

El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional*

PETER HÄBERLE**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN, ESTADO DE LA CUESTIÓN

- I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE SIETE CUESTIONAMIENTOS DE CARÁCTER TEÓRICO CONSTITUCIONAL
 - 1.1. Interpretación de carácter específicamente teórico constitucional de las normas procesales constitucionales. Interpretación de los estatutos del Tribunal Constitucional «a partir de la Ley Fundamental»
 - 1.2. La autonomía del Derecho procesal constitucional
 - 1.3. La interpretación integral e integradora de las normas del proceso constitucional
 - 1.4. El derecho procesal constitucional en el campo de tensión entre el *judicial selfrestraint* y el *activism*: división de tareas y poderes
 - 1.5. El derecho procesal constitucional
 - 1.6. Técnicas de ampliación y objetivación
 - 1.7. Fortalecimiento y refinamiento de los instrumentos de participación e información
- II. DISTINCIÓN TOTAL, PERSPECTIVAS: TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
- III. APÉNDICE AL «DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETO»

INTRODUCCIÓN, ESTADO DE LA CUESTIÓN

A pesar de 25 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, el derecho procesal constitucional¹ —esto es, cómo lo interpreta y pone en práctica el Tribunal Constitucional— no ha sido investigado lo suficiente. Algunas sentencias sobre principios no han sido prácticamente reivindicadas desde una perspectiva teórico constitucional. Por ejemplo con respecto a las diferentes formas de participación (E 31, 87 (90 y ss.)), a la ampliación del concepto «procesal legal de

* Publicado en JZ (1976), p. 377–384 con apéndice (1978).

** El autor es Catedrático de Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho y Derecho Canónico de la Universidad de Bayreuth (Alemania) y profesor visitante de Filosofía del Derecho en la Universidad de St. Gallen (Suiza).

¹ §§ Sin mayores datos son aquellos de los estatutos del Tribunal Constitucional.

partido» en favor de los partidos políticos en el litigio orgánico en la sentencia sobre las asociaciones regionales,² a los «involucrados en los hechos» en el marco del § 32, párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional (E 23, 33 (40 y s.)), al artículo 100, párrafo 2 de la Ley Fundamental y de su interpretación a partir del artículo 25 de la Ley Fundamental y del § 83, párrafo 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional (E 23, 288 (316 y ss.)), a la competencia del Tribunal Constitucional, de encontrar, a falta de normas legales, «por sí mismo aquellos principios legales, que sean *necesarios* para un desarrollo legal y ordenado del proceso» (E 4, 31 (37)), a la validación de principios procesales generales en los litigios constitucionales (E 33, 247 (261 y ss.)), al concepto de la Ley Fundamental de «litigio constitucional» (E 27, 240 (245 y ss.)), a la interpretación de las disposiciones sobre la parcialización (E 35, 171, 172 y ss.),³ a la conexión de diferentes modos de procedimiento (cf. E 12, 205 (222 y s.)) y a los efectos de conexión que no subsisten en función del propio Tribunal Constitucional (E 4, 31 (38)).⁴

Más importante aun es la sistematización de la práctica para los estatutos del Tribunal Constitucional que se ha comprimido a lo largo de estos años⁵ a tal punto que, ahora existe una tradición diferenciada de la jurisprudencia, cuya riqueza y profundidad recién se percibe plenamente de manera retrospectiva.⁶ En la literatura ha sido investigada

² E 13, 54 (81 y ss.), consultar también E 27, 10 (17) y (muy discutido): E 4, 27 (30 y s.). En E 13, 54 (94) se encuentra la orgullosa mención del Tribunal Constitucional como «Amo del Proceso».

³ Con respecto a esto cf. P. Häberle, JZ (1973), 451 y ss. por una parte; Ekk. Schumann, JZ (1973), 484 y ss., por otra parte. Consultar también Zwirner, AöR 93 (1968), 81 (133 y ss.).

⁴ Con respecto a esto, HoffmannRiem, en: Der Staat 13 (1974), p. 335 y ss.; P. Häberle, ZfP 21 (1974), 111 (120 nota 69).

⁵ Eventualmente se produce una anexión a la época de Weimar: especialmente en los primeros tomos del Tribunal Constitucional: E 4, 250 (268); 3, 267 (279); 2, 143 (155); 1, 115 (116), 208 (221, 229 y s.) 351 (371). El desarrollo del Derecho procesal constitucional en sus «épocas fundacionales» fue considerablemente influenciado, también externamente visible, por los comentarios a los estatutos del Tribunal Constitucional por parte de Geiger (1952), cf. por ejemplo E 2, 79 (84), 143 (147), 295 (298), 307 (312); 3, 19 (34); 11, 263 (269); 13, 54 (95), también allí donde el Tribunal Constitucional no sigue a Geiger (cf. E 2, 300 (306)).

⁶ Consultar por ejemplo E 12, 205 (223) comparando con E 10, 185.

bajo perspectivas aisladas, por ejemplo, en lo que respecta a las «evidencias de los hechos».⁷ Un acondicionamiento de la judicatura para el Derecho procesal constitucional recobra más importancia aun, en tanto que la «imaginación del legislador» con respecto al alcance de la jurisdiccionalidad constitucional según la Ley Fundamental la cual carece de «modelo» a seguir, no puede prever todas las posibilidades que se dan en este ámbito (E 2, 79 (84)). Por ello también las reglas referidas al procedimiento de la Ley Fundamental y a los estatutos del Tribunal Constitucional «necesariamente» contienen una serie de «vacíos» y corresponde al Tribunal Constitucional desarrollar los principios legales para su procedimiento,⁸ a partir de los lineamientos básicos señalados en la Ley Fundamental y en los estatutos del Tribunal Constitucional. Debido a ello son frecuentes las interpretaciones teleológicas «correspondientes» de los estatutos del Tribunal Constitucional o que están «en el espíritu» de este.

Algunas de las expresiones fundamentales y eventualmente demasiado generales con respecto a las tareas y funciones del Tribunal Constitucional tienen su origen en la «época pionera» del Tribunal Constitucional, que este⁹ prácticamente no volvió a repetir de esa manera. Estas expresiones son comprensibles ya que el Tribunal Constitucional primero tuvo que luchar por hacerse obvio y ocasionalmente tuvo que improvisar rápidamente un (auto)retrato suyo ante la opinión pública.¹⁰

⁷ *Philippi*, Tatsachenfeststellung des BVerfG, (1971). Existen relativamente pocos ensayos/recensiones de carácter primariamente procesal constitucional, compárese, sin embargo, *Sarstedt*, JZ, (1966), 314 y ss.; *Friesenhahn*, JZ ((1966)), 704 y ss.; del mismo autor, ZRP (1973), 188 y ss.; nuevos ensayos sobre cuestiones particulares: *Maassen*, NJW (1975), 1343 y ss.; *Zuck*, JZ (1974), 361 y ss. NJW (1975), 907 y ss. NJW (1976), 285. Con respecto al manejo procesal constitucional de los partidos: *Lipphardt*, Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt, (1975), p.474 y ss. Otras monografías: *Zeitler*, Verfassungsgericht und völkerrechtlicher Vertrag, (1974); *Schupert*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, (1973), p. 87 y ss.; *Zembsch*, Verfahrensautonomie des BVerfG, (1971), especialmente 110 y ss.

⁸ Estatutos del Tribunal Constitucional 2, 79 (84) destacando E 1, 109, 415, 208. Con respecto a la creación de derecho procesal desde el derecho judicial: *Heusinger*, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung..., (1975), p. 92

⁹ Cf. E 2, 79 (84 y ss.), 143 (150 y ss.).

¹⁰ Cf. por ejemplo el gran dicho del «guardián de la Constitución»: E 1, 184 (196 y s.) repetido en E 40, 88 (93); consultar también E 1, 351 (359): «Le corresponde a la función especial de la jurisdicción constitucional, independientemente de la

En aquellas épocas iniciales el Tribunal Constitucional muchas veces se vio obligado a hacer armonizar sus propios estatutos con las normas procesales de la Ley Fundamental.

La práctica del Tribunal Constitucional influenció al legislador, en tanto que este, en las *enmiendas* de 1956, 1963 y 1970 reformó algunos institutos de sentencias del Tribunal Constitucional en el sentido de que «recogían» positivamente los «desarrollos» que partían del Tribunal Constitucional.¹¹ Llama la atención el déficit de investigaciones. Porque el papel del Tribunal Constitucional para la explicación y el desarrollo posterior de la Ley Fundamental es tan controvertido, que prácticamente se estaba por reelaborar, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Derecho procesal constitucional, que en tanto *law in action* encaminaba a la Ley Fundamental.

A continuación no solo examinaremos las sentencias que se refieren expresamente a normas procesales constitucionales de la Ley Fundamental y de los estatutos del Tribunal Constitucional; también incluiremos aquellas que demuestran la práctica del Tribunal sin que exista ninguna interpretación explícita (eventualmente sin ninguna fundamentación); tal vez para minimizar los juicios orales según los párrafos §§

mayor o menor vigencia del caso, el desarrollar el derecho constitucional a través de las sentencias y asegurar la paz legal para el futuro».

¹¹ Así para el voto extraordinario (§ 30 párrafo 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional) las sentencias referidas al § 15 párrafo 2, p. 4 (por ejemplo E 20, 162) y el dato de las relaciones de la mayoría señalaban prácticamente en esa dirección; además en el caso de la denegatoria de hacer valer la expresión de una opinión científica como causa de desestimación, cf. E 1, 66 (68 y s.); 2, 295 (298) o § 18 párrafo 3 N° 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional (4ta Ley de modificación del 21.12.(1970), BGBl. I, p.1765); para el § 93 párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional (1ra modificación del 21.7.1956, BGBl. I, p. 662), cf. E 9, 109 (112); «apoyándose» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consultar también ib., p. 117; para los §§ 31, párrafo 2, p. 2 (3ra Ley de modificación del 3.8. 1963, BGBl. I, p. 589) y 13 N° 8a (4ta Ley de modificación 1970): E 3, 19 (34). Consultar también E 2, 124 (132 y s.) retomando un proyecto de ley de la República de Weimar. También la modificación del § 79, párrafo 1, a través de la 4ta Ley de modificación («norma declarada incompatible» con la Ley Fundamental) debe verse dentro del contexto de la jurisprudencia. Para la modificación del instrumento de información y participación del § 80 (párrafo 4 así como 94 párrafo 3, consultar la 2da y 3ra Ley de modificación de los estatutos del Tribunal Constitucional, o E 31, 87 (92). Solo podemos dejar planteada la pregunta de hasta qué punto la GeschOBVerfG del 3.7.1975 (BGBl. I, p. 2515) es una práctica puesta «en forma».

25 párrafo 1, 94 párrafo 5, p. 2¹² de los estatutos del Tribunal Constitucional.

I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE SIETE CUESTIONAMIENTOS DE CARÁCTER TEÓRICO CONSTITUCIONAL

1.1. INTERPRETACIÓN DE CARÁCTER ESPECÍFICAMENTE TEÓRICO CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PROCESALES CONSTITUCIONALES. INTERPRETACIÓN DE LOS ESTATUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL «A PARTIR DE LA LEY FUNDAMENTAL»

El Derecho procesal constitucional es una concretización de la Ley Fundamental en dos sentidos: en que él mismo es un derecho constitucional concretizado y en que le sirve al Tribunal Constitucional a con-

¹² Cf. E 25, 158 (163): «no se requiere de juicio oral» (¡sin fundamentación); consultar también E 24, 112 (116). Consultar además E 18, 288 (296), 19, 76 (82): «No se ofreció un juicio oral», en E 19, 166 (171) solo se dice que no es de esperarse una mayor promoción del procedimiento; igualmente E 40, 141 (156). Paradigmáticamente E 11, 77 (83): «Como nadie apoyó el procedimiento, pudo tomarse una decisión sin un juicio oral»; consultar también E 8, 28 (32); 9, 20 (26); 10, 1 (2), 55 (58), 234 (238), 332 (335); 11, 89 (93), 126 (1299, 245 (249), 283 (286), 310 (316)). Así en E 8, 71 (75) dice: «Ya que los solicitantes han renunciado a un juicio oral, podemos decidir a través de la sentencia (cf. sentencia del Tribunal Constitucional 2, 307 (312))». Esto no está fundamentado. El § 25 párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional es una prescripción *facultativa*. No existe ninguna relación automática entre juicio oral y decisión por sentencia. Según el E 2, 213 (218) «siguiendo una interpretación que guarde el sentido del § 25 párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional, se puede deducir que en caso de que nadie participe en un proceso, depende de la evaluación del Tribunal Constitucional si quiere pronunciarse en base a un juicio oral». El Tribunal Constitucional también menciona los puntos de vista relevantes: «mayor aclaración de las cuestiones jurídicas». Solo que esta también es posible para procesos sin involucrados. Pero el sentido de la garantía de un juicio público justamente es el de «abrir» el proceso a los no involucrados. Según la *regla* un juicio oral (público) ante el Tribunal Constitucional es *per se* una «exigencia del proceso». E 2, 213 (217 y s.), pero se ha convertido en un caso ejemplar: cf. por ejemplo con E 2, 266 (272); 6, 55 (62); 7, 29 (36), 45 (49), 89 (92), 183 (185); 8, 28 (32), 155 (163), 210 (213), 274 (289 y s), 332 (338).

cretizar la Ley Fundamental. La gran «capacidad de concretización» del Tribunal Constitucional demanda ahora una fundamentación del Derecho procesal constitucional de carácter teórico-constitucional.

El Tribunal es plenamente consciente del problema de la «conversión» de las normas generales de la Ley Fundamental en normas procesales especiales de los estatutos del Tribunal Constitucional;¹³ sobre todo en los primeros años estaba abocado a la tarea de aplicar constitucionalmente las disposiciones de los estatutos del Tribunal Constitucional, teniendo en mente los artículos de la Ley Fundamental. Y no se restringió a una «subordinación» unilateral de los estatutos del Tribunal Constitucional a lo expresado en las disposiciones de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional procede de manera más cautelosa. Se llega a producir efectos retroactivos del Derecho procesal constitucional sobre los artículos de la Ley Fundamental y efectos recíprocos o interpretaciones concordantes de la Ley Fundamental y de los estatutos del Tribunal Constitucional. Estos fueron observados, por una parte, en la interpretación constitucional de las leyes y, por otra parte, por la interpretación conforme a las leyes de la Constitución.¹⁴ Y confirman así la tesis de la conveniencia de una interpretación material del Derecho procesal constitucional.¹⁵

Un ejemplo de decisiones, en las que una determinada configuración del Derecho procesal constitucional ha conducido al Tribunal consciente o inconscientemente, encubierta o explícitamente a determinados métodos interpretativos, es la interpretación del § 79, párrafo 1a. F. BverfGG: allí donde el Tribunal Constitucional se acobardó de declarar la nulidad de unas leyes y las interpretó correspondientemente.¹⁶ Estos efectos retroactivos del Derecho procesal constitucional sobre la interpretación constitucional son la contraparte a los casos antes mencionados.¹⁷

¹³ Cf. E 13, 54 (72).

¹⁴ Al respecto *Hesse*, Grundzüge, 8va ed. (1975), p. 31 y ss., 34; *P. Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1ra ed., (1962), p. 210 y ss., del mismo autor, Rezension, en AöR 90 (1965) p. 117 (120 y ss.)

¹⁵ Al respecto *Häberle*, JZ (1973), 451 y ss.

¹⁶ Por ejemplo E 16, 130 (división en distritos electorales), al respecto *Ch. Böckenförde*, Die sog. Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, (1966), p 81 y s., mis comentarios en DÖV (1966), 660 y ss.; E 21, 12 especialmente 39 y ss. (sentencia sobre el impuesto al valor agregado): cf. *Ch. Böckenförde*, DÖV (1967), 157 y ss., *P. Häberle*, AöR 95 (1970), 260 (277 y s.).

¹⁷ El «condicionamiento procesal» de la argumentación jurídica material ha sido

Hay que distinguir entre la interpretación y la «conversión» de las disposiciones procesales de la Ley Fundamental en el Derecho procesal constitucional. Algunos ejemplos de disposiciones *materiales* son los efectos de la «influencia» de la Ley Fundamental en los estatutos del Tribunal Constitucional en forma de derechos fundamentales,¹⁸ partidos (artículo 21 de la Ley Fundamental),¹⁹ parlamentarios (artículo 38 de la Ley Fundamental),²⁰ fracciones;²¹ se encuentran también en una serie de otras sentencias.²²

investigado ahora más exhaustivamente (críticamente) en uno de sus aspectos por *Lipphardt*, ob. cit., p. 169, 227 y s. 465, 503.

¹⁸ Según E 1, 87 (89) «la capacidad de interponer una demanda constitucional es coinfluenciada por la configuración de los derechos fundamentales particulares»: consultar también E 19, 93 (100 y s.); 28, 243 (254) con una mención a la «relación de los derechos fundamentales con respecto a la relación jurídica en litigio en el procedimiento prejudicial». Para el concepto «parecido a los derechos fundamentales» (§ 90 de los estatutos del Tribunal Constitucional): E 6, 445 (448); 8, 1 (11); para el artículo 19 párrafo 3 de la Ley Fundamental: E 4, 7 (12), E 31, 87 (91): argumentación a partir «del sistema y de la función de la demanda constitucional en el sistema de defensa legal de la Ley Fundamental», para el asunto de los participantes en el marco de un proceso secundario según § 32, párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional. E 9, 89 (93 y s.): Aprobación de la necesidad de defensa legal frente a la «importancia de la protección de la libertad individual».

¹⁹ Acá la «función especial de los partidos en la vida constitucional» determina también la forma de su participación en el procedimiento jurídico constitucional: E 27, 10 (17); consultar incluso ya E 1, 208 (226, 227 y s.); 4, 375 (376); 13, 54 (81 y s.); 20, 134 (143 y s.); 24, 260 (263), 300, (331).

²⁰ E 2, 144 (164); 4, 144 (148 y s.); 10, 4 (10 y s.).

²¹ E 27, 44 (51 y s.); 20, 56 (104).

²² Cf. por ejemplo con E 9, 268 (277): La obligación con respecto a la Constitución del Estado Federal también legitima a los gobiernos de los Estados federados a validar violaciones de los legisladores de dichos Estados federados según el artículo 93, párrafo 1 N° 2 de la Ley Fundamental; E 25, 88 (97): interpretación del § 39 párrafo 1 p. 3 de los estatutos del Tribunal Constitucional «también» a partir del artículo 18 de la Ley Fundamental; para la legitimación activa de una universidad: E 15, 256 (261 y s.); consultar para el artículo 9, párrafo 1 de la Ley Fundamental: E 13, 174 (175 y s.); para la concretización del «sentido general» en el sentido del § 90, párrafo 2, p. 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional: E 27, 88 (97 y s.). En el sentido del Derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado el Tribunal Constitucional en E 6, 300 (303), opina que los estatutos del Tribunal Constitucional, «en tanto que han tomado en cuenta la investidura del Tribunal y de su extraordinaria posición dentro del orden constitucional en tanto uno de sus órganos supremos», le han otorgado al Tribunal Constitucional todas las competencias necesarias para imponer sus sentencias: en

Como ejemplos de la interpretación del Derecho procesal constitucional a partir de disposiciones del Derecho procesal de la Ley Fundamental tenemos las sentencias al concepto de «litigio constitucional»²³ entendido desde el punto de vista de la Ley Fundamental y del Derecho material. Tenemos las sentencias con respecto al artículo 100, párrafo 2,²⁴ 100 párrafo 1 de la Ley Fundamental,²⁵ con respecto a la desestimación de la ampliación del círculo de los autorizados a presentar peticiones (E 21, 52 (53)),²⁶ con respecto al artículo 44 de la Ley Fundamental,²⁷ con respecto a la determinación de los autorizados para participar en el proceso de demanda constitucional con la «función de control de normas» (E 24, 33 (45)), así como con respecto a otros ámbitos de problemas.²⁸ En estos casos se llega a efectos retroactivos sobre la Ley Fundamental.²⁹

el artículo E 2, 1 (77 y s.); 2, 139 (142); 5, 85 (393); 12, 36 (45); 29, 312 (317 y s.); 35, 382 (408); 38, 52 (60); 39, 1 (68). E6, 300 (304) remite al «extenso contenido de la norma, que en realidad ha convertido al Tribunal en el amo de la ejecución».

²³ E 27, 240 (246 y s.): El término de la Ley Fundamental *litigio constitucional* sigue sirviendo de norma también para el artículo 93, párrafo 1 N.º 4 de la Ley Fundamental; a este le correspondería el § 73 de los estatutos del Tribunal Constitucional. Con respecto al artículo 93, párrafo 1 y/o §§ 63 y 67 de los estatutos del Tribunal Constitucional: E 2, 79 (86).

²⁴ E 23, 288 (316 y ss.), de donde se sigue una interpretación del artículo 25 de la Ley Fundamental y simultáneamente del § 83, párrafo 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional: un ejemplo clásico del vínculo entre derecho constitucional material y Derecho procesal constitucional.

²⁵ Comparando los §§ 77 y 82 de los estatutos del Tribunal Constitucional: E 11, 330 (335).

²⁶ Cf. p.53: «La determinación del círculo de los autorizados a presentar peticiones no tiene solo una importancia técnica, está estrechamente vinculada con el contenido jurídico constitucional y político constitucional de los litigios jurídicos que le son asignados al Tribunal Constitucional».

²⁷ Cf. E 2, 143 (165 y s.).

²⁸ Con respecto al § 64, párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional como interpretación y reformulación del artículo 93, párrafo 1 no. 1: E 2, 347 (366), 143 (157 y s.); para el uso del § 24 de los estatutos del Tribunal Constitucional en el marco del artículo 100: E 9, 334 (336); para el § 73 de los estatutos del Tribunal Constitucional con miras al artículo 99 y 93, párrafo 1 N.º 1 de la Ley Fundamental: E 1, 208 (222); para una precisión de la cuestión previa (§ 80 de los estatutos del Tribunal Constitucional y artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental): E 24, 220 (225).

²⁹ Cf. E 22, 277 (281) con miras al § 48 de los estatutos del Tribunal Constitucional y al artículo 41, párrafo 2 y al 19 párrafo 4 de la Ley Fundamental; E 3, 45 (49): Invocación del § 91 de los estatutos del Tribunal Constitucional para la interpretación del artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental. E 1, 208 (219): § 14,

El «interés de la defensa legal» debe determinarse poniendo el énfasis en la Ley Fundamental. En la judicatura del Tribunal Constitucional se puede evidenciar en algunos ámbitos parciales una «objetivación» de la necesidad de protección jurídica;³⁰ en E 1, 351 (359) el Tribunal Constitucional tiene la función especial de la «jurisdiccionalidad constitucional» y con ello ha utilizado un aspecto fundamental como argumento en lo referente a la aprobación del interés de protección jurídica de la fracción socialdemócrata del Parlamento alemán.³¹

Según la jurisprudencia con respecto al §32 de los estatutos del Tribunal Constitucional el efecto de una disposición provisional puede ser ampliado más allá del círculo de involucrados en el proceso, incluso a «terceros»,³² los llamados «participantes peritos». La diferencia entre

párrafo 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional como un argumento para la interpretación del término «litigio constitucional» (artículo 99 de la Ley Fundamental) en un sentido más amplio, consultar el papel del § 91 de los estatutos del Tribunal Constitucional en E 21, 362 (371): Los derechos fundamentales y la demanda constitucional en principio no son para personas jurídicas del derecho público. E 28, 119 (134 y ss.): interpretación constitucional del § 86, párrafo 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional, a una «norma ejecutiva» al artículo 126 de la Ley Fundamental. E 10, 118 (122): «el § 39, párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional precisa esta norma de la Ley Fundamental». (del artículo 18 de la Ley Fundamental). E 2, 79 (95): «Para el Tribunal Constitucional el asunto del derecho constitucional es el centro de interés, no así la posición jurídica procesal de un órgano constitucional». Con respecto al problema de relacionar el § 86 párrafo 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional con el artículo 126 ó al 93, párrafo 2 de la Ley Fundamental: E 4, 358 (368 y s.). E 2, 79 (86) teniendo en cuenta el artículo 93, párrafo 1, N° 1 de la Ley Fundamental: La univocidad de la legislabilidad constitucional se expresa en que las sentencias en el litigio, casi siempre, derivan en sentencias declarativas; consultar también p. 89, *lug. cit.*, la «fuerza que se asemeja al principio del derecho» en el proceso de control normativo. (86 y s.) E 1, 351 (359): § 64 de los estatutos del Tribunal Constitucional como configuración del proceso (artículo 94, párrafo 2 de la Ley Fundamental). Consultar además E 2, 372 (378). E 1, 208 (231 y s.): Con respecto a la relación de los §§ 67, 72 párrafo 2 y 74 de los estatutos del Tribunal Constitucional, con respecto al artículo 93, párrafo 1, N° 1, párrafo 2 de la Ley Fundamental.

³⁰ Cf. *Lipphardt*, *ob. cit.*, pp. 476, 484 y ss.

³¹ Correspondería a la «función especial de la legislabilidad constitucional», «sin tomar en consideración la actualidad del caso, en lo referente a desarrollar el derecho constitucional a través de sentencias y a asegurar la paz jurídica para el futuro».

³² E 8, 42 (46), 122 (129 y s.); 12, 36 (44 y s.); 23, 42 (49). Con respecto a la audiencia de las partes involucradas objetivamente en las sentencias sobre el financiamiento de partidos: E 20, 56 (74 y ss.), 119 (128), 134 (139).

los procedimientos y los involucrados en los hechos y la ampliación de la competencia de la reglamentación del Tribunal Constitucional se fundamenta desde el Derecho material: en el Derecho constitucional una perspectiva meramente puntual sería insuficiente. Las circunstancias que han desatado la controversia constitucional son de mucho mayor alcance. Dentro de su campo de acción entran a tallar «terceros»:³³ en vista del poder (de influencia) de los procesos constitucionales como tales. La elasticidad con la que el Tribunal Constitucional toma en cuenta esto es ejemplar. La estrechez de un instituto procesal es dinamitada por reflexiones puntuales y objetivas. Este tipo de ampliaciones cautelosas de los institutos procesales se basan en que se pone entre paréntesis la Ley Fundamental y el Derecho procesal constitucional.

La confrontación de la sentencia de pleno E 4, 27, confirma hasta qué punto el Tribunal Constitucional está interpretando el Derecho constitucional material «a través» de su interpretación de las normas procesales constitucionales y hasta qué punto permite que se efectivicen.³⁴ En esta sentencia el Tribunal Constitucional le abre el camino a los partidos políticos para el litigio orgánico, con E 13, 54 (81 y ss.) y en la que le niega el litigio orgánico a las uniones regionales. El Tribunal Constitucional (E 4, 30 s), en base al artículo 21 de la Ley Fundamental califica a los partidos como «elementos necesarios para la elaboración de la Constitución». Si luchan por los derechos que se desprenden de su «función especial en la vida constitucional», entonces su calidad orgánica también tendría que determinar la forma de su participación en el procedimiento del Tribunal Constitucional: «siguiendo la estructura del Tribunal Constitucional», la demanda constitucional no sería para ellos el medio procesal adecuado.³⁵ Esta «ampliación» del concepto de partido³⁶ desde el punto de vista del Derecho procesal que favorece a los

³³ Con respecto a las «repercusiones» que conducen a una sentencia parcial (§ 25, párrafo de los estatutos del Tribunal Constitucional): E 38, 326 (336).

³⁴ Un caso especial juzgado ejemplarmente es el E 13, 132 (141), en tanto que, siguiendo el artículo 98 p.4 BV que defiende la Constitución en el interés común y público, el Tribunal Constitucional igualó la posición de *todo* ciudadano con la de un «partido», que persiga sus propios derechos ante el juzgado.

³⁵ El Tribunal Constitucional, en este sentido, se siente inclinado a interpretar de manera restrictiva la invocación del artículo 33 de la Ley Fundamental en el § 90 de los estatutos del Tribunal Constitucional.

³⁶ Con respecto a la capacidad procesal de los partidos políticos en la República de Weimar también se dio desde la perspectiva del derecho constitucional material. E 20, 56 (108).

partidos políticos es fundamentada nuevamente por el Tribunal en E 13, 54 (81 s) en vistas al artículo 21 de la Ley Fundamental, y lo hace en contraposición con las «uniones regionales»: estas, a diferencia de los partidos políticos «no son instituciones constitucionalmente necesarias». Los argumentos que se esgrimen contra la posición de los partidos políticos, independientemente de cuán cuestionables sean, son de naturaleza constitucional material.³⁷ El Tribunal Constitucional argumenta de manera correspondiente en la fundamentación de las premisas según las cuales un parlamentario puede llevar a cabo un litigio orgánico, tomando en cuenta el artículo 38, párrafo 1 de la Ley Fundamental.³⁸ Recién la inclusión de los siguientes seis ámbitos de problemas y casos dan una noción amplia de hasta qué punto el Tribunal Constitucional en los 40 tomos de sus sentencias ya ha «entrado» e ido más allá del Derecho procesal³⁹ en el sentido de una concretización.

³⁷ Las uniones regionales como «formaciones sociales libres» (p. 83), una fórmula, que en los pasajes E 20, 56 (101, 110 y ss.) hace recordar a los partidos y por lo tanto, hace controvertida la sentencia; con respecto a esto: *Häberle* en: *JuS* (1967), 64 (73). Especialmente claro LS 5: «Las uniones regionales no son [...] instituciones necesarias de la vida constitucional; por lo tanto no poseen capacidad procesal en el litigio orgánico». Por supuesto, que son controvertidos los pasajes con respecto al pueblo y a la subestimación de la necesidad de «asociaciones especiales» (p. 82 y ss.).

³⁸ E 2, 143 (164); 4, 144 (148 y s.); 6, 446 (447 y s.); 10, 4 (10 y s.).

³⁹ Hay motivo para críticas aisladas. Se trata de cuestiones constitucionales en los §§ 65, 63 de los estatutos del Tribunal Constitucional; al respecto E 1, 14 (30 y s.), 66 (68), 351 (359) y s.); 6, 309 (325 y s.). Si bien el Tribunal Constitucional había defendido una interpretación muy generosa, en E 20, 18 (22 y ss.) argumentó con gran estrechez de corazón. Por ello, *Friesenhahn*, *JZ* (1966), 522 ha exigido con todo derecho, que los partidos representados en el Parlamento de la RFA deberían haber sido admitidos como miembros plenipotenciarios. La referencia del Tribunal Constitucional (E 20, 26) a que se les podría dar derecho a expresarse a terceros, lo cual además ocurrió, no es suficiente. En este caso, se hubiera debido reforzar el efecto del artículo 21 de la Ley Fundamental y del derecho parlamentario (fracciones) en el Derecho procesal constitucional. El problema además es un ejemplo de cómo una interpretación a partir de la Ley Fundamental tiene consecuencias para una ampliación y/o fortalecimiento de los autorizados a participar. Normas procesales constitucionales con referencias explícitas al *bienestar común*: §§ 32 párrafo 1, 90 párrafo 2, p. 2 y 93a párrafo 4 de los estatutos del Tribunal Constitucional. Con respecto al interés público como tópico procesal constitucional en manos del Tribunal Constitucional: E 1, 396 (414 y s.); 8, 183 (184); 24, 299 (300); 25, 308 (309). El derecho de los pobres en el proceso de la demanda constitucional (E 1, 109 (110 y ss.), 430 (438)) debe ser visto bajo el aspecto de

1.2. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La autonomía del Derecho procesal constitucional, entendida aquí en sentido amplio, tiene consecuencias en la configuración específicamente constitucionalista de los estatutos del Tribunal Constitucional y de su interpretación «desde la perspectiva de la Ley Fundamental». El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado implica necesariamente tomar una cierta distancia con respecto a las demás normas procesales. No son una «conversión» de la Ley Fundamental al Derecho procesal con la misma intensidad que lo son los estatutos del Tribunal Constitucional, por más que estos también estén al servicio de la Ley Fundamental, de la misma manera que el SGG por ejemplo está al servicio de los principios del Estado social.⁴⁰

La autonomía del Derecho procesal constitucional (y la interpretación integral relacionada a este) ha sido practicada por parte del Tribunal Constitucional especialmente en lo que respecta la interpretación de las normas de inhibición en la primera sentencia de Rottmann (E35, 171). Sin embargo, esta autonomía tiene sus orígenes en una tradición mucho más antigua y variada. Se le reconoce en aquellos sitios donde el Tribunal Constitucional utiliza argumentativamente lo «auténtico» y lo «especial» del procedimiento constitucional y, en tanto que hace esto, lleva a cabo una distanciaci3n con respecto a otras normas procesales.⁴¹

los «derechos fundamentales como bien com3n» y bajo la perspectiva del principio del Estado Social de Derecho (con respecto a esto consultar la sentencia del Tribunal Constitucional 9, 124 (131)). Con respecto a las estrictas premisas: E 27.

⁴⁰ Cf. E 9, 124 (133 y s., 136).

⁴¹ Consultar el principio de medida especial distinto al de otras normas procesales, en E 35, 171 (172 y ss.), en contraste con la opini3n opuesta de *Wand*, ib. p. 175 y s.; E 33, 247 (261): Si bien la particularidad del procedimiento constitucional descarta asumir disposiciones de otras leyes procesales en general y sin m3s. (cf. E 1, 87 (88 y s.)); 19, 93 (100); 28, 243 (254); sin embargo recurre, en algunos casos, a principios constitucionales generales: E 1, 4 (4 f.), 5 (6), 109 (110 y ss.). E 33, 247 (265): Frente a otras normas procesales, «el car3cter especial de la demanda constitucional»; E 32, 288 (290 y s.): «la particularidad del procedimiento constitucional»; consultar tambi3n E 19, 93 (100). E 24, 236 (243): «La particularidad de la demanda constitucional como un [...] recurso legal [...] excepcional [...] prohíbe tambi3n [...] aplicar de manera an3loga normas v3lidas para el proceso civil y otros modos procesales». E 20, 18 (26): El instituto procesal de citaciones (cf. § 2 § 65 y s. VwGO) le es desconocido al derecho procesal de los estatutos del Tribunal Constitucional.

Esta autonomización, sin embargo, no es ni un fin en sí mismo, ni es un dogma. El Tribunal Constitucional procede de manera cautelosa, también realiza Derecho comparado de procesos internos de Alemania, se remite a principios generales del Derecho procesal, etc. Esto responde al carácter fragmentario de las normas procesales; y también cabe felicitar el Derecho comparado, si le aporta a los estatutos del Tribunal Constitucional el bagaje de experiencia del llamado «Derecho procesal general», siempre y cuando se resguarden los fundamentos específicos del derecho fundamental de los estatutos del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional «a medida» de la Ley Fundamental, y de la teoría constitucional que se puede desprender «a partir de ese derecho», no excluye «préstamos» cautelosos del resto del Derecho procesal.

1.3. LA INTERPRETACIÓN INTEGRAL E INTEGRADORA DE LAS NORMAS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

Las carencias judiciales de la configuración del Derecho procesal constitucional, de las cuales el Tribunal Constitucional es consciente,⁴² y su pertenencia al asunto «Derecho procesal constitucional», por más variados que sean sus procedimientos, conducen al Tribunal a una interpretación conjunta de todas las normas procesales constitucionales particulares.⁴³ Son parte de la práctica que llena los espacios que todavía están «vacíos» o libres en el Derecho procesal. Esta judicatura del Tribunal Constitucional, que interpreta «contextualmente» las normas particulares del Derecho procesal constitucional que se remiten las unas a las otras, es la consecuencia de entender desde un punto de vista específicamente constitucional al Derecho procesal constitucional y a parte de su autonomización escalonada frente a otras normas procesales.

El Tribunal se sirve del arte del Derecho comparado procesal interno;⁴⁴ este Derecho se revela por el frecuente reclamo explícito de una

⁴² Cf. E 2, 79 (84); 33, 247 (261); consultar también E 37, 271 (284 y s.).

⁴³ E 32, 288 (290) y s.) para las causas de exclusión (§ 18 párrafos 2 y 3) y la interpretación del § 19; E 24, 33 (45): Fundamentación del derecho de inclusión de órganos constitucionales a partir de la «relación» del § 94 párrafo 5 con el §94 párrafo 4; E 23, 288 (316 y s., 318 y s.); 1, 415 (416 y s.) para la interpretación del § 93 párrafos 2 y 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional.

⁴⁴ Sustentos: consultar la interpretación en E 31, 38 (93) que logra hacer compaginar a los §§ 94 párrafo 3 y 32 párrafo 3 p. 1; consultar también E 21, 359 (361) para

aplicación que guarde el sentido (correspondiente) (comparar §§ 88,86, párrafo 2,⁴⁵ 47, 69,71, párrafo 2, 72 párrafo 2 inciso 2, 73 párrafo 2, 75, 82, 84, 94, 95 párrafo 3 inciso 3 y 96 de los estatutos del Tribunal Constitucional Federal Alemán). Por ejemplo, deduce los lineamientos básicos de las normas específicas o el «principio general» de un instituto, como por ejemplo la subsidiariedad de la demanda constitucional.⁴⁶ Incluso a veces el Tribunal Constitucional se permite apelar directamente a la «esencia» del litigio constitucional.⁴⁷ Lleva a cabo «paralelismos» entre los procesos constitucionales; esto también sirve para el cumplimiento de las normas de los estatutos del Tribunal Constitucio-

los §§ 48, 23 párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional; consultar el papel del § 94 en el marco del examen de admisión de una demanda constitucional: E 9, 89 (93 y s.). Consultar el «uso del lenguaje» investigado para los estatutos del Tribunal Constitucional en E 28, 119 (133) en referencia al concepto *ley* (§§ 78, p. 2, 89, 91, p.1 y 95 párrafo 3). E 27, 57: Fundamentación a partir de los §§ 34 párrafo 1 y 22 párrafo 1, p. 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional, de que el derecho de los pobres solo se otorga bajo condiciones muy severas en el proceso de la demanda constitucional. Además E 4, 144 (147 y s.); 12, 205 (223): §§ 66, 69 como expresión de un «principio general»; E 2, 79 (89): argumentación con el § 16 párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional. E 24, 34 (44 y s.): no hay un principio procesal general, en el sentido de que los órganos constitucionales puedan ser incluidos en cualquier proceso ante el Tribunal Constitucional, sino que más bien, hay un recuento de normas de inclusión para los distintos procesos particulares de los estatutos del Tribunal Constitucional; E 23, 191 (206 y s.): Invocación al § 31 párrafo 1 para el § 16 párrafo 1; E 20, 56 (88 y s.): Búsqueda infructuosa de un principio procesal legal del Derecho procesal constitucional; además E 20, 18 (23 y s) y la visión integral del § 79 párrafo 2, p.1, 2 y 4 en E: 20, 230 (236) para la obtención de un «pensamiento jurídico». E 1, 14 (31): «Pensamiento básico» del § 63 de los estatutos del Tribunal Constitucional. Con respecto a esto E 4, 358 (360 y s.): Audiencia de los parlamentos de los estados federados aun solo involucrados indirectamente.

⁴⁵ Cf. E 31, 364 (368): «principio básico de la subsidiariedad», que no solo se desprende del § 90 párrafo 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional, sino que también ha sido remarcado constantemente por parte del Tribunal constitucional en relación con la impugnación de leyes (E 22, 287 (290); 15, 126 (131)). Es de resaltar el despliegue del principio de subsidiariedad: E 8, 222 (225 y s.); 14, 260 (263); 22, 287 (290 y s.), 349 (355 y s.); 24, 362 ((365); 27, 71 /78), 253 (269), 29, 221 (232), 277 (282), consultar también E 2, 295 (297): Aplicación de acuerdo al § 18 párrafo 2 al § 19 de los estatutos del Tribunal Constitucional, ib., E 11, 1 (3).

⁴⁷ Así en E 1, 208 (229) para las premisas de la legitimación activa. E 1, 184 (195): Significado de todo el control de normas en el marco de la Ley Fundamental y de las tareas asignadas al Tribunal Constitucional.

nal, por más que el Tribunal constantemente vuelva a destacar sus diferencias.⁴⁸

Si el Tribunal Constitucional recurre a los principios generales del Derecho procesal alemán,⁴⁹ esto no se contradice con la interpretación

⁴⁸ Considerar abrir la posibilidad de conectar los diferentes procedimientos tras observar todas las normas procesales propias a cada uno: E 12, 205 (222 y s.); E 1, 15 (30) como ejemplo del uso simultáneo y entrecruzado de diferentes normas procesales (artículo 93, párrafo 1 N° 2 y 3 y/o § 13 N° 6 y 7 de los estatutos del Tribunal Constitucional). Énfasis en las *diferencias* en E 4, 144 (152), autorización de los partidos en el litigio orgánico («violación de los derechos de status»); E 28, 119 (135 y s.) en relación a las normas de control y a la calificación de normas; E 21, 52 (54) para los autorizados para presentar solicitudes según el artículo 93, párrafo 1 y el control de normas abstracto; 1, 396 (414 y s.) para el proceso del control de normas y el punto de vista exclusivamente de interés público; 2, 213 (217): necesariamente nadie «participa» del proceso de control de normas, de modo que los únicos participantes pueden ser los órganos constitucionales, que a través del uso del derecho de incorporación que se les ha otorgado en el § 82 párrafo 2, han ganado una posición legal especial en el proceso. Consultar también E 20, 350 (351); 36, 101. El Tribunal se opone a un «paralelismo» demasiado extenso en E 28, 119 (136); 3, 225 (228) para el artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental; 14, 154 y s. para el artículo 41, párrafo 2 de la Ley Fundamental; 15, 25 (30): Proceso según artículo 100 párrafo 2 de la Ley Fundamental, §§ 83 y ss. de los estatutos del Tribunal Constitucional como un proceso «objetivo». E 35, 12 (13): El facultado a expresar su opinión en el proceso de la demanda constitucional, según § 94, párrafo 3 de los estatutos del Tribunal Constitucional, no tiene derecho a oponerse en el proceso sobre una disposición dada; asimismo, E 31, 87 y ss.; 8, 122 (130); 32, 345 (346). E 24, 300 (351): En el litigio orgánico no es posible emitir sentencia sobre la validez de una norma (20, 134 (149); 20, 119 (129); 1, 351 (371)). Consultar también E 20, 56 (86 y s.): Particularidades del proceso de control de normas.

⁴⁹ Ejemplo de *derecho comparativo interno alemán* con miras a otras reglamentaciones procesales: E 33, 247 (261 y ss., 264) consultar también E 32, 305 (308 y s.) en relación con 4, 31 (37 y s.); E 8, 222 (224 y s.) para el concepto de «demanda»; 20, 9 (14) para el § 19 de los estatutos del Tribunal Constitucional; consultar también 20, 26 (29 y s.), 336 (343); 9, 89 (97 y s.); 8, 92 (94). E 1, 109 (111): «Analogía con el resto del Derecho procesal alemán». E 32, 345 (346) vincula la interpretación según el sentido y el contexto con la referencia a un principio general del derecho procesal, que puede ser decidido sin un proceso oral a través de un recurso legal inadmisibles (con referencia al ZPO, VwGO, FGG, SGG). E 2, 300 (305): «Principios procesales alemanes»; consultar también el raro caso, de que una norma especial del Derecho procesal constitucional (aquí § 79 párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional) sea utilizada para otro proceso como «pensamiento legal»: E 12, 338 (340 y s.). Además E 6, 389 (442 y s.). Con respecto a la correspondencia entre § 79 párrafo 2 p. 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional y del posterior § 26 párrafo 5 ESTG (1957): E 7, 194 (195 y s.).

integral exigida, siempre y cuando se resguarden las particularidades del Derecho procesal constitucional. Las coincidencias con analogías fundamentadas de otra manera son obvias.

1.4. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL CAMPO DE TENSIÓN ENTRE EL *JUDICIAL SELFRESTRAINT* Y EL *ACTIVISM*: DIVISIÓN DE TAREAS Y PODERES

La literatura sobre el problema del *selfrestraint* del Tribunal Constitucional es prácticamente imprescindible.⁵⁰ Lo mismo no se puede afirmar con respecto de los análisis de la jurisprudencia elaborados en este contexto para el Derecho procesal constitucional. Esto sorprende porque en la interpretación y en la práctica de las normas del Derecho procesal se muestra hasta qué punto el Tribunal hace uso o no del *selfrestraint* o del *judicial activism*. No se trata solo de la conocida pregunta de los límites del control constitucional de las cuestiones de política (externa).⁵¹ El problema se plantea de manera más general: en diferentes contextos se muestra cómo el Tribunal Constitucional se «abre paso» a través de las normas particulares del Derecho procesal disciplinándose a la abstención.

Para ello se encuentran ejemplos en la jurisprudencia, según los cuales el Tribunal Constitucional solo tiene que censurar la violación de un «derecho constitucional específico»⁵² y según los cuales no es un «Tribunal de superrevisión»⁵³ en la práctica del *selfrestraint* con res-

Derecho comparado interno alemán en relación a la legislabilidad *constitucional* en la Federación y los estados federados: E 2, 143 (152, 156 y s., 158, 175, 177). E 24, 289 (297): Comparación entre El Hess. StGHG y los estatutos del Tribunal Constitucional (§ 31, párrafo 2) Cf. §1 GeschO Hamburg VerfGH: reglas generales del proceso alemán a la derecha como addendo; análogamente § 1 párrafo 2 NWGeschO VerfGH. § 6 párrafo 1 BremStGHG:[...] apoyándose a los reglamentos procesales alemanes. § 14 párrafo 1, p.1 HessStGHG: Referencia al GVG, StPO. § 16 Ns StGHG: Referencia a las normas procesales de los estatutos del Tribunal Constitucional.

⁵⁰ Finalmente tal vez *Schuppert*, ob.cit., p. 159 y ss.; *Zeitler*, ob.cit., p. 176 y ss.; *Delbrück* en: FS für Menzel, (1975), p.83 y ss.; *Kriele*, NJW (1976), 777 y ss.

⁵¹ Finalmente en: E 40, 141 (178 y s.).

⁵² E 18, 85 (92 y s.); 1 418 (420).

⁵³ E 35, 311 (316), la abstención se encuentra tras la jurisprudencia, según lo cual el § 90, párrafo 2, p. 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional, no es aplicable, cuando la demanda constitucional no está dirigida directamente contra una ley o una norma legal: E 2, 292 (295).

pecto a otras funciones del Estado, especialmente los Tribunales⁵⁴ y en la doctrina según la cual la concepción de Derecho del Tribunal en cuestión solo es evaluada⁵⁵ por el Tribunal Constitucional con respecto a si se da una «inconsistencia evidente» y en el caso de la determinación de los límites trazados por el Tribunal Constitucional en sus estatutos internos en el § 32.⁵⁶ La subsidiariedad de la demanda constitucional y la determinación del círculo de los facultados a interponer una petición según el artículo 93, párrafo 1, N° 2 de la Ley Fundamental, aportan más evidencias del *restraint* practicado dentro de la concepción del Derecho procesal constitucional, ya sea con respecto a otros «órganos constitucionales», especialmente con respecto al legislador, o con respecto a otros Tribunales.⁵⁷ Por supuesto que también se dan esfuerzos opuestos, como por ejemplo las técnicas de objetivación y las tendencias *certiorari*.

La relación interna para la ampliación y la refinación de los instrumentos de información y participación consiste en que el Tribunal logra abstenerse o activarse con su ayuda. Así como el Tribunal Constitucio-

⁵⁴ E 19, 345 (347); 28, 151 (160), con referencia a las «funciones especiales» del Tribunal Constitucional; consultar también E 22, 93 (97 y s.); 24, 367 (424); 23, 321 (324), 85 (92); 21, 209 (216); «división de trabajo según la Constitución»; 1, 97 (100 y s. : «Traslado de las competencias del Estado»). E 4, 190 (198): «la verdadera tarea de la defensa constitucional».

⁵⁵ E 32, 333 (336 y s.); 29, 11 (15); 23, 146 (149), 276 (284 y s.); 22, 134 (147); 10, 1 (3); 7, 171 (175).

⁵⁶ E 23, 33 (40 y s.), 42 (49); 3, 53 (55, 57); 1, 281 (282); pero consultar también E 12, 36 (40 y ss.)

⁵⁷ Consultar la referencia a la «división de trabajo según la Constitución» en: E21, 209 (216); pero consultar también la extensa interpretación del § 31, párrafo 1: E 19, 377 (391 y s.) E 2, 143 (178): no hay un control anticipado de las normas. El *selfrestraint* se manifiesta cuando se rehusa a sentenciar «anticipadamente» (E 8, 222 (226 y s.); 14, 192 (194), en el caso de la imposibilidad de anulación según el § 95, párrafo 3, p. 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional (E 35, 79 (148)), en el principio de la subsidiariedad de la demanda constitucional (§ 90 párrafo 2, p. 1: E 33, 192 (194), 247 (258); consultar también E 31, 364 (368)), en el caso de la determinación del círculo de los autorizados para presentar solicitud (artículo 93, párrafo 1 N° 2 de la Ley Fundamental): E 21, 52 (53 y s.) Pero es correcto insistir en la «responsabilidad» del Tribunal Constitucional en el marco del artículo 100 de la Ley Fundamental: E 34, 320 (323). Consultar también 4, 193 (198): «la verdadera tarea de la defensa constitucional». En caso de suspensión, según artículo 100: E 18, 186 (192); 17, 135 (138 y s.): obligación de ilustración de los hechos ante el Tribunal presente, aclaración de las cuestiones constitucionales como obligación del Tribunal Constitucional.

nal se ha mostrado variable en los últimos tiempos con respecto al *restraint* en asuntos de política exterior, así también es consecuente cuando sigue su línea en asuntos políticamente menos controvertidos. El *restraint* y el *activism* no deben ser dogmas. El Tribunal Constitucional puede asumir una actitud flexible: en el proceso de crecimiento de la Ley Fundamental y de su Derecho procesal constitucional. Su jurisprudencia referida a casos particulares le abre múltiples posibilidades.

El *judicial selfrestraint* o *activism* es un asunto de división de tareas o de poderes entre el Tribunal Constitucional y otros Tribunales, así como los órganos constitucionales, y aparte de eso, también entre las fuerzas plurales, los grupos de la sociedad civil y los ciudadanos del Estado en su conjunto. Se ha discutido mucho sobre la clasificación del Tribunal Constitucional en el sistema de la división de poderes del Estado; lo que ahora interesa es el hecho de que esta clasificación se lleve a cabo a través del «medio» del Derecho procesal constitucional; además en el caso del *selfrestraint* se muestra al igual que en el caso de la concepción de la práctica de las normas participativas, cómo la división de poderes, en un sentido amplio, no estatal, y plural,⁵⁸ se hace y puede hacerse efectiva, en forma del Derecho procesal constitucional. Los estatutos del Tribunal Constitucional constituyen un derecho que divide los poderes así Como el Derecho procesal constitucional es el Derecho para el trabajo en el Tribunal Constitucional,⁵⁹ es evidente hasta qué punto se trata de asuntos de división de tareas entre el Tribunal Constitucional, las demás funciones del Estado, los ciudadanos y los grupos de la sociedad civil, la ciencia y la opinión pública.

1.5. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Hasta ahora hemos visto una muestra de los métodos practicados por el Tribunal Constitucional. A continuación los sistematizaremos con

⁵⁸ Con respecto a esto, P. Häberle, AöR 100 (1975), 645 (647 y s.)

⁵⁹ Consultar todavía E 6, 257 (266): «en el proceso constitucional, que a causa de las posibilidades limitadas de su realización, presupone, sin más, la cooperación leal de los diferentes poderes del Estado,[...]», consultar también el principio fundamental (E 12, 36 (40)), en el caso de diferencias de opinión entre los estados federados y la Federación, que conduzcan a un litigio constitucional, hay que partir de que no se puede considerar insostenible ninguna de las dos interpretaciones de las partes (E 8, 42 (44)). Lo mismo valdría para un proceso de control de normas presentado a solicitud de un gobierno de un Estado Federado.

más precisión. Frente al carácter fragmentario de las normas del Derecho procesal y de la dinámica del asunto de la jurisdiccionalidad constitucional, los métodos de interpretación cobran una importancia especial. El Tribunal Constitucional suele fomentar una interpretación teleológica,⁶⁰ según corresponda al asunto, y esto en el caso de las normas más diversas; el Tribunal argumenta «siguiendo el sentido del asunto»;⁶¹ una continuación de esta línea sería mostrar como contraejemplos⁶² una serie de analogías⁶³ bien meditadas. El Tribunal Constitucional hace que los procedimientos particulares se acerquen los unos a los otros a través de la técnica de analogías. Busca las ideas fundamentales de una norma de Derecho procesal, los principios fundamentales generales del Derecho procesal constitucional e incluso llega a buscar las del Derecho procesal en su totalidad.⁶⁴

Es ejemplar la orientación hacia los casos particulares, que le otorga elasticidad⁶⁵ y apertura a la práctica y que hace posible acercarse al asunto. Sin embargo, el Tribunal Constitucional de ninguna manera argumenta sin principios. Cabe destacar (y son sostenibles a partir de la

⁶⁰ E 1, 69 (70), 97 (103), 415 (416); 3, 261 (265); 4, 193 (198), 250 (267), 309 (311), 358 (364); 6, 104 (110), 257 (264), 386 (389); 9, 120 (121), 334 (336); 10, 302 (309); 11, 244 y S., 263 (265); 12, 308 (310); 13, 284 (287); 15, 288 (292), 309 (311); 18, 192 (194), 440 (441); 21, 132 (136), 359 (361); 23, 153 (164); 24, 33 (45); 25, 30 (33); 29, 33 (94); 30, 112 (126); 35, 12 (14).

⁶¹ E 17, 135 (138): manejo económico y con sentido del § 26, párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional en procesos según el artículo 100 párrafo 1 de la Ley Fundamental; «de acuerdo al sentido»: E 4, 144 (147 y s.); 2, 79 (90), 213 (218); 27, 44 (51); 8, 186 (191). ErstRechtSchluß en E 1, 66 (67).

⁶² E 21, 52 (53 y s.); 2, 341 (346).

⁶³ E 10, 302 (330); 28, 324 (363); 37, 217 (262 y s.).

⁶⁴ E 33, 199 (204): Obtención de un «principio general del derecho procesal» a partir de diferentes prescripciones de los estatutos del Tribunal Constitucional (aquí §§ 41, 47 y 96) y del Derecho procesal administrativo y civil; ver también E 32, 345 (346). E 10, 302 (306): Apelación a un «principio general» (para la habilitación procesal de un demandante inhabilitado). E 38, 175 (184): el § 79 párrafo 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional tiene que resolver un problema, que se basa en la configuración especial del examen de normas constitucionales y de su aplicación. E 32, 387 (389): «principio legal general» (del § 79 de los estatutos del Tribunal Constitucional): parecido al caso E 37, 217 (263).

⁶⁵ Esto se muestra en diferentes relaciones: E 24, 119 (133 y s.); 24, 75 (88 y s.); 22, 349 (355, 361); 8, 38 (40), 222 (224 y ss.); 14, 192 (194); 12, 319 (321) sub B, 2 párrafo: Ausnahmeverbehalt; 6, 389 (442).

Ley Fundamental) los tópicos siempre recurrentes como la «tarea» y la «autoridad» del Tribunal Constitucional, su prestigio, su deseo de descongestión, economía de tareas y de procesos y asuntos similares.⁶⁶

Estos métodos de interpretación y tópicos redondean el cuadro: el Tribunal Constitucional desarrolla el Derecho procesal constitucional a partir de la Ley Fundamental y de los estatutos del Tribunal Constitucional. Continúa pensando en su desarrollo, rellena los «vacíos»⁶⁷ y se mueve en el fructífero campo de tensiones de «el principio y la norma». Los puentes a una interpretación integral⁶⁸ son obvios.

En los tópicos en los que se remite a sí mismo, en tanto que quiere asegurar su capacidad funcional, no solo se abre paso la evidencia legítima. También puede remitirse a la Ley Fundamental y a la institucionalización, sin precedentes, de la jurisdiccionalidad constitucional, y vuelve a realizar un poco de concretización de la Constitución «dentro» del Derecho procesal constitucional. Cabe destacar especialmente que actúa con mucha cautela, sin dejar de prestar atención a la división de poderes y/o de tareas.

⁶⁶ Siempre vuelve a remarcarlo: la «habilitación de funciones» en E 33, 247 (258); consultar también E 22, 287 (219 y s.) en el caso de la fundamentación de la subsidiariedad de la demanda constitucional: al Tribunal Constitucional no se le deberían «revocar las demás tareas». Consultar también la jurisprudencia con respecto al § 93 a («excención»): 18, 440 (440 y s.); 19, 88 (91 y s.). pero consultar también la refutación del argumento de congestionamiento en: E 24, 119 (134). E 26, 172 (180): «Estructura total de la legislabilidad constitucional federal», especialmente en E 1, 167 (173). Destaca su tarea de «aclarar dudas constitucionales con efecto vinculante *inter omnes*» (E 33, 247 (265)) y saca conclusiones concretas de este argumento para el Derecho procesal constitucional. Consultar también E 4, 193 (198): «la verdadera tarea de la defensa constitucional». O argumenta con la «función de la defensa constitucional» en normas procesales constitucionales, de modo que para el 91: E 26, 228 (236); para el § 90 párrafo 2, p. 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional como cláusula de exigibilidad: E 18, 1 (16); 9, 3 (7 y s.); 16, 1 (2); 22, 349 (355).

⁶⁷ La idea de la «defensa legal sin vacíos» se nos hace familiar por ejemplo en el caso de la determinación de la autorización de una demanda para un país desaparecido en E 22, 221 (231) artículo 93, párrafo 1 N.º 4; frente al artículo 93 párrafo 1 N.º 3 y 4 de la Ley Fundamental: E 11, 6 (13 y s.).

⁶⁸ Por ejemplo E 33, 247 (259) como una interpretación *integrante* de todas las normas de los §§ 31 párrafo 1, 2 y 90 párrafo 2 p. 2, 93 a párrafo 4, 95 párrafo 3 con respecto a la justificación de la función de la demanda constitucional, «de garantizar el derecho constitucional objetivo y de servir a su interpretación y a su desarrollo».

1.6. TÉCNICAS DE AMPLIACIÓN Y OBJETIVACIÓN

Existe gran número y múltiples formas de técnicas de objetivación, esto es, de técnicas para no desvincularse de los facultados a interponer peticiones y/o demandas concretas, de sus solicitudes y del interés de la defensa legal en cada proceso constitucional particular, pero sí, en más bien, independizarse un poco en el interés de la tarea «objetiva» de la interpretación constitucional:⁶⁹ por ejemplo, en la interpretación⁷⁰ y la tergiversación de solicitudes,⁷¹ en la interpretación favorable a la solicitud,⁷² a través de la aceptación positiva de los llamados «incentivos» para evaluar la constitucionalidad en su totalidad.⁷³ Estas técnicas se muestran sobre todo en el procedimiento de la demanda constitucional, por ejemplo, cuando se destaca, en general, la función de defensa legal,⁷⁴ pero también en los casos de la jurisprudencia con respecto al artículo 2 párrafo 1 de la Ley Fundamental.⁷⁵ Las tendencias de la objetivación se pueden reconocer en otros ámbitos de problemas.⁷⁶ Remitimos a otros círculos de problemas que puedan ser hallados, como por ejemplo al establecimiento (a veces demasiado generoso) del objeto procesal (sentencia de la

⁶⁹ Cf. E 33, 247 (257) para la demanda constitucional; 2, 79 (86): garantía objetiva del derecho constitucional: E 1, 372 (379, 414) y 24, 299 (300), para el litigio orgánico; pero consultar también E 13, 54 (96). Con respecto a los procesos de objetivación (de los intereses de defensa legal) todavía *Lipphardt*, ob. cit., p.474 y ss., especialmente nota 92.

⁷⁰ E 1, 14 (39).

⁷¹ Ejemplos en *Lipphardt*, ob. cit., p. 394, nota 131.

⁷² Cf. E 32, 157 (163); 22, 349 (360 y s.); 24, 68 (73); 23, 265 (269); 21, 191 (194); 16, 236 (237 y s.); 4, 115 (123). Se evaluó la tergiversación, en cambio: en E 34, 325 (331) para el § 32 de los estatutos del Tribunal Constitucional; consultar también E 27, 44 (52); sopesado en E 13, 1 (10), rechazado en E 23, 146 (150 y s.); 8, 28 (35) para una cuestión previa.

⁷³ Cf. E 3, 383 (391); 3, 58 (74); 1, 264 (271); 1, 372 (380); 7, 305 (311); 19, 354 (361). Un contraejemplo: E 23, 242 (251).

⁷⁴ Cf. E 33 (257, 259 y s.). E 26, 79 (91): control desde «todo punto de vista constitucional»; consultar también 14, 121 (131); 1, 14 (41), para el proceso según § 13 N° 6 y 7 de los estatutos del Tribunal Constitucional.

⁷⁵ Desde E 6, 32 (41); 7, 111(119); 9, 3 (11), cf. E 23, 288 (300).

⁷⁶ Consultar para la demanda constitucional comunal (§ 91 de los estatutos del Tribunal Constitucional): prohibición de arbitrariedad como principio de justicia objetivo, E 26, 228 (244); en la evaluación de intereses según § 32 párrafo 1; E 12, 276 (280).

dieta parlamentaria: sentencia del Tribunal Constitucional 40, 296 (309 s.),⁷⁷ al que le otorga un gran alcance, y a la utilización del § 78 p. 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional.⁷⁸

Con estos antecedentes, el Tribunal Constitucional se mantiene firme con respecto al principio de que no existe una cláusula general constitucional,⁷⁹ y de que no se puede permitir una ampliación de sus competencias, haciendo un uso analógico de las normas de competencia.⁸⁰ El Tribunal Constitucional se toma en serio el principio de enumeración:⁸¹ evita, con toda razón, que a través de la figura de una fundamentación, retrasada, de una demanda constitucional, se le pueda introducir un «cambio de circunstancias» (E 34, 384 (394 y s.); 18, 85 (89); 27, 71 (77); 27, 104 (108)).

El amplio campo de las aproximaciones diferenciadas de los distintos procedimientos constitucionales⁸² (también) entra a tallar en este contexto, no solo en el de los métodos de interpretación. Por más que el Tribunal Constitucional se cuida de superar las diferencias entre los di-

⁷⁷ Con respecto a esto *P. Häberle*, NJW (1976), 537 (543 nota 90).

⁷⁸ E 10, 118 (124); 20, 379 (382); 8, 186 (195); 18, 288 (300); 29, 1 (10 y s.), 283 (303 y s.); 26, 281 (301); 24, 75 (103). Con respecto a este problema también *Hirsch*, E 37, 186 (190) opinión contraria.

⁷⁹ E 1, 396 (408); 13, 174 (176 y s.). E 13, 54 (96): si bien la Ley Fundamental ha expandido fuertemente la legislabilidad constitucional, no se puede deducir a partir de ello que toda cuestión de litigio constitucional puede serle formulada al Tribunal Constitucional por una de las partes interesadas en la sentencia.

⁸⁰ E 2, 341 (346); cf. también la opinión contraria de *Dr. Rupp/Hirsch/Wand*, E 37, 291 (305).

⁸¹ Cf. E 38, 121 (127): «una mera necesidad política legal, no puede justificar una competencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 22, 293 (298))»; consultar también E 13, 54 (96) y la opinión contraria de *Dr. Rupp/Hirsch/Wand*, E 37, 291 (303).

⁸² E 24, 252 (258): § 23 párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional vale como una prescripción procesal general para todos los procesos ante el Tribunal Constitucional, también para los procesos de litigio orgánico; Acercamiento para los derechos de incorporación: 24, 33 (45); aplicación correspondiente de los §§ 78, p. 2 y 82 párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional al proceso de la demanda constitucional: E 18, 288 (300); consultar todavía E 12, 36 (40); 20, 18 (23 y s.) para los litigios orgánicos y los litigios entre Federación y estados federados. Para el acercamiento de los diferentes tipos de procesos, abriendo la posibilidad de vincular los diferentes procesos observando las normas procesales particulares de cada uno: E 12, 205 (222 y s.). La elección entre diferentes procesos se transfiere al demandante: E 7, 305 (310 y ss.).

ferentes modos de proceder y que eventualmente utilice paralelismos: también hace resaltar las diferencias entre los diferentes modos de proceder particulares.

El Tribunal Constitucional es generoso en la afirmación del interés de la defensa legal, una forma oculta de objetivación y un paso en dirección al método *certiorari*⁸³ conocido debido a la Corte Suprema de los EE.UU., en cuyo caso la capacidad de decisión del Tribunal, de aceptar un caso que sirva para aclarar un asunto de carácter constitucional fundamental, varía. Esta idea parece estar representada en los §§ 93 párrafo 4,⁸⁴ 90 párrafo 2 inciso 2⁸⁵ y 24 inciso 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional.

Los paralelismos del tipo *certiorari* se encuentran en la afirmación del interés de defensa legal referida a casos particulares, pero también allí donde el Tribunal Constitucional interpreta el Derecho procesal constitucional de tal manera, que trata de llegar, en lo posible, a una interpretación objetiva, esto es, que «aclare» los asuntos (de principio) y que no se detenga en la pregunta sobre la admisibilidad.⁸⁶ Por ello, por más paradójico que suene, en la fundamentación de la «evidente falta de fundamento» desarrolla cuestiones objetivas de gran importancia, como por ejemplo cuestiones referidas a la Ley Fundamental y a la defensa legal de la Constitución;⁸⁷ el imperativo de la fundamentación debe ser

⁸³ Con respecto a este concepto *Haller*, ob. cit., p. 106 y ss., 186 y s.

⁸⁴ Con respecto a esto por ejemplo E 38, 206 y ss.; 37, 305 (309 y ss.); 36, 89 (91); 34, 138 (138 y s.). Ejemplo para la no aceptación, a causa de que ya quedó aclarado el caso debido a una constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional: E 20, 276 (279); 19, 148 (149).

⁸⁵ Con respecto al «objetivo» del § 90 párrafo 2, p.1 (descongestionamiento del Tribunal Constitucional, para «liberarlo para que pueda cumplir con la verdadera tarea de la defensa constitucional»): E 4, 193 (198); consultar también E 9, 1 (2), 120 (121) para el § 91 a. Una técnica *certiorari* es, cuando según E 9, 120 «también se pueden desechar demandas obviamente justificadas según el artículo § 91 a de los estatutos del Tribunal Constitucional».

⁸⁶ Así, la jurisprudencia con respecto al § 24 de los estatutos del Tribunal Constitucional: E 40, 52 (55); 6, 7 (11 y s.); 36, 66 (69 y s.); 39, 238 (241); 35, 185 (188); 30, 103 (105); 27, 231 (235); con un argumento funcional: E 6, 7 (11): «amplio ámbito de tareas» del Tribunal Constitucional.

⁸⁷ Por ejemplo: E 39, 238 (241) en relación con 242 y ss.; 6, 7 (11 y s.); 37, 84 (89 y ss.), 150 (151 y ss.); 36, 41 (45 y s.), 139 (141 y ss.); 35, 179 (182 y ss.), 300 (301 y s.); 31, 137 (139 y ss.); 32, 305 (308 y ss.); 19, 64 (68 y ss.), 93 (95 y ss.), 323 (326 y ss.). Para el § 91a párrafo 2: E 13, 127 (128 y s.); 7, 327 (328 y ss.).

tomado en serio sobre todo en este punto. Se habrá de remitir a otras sentencias.⁸⁸

1.7. FORTALECIMIENTO Y REFINAMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN E INFORMACIÓN

La experiencia de 25 años de práctica de interpretación del Tribunal Constitucional con respecto a las normas y/o instrumentos de información y de participación del Derecho procesal constitucional han sido especialmente fructíferas. Los estatutos del Tribunal Constitucional ponen a disposición un sistema escalonado de normas de participación, en parte modificadas (cf. § 24, inciso 2, párrafo 2 inciso 1, párrafo 82 inciso 4), también en el sentido de la institución americana *amicus curiae briefs*.⁸⁹ Esto tuvo acogida en la GeschOBVerfG del 13.07.1975 (BGBl. I, p. 2515) (por ejemplo § 22, párrafo 2 inciso 2, párrafo 4, 40 inciso 1). Una visión global sobre los 40 tomos, muestra que el Tribunal Constitucional sabe hacer uso de estos instrumentos.⁹⁰

⁸⁸ Consultar para el derecho a la demanda, que no ha sido presentada por alguien autorizado para presentar demandas, de modo que el «proceso se anularía por esta cuestión procesal»: E 34, 216 (227); 22, 221 (233), o la jurisprudencia según la cual el Tribunal Constitucional no se deja quitar la «aclaración de una cuestión constitucional de importancia fundamental», ni siquiera por la resolución de una demanda constitucional: E 33, 247 (257), pero consultar también el rechazo de la demanda constitucional por «motivo de procedimiento legal» en E 28m 1 (9); además E 11, 336 (338 y ss.).

⁸⁹ Con respecto a esto *Haller*, ob. Cit.; p. 108 y s., 342 y s.; *P.Häberle*, JZ (1975), 297 (299, 305), DÖV (1976), 73 (78 nota 64), NJW (1976), 537 (nota 3).

⁹⁰ Ejemplos de la práctica: E 21, 160 (167): «Encuesta» en las asociaciones, 166: voz expresada de la asociaciones. Con respecto al concepto de participantes según § 25 párrafo 1: E 2, 213 (217); según E 1, 66 (68) solo los incorporados, y no los que solo están autorizados para emitir su opinión, pueden interponer una solicitud según el § 19 de los estatutos del Tribunal Constitucional. En E 22, 387 (407) el Tribunal Constitucional no quiere ver disminuida la posición procesal de las partes del proceso a causa de una conexión de procedimientos. Ejemplos de la praxis con respecto al § 27: E 11, 105 (110). Con respecto al § 65 párrafo 2: E 24, 260 (263), también para los gobiernos de los estados federados y los partidos que participaron en las elecciones al Parlamento alemán de (1965). Con respecto a los §§ 69, 65 párrafo 1: E 12, 308 (309 y s.). Con respecto al § 77: E 2, 307 (310: Cámara de abogados); 8, 51 (53); 10, 20 (32); 39, 1 (23 y ss.); consultar también 4, 358 (361): Audiencia de los parlamentos implicados indirectamente; en general por las «consecuencias»: E 38, 326 (336). Con respecto a los §§ 77, 94 párrafo

Muchas veces el Tribunal Constitucional expone estas normas explícitamente (es decir, que no las aplica simplemente sin fundamentarlas), por ejemplo al hacerlas «de conocimiento» de determinados órganos, al dar oportunidad de tomar posición, al llevar a cabo audiencias y encuestas, al nombrar a «terceros» como facultados para hacer declaraciones, o como peritos participantes. Hace una clara delimitación entre los participantes del proceso y los que tienen voz.⁹¹ Es ejemplar la práctica, según la cual incluso a los participantes del proceso inicial (§ 2 párrafo 4 WahlprüfungsG) en tanto tales, se les otorga la oportunidad de emitir su opinión.⁹² Una ampliación ejemplar de los instrumentos de participación, que también sería importante para el derecho parlamentario, evidenciada por el § 82, párrafo 3, 94 párrafo 3 de los estatutos del Tribunal Constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional es consciente de sus limitaciones pretorianas.⁹³

4: E 35, 79 (93 y ss.); 34, 81 (90 y ss.). Con respecto al § 80 párrafo 4: E 10, 59 (65), 372 (375). Con respecto a los §§ 82 párrafo 1 y 3, y 77: E 7, 89 (91). Con respecto al § 82 párrafo 3: E 11, 339 (342); 12, 67 (70); 16, 254 (262), 306 (313); 17, 155 (161 y s.). Con respecto a los § 82, 77: E 29, 51 (54 y s.); 16, 306 (313); 11, 23 (26), 139 (142). Con respecto al § 82 párrafo 4: E 36, 281 (289); 34, 71 (76); 32, 279 (283); 22, 311 (315 y s.); 16, 305 (306). Ejemplos para una unión de los §§ 82 párrafo 1, 77, 82 párrafo 3 y 80 párrafo 4: E 8, 274 (287); 7, 282 (287). Con respecto al § 83 párrafo 2, E 23, 288 (318 y s.) con efecto retroactivo sobre la interpretación del artículo 100 párrafo 2 de la Ley Fundamental y una inclusión también de los tribunales y de los autores reconocidos de la doctrina del derecho internacional (LS 2b, p. 319 y ss.). Con respecto al § 94 párrafo 2: E 7, 99 (106). Con respecto al § 94 párrafo 3: E 15, 126 (130); 28, 1 (6).

⁹¹ Cf. E 31, 87 (90 y ss.). Con respecto a la delimitación de los participantes en el proceso en el caso de los «peritos participantes»: E 8, 42 (46), 122 (129 y s.); 23, 33 (40 y s.), 42 (49).

⁹² E 21, 200 (203), se encuentra ya en E 4, 370 (372): Oportunidad de expresarse dada al parlamentario *Gienke*.

⁹³ Consultar por ejemplo E 20, 350 (351) para el § 82 párrafo 3. E 35, 12 (13); 32, 345 (346): Una incorporación para ellos (los participantes en el proceso previo) no está prevista (Sentencia del Tribunal Constitucional 2, 213 (217)). E 31, 87 (90 y ss.): «El facultado a expresar su opinión en el proceso de la demanda constitucional, según § 94, párrafo 3 de los estatutos del Tribunal Constitucional, no tiene derecho a oponerse en el proceso sobre una disposición dada». Igualmente E 35, 12 (13); 32, 345 (346). Consultar también la referencia, de que la formulación del artículo 93, párrafo 1 N° 1 de la Ley Fundamental, deje entrever, que el círculo de participantes en el Derecho procesal constitucional debiera ser limitado lo más posible: E 13, 54 (95); 27 (240, 246); E 36, 101: «Los participantes, con autorización para emitir opinión, en el proceso previo según el § 82 párrafo 3 de los

Sería consecuente que también de acuerdo al § 25, párrafo 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional los juicios orales se practicaran como «regla»⁹⁴ y que solo se hiciera un uso restrictivo⁹⁵ de la posibilidad indicada en el § 94, párrafo 5 inciso 2, porque los juicios orales pueden traer consigo una serie de retos al proceso, aun insospechados incluso para el propio Tribunal Constitucional.

En general, en el interés de una ampliación de la información, las personas competentes deberían hacer pleno uso de sus derechos escalonados de participación.

El manejo más ejemplar⁹⁶ de los instrumentos de información y participación sirve para el establecimiento de la verdad en el sentido de los §§26,⁹⁷ 30 párrafo 1 inciso 1 de los estatutos del Tribunal Constitucional. Este establecimiento es una actividad autoinformante del Tribunal Constitucional —información por participación—. Este modo de ver la información también se encuentra allí, donde no se lo está buscando en realidad, como por ejemplo en el caso de la subsidiariedad de la demanda constitucional⁹⁸ y en el caso de las exigencias de Tribunal Constitucional al tribunal en cuestión en cada caso.⁹⁹ Este material de la jurisprudencia está a la expectativa de una clasificación teórico constitucional: el hecho de que a través de las normas de participación del Derecho procesal constitucional se les de «voz» a los partidos políticos, grupos de la sociedad civil y ciudadanos, es una expresión objetiva de la estructura plural y

estatutos del Tribunal Constitucional, no son Participantes del proceso concreto de control de normas (E 2, 213 (217)); 20, 350 (351))».

⁹⁴ E 35, 34 (35): Con respecto al carácter oral del juicio como regla por ejemplo en el § 82 párrafo 3 de los estatutos del Tribunal Constitucional. Consultar, sin embargo, la praxis: por ejemplo E 23, 353 (364).

⁹⁵ Pero de la praxis, por ejemplo, E 34, 81 (92); 19, 166 (171).

⁹⁶ Por supuesto que también se dan casos que motivan la crítica: ver arriba en la nota 38, por ejemplo E 20, 18 (22 y ss.).

⁹⁷ Con respecto al § 26 de los estatutos del Tribunal Constitucional: E 7, 188 (213).

⁹⁸ Según E 9, 3 (7) se le debe dar oportunidad al Tribunal Constitucional antes de que dicte sentencia, de «conocer la perspectiva del caso y la concepción legal de los Tribunales, especialmente de las respectivas Cortes Supremas Federales»(cf. 8, 222 (225, 227)). E 8, 222 (227): Con el principio de la subsidiariedad de la demanda constitucional también se tuvo como propósito proporcionarle al Tribunal Constitucional, antes de que dicte sentencia, un material de los hechos probados normalmente por varias instancias previas y darle la oportunidad de conocer los puntos de vista de los tribunales de las otras instancias.

⁹⁹ Cf. E 25, 213 (214); 22, 175 (177).

liberal-democrática de los intereses públicos políticos de la Ley Fundamental: son incluidos en el proceso interpretativo de la Constitución como intérpretes en sentido amplio y en sentido estricto.¹⁰⁰ El Derecho procesal constitucional recoge un poco de la opinión pública plural. La jurisprudencia constitucional, que en gran medida es *judicatura del bien común*,¹⁰¹ no debe ignorar este tipo de intereses que se articulan. La diversidad de intereses plurales de los intereses públicos liberales puede hacer escuchar su voz a través de estos instrumentos de participación y de este modo también un poco la opinión pública: aquella opinión pública, que el Tribunal Constitucional desgraciadamente menosprecia tanto en su interpretación como en la práctica de los §§ 25, párrafo 1 y 94 párrafo 5 de los estatutos del Tribunal Constitucional, a pesar de que ante un Tribunal tan alto, no es ni formal, ni se mantendría meramente pasiva en sus asuntos.

En tanto se les dé (o en tanto puedan acceder a) la palabra a los demás órganos, como los parlamentos del Gobierno federal y de los estados federados, el Gobierno Federal o el de las federaciones —esto es los llamados «órganos constitucionales» pero también los tribunales existentes y las Cortes Federales Supremas— se ha cumplido con el proceso público de la interpretación constitucional. Se amplía el horizonte de información y de argumentación del Tribunal Constitucional. También se refleja algo de espíritu de compañerismo y una cooperación mutua en la división del trabajo, división de poderes a través de las normas de participación.¹⁰²

Desde esta perspectiva es consecuente que el Tribunal Constitucional diga explícitamente en sus sentencias, a quiénes concretamente se le ha dado la oportunidad de expresar su opinión, etc. y quién (no)¹⁰³ ha hecho uso de ella en determinado proceso. Sobre todo hay que fomentar que los facultados, especialmente los órganos constitucionales hagan realmente uso de las posibilidades que se les brinda para participar en el proceso constitucional. Una mirada general sobre los 40 tomos del Tri-

¹⁰⁰ Con respecto a esto *P.Häberle*, *JZ* (1975), 297 y ss.

¹⁰¹ Cf. mi escrito en: *AöR* 95 (1970), 86 y ss., 260 y ss., *AöR* 99 (1974), 437 (444 nota 38); finalmente *E* 40, 196 (218, 222, 227 y s.); 37, I (18 y s., 22), 132 (140), 217 (247).

¹⁰² También la audiencia legal (artículo 103 párrafo 1 de la Ley Fundamental), de la que solo se puede partir excepcionalmente (cf. § 32 párrafo 2, p. 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional), es desde un punto de vista procesal constitucional un instrumento de participación.

¹⁰³ Cf. por ejemplo *E* 4, 370 (372); 7, 89 (91 y s.); 8, 104 8110); 10, 177 (181); 40, 11 (28 y s.), 42 (43), 182 (184).

bunal Constitucional, muestra como resultado, que de ninguna manera todos los órganos (por ejemplo estados federados) son igualmente afañosos, o más precisamente: tienen la misma «consciencia constitucional». La pasividad procesal constitucional no es un aporte a la actualización de la Ley Fundamental; lo contrario es el caso.

Con esto se cierra el círculo: los instrumentos de participación plural (información a través de participación) y de información relacionados al instituto americano del *amicus curiae briefs* se remiten en sus fundamentos teóricos a los principios de la Ley Fundamental. Están al servicio de la tarea del Tribunal Constitucional, de concretizar la Ley Fundamental, por ejemplo a través de una interpretación integral y de trabajo dividido de los estatutos del Tribunal Constitucional.

Existen posibilidades de una *estrategia* y una *táctica* jurídico-constitucionales en el caso de la división y conexión de procesos,¹⁰⁴ del decreto de sentencias parciales, así como en la aplicación de los §§ 95, párrafo 1 inciso 2¹⁰⁵ y 78 inciso 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional. Las competencias de medición de carácter procesal constitucional, que hasta ahora han estado normativizadas con diferente peso, deberían ser investigadas con miras a la pregunta de hasta qué punto el Tribunal Constitucional en el caso de su agotamiento y limitación se atiene a las reglas, que en otros casos exige para la medición.¹⁰⁶ A través de prescripciones facultativas¹⁰⁷ se le ha posibilitado al Tribunal Constitucional un manejo más

¹⁰⁴ Por ejemplo E 10, 59 (65), 185 (186); 11, 150 (158); 12, 151 (158), 180 (183), 144 (146), 281 (287); 13, 56; 15, 303 (305); 19, 166 (171); 20, 271 (275), 283 (290); 22, 387 (407); 23, 208 (222); 40, 196 (197). La competencia constitucional para la conexión y la división de procesos es, por ejemplo, (como muchas otras cosas) Derecho procesal constitucional *alemán general*: § 27 Bad. Württ. StGHG. § 22 Saarl. VerfGH. La elaboración del Derecho procesal constitucional común alemán para las normas procesales generales, por ejemplo en cuestiones de parcialidad (§ 16 Hess.StGHG, § 12 Bad. Württ.StGHG), pero también para procesos especiales es una de las aspiraciones a lograrse de la investigación.

¹⁰⁵ Por ejemplo, E 7, 99 (108 y s.): «por la importancia fundamental del caso» para la aprobación de la solicitud de enmienda: E 13, 54 (94).

¹⁰⁶ Finalmente: E 38, 348 (359, 369); 35, 65 (877); 29, 57 (68 y ss.); 27, 297 (306 y ss.).

¹⁰⁷ Cf.: §§ 21, 24, p. 1, 26, párrafo 1, p. 2, 30 párrafo 1, p. 4, párrafo 2, p. 1, 2, 33, párrafo 1, 2, 34, párrafo 3, 5, 38 párrafo 1, 39, 46 párrafo 2, 53, 56 párrafo 2, 66, 69, 72, párrafo 1, 78, p. 2, 82 párrafo 4, 90, párrafo 2, p. 2, 93 a párrafo 2, 94 párrafo 5, p. 2, 95 párrafo 1, p. 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional.

libre del Derecho procesal. Sin embargo, tiene que mantenerse bajo control por medio de una práctica fundamentada.

Así pues, el Tribunal Constitucional no ha terminado de agotar hasta ahora sus posibilidades en cuanto a los juicios orales. La práctica de los §§ 25, párrafo 1 y 94 párrafo 5, inciso 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional muestra un déficit de apertura difícil de soportar. Los juicios orales ante el Tribunal Constitucional son *per se* «exigencias del proceso», contra lo escrito en el § 94, párrafo 5, inciso 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional.

Con todo, junto con esta presentación material del Derecho procesal constitucional también tiene que haber *selfrestraint*.¹⁰⁸ El Derecho procesal constitucional contiene su buen sentido en formulaciones (aparentemente) «técnicas», como la necesidad de defensa legal, la autorización de los partidos,¹⁰⁹ la competencia de demanda, el objeto procesal, la habilitación de los participantes, etc.: como medio de autodisciplina, que le otorga más espacio para una interpretación constitucional propia, a las demás funciones del Estado, pero también al ciudadano y a la opinión (científica) pública, respectivamente. En otras palabras, se trata del *selfrestraint* en el Derecho constitucional y de su interpretación a través del Tribunal Constitucional en relación a otros intérpretes constitucionales.¹¹⁰

El *selfrestraint*, que se hace valer específicamente por encima y «a través» del Derecho procesal constitucional,¹¹¹ tiene su contraparte en su uso «generoso» para llegar a la parte material, a la cosa misma, como en el caso (en este sentido controvertido) de la sentencia de la dieta parlamentaria.¹¹²

¹⁰⁸ Esto falta en la sentencia sobre las dietas parlamentarias; al respecto mi escrito en el NJW (1976), 537 (543 nota 90).

¹⁰⁹ Por ejemplo, E 2, 143 (164) para la habilitación de los partidos del parlamentario con argumentación material desde el artículo 38, párrafo 1 de la Ley Fundamental.

¹¹⁰ Consultar todavía E 6, 257 (266) con respecto a la «lealtad del trabajo conjunto» de los diferentes poderes del Estado en el proceso constitucional. Después de E 2, 79 (89) «toda legislabilidad constitucional se basa en el supuesto de que se tome en cuenta la sentencia del Tribunal».

¹¹¹ Por ejemplo, en su relación con otros Tribunales (por ejemplo E 30, 171 (196 y s.)).

¹¹² E 40, 296 y ss. Pero está bien el que se persista en la «responsabilidad» del Tribunal Constitucional frente al Tribunal presente en el marco del artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental: E 34, 320 (323). En el caso de la aplicación del

II. DISTINCIÓN TOTAL, PERSPECTIVAS: TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En general, resultó que había una impresionante tradición de jurisprudencia del Tribunal Constitucional con respecto a su Derecho procesal en la Ley Fundamental y los estatutos del Tribunal Constitucional.¹¹³ Desde la teoría constitucional puede resumirse a la fórmula: «Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado»¹¹⁴ y cada vez más los estatutos del Tribunal Constitucional como «ley de pluralismo y participación»: los órganos constitucionales autorizados para participar deberían hacer uso pleno de sus posibilidades de participación en los procesos constitucionales.¹¹⁵

La autonomización del Derecho procesal constitucional ha llegado a tal punto frente a otras normas procesales que parece imprescindible frente a las tareas de la legislación constitucional según la Ley Fundamental y los estatutos del Tribunal Constitucional. El Derecho procesal constitucional no solo debe ser entendido técnicamente.¹¹⁶ El Tribunal Constitucional ha desarrollado grandes logros en el refinamiento de los instrumentos de información y de participación: en el sentido de «información por pluralismo». También es ejemplar el uso de los métodos de interpretación frente a la casuística, la flexibilidad, la falta de desarrollo doctrinario y de su adaptación al «asunto del Derecho procesal constitucional», sin que ello vaya en desmedro de los «principios» y los tópicos

artículo 100: E 18, 186 (192); 17, 135 (138 y s.): Obligación de ilustración del Tribunal presente, «aclaración de la cuestión constitucional» como deber del Tribunal Constitucional. Esta división del trabajo como división de las obligaciones ejerce efecto sobre el Derecho procesal constitucional.

¹¹³ La disputa por la interpretación del Derecho procesal constitucional va «paseándose». En los tomos antiguos de las sentencias del Tribunal Constitucional, por ejemplo, los §§ 32, 80 y 90 de los estatutos del Tribunal Constitucional, estaban más en un primer plano.

¹¹⁴ P. Häberle, AöR 98 (1973), 119 (128 nota 43).

¹¹⁵ Algunos indicios de que el Tribunal Constitucional toma en serio las posiciones del «órgano supremo constitucional» como una exigencia de la sentencia objetiva, se deducen indirectamente, por ejemplo, de E 10, 262 (263).

¹¹⁶ Cf. por ejemplo E 21, 52 (53), para el círculo de autorizados a presentar peticiones según artículo 93, párrafo 1 N° 2 de la Ley Fundamental; consultar también E 5, 85 (378).

recurrentes y sin que el costo signifiquen «tendencias de ablandamiento». ¹¹⁷ Lo mismo vale para la interpretación integral «procesal interna» de las normas particulares de los estatutos del Tribunal Constitucional. Cabe destacar especialmente los efectos retroactivos de las normas de los estatutos del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de la Ley Fundamental. ¹¹⁸

La práctica que obvia los juicios orales merece nuestra crítica por el déficit de pluralismo, información y apertura ¹¹⁹ vinculado a dicha práctica. El carácter público de la Constitución todavía no está realizado óptimamente en el Derecho procesal constitucional. La situación está mejor en lo que se refiere a pluralismo y división de poderes. ¹²⁰ El Tribunal Constitucional es plenamente consciente de sus posibilidades de estrategia y táctica pretórica. ¹²¹

Si hacemos un balance total, este probablemente sea positivo. Es asunto de la ciencia «convertir» la práctica de los estatutos del Tribunal Constitucional ahora en teoría constitucional, para, a partir de esta esfe-

¹¹⁷ Por ejemplo, se guardan estrictamente las normas sobre plazos: E 4, 31 (37), 309 (310 y ss.); 1, 12 (13); 13, 284 (289); 24, 252 (257); 11, 255 (260). Las normas formales no tienen un fin en sí mismas, sino que deben determinarse por la función procesal específica que cumplen de la legislabilidad constitucional también estas están al servicio de la realización del derecho material constitucional. No obstante, está bien E 8, 92 (94 y ss.).

¹¹⁸ E 22, 277 (281) con miras al § 48 de los estatutos del Tribunal Constitucional y al artículo 41, párrafo 2 y 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental; E 3, 45 (49): § 91 de los estatutos del Tribunal Constitucional con miras al artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Consultar también la justificación de la exigencia de una semejanza con el derecho fundamental en E 8, 1 (11), que ahora, a través del artículo 93, párrafo 4 de la Ley Fundamental ha adquirido el rango de constitucional; además E 6, 445 (448).

¹¹⁹ Con respecto a la crítica: *Ridder*, NJW (1972), 1689 y ss.

¹²⁰ En relación a los «tribunales especializados más objetivos»: E 40, 88 (94); para la política exterior ahora: E 40, 141 (178 y s.).

¹²¹ Esto se muestra, por ejemplo en la sentencia de una sentencia parcial según § 25 párrafo 3 de los estatutos del Tribunal Constitucional en E 38, 326 (336) en vistas a una sentencia posterior sobre la dieta parlamentaria (E 40, 296) en la judicatura referente al § 78, p. 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional y en la conexión de diversos procesos (E 12, 205 (223)); 10, 185). También el dejar abiertas las preguntas, como por ejemplo en E 40, 65 (84), puede entrar aquí, tal como también el *obiter dictum* de objetivo expreso; además el uso de las determinaciones procesales de lo que se puede, como por ejemplo § 30, párrafo 1 p. 4 y 38 párrafo 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional.

ra, poder influir la práctica del Tribunal Constitucional a favor de «su» Derecho procesal como garantía de un pluralismo liberal y con división de poderes. Esto abre la posibilidad de fomentar reformas a partir del legislador que por su parte hasta la fecha ha logrado lo suyo a favor de una configuración óptima del Derecho procesal constitucional en tanto *law in public action*,¹²² a través de la introducción del voto extraordinario,¹²³ y a través de la diferenciación del § 79 párrafo 4 de los estatutos del Tribunal Constitucional en la 4ta. enmienda de los estatutos del Tribunal Constitucional desde 1970. Una teoría constitucional del Derecho procesal constitucional¹²⁴ podría convertirse en el crítico y socio del Tribunal Constitucional «en lo referente» al Derecho procesal constitucional.

III. APÉNDICE AL «DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETO»

Las tesis fundamentales de este tratado han recibido por una parte aprobación¹²⁵ y por otra críticas¹²⁶ en la literatura. Las preguntas subya-

¹²² Merece una crítica, sin embargo, el párrafo 4 del § 6, que fue introducido a través de la 1ra enmienda 1. ÄndG a los estatutos del Tribunal Constitucional (1956) (deber de guardar silencio por parte de la comisión electoral); consultar mi aporte a la discusión en: *Frowein* u.a. (ed.) *Das BverfG im Dritten Jahrzehnt*, (1973), p. 79 y s.

¹²³ Es de remarcar la referencia (aunque sea solo en el modo de suposición) al voto negativo de *Rupp von Brünneck* (E 32, 129 (142) en E 40, 65 (83 y s.)) que pasó así a desarrollar una fuerza normativa.

¹²⁴ Sobre la constitucionalización de principios procesales tales como el carácter público y oral y la participación plural. Desde un principio oficial se termina en «principios procesales constitucionales». Con respecto a esto consultar mi ponencia en el tomo «*Verfassungsgerichtbarkeit*», que se publicó en (1976) por la *Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt*. Así como este ensayo, ha sido pensado como un homenaje al 25 aniversario del Tribunal Constitucional, ya que por falta de tiempo y problemas técnicos el autor no pudo asistir a la publicación por el aniversario para el Tribunal Constitucional, planeada por *Stark, Roellecke, Zacher*, entre otros.

¹²⁵ Cf. *Engelmann*, *Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht*, (1977), especialmente p. 122 y ss. (con información sobre el estado de la discusión p. 122 FN 1, p. 139 y ss.); *von Mutius*, en : *VerwArch* 67 (1976), p. 403 (407 Nota

centes a estas tesis deberían aclararse lo más pronto posible, debido a que justamente de lo contrario, lo que en muchos sentidos vendría a ser un regalo para el Tribunal Constitucional (1976), pasarían a ser problemas del Derecho procesal constitucional que solo se pueden examinar desde un punto de vista especial.¹²⁷

El interés de este ensayo se apoya en la tesis paralela del «Derecho procesal penal como Derecho constitucional concretizado».¹²⁸

Recientemente ha aumentado considerablemente el interés por las preguntas de carácter procesal constitucional.¹²⁹ La literatura sobre la función del Tribunal Constitucional va en aumento.¹³⁰

31); *Krasney*, en : FS für Brackmann, (1977), p. 311 (319 con nota 39); con respecto al ensayo del autor en JZ, (1973), p. 451 y ss. consultar también *Zuck*, NJW (1975), p. 907 (910); *Vogel*, en: BverfGFestgabe I (1976), p. 568 (576); *F.C.Zeitler*, JöR 25 (1976), p. 621 (637); intermediando *Stern*, BverfGFestg.; p. 194 (199 Nota 18); *Schenke*, Verfassungsorgantreue, (1977), p. 123 Nota 181.

¹²⁶ *Achterberg*, DÖV (1977), p. 649 (658 y ss.).

¹²⁷ Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 2 tomos, (1976), editado por *Stark*, por ejemplo Tomo 1: p 104 y ss. (*Sattler*), 142 y ss. (*Knöpfle*), 170 y ss. (*Erichsen*), 194 y ss. (*Stern*), 225 y ss. (*Lorenz*), 269 y ss. (*Leisner*), 292 y ss. (*Söhn*), 323 y ss. (*Bettermann*), 374 y ss. (*Spanner*); Tomo 2: p.364 y ss. (385 y ss., *H.H. Rupp*). Recensiones de esta edición celebratoria fueron llevadas a cabo por *H. Weber*, en: NJW (1976), p. 2108 y ss. y *H.P. Ipsen*, en: Der Staat 17 (1978), p. 96 y ss.

¹²⁸ *Walter Sax*, en *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, (1959), 3 tomos, 2 do medio tomo, p. 909 y ss. (966 y ss., 967: «El proceso penal en última instancia es derecho constitucional aplicado»); consultar también *Kern/Roxin*, Strafverfahrensrecht, ed. 14, (1976), p. 8 y ss.: «El derecho procesal penal como seismógrafo de la Constitución del Estado».

¹²⁹ *Pestalozza*, Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit, (1976); *Menger*, Zur Kontrollbefugnis des BverfG bei Verfassungsbeschwerden gegen Rechtsnormen zum Diäten-Urteil des BverfG, VerwArch 67 (1976), p. 393 y ss. (con respecto al BverfDE 42, 64 y ss.); *Sachs*, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, (1977); *Stark*, JuS (1977), p. 732 y ss.; *K.Lange*, Bindungswirkungen und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JuS (1978), p.1 y ss.; *Moench*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, (1977) (al respecto mi comentario en DVBI, (1978), p. 653); *Steinwedel*, «Spezifisches Verfassungsrecht und «einfaches Recht»», (1976) (al respecto mi comentario en DÖV (1977), p.454 y s.); *Hans H. Klein*, Probleme der Bindung des «einfachen Richters» an Entscheidungen, BayVBI, (1977), p.368; *Zuck*, Anm. Zum Zeidler-Beschluß, NJW, (1976), p. 285; *Fiedler*, Anm. Zum B. Des BverfG v. 7.7.1975, JZ (1976), p. 175 y ss.; *Schenke*, Verfassungsorgantreue, (1977), p. 115 y ss., 130 y ss.; *Kalkbrenner y Maunz*, Anm. En BayVBI, (1978), p. 80 y ss. y 145 y ss.; *Bettermann*, NJW (1978), p. 823 y ss.

¹³⁰ *Grimm*, Verfassungsgerichtbarkeit im demokratischen System, JZ (1976), p. 697

El punto de partida propuesto por el autor se confirma también en las últimas sentencias del Tribunal Constitucional: por ejemplo, en lo que respecta a la actividad informativa plural y amplia del Tribunal Constitucional¹³¹ o en lo referente a «saltar» obstáculos procesales.¹³²

El ejemplo destacable más reciente para el manejo flexible del Derecho procesal constitucional lo da la sentencia del Tribunal Constitucional del 31/01/1978 E 47, 146 (157 y ss.) (aceptación de la sentencia preliminar del OVG Münster en lo referente al § 7 AtomG). El Tribunal Constitucional menciona aquí explícitamente el «desarrollo judicial continuo del Derecho procesal». Para ello logra un «acceso prematuro» al Tribunal Constitucional en el proceso según el artículo 100, párrafo 1 de la Ley Fundamental, a través del camino de una analogía con el bienestar común con respecto al § 90 párrafo 2 inciso 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional.¹³³ No solo la controvertida referencia a la opinión pública de las cuestiones a resolverse han conducido a esta interpretación (§ 7 Ley Nuclear). Esta autonomía relativa en las sentencias sobre principios procesales por supuesto que implican también problemas materiales.¹³⁴ La «singularidad del proceso jurídico constitucio-

y ss.; *Stark*, Das BverfG im politischen Prozeß der Bundesrepublik, (1976); *Benda*, Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld von Recht und Politik, ZRP (1977), p. 1 y ss.; *M.Hiesch*, Zum Problem der «Grenzüberschreitungen des Bundesverfassungsgerichts» DriZ (1977), p. 225 y ss.; *Goerlich*, Erfordernisse rationaler Gesetzgebung nach Maßstäben des BverfG, JR (1977), p. 89 y ss.; *W. Rupp von Brünneck*, AöR 102 ((1977)), p. 1 y ss.; *Ossenbühl*, en :FS Ipsen, (1977), p. 129 y ss.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 42, 312 (318 y s., 320 y s.), 133 (136 y s.); 43, 79 (85 y ss.), 213 (220 y ss.: «cuestionario»), 242 (264 y s.); 44, 37 (47 y ss.), 216 (222 y s.), 322 (331 y ss); 45, 1 (28), 187 (203 y ss.) Cuestionario, 272 (280 y ss.), 400 (409 y ss.); 47, 1 (13 y ss.), 191 (195 y s.).

¹³² Sentencia *Schleyer*, sentencia del Tribunal Constitucional 46, 160 y ss. (bastante anticipación de lo principal).

¹³³ Con respecto a la técnica pretórica de las «analogías del bien común», cf. con mi *Öffentliches Interesse*, (1970), p. 316 y ss., 353 y ss., con respecto a las reservas de los hechos excepcionales para el bienestar común (como el § 90, párrafo 2, p. 2 de los estatutos del Tribunal Constitucional) cf. mi *Öffentliches Interesse*, p. 172 y ss., 316 y ss. así como «Gemeinwohljudikatur» und Bundesverfassungsgericht, en: AöR 95 (1970), p. 86, 260 (263 y ss.) con ejemplos para la contraargumentación.

¹³⁴ A las nuevas sentencias sobre principios las sentencias del Tribunal Constitucional 45, 63 (74), fundamentales corresponden por ejemplo a la doble función de defensa legal de la demanda constitucional «de la misma manera un medio de

nal» es remarcada también en la sentencia del Tribunal Constitucional 47, 105 (107); en los referente a sus «particularidades»: *ib.*, p.107 s. Ver también E 46, 321 (323 s.).

En la medida en que el Tribunal Constitucional continúa elaborando y ampliando su jurisprudencia con respecto al Derecho procesal constitucional se llegará a (debido a los efectos retroactivos sobre la Ley Fundamental, que mencionamos) una «interpretación de la Constitución conforme a la jurisprudencia» (al respecto mi comentario en DVBI, 1978, p. 653).

defensa legal específico y una protección del derecho constitucional objetivo» (como E 33, 247 (259)), así como a las particularidades del proceso constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 43, 126 (128): Fortalecimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional 32, 288 (290 y s.); 35, 171 (173). El litigio entre la mayoría del Gobierno y la minoría de la oposición en el Parlamento Federal alemán por su incorporación al proceso en lo referente a la codeterminación debería resolverse en el sentido de mi propuesta (JZ (1975), p. 297, (304 nota 84)). Con respecto a la subsidiariedad de la demanda constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 47, 144 (145), 146 (154, 167), 198 (224).