

Rainer Grote (Alemania) *

El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania **

I. Introducción

Todo análisis sistemático del desarrollo interpretativo de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en la República Federal de Alemania debe basarse en la posición muy especial que tiene el Tribunal Constitucional Federal dentro del sistema político-constitucional alemán. Por un lado, es un tribunal autónomo que está dotado de todas las garantías de independencia judicial y que, en el sentido material, desarrolla una actividad típicamente jurisdiccional. En su función de órgano judicial, está llamado a colaborar en la realización del derecho y a velar por el respeto de las disposiciones constitucionales por los poderes públicos. Por otro lado, se diferencia en su carácter y en su significación respecto de los tribunales ordinarios.

En contraposición a la jurisdicción civil, penal y administrativa, la jurisdicción constitucional es competente para la decisión de una clase especial de conflictos jurídicos, es decir, los conflictos sobre la interpretación de la ley suprema del Estado. Su función de intérprete último y auténtico de la Constitución resulta del capítulo IX de la Ley Fundamental, sobre el Poder Judicial, y en particular del artículo 93, que consagra su poder de decisión en las controversias constitucionales más importantes. En muchos casos, las sentencias del Tribunal Constitucional presentan el carácter de una declaración general de principios, superando así la mera decisión de un caso concreto y tomando el carácter de una verdadera norma general obligatoria para los

* Doctor en derecho por la Universidad de Gotinga, Investigador en el Instituto Max Planck de Derecho Público comparado y de Derecho Internacional en Heidelberg, Alemania.

** El presente artículo se basa en la ponencia presentada por el autor en el X Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina, organizado por el Tribunal Constitucional de Chile y la Fundación Konrad Adenauer en Santiago de Chile en setiembre de 2003.

poderes públicos. Según el artículo 31.1 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional, las decisiones de este último vinculan no sólo las partes del conflicto —como es el caso para las sentencias de los tribunales ordinarios, incluso las más altas instancias de la jurisdicción civil, penal y administrativa—, sino también todos los órganos constitucionales de la federación y de los estados, así como los tribunales y autoridades. En algunos casos, entre otros los del control abstracto o concreto de normas, las decisiones del Tribunal gozan de una autoridad aún más grande, pues tienen fuerza de ley (artículo 31.2 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal).

Estos efectos jurídicos amplios de las decisiones del Tribunal dan a la interpretación constitucional en que se basan su trascendencia específica. A pesar de ello, ni la Ley Fundamental ni la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal contienen criterio alguno que pueda ayudar al juez constitucional en su trabajo de interpretación y aplicación de la Constitución. En otros términos, la definición de los criterios de interpretación pertinentes es remitida al Tribunal Constitucional mismo.

II. Los métodos clásicos de la hermenéutica constitucional

A tal efecto, puede recurrirse a los métodos clásicos de la hermenéutica jurídica que se basan, como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en varias ocasiones, en la teoría objetiva de la interpretación. Según este concepto, la misión principal del intérprete consiste en determinar la voluntad del legislador objetivada en la ley, porque el Estado no se expresa a través de las aseveraciones personales de quienes participaron en la formulación de la voluntad legislativa, sino en la ley misma. A esa finalidad de la interpretación sirven la interpretación al tenor de la norma, denominada *interpretación gramatical*; el análisis del contexto sistemático de la norma o *interpretación sistemática*; la determinación de su finalidad, llamada *interpretación teleológica*; y finalmente el examen de los estudios preparatorios y de la formación histórica de la ley, o *interpretación histórica*.¹

Para determinar la “voluntad objetiva” del legislador se permiten todos esos métodos de interpretación. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal concede a la interpretación histórica una función más limitada que la de los otros medios auxiliares de la interpretación. La voluntad de legislador puede ser tenida en cuenta para la interpretación de la norma sólo en la medida en que encuentre una expresión suficientemente determinada en la ley misma. Además, la interpretación histórica tiene una función meramente subsidiaria: se aplica únicamente cuando se trata de confirmar la exactitud de una interpretación emitida con base en los principios de la interpretación gramatical, sistemática y teleológica o, alternatively, cuando se presentan dudas que no puedan ser resueltas por los mencionados medios de interpretación.²

¹ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 1, p. 299 [312]; 10, 234 [234]; 11, 126 [130].

² *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 11, p. 126 [130].

Sin embargo, los principios clásicos de la interpretación de la ley han sido criticados por su insuficiencia frente a los problemas específicos de la interpretación constitucional. Estas críticas están basadas en su mayor parte en las diferencias que existen entre la Constitución y la ley. La Constitución comparte con la ley la fuerza vinculante de sus normas. Este redescubrimiento del carácter normativo de la Constitución es el gran logro de la época de posguerra y constituye la base central e indispensable del constitucionalismo moderno. Al mismo tiempo, la Constitución se diferencia de la ley en su estructura normativa, que se caracteriza, en particular, por una proporción relativamente elevada de conceptos jurídicos indeterminados y abiertos, en particular en materia de derechos fundamentales y de los principios básicos de la organización estatal y de sus fines políticos. La Constitución no es votada por la mayoría parlamentaria del día para resolver un problema concreto, sino que constituye un compromiso básico sobre los fundamentos de la vida política y social del Estado aprobado por las mayores corrientes políticas del país. Sus disposiciones tienen un alto grado de abstracción y están destinadas a producir efectos jurídicos en un largo plazo. Esa finalidad particular de la Constitución es difícilmente compatible con una teoría de la interpretación que pretende limitarse a la revelación de la voluntad preexistente unívoca y homogénea del constituyente encerrada en el texto constitucional.

III. Modelos alternativos de interpretación

Por estos motivos, se han propuesto en la doctrina diversos modelos de interpretación alternativos con el objetivo de incorporar en el proceso de interpretación de la Constitución su finalidad y su carácter específico. No es posible en este lugar ofrecer una lista exhaustiva de las teorías diferentes; se mencionarán sólo algunos de los conceptos más importantes y más discutidos en la doctrina.

Según un primer concepto, formulado por el juez constitucional Leibholz sobre la base de la teoría constitucional elaborada por primera vez por Rudolf Smend en la República de Weimar,³ la interpretación de la Constitución debe reflejar la función integradora de ésta. La posición de la jurisdicción constitucional se diferencia fundamentalmente de los tribunales ordinarios en que sus decisiones, al dar una orientación sobre los valores jurídicos constitucionales, participan necesariamente de la formación de la integración política.⁴ Por consiguiente, un juez constitucional que pretenda cumplir rectamente su cometido deberá apreciar e interpretar las normas constitucionales no sólo con la ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, y sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático. Quiere ello decir que debe apreciar la Constitución como un conjunto de

³ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Múnich-Leipzig, 1928, integralmente reproducido en R. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3ª ed., Berlín, 1994, pp. 119 y ss.

⁴ G. Leibholz, "El Tribunal Federal de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", en *Revista de Estudios Políticos* 146, 1966, p. 89 (95).

significado unitario y que debe tener siempre presente el sistema implantado por la Constitución como un conjunto global, cuya preservación debe orientar sus decisiones. Entre sus consideraciones debe incluir, por tanto, aquella concepción jurídica que por sus consecuencias esté más en consonancia con los valores jurídicos de la Constitución que trate de aplicar.⁵

Para otros autores como Häberle, la interpretación constitucional tiene que reproducir, en la máxima medida posible, las condiciones pluralistas de su formación. La Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo que se impone como una verdad revelada y única sobre el conjunto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y se extiende para renovar, de manera constante, esa conciliación y pacificación social. Los criterios de la interpretación constitucional son tan abiertos como la sociedad pluralista. Tampoco hay un *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales. En los procesos de interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos ciudadanos y grupos. La Constitución, en la medida en que es vivida por la sociedad, es interpretada y reinterpretada de manera constante por todos los que conforman esta realidad.⁶

Esto no significa que no haya diferencias entre, por un lado, los órganos estatales que realizan interpretaciones de la Constitución con fuerza jurídicamente vinculante y, por otro, los grupos políticos y ciudadanos individuales que participan en la aplicación de la Constitución por la introducción de recursos ante los tribunales, la formulación de programas legislativos u otras acciones que se basan, de manera más o menos específica, en una cierta interpretación de la preceptiva constitucional. Sin embargo, en el Estado democrático constitucional los órganos estatales, y sobre todo el Tribunal Constitucional, deben tener en cuenta la opinión pública en el proceso de interpretación de la ley fundamental. Según este concepto, se justifica un control de constitucionalidad muy discreto en todos los casos en que la ley en cuestión ha sido objeto de un debate extenso en el Parlamento y en el público y goza de una amplia adhesión popular; al contrario, se necesita un control más detallado cuando se trata de legislación públicamente controvertida o de normas legales que han sido adoptadas en un proceso legislativo con participación limitada.⁷

El carácter relativamente abierto de muchas normas constitucionales, y en particular de los derechos fundamentales, es el punto de partida de las reflexiones de Hesse sobre el tema de la interpretación constitucional. Para él, la interpretación constitucional es esencialmente un proceso de concreción. La aplicación de una norma consiste en una operación de ajuste en la que la norma ha de ser racionalmente

⁵ Leibholz, o. cit., p. 94.

⁶ P. Häberle, "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten", en P. Häberle, *Verfassung als offener Prozeß*, Berlín 1978, p. 155 (159 y ss.).

⁷ Häberle, o. cit., pp. 174 y s.

vivida por el intérprete. Esto, que en todos los casos es así, en el derecho constitucional adquiere mayor importancia porque las normas constitucionales son más abiertas que la mayoría de las normas del derecho ordinario. Aquí la concreción de la norma se efectúa mediante la operación de aplicación; la norma se cierra, por así decirlo, en el acto de aplicación. 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 manera igualmente racional y controlable, creando de este modo certeza y previsibilidad jurídicas, y no el de la simple decisión por la decisión.⁸

Esas premisas llevan Hesse a una llamada *interpretación tópica* de la Constitución. Ese método abierto de interpretación refleja el carácter abierto de la Constitución. Pero en este concepto el intérprete no es libre para seleccionar de los aspectos en que quiere basar su argumentación. Por un lado, está limitado a la consideración de aquellos aspectos que presentan un vínculo bastante estrecho con el problema en cuestión; por otro, su selección es estructurada y determinada por los elementos de concreción inherentes en el programa normativo de la norma de cuya interpretación se trata.⁹

Sin embargo, hay unos principios que guían y al mismo tiempo limitan el proceso de concreción. Quizás el más importante de estos principios es el reconocimiento de que la Constitución debe concebirse como *unidad de sentido* cuyas normas y principios son elementos interdependientes. En consecuencia, el sentido de las normas constitucionales debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella.¹⁰

Una aplicación importante de este principio es el imperativo de obtener un equilibrio entre varios bienes constitucionalmente protegidos que en el caso concreto se encuentran en conflicto. No existe un orden jerárquico entre los bienes y valores constitucionales. De esto resulta que el intérprete de la Constitución tiene que establecer un balance entre los bienes en conflicto que permita a ambos recuperar la máxima eficacia jurídica posible en las circunstancias. La expresión mejor conocida de este concepto es el *principio de la proporcionalidad*, que se aplica también en la hipótesis de un conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos; por ejemplo, en la situación de una colisión entre derechos fundamentales de titulares diferentes. Su aplicación evita que la actualización de un principio constitucional se agote en la limitación unilateral del otro. La interpretación de cada uno de los dos principios debe tener en cuenta la función que el otro principio tiene para la realización de los

⁸ K. Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, 1983, p. 37.

⁹ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Karlsruhe, 1999, p. 26.

¹⁰ *Ibidem*, p. 27.

valores fundamentales del orden liberal democrático establecido por la Ley Fundamental.¹¹

Otro criterio fundamental de la interpretación constitucional *tópica* es el fortalecimiento de la vigencia normativa de la Constitución. En esta perspectiva, la Ley Fundamental busca establecer no sólo un orden formal de la vida pública en la República Federal, sino un ordenamiento bueno y justo de la comunidad. Constituye un conjunto de principios, valores, competencias y procedimientos destinados a echar raíces en la realidad política y social de país. De esta comprensión material o sustancial de la preceptiva constitucional se deriva la necesidad de una interpretación efectiva de la Constitución que dé la máxima vigencia práctica a sus principios, sobre todo a los derechos fundamentales y al orden democrático y social del Estado. El aspecto de la fuerza normativa de la Constitución establece también una base favorable a la interpretación dinámica de ésta, porque obliga al juez constitucional a seleccionar de entre varias interpretaciones posibles de la norma constitucional la solución que le permita producir los máximos efectos jurídicos en las circunstancias históricas concretas.¹²

El denominador común de estos conceptos doctrinales de la interpretación constitucional es la libertad más grande que acuerdan al juez constitucional en la selección de los criterios en que quiere fundamentar su aplicación de la norma constitucional. En otros términos, hacen evidente la función creadora inherente en el proceso de interpretación constitucional. Por ejemplo, según el modelo de la interpretación integradora, el juez constitucional debe seleccionar la interpretación que facilite al máximo posible la integración política de la población. De manera similar, el concepto de la interpretación pluralista invita al juez constitucional a considerar en qué medida la ley que está sometida a su control representa un consenso que ya existe o está formándose en la sociedad con respecto al problema material que debe solucionar.¹³ Ambos conceptos tienen tendencia a reducir la vinculación del juez al texto de la interpretación constitucional aplicable en el caso concreto. Al mismo tiempo, implican un análisis político y sociológico profundizado de las orientaciones dominantes en los sectores más importantes de la sociedad, para lo cual el juez parece mal equipado.¹⁴

El modelo de concreción de las normas constitucionales propuesto por Hesse evita esas dificultades, pues la selección de los criterios relevantes queda vinculada

¹¹ *Ibidem*, p. 28.

¹² *Ibidem*, pp. 16 y ss, 29.

¹³ Häberle ("Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept", o. cit. p. 121) (135) llama él mismo la atención sobre el peligro de que el método pluralista pueda fácilmente degenerar en un instrumento para subordinar la preceptiva constitucional a las presiones de los intereses particulares o las emociones transitorias de la opinión pública.

¹⁴ E.-W. Böckenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik", en E.-W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2ª ed., Frankfurt a. M., 1992, p. 53 (68).

al programa normativo del precepto de cuya interpretación se trata. Sin embargo, el problema central de la interpretación constitucional reside exactamente en el carácter indefinido o mal determinado del programa normativo de la disposición constitucional. El modelo de concreción de las normas constitucionales reformula este problema, pero no lo soluciona.

IV. La posición del Tribunal Constitucional federal

Quizás por estos motivos, el Tribunal Constitucional federal no ha optado por uno u otro de los mencionados métodos de interpretación constitucional. Al menos en teoría, continúa afirmando la importancia de los medios tradicionales de interpretación, con cierta preferencia por la interpretación sistemática y teleológica.¹⁵ Hay numerosas sentencias en que los principios hermenéuticos clásicos forman la base de su argumentación.¹⁶ Sin embargo, en otras instancias el Tribunal ha recurrido a una argumentación *tópica* para fundamentar su decisión.¹⁷ Por eso es correcta la observación de la doctrina en cuanto a que el Tribunal no se limita a un método de interpretación único, sino que utiliza varios criterios de interpretación que cambian según el caso.¹⁸ En su fallo de 1983 relativo a la disolución anticipada del Parlamento Federal, el Tribunal reconoció explícitamente que hay diferencias importantes entre la interpretación constitucional y la interpretación de la legislación ordinaria. En su opinión, el problema de la indeterminación material de la norma es mucho más frecuente y grave en el campo del derecho constitucional que en el ámbito del derecho ordinario. Por este motivo, el Tribunal manifestó dudas respecto de la aplicabilidad sin reserva de los principios interpretativos tradicionales en el terreno constitucional.¹⁹ Pero no procedió, en esta ocasión ni en otra, a una reflexión sistemática de las modificaciones necesarias de los criterios de interpretación establecidos o de su reformulación concreta. Esta tarea fue dejada en manos de la doctrina.

Más importante es la línea general que ha seguido el Tribunal en la interpretación y aplicación de la Ley Fundamental. Apartándose del formalismo y del positivismo dominantes en el derecho público alemán a comienzos del siglo XX, el Tribunal ha favorecido de manera constante la comprensión material del derecho constitucional. Para el Tribunal, la esencia de la Constitución no se agota en sus elementos formales, aunque la vida y la eficacia constitucionales descansan también sobre esos elementos. No menos esencial es el contenido de la Constitución, que no quiere ser

¹⁵ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 1, p. 299[312]; 11, 126[130]; 40, 353[365].

¹⁶ Por ejemplo, las sentencias TCF vol. 40, 141; 62, 1.

¹⁷ Por ejemplo, las sentencias TCF vol. 34, p. 269; 39, 334; 40, 296.

¹⁸ E.-W. Böckenförde, o. cit., p. 54; Hesse, *Grundzüge...*, o. cit., p. 24.

¹⁹ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 62, p. 1 [45].

sólo un orden por el orden, sino un ordenamiento bueno y justo de la comunidad. Cristalizada en el concepto del *orden de valores sustanciales* subyacente a la Constitución y en particular a sus disposiciones sobre la protección de los derechos fundamentales, esta interpretación sustancial de la Ley Fundamental se ha convertido en un elemento central de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Otra consecuencia importante de este concepto ha sido la eliminación de la separación rígida entre la norma jurídica y la realidad social. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la realidad normada por la Ley Fundamental alcanza un significado esencial por la interpretación constitucional. El cuidadoso análisis de las circunstancias, que atribuye considerable importancia a las interrelaciones políticas, económicas, técnicas y sociales, ocupa una posición central en la interpretación de la norma constitucional. Por consiguiente, el cambio histórico de estas relaciones puede también incidir en la aplicación de la norma constitucional, con la consecuencia de que el derecho constitucional experimente un desarrollo continuado mientras el texto de la Constitución permanece inalterado. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la evolución de los conocimientos científicos con respecto a los efectos médicos y psicológicos de la condena a prisión perpetua sobre el condenado puede llevar a una modificación en la evaluación de la constitucionalidad de este tipo de pena.²⁰ La interrelación entre el cambio técnico y la interpretación constitucional está ilustrada por la jurisprudencia del Tribunal relativa la libertad de radiodifusión. Según el Tribunal, los términos *radio* y *televisión* que emplea el artículo 5.1 de la Ley Fundamental para delimitar el ámbito de protección de esta libertad no son susceptibles de una definición irrevocable. Su contenido debe determinarse a la luz de la evolución técnica. Sólo la interpretación dinámica de estos términos permitirá extender la protección de la libertad de radiodifusión también a los nuevos medios de comunicación que no se conforman a las categorías tradicionales de medios de comunicación social o individual.²¹

V. El desarrollo de la preceptiva constitucional a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal

El Tribunal ha dado una interpretación sustancial a los principios básicos del ordenamiento jurídico y político, es decir, a los principios de Estado de Derecho y de orden democrático. Por ejemplo, de la garantía de un orden democrático-liberal contenida en el artículo 21.2 de la Ley Fundamental ha derivado un concepto amplio de la democracia pluralista que incluye el respeto por la dignidad humana y sus elementos esenciales protegidos por la Ley Fundamental, en particular el derecho de la persona a la vida y al libre desarrollo, la soberanía popular, la división de poderes, la

²⁰ *Sentencias de Tribunal Constitucional Federal*, vol. 45, p. 187 [227].

²¹ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 73, p. 118[154]; 74, 297[350].

responsabilidad del Gobierno, la subordinación de la administración a la ley, la independencia de los tribunales, la libre competencia y el derecho fundamental de los partidos políticos a la igualdad de oportunidades y a la formación de una oposición política conforme a los requisitos de la Constitución.²² De manera similar, ha reconocido, sobre la base de las normas constitucionales que determinan la estructura federal del Estado alemán, un principio constitucional no escrito del deber recíproco de la federación y los estados de un comportamiento leal,²³ de donde resultan varios deberes legales concretos, entre otros el deber de los estados de acatar los acuerdos internacionales celebrados por la federación,²⁴ un creciente deber de cooperación en los casos en que la Constitución o la ley exigen un entendimiento entre la federación y los estados,²⁵ y la obligación de los estados más ricos a ayudar dentro de ciertos límites a los más débiles.²⁶

Pero es en el campo de los derechos fundamentales donde la interpretación material y dinámica ha tenido su aplicación más espectacular. Es cierto que en este terreno existe una situación particular, que deriva de la indeterminación de las garantías textuales de la mayoría de los derechos fundamentales. Para el Tribunal Constitucional federal no era posible recurrir a una tradición clara y segura, porque los derechos fundamentales no habían desempeñado un papel mayor en la praxis del Estado alemán antes de la Ley Fundamental. Del texto de la nueva Constitución, que dispone en su artículo 1.1 que los derechos fundamentales por ella garantizados vinculan a los poderes del Estado a título de derecho directamente aplicable, resultaba claramente que los derechos individuales debían tener una importancia mayor que en el pasado. Todo lo demás dependió de su interpretación. Por su extensa jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, el Tribunal ha cumplido una exigencia fundamental de la protección jurídica de los derechos humanos, que ahora es generalmente reconocida no sólo en el ámbito nacional, sino también en la jurisprudencia internacional, a saber: que las garantías de los derechos individuales deben comprenderse como instrumentos jurídicos “vivientes” en la máxima medida posible.²⁷

El Tribunal logró este fin por tres vías interpretativas principales: 1) la interpretación de las garantías de derechos fundamentales como sistema comprensivo de protección; 2) la ampliación de los efectos jurídicos de los derechos fundamentales,

²² *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 2, p. 1[12]; 5, 85[140].

²³ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 12, p. 205[254].

²⁴ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 6, 309[361].

²⁵ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 1, p. 299[315].

²⁶ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 1, 117[131]; 86, 148[215]; 101, 158[222].

²⁷ La necesidad de una interpretación dinámica de la Convención Europea de los Derechos Humanos ha sido consagrada de manera explícita en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos; véase la decisión de la Corte en el caso *Tyler*, serie A 26, p. 15. Sobre la interpretación de normas internacionales y constitucionales en materia de derechos humanos en general cf. N. Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge, 2002, pp. 159 y ss.

y 3) la interpretación extensiva del ámbito de protección de los derechos fundamentales para adaptarlos a situaciones no previstas.

1. *La interpretación de los derechos fundamentales como sistema sin lagunas*

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha convertido las garantías disociadas del texto constitucional en un sistema comprensivo de protección de derechos individuales que no admite lagunas. A tal efecto, el Tribunal ha interpretado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el artículo 2 de la Ley Fundamental, de manera extremadamente extensiva: protege cualquier actividad humana que no esté cubierta por una garantía más específica.²⁸ De este modo, todos los aspectos de la libertad individual que no forman parte del ámbito de protección de uno de los derechos fundamentales particulares enumerados en los artículos 3 y siguientes de la Ley Fundamental gozan al menos de la protección reservada al derecho general al libre desarrollo de la personalidad. Esto es de gran importancia práctica, pues todo ciudadano que se considere lesionado en uno de sus derechos fundamentales protegidos por la Constitución, incluso el derecho al libre desarrollo de la personalidad, podrá interponer un recurso en defensa de estos derechos ante el propio Tribunal Constitucional si no obtiene satisfacción por la vía judicial ordinaria. Ésta es una de las razones para el extraordinario éxito cuantitativo del recurso de amparo constitucional en el pasado.

2. *Ampliación de los efectos jurídicos de los derechos fundamentales*

Ya en una fase temprana de la jurisprudencia del Tribunal se dio un paso decisivo en dirección a una interpretación sustancial de los derechos fundamentales, con la doble cualificación de estos derechos en la famosa sentencia del caso *Lüth*: no sólo como derechos de libertad frente al Estado sino también como decisiones objetivas de valor o normas de principio, con validez para todos los ámbitos del derecho. En la motivación de la sentencia, el Tribunal reconoció que los derechos fundamentales se encuentran principalmente destinados a asegurar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; pero, en su opinión, la función de los derechos fundamentales incorporados en la Ley Fundamental no se limita a esta protección del individuo frente al Estado. Según el Tribunal, la Ley Fundamental ha establecido en su sección de derechos fundamentales un orden objetivo de valores con la consecuencia de intensificar el principio de la obligatoriedad de los derechos fundamentales.

Ese sistema de valores, que encuentra su punto central en la dignidad y en la personalidad humana que se despliega libremente dentro de la comunidad social, debe estar vigente en su calidad de decisión fundamental del ordenamiento constitu-

²⁸ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 6, p. 32[37]; 80, 137[154].

cional en todos los sectores del derecho. La legislación, la administración y la jurisdicción deben recibir sus lineamientos e impulsos. En particular, el juez ordinario ha de examinar si las disposiciones de derecho ordinario que él debe aplicar están influenciadas por los derechos fundamentales en la forma expuesta. Si no observa esa obligación y no se da cuenta de la influencia de la Constitución sobre las normas legales aplicables, no sólo actúa contra el derecho constitucional objetivo, sino que, en su calidad de magistrado, viola mediante su sentencia el derecho subjetivo del individuo titular del derecho fundamental respectivo.²⁹

La concepción desarrollada por el Tribunal Constitucional conduce a repercusiones de largo alcance: los derechos fundamentales influyen en todo el derecho, incluyendo el derecho procesal e incluso el derecho privado. Sobre la base de esta interpretación amplia de los derechos fundamentales se formularon otros principios importantes, como el efecto de irradiación, el denominado efecto frente a terceros de los derechos fundamentales y las obligaciones de protección en el ámbito jurídico fundamental.

El Tribunal Constitucional federal consagró la existencia de obligaciones de protección estatal en su decisión sobre la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto. Según el Tribunal, el derecho a la vida contenido en el artículo 2.2 de la Ley Fundamental implica una obligación de protección para cada forma de vida humana. No importa si el *nasciturus* es titular del derecho a la vida o no, pues goza en todo caso de la protección de la dignidad humana que el artículo 1 de la Ley Fundamental garantiza a todo ser viviente, a todo ser humano que posee vida y, por consiguiente, también al *nasciturus*. La obligación de protección implica la adopción de medidas legales, incluso en el ámbito del derecho penal, para hacer respetar el derecho a la vida tanto por los poderes públicos como por los privados, dado que la vida es un valor absoluto, de imposible restitución en caso de su violación. El legislador goza de un margen de apreciación en la selección de los medios que le parezcan adecuados y necesarios para realizar este fin; sin embargo, está obligado constitucionalmente a considerar también las sanciones penales si ningún otro medio ofrece una protección suficiente.

Sobre este fundamento doctrinal, el Tribunal declaró inconstitucional la despenalización generalizada del aborto consentido dentro de un plazo fijado por la ley; pero permitió la despenalización en determinadas circunstancias, definidas meticulosamente por la ley, en que el valor constitucional de la vida del *nasciturus* entra en colisión con otros valores constitucionalmente protegidos de rango igual, como la vida o la autodeterminación sexual de la madre.³⁰ La figura del deber de protección ha sido extendida en la jurisprudencia ulterior a otros derechos, pero su énfasis queda sobre la protección de la vida y del derecho a la integridad física. En general, sin

²⁹ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 7, p. 198[205].

³⁰ *Sentencias del Tribunal Constitucional Federal*, vol. 39, p. 1[36].

embargo, el legislador goza de una libertad considerable en el cumplimiento de esta obligación. Sólo cuando la medida adoptada no resulta adecuada, desde ninguna perspectiva, para proteger el derecho constitucionalmente garantizado el Tribunal procederá al pronunciamiento de la inconstitucionalidad.

3. *Adaptación de los derechos fundamentales a situaciones sociales no previstas*

La misma preocupación por la protección efectiva de los derechos fundamentales ha animado la adaptación interpretativa del ámbito de protección de estos derechos a los cambios de la realidad política y social. A causa de los nuevos o crecientes peligros para la personalidad humana, se han concretado la garantías constitucionales de una manera apropiada para prevenir dichos peligros. El ejemplo más importante a este respecto es la célebre decisión de 1983 sobre la inconstitucionalidad parcial de la ley del censo. En esta sentencia, el Tribunal derivó del artículo 2.1 de la Ley Fundamental —que textualmente sólo garantiza el libre desarrollo de la personalidad y no hace ninguna referencia a las técnicas modernas de tratamiento automatizado de los datos— y de la garantía de la dignidad humana contenida en el artículo 1, el derecho del individuo a la autodeterminación informativa. A tal efecto, se fundó en el carácter no concluyente del derecho de la personalidad y la necesidad de reconsiderar el alcance del concepto de autodeterminación en condiciones modernas. En opinión del Tribunal, el fenómeno moderno del procesamiento automático de datos pone en peligro la capacidad del individuo de decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites son públicos los asuntos de su vida personal. Ésta aparece ante todo amenazada por el hecho de que los procesos de decisión ya no se pueden retrotraer, como antiguamente, a registros y documentos compilados manualmente. Gracias a la elaboración automática de datos, la información individual sobre circunstancias personales u objetivas de una persona determinada o determinable son, técnicamente hablando, acumulables sin límite alguno y en cualquier momento se pueden recabar en segundos, cualquiera sea la distancia. Además, esa información puede —especialmente con el montaje de sistemas integrados de información— refundirse con otras colecciones de datos en un perfil de personalidad parcial o ampliamente definido, sin que el interesado pueda controlar suficientemente su exactitud y su utilización. De este modo se perfilan, según el Tribunal, en una medida hasta ahora desconocida, las posibilidades de indagación e influencia susceptibles de incidir sobre la conducta del individuo, al menos por la presión psicológica que supone el interés del público en aquélla.³¹

De lo que antecede el Tribunal dedujo que la libre eclosión de la personalidad presupone, en las condiciones modernas de la elaboración de datos, la protección del

³¹ Tribunal Constitucional Federal, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1984-33, p. 126 (152-153).

individuo contra la recolección, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a su persona. Por este motivo, declaró aplicable el derecho fundamental del artículo 2.1, en relación con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental, aunque estas disposiciones no contienen ninguna indicación textual susceptible de acomodar el derecho a la autodeterminación informativa reconocido por el Tribunal.

En resumen, el Tribunal Constitucional ha hecho prevalecer la validez de los derechos fundamentales no sólo para la vida del Estado, sino también para la entera vida jurídica del Estado. De esta manera ha sentado las bases para la omnipresencia de los derechos fundamentales en la vida política y social de la República Federal.

VI. Los límites del desarrollo interpretativo del derecho constitucional

La comprensión material de la Constitución como unidad de sentido destinada a producir sus efectos en la realidad política y social no significa, sin embargo, que el juez constitucional sea libre de modificar el contenido del derecho constitucional en vigencia a través de la interpretación de las normas constitucionales existentes. Hay que diferenciar entre el desarrollo del derecho constitucional positivo por medio de una interpretación dinámica, por una parte, y la creación de nuevos principios y normas constitucionales, por otra. La Ley Fundamental reserva, en su artículo 79, la facultad de modificar la Constitución a los órganos políticos, es decir, al Parlamento y al Consejo federales. El mismo artículo dispone que la ley federal sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. De esto resulta claramente que la prohibición de reformar o modificar la norma constitucional marca un límite absoluto para toda concreción interpretativa del derecho constitucional positivo.³² Se plantea entonces el problema de aclarar la relación entre la reforma y la interpretación de la Constitución.

Para ello hay que partir de que la interpretación de la Constitución tiene que ver con la elucidación, el desarrollo y, en su caso, el perfeccionamiento de algo que está dado (normativamente) con anterioridad, y no sólo de algo meramente propuesto.³³ En ocasiones, y dependiendo de la mayor determinación o indeterminación material de la norma constitucional, esto puede convertirse en un proceso difícil, en el que la interpretación se ve llevada a su límite. Ahora bien, aun en este supuesto, sigue siendo algo diferente de la reforma o de un desarrollo nuevo de lo dado con anterioridad. Si se declara que esta diferenciación ha sido superada, o que es irrealizable, entonces se está cancelando también la posibilidad de distinguir entre interpretación y reforma constitucional. Y esto no es aceptable, visto que la Ley Fundamental diferencia entre la competencia para interpretar auténticamente el texto constitucional, que está re-

³² Hesse, *Grundzüge*, o. cit., p. 30.

³³ E.-W. Böckenförde, "Anmerkungen zum Begriff des Verfassungswandels", en E.-W. Böckenförde, *Staat, Nation, Europa*, Fráncfort del Main, 1999, p. 141 (153).

servada al Tribunal Constitucional, y la competencia para modificar la Constitución, que está asignada a las asambleas legislativas.

Mientras la jurisprudencia guarda silencio sobre este tema, parte de la doctrina ha avanzado reflexiones que pueden ayudar a aclarar la diferencia entre interpretación y reforma constitucional. Según estos autores, en la interpretación no pueden mantenerse separadas la norma y la realidad que ésta regula o ha de regular. El segmento de la realidad que se ve afectado por la regulación de la norma, por el denominado *programa normativo*, aparece como un componente constitutivo objetivo de la norma misma. La norma es, en esa medida y de forma necesaria, un modelo de regulación referido por su objeto, y por tanto también acuñado por él; lo regulador y lo regulado se corresponden entre sí y no pueden ser aislados. Por ello es razonable que la transformación de la situación objetiva que constituye el objeto del programa normativo o está afectada por él, lleve también a una modificación del efecto ordenador de la norma. Sin embargo, el efecto ordenador de la norma no queda transformado por cualquier modificación de la realidad, sino sólo por aquellos cambios que se producen en las circunstancias acogidas por el programa normativo, y para éste el texto constitucional mantiene un significado constitutivo.³⁴

La tesis principal de este concepto es que el programa normativo de una norma constitucional no se modifica con la mera transformación de la realidad social visada por ella. Las modificaciones del efecto concreto de la norma, que se dan en el juego entre programa y ámbito normativo cuando se produce un cambio en este último, pueden ser precisamente el resultado de una interpretación ajustada de la norma, no de que se la ponga en cuestión. No modifican el texto de la norma sino que se mantienen en el marco fijado por él.³⁵

En otros términos, el texto de la norma constitucional marca el límite de la concreción interpretativa de la Constitución. Las modificaciones aportadas al contenido de la norma constitucional por la vía de la interpretación deben respetar el marco trazado por el texto. Sin embargo, la fijación exacta de este marco es también una cuestión de interpretación. Vale para ella lo que es de aplicación a toda interpretación constitucional: allí donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparece en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de ésta y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional.³⁶

Esta posición ha sido criticada por su inconsistencia lógica: si el texto de la norma constitucional es el objeto de la interpretación, ¿cómo puede servir de límite a

³⁴ K. Hesse, "Grenzen der Verfassungswandlung", en H. Ehmke y otros (eds.), *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Berlín 1973, p. 128 (137 y ss.); F. Müller, *Juristische Methodik*, 1990, pp. 274 y ss.

³⁵ Böckenförde, "Anerkennung...", o. cit., p. 154.

³⁶ Hesse, *Grundzüge...*, o. cit., pp. 29-30.

esta misma interpretación?³⁷ Pero esta crítica parece comprender mal que el carácter más o menos abierto de un texto normativo constituye un factor relativo: mientras el texto puede ser muy abierto en relación con un aspecto de lo regulado, puede ser mucho más claro respecto a otro.³⁸ En otros términos, si el texto de la norma permite un gran número de propósitos interpretativos, este número casi nunca es ilimitado. La posición contraria resultaría necesariamente en la dilución de la diferencia entre interpretación y reforma constitucional, permitiendo así calificar de interpretación lo que de hecho es una modificación del contenido de las prescripciones específicas de la Constitución.³⁹

VII. Conclusión

Hasta ahora, el derecho constitucional alemán no ha conocido un debate tan fundamental sobre los métodos de interpretación como el que se ha realizado en los Estados Unidos entre los defensores del llamado *originalismo* y del *intencionalismo* en el campo de la interpretación constitucional.⁴⁰ Éste es, por cierto, un signo del mayor acuerdo que existe en la República Federal con respecto al papel activo del juez constitucional en el proceso de ampliación y de desarrollo del derecho constitucional, no sólo entre constitucionalistas sino también en la sociedad en general. Si de vez en cuando ciertas decisiones concretas del Tribunal son sometidas a una crítica violenta de la doctrina o de los medios, el concepto de una interpretación sustancial y dinámica de la Constitución, por su lado, ha sido largamente inafectado.

La ausencia de controversia refleja sin duda una particularidad de la cultura política y jurídica alemana que asigna al juez, y sobre todo al juez constitucional, una responsabilidad mayor en la defensa de un ordenamiento justo de la Comunidad. Al mismo tiempo, oculta el hecho de que hasta hoy le falta a la jurisprudencia una teoría moderna y coherente de la interpretación constitucional. Los métodos de interpretación clásicos utilizados por el Tribunal Constitucional como puntos de partida son en no pocos casos insuficientes para dar a sus sentencias un fundamento racional y controlable. Por otra parte, la argumentación *tópica* a que recurre en otras sentencias se presta apenas a la formulación de una teoría de interpretación general y comprensiva. Por su parte, la doctrina está aún lejos de concebir un modelo de interpretación capaz de suscitar la adhesión de la mayoría

³⁷ Böckenförde, "Die Methoden...", o. cit., pp. 76 y s.; O. Depenheuer, *Der Wortlaut als Grenze*, Heidelberg, 1988, pp. 17 y ss.

³⁸ C. Walter, "Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Prozeß des Verfassungswandels", en *Archiv des Öffentlichen Rechts* 125 (2000), p. 517 (540 y s.).

³⁹ Böckenförde, "Anmerkungen...", o. cit., pp. 155-156.

⁴⁰ Sobre este debate véase P. de Lora Deltoro, *La interpretación originalista de la Constitución*, 1998.

de los autores e incluso de los jueces.⁴¹ Sin embargo, un cuerpo de criterios hermenéuticos orientado a homogeneizar la interpretación resulta cada vez más urgente, vista la importancia de la jurisprudencia constitucional para la evolución pacífica de las sociedades abiertas modernas.

⁴¹ Böckenförde, "Die Methoden...", o. cit., p. 53 y s.