (P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19. Abs. 2 Grundgesetz*, 3.ª ed., 1983, pág. 32), un principio de “ponderación de bienes” así entendido se aproxima al principio de la concordancia práctica. Una introducción al principio de la “ponderación de bienes”: Müller, *Normstruktur und Normativität* (cit. n. 1), págs. 207 y ss. *Juristische Methodik*, págs. 64 y ss.

tución exige una labor de "optimación": se hace preciso establecer los límites de *ambos* bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad; no debe ir más de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos. "Proporcionalidad"³² significa en este contexto una relación entre dos magnitudes variables, concretamente aquella que mejor responda a dicha tarea de optimación, no pues una relación entre un "objetivo" constante y uno o más "medios" variables. La misma queda clara, por ejemplo, en el (equivocamente así llamado) "efecto recíproco" entre libertad de expresión y el objetivo general limitador del artículo 5.º de la Ley Fundamental³³: de lo que se trata es de la concordancia práctica, por medio de una coordinación "proporcional", entre la libertad de expresión de un lado y los bienes jurídicos protegidos por las "leyes generales" de otro. Acerca de lo que *sea* proporcional en cada caso el principio no dice nada; sin embargo, en tanto que criterio orientador contenido en la Constitución y por lo mismo vinculante, indica la dirección y determina el único procedimiento a través del cual debe buscarse una solución constitucional. La "ponderación de bienes" carece de un criterio orientador de este tipo en lo que se refiere a sus valoraciones; no es sólo que le falta una base de apoyo sino que se encuentra siempre en peligro de sacrificar la unidad de la Constitución. Lo mismo se diga cuando la relación entre las garantías y las limitaciones constitucionales de la libertad se determina en base a una *presunción de partida en favor de la libertad (in dubio pro libertate)*, no siendo por ello posible contemplar en esta presunción un principio de interpretación constitucional³⁴.

73. c') Un principio de la interpretación constitucional es el criterio de la *corrección funcional*. Si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación³⁵. Esto es aplicable en particular a las relaciones entre legislador y tribunal constitucional: puesto que al tribunal constitucio-

³² Sobre este concepto, *cfr.* Lerche (*cit.* n. 30), págs. 19 y ss.

³³ BVerfGE 7, 198 (208 y ss.).

³⁴ P. e. P. Schneider, "In dubio pro libertate", en *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, II, 1960, págs. 263 y ss.

³⁵ Sobre esto, detalladamente Ehmke (*cit.* n. 1), págs. 73 y ss. Ver, asimismo, *infra* IV, 2.

nal sólo le corresponde, frente al legislador, una función de control, le está vedado una interpretación que condujese a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo.

74. d') Un principio de valoración de la relevancia de los puntos de vista elaborados es el criterio de eficacia integradora: si la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad. Ahora bien, este cometido no habrá sido cumplido correctamente cuando sólo pueda ser alcanzado "a través de vías no estrictamente constitucionales"³⁶ pues con ello se habrían rebasado los límites de la interpretación constitucional (*vid. infra* 3).

75. e') Un criterio de interpretación constitucional que, sin embargo, se contiene ya en buena medida en lo dicho más atrás³⁷ es el de la *fuerza normativa de la Constitución (vid. supra* núms. 42 y ss.). Dado que la Constitución pretende verse "actualizada", y siendo así que las posibilidades y condicionamientos históricos de dicha "actualización" van cambiando, preciso será dar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que ayuden a las normas de la Constitución a obtener la máxima eficacia, bajo las circunstancias de cada caso.

76. Este procedimiento tópico vinculado, en coherencia con el carácter de la Constitución, al problema concreto pero siempre guiado y orientado por la norma, tendrá las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables. Ciertamente la decisión jurídica, y muy en particular en el Derecho constitucional, nunca puede ser racionalizada totalmente; pero ello sólo puede significar que de lo que se trata es de la racionalidad *posible*, no que sencillamente se pueda prescindir de una metodología consciente. La "corrección" de los resultados obtenidos a través del proceso expuesto de concretización de las normas constitucionales no tiene, por ello, el carácter de lo exactamente demostrable que puede darse en las ciencias de la Naturaleza; en el ámbito de la interpretación jurídica ello nunca pasaría de ser la ficción y la perpetua mentira de los juristas tras de la cual, y de una forma implícita e incontrolada, se ocultarían los verdaderos motivos de la decisión o esta última sería

³⁶ Así, sin embargo, R. Smend, "Verfassung und Verfassungsrecht", en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2.ª ed., 1968, pág. 190.

³⁷ Müller, *Juristische Methodik (cit. n. 1)*, págs. 222 y ss.

sencillamente ocultada. Frente a la pretensión de una absoluta corrección imposible de demostrar y que con frecuencia ni siquiera la *ratio decidendi* hace patente, a través de la corrección relativa que implica reconocer el carácter limitado de su pretensión, pero que, sin embargo, dentro de dicha limitación, resulta explicable, convincente y hasta cierto punto previsible, parece conseguirse algo, y no por cierto un “quantum” de honestidad jurídica, sino también de —limitada— seguridad jurídica.

3. LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

77. La interpretación se halla vinculada a algo establecido³⁸. Por eso los límites de la interpretación se sitúan allí donde no existe algo establecido de forma vinculante por la Constitución, donde acaban las posibilidades de una comprensión lógica del texto de la norma o donde una determinada solución se encontrase en clara contradicción con el texto de la norma. A este respecto puede haber disposiciones vinculantes contenidas en el Derecho constitucional no escrito. Ahora bien, puesto que el Derecho no escrito no puede hallarse en contradicción con la *constitutio scripta* (*vid. supra* n.º 34), esta última se convierte en límite infranqueable de la interpretación constitucional³⁹. La existencia de este límite es presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora del poder que le corresponde a la Constitución (*vid. supra* n.º 31). Dicha función admite la posibilidad de un cambio constitucional (*Verfassungswandel*) por medio de la interpretación; pero excluye el quebrantamiento constitucional (*Verfassungsdurchbrechung*) —desviación del texto en un caso concreto— y la reforma de la Constitución por medio de la interpretación. Allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla. Cualquiera de las dos conductas le están vedadas por el Decreto vigente. Incluso cuando un problema no pueda resolverse adecuadamente por medio de la concretización, el juez, que se halla sometido a la Constitución, no puede elegir libremente los *topoi*⁴⁰.

³⁸ Gadamer (*cit. n. 21*), pág. 312.

³⁹ Cfr., asimismo, Müller (*cit. n. 1*) *Normstruktur und Normativität*, págs. 160 y ss.; *id. Juristische Methodik*, págs. 97 y ss., 182 y ss.; *id. Juristische Methodik und politisches System*, 1976, pág. 78. En contra, Bryde (*cit. 1*), págs. 267 y ss.

⁴⁰ Así, sin embargo, claramente Ehmke (*cit. n. 1*), pág. 60, según el cual el Tribunal puede apartarse del texto de la norma cuando el mismo no ofrece ninguna base para una solución racional del problema.

78. De aquí se derivan los límites que en el Derecho constitucional se imponen al pensamiento tópico. Este parte de la primacía del problema⁴¹, examinando el texto del precepto en el marco de *topoi* básicamente intercambiables y apartándose eventualmente de dicho texto en la solución del problema, con lo que dejan de respetarse los límites de la interpretación. Para una interpretación constitucional que parte de la primacía del texto constituye este último el límite infranqueable de su actuación. Las posibilidades de comprensión del texto delimitan el campo de sus posibilidades tópicas. De ahí que el método tópico sólo pueda jugar un papel limitado en el marco de la interpretación constitucional; tanto más cuanto que el Derecho constitucional como Derecho fundamentador del orden global y concebido como orden de convivencia no debe ser comprendido puntualmente, a partir de un problema aislado, como pueda ocurrir en el Derecho privado, al que la moderna teoría de la interpretación debe la recuperación del pensamiento tópico.

IV. La interpretación conforme a la Constitución

79. La reciente evolución del Derecho constitucional ha asistido a la aparición de un principio interpretativo que, si bien no presupone la existencia de una jurisdicción constitucional, sí debe, sin embargo, su formación y conformación prácticas a la implantación de la justicia constitucional en la Ley Fundamental: el principio de la interpretación conforme a la Constitución⁴². En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal este principio ha alcanzado importancia creciente y, si bien no se encuentra totalmente perfilado en lo que se refiere a su alcance, sí pertenece ya al acervo de la doctrina constante del Tribunal.

⁴¹ P. e. Vichweg (*cit. n. 24*), págs. 31 y ss. y *passim*.

⁴² Sobre esto, más detenidamente: Müller (*cit. n. 1*) *Juristische Methodik*, págs. 85 y ss.; H. Spanner, “Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 91, 1966, págs. 503 y ss.; H. Bogs, “Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, 1966; H. Simon, “Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung”, *Europäische Grundrechte- Zeitschrift* 74, págs. 85 y ss.; R. Zippelius, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, 1976, págs. 108 y ss. con más referencias, pág. 109. J.-A. Bettermann “Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren”, 1986.

1. CONTENIDO Y FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

80. Según este principio, una ley no ha de ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución⁴³. Esta "consonancia" no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución⁴⁴. Así pues, en el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales no son solamente "normas-parámetro" (*Prüfungsnormen*) sino también "normas de contenido" (*Sachnormen*) en la determinación del contenido de las leyes ordinarias. Por el contrario no es posible la interpretación conforme en contra del "texto y sentido"⁴⁵ o en contra de la "finalidad legislativa"⁴⁶. A este respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador; más bien de lo que se trata es de mantener el máximo de aquello que él ha querido⁴⁷. En ningún caso debe ser declarada nula una ley cuando la inconstitucionalidad no es evidente, sino que únicamente existen reservas, por serias que puedan ser⁴⁸.

81. La idea expresada a través del principio de la interpretación conforme sólo en parte coincide con la de la "observancia del orden de valores de la Ley Fundamental"⁴⁹ en la interpretación de las leyes ordinarias. El principio hunde sus raíces más bien en el principio de la *unidad del ordenamiento jurídico*: en función de esta unidad las leyes emanadas bajo la vigencia de la Ley Fundamental deben ser interpretadas en consonancia con la Constitución, así como el derecho aún vigente procedente de tiempo anterior debe ser adaptado a la

⁴³ BVerfGE 2, 266 (282); jurisprudencia constante; *cfr.*, asimismo, BVerfGE 48, 40 (45 y ss.), 64, 220 (241 y ss.), con más referencias. Problemática parece la extensión a la interpretación de leyes de reforma de la Constitución: BVerfGE 30, 1 (17 y ss., 34). *Cfr.* sobre ello, P. Häberle, "Die Abhörenscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15-12-1970", *Juristenzeitung* 1971, 145 (148 y ss.).

⁴⁴ P. e. BVerfGE 11, 168 (190); 41, 65 (86); 59, 336 (350 y ss.).

⁴⁵ P. e. BVerfGE 2, 380 (398); 18, 97 (111); *id.* también BVerfGE 70, 35 (63); *cfr.*, sin embargo, BVerfGE 30, 83 (88).

⁴⁶ P. e. BVerfGE 8, 28 (34). *Idem* también pero en sentido contrario BVerfGE 70, 35 (63) con más referencias. Por eso se rechaza la interpretación conforme, p. e., en BVerfGE 8, 28 (34 y ss.); 8, 71 (78 y ss.); 9, 83 (87); 20, 150 (160 y ss.); 34, 165 (199 y ss.); 42, 176 (189 y ss.).

⁴⁷ P. e. BVerfGE 8, 28 (34); 9, 194 (200); 12, 45 (61).

⁴⁸ P. e. BVerfGE 9, 167 (174); 12, 281 (296).

⁴⁹ P. e. BVerfGE 13, 46 (51); 19, 1 (8).

nueva situación constitucional. Al pronunciarse el juez sobre esto controla él la concretización de la Constitución llevada a cabo por el legislador a través de una propia concretización de la Constitución y de la ley.

2. LÍMITES JURÍDICO-FUNCIONALES

82. Como consecuencia de ello la interpretación conforme adquiere una importancia fundamental en su aspecto jurídico-funcional. En correspondencia con el contenido jurídico-material se hace precisa una coordinación de funciones de los órganos que intervienen en el proceso de concretización. Esto vale tanto para la relación entre jurisdicción constitucional y legislación como para la relación entre la jurisdicción constitucional y las restantes jurisdicciones.

83. a) En la relación entre *jurisdicción constitucional y legislación* se plantea la cuestión de a quién corresponde, ante todo, la concretización de la Constitución. Si lo que con la interpretación conforme se pretende es mantener en lo que sea posible la validez de la ley, el principio aparecerá entonces, en su aspecto jurídico-funcional, como el de la primacía del legislador en la concretización de la Constitución⁵⁰. La voluntad y la conducta del legislador democrático gozan de una presunción de constitucionalidad; a él le corresponderá en primera línea la conformación jurídica de las relaciones sociales. Al tribunal constitucional le está vedado discutir esta primacía al legislador, pues ello acarrearía un desplazamiento de las funciones constitucionalmente encomendadas. Con todo, la primacía del legislador democrático se produce a costa de un cambio de significado del contenido de la ley por parte del tribunal constitucional; primacía que puede resultar anulada cuando el precio es excesivamente alto, cuando el contenido que, a través de la interpretación conforme, el tribunal da a la ley contiene no ya un *minus* sino un *aliud* frente al contenido original de la ley. En este caso, el tribunal interfiere las competencias del legislador con más intensidad incluso que en el supuesto de una declaración de nulidad, puesto que es él mismo quien conforma positivamente, mientras que en el caso de declaración de nulidad la nueva conformación sigue siendo asunto del legislador⁵¹. Cuanto más corrija el tribunal al legislador tanto más se aproximará aquél a los límites jurídico-funcionales de la inter-

⁵⁰ *Cfr.* también Ehmke (*cit.* n. 1), págs. 68 y ss.

⁵¹ Puede haber excepciones a esto cuando sólo sea concebible una solución que responda a los mandatos de la Constitución; p. e. BVerfGE 2, 336 (340 y ss.).

pretación conforme, los cuales por lo demás son difíciles de precisar con absoluta nitidez⁵².

84. b) Por lo que hace a la relación entre la *jurisdicción constitucional* y las demás jurisdicciones se plantea la cuestión de a quién le corresponde en primera línea la concretización de las leyes. Tampoco aquí resulta posible una separación nítida: con la instauración de las jurisdicciones de los artículos 95 y 96 de la Ley Fundamental, ésta encomienda ciertamente de forma principal a dichas jurisdicciones la interpretación de las leyes ordinarias; pero no excluye por completo al Tribunal Constitucional Federal de toda interpretación de las leyes ordinarias, porque el control de normas que forma parte de su competencia (art. 93, 1, 2.º; art. 100 de la Ley Fundamental) presupone tal interpretación. Si, en estos supuestos, el Tribunal Constitucional se impone a la interpretación de la ley por parte de las restantes jurisdicciones⁵³, ello parecerá justificado en interés del “mantenimiento de la norma” (*supra a*). Queda, sin embargo, sin responder la cuestión de hasta dónde pueda llegar esta primacía de la interpretación del Tribunal Constitucional sin hacer del mismo —que se halla concebido como un específico tribunal constitucional— un supremo tribunal civil, penal y administrativo⁵⁴.

3. REPERCUSIONES EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CONFORME A LA LEY

85. La “interpretación conforme” no plantea sólo la cuestión del contenido de la ley sometida a control sino también la relativa al contenido de la Constitución según la cual dicha ley ha de ser medida. Exige pues tanto interpretación de la ley como interpretación de la Constitución. Y puesto que tanto la relación material como la funcional van en la línea de un mantenimiento de la ley, la interpretación conforme interpretará la norma constitucional, dentro de lo posible, en el sentido en que el legislador la ha concretizado. De ahí que la interpretación conforme de las leyes sea, en su efecto reflejo sobre la interpretación de la

⁵² Estos límites han sido claramente rebasados en BVerfGE 9, 194 (199 y ss.). Cfr., asimismo, BVerfGE 30, 1 (19 y ss., 37 y ss.); 33, 52 (65 y ss., en especial 69, así como el voto particular; *ibid.* págs. 78, 80 y ss.); 35, 263 (278 y ss.).

⁵³ El Tribunal Constitucional Federal, en jurisprudencia constante, ha asumido la competencia de interpretación de las leyes ordinarias desde el punto de vista de su constitucionalidad. Cfr., p. e. BVerfGE 10, 340 (345) con más referencias.

⁵⁴ Ehmke (*cit. n. 1*), pág. 75, quien correctamente remite a la problemática de la interpretación conforme existente en relación con el derecho del Estado federal.

Constitución, interpretación de la Constitución conforme a la ley⁵⁵. En ello se manifiesta como un principio suplementario —cabe decir mediato— de interpretación de la Constitución por parte de los tribunales. Este efecto confirma al mismo tiempo la estrecha interrelación existente entre Constitución y ley y, con ello, la unidad del ordenamiento jurídico.

⁵⁵ Incluso cuando el Tribunal que interpreta no lo diga expresamente. Cfr., p. e., BVerfGE 12, 45 (53 y ss.).