

LA LIBERTAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN EN LA CONFIGURACIÓN DE SU DERECHO PROCESAL (*)

PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TCF: 1. *La tesis tradicional*. 2. *La tesis de Zembsch*.—III. LA CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA PROCESAL.—IV. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.—V. LA CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.—VI. CONCLUSIÓN Y CRÍTICA.

I. INTRODUCCIÓN

La LTCF, como es lógico, no agota la regulación del proceso constitucional (1), sino que «se limita a determinar algunas especialidades, imprescindibles» (2), del mismo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional alemanas han entendido desde muy pronto que esta «incompleción» («*unvollständigkeit*») obliga al Tribunal a completar la ley de forma adecuada a su procedimiento (3). Esta exigencia incluiría, tanto la regulación complementa-

(*) El presente trabajo es fruto de una investigación llevada a cabo en el Instituto de Derecho Público de la Universidad de Freiburg i. Br. (Alemania) con la financiación del «DAAD» y «La Caixa». Quisiera expresar mi gratitud más sincera a los profesores E. W. Böckenförde y M. Bullinger por su generosa acogida y ayuda constante, así como a los profesores Manuel Aragón y Juan Luis Requejo, sin cuya colaboración no hubiera podido realizarse aquella estancia de investigación.

(1) Como se pone de manifiesto en la DTCF 2, 79 (84): «la fantasía del legislador no puede alcanzar a prever todos los supuestos en ese ámbito». Véase también REIFENBERG: *Die Bundesverfassungsgesetze und ihre Geschäftsordnungen*, Göttingen, 1958, págs. 55 y sigs.

(2) DTCF 1, 109 (110).

(3) Véase GEIGER: *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht von 12. März 1951 Kommentar*, Berlin-Frankfurt a.M., 1952, pág. 64; DTCF 1, 109 (110); 2, 79 (84); DTCF 4,31 (37).

ria del procedimiento interno («*innere Geschäftsordnung*») (4), como el desarrollo y complemento de la regulación procesal de la LTCF a través de la jurisprudencia («*äussere Geschäftsordnung*») (5).

(4) El término *Geschäftsordnung* se utiliza, normalmente, con dos distintos significados. En sentido amplio, se refiere a la ordenación de la organización y funcionamiento de los órganos constitucionales, comprendiendo particularmente reglas para la configuración de la estructura interna y la formación de la voluntad del órgano, así como las prescripciones sobre el *status* de los titulares del mismo. Ésta puede llevarse a cabo en la Constitución, en las leyes y en las demás normas jurídicas, en especial, en los reglamentos emanados por los propios órganos interesados. En sentido estricto, el término *Geschäftsordnung* hace referencia exclusivamente a estos reglamentos, que suelen incluir, de forma muy general, prescripciones sobre la creación de sus propios subórganos y los procedimientos de formación de la voluntad interna del órgano (BOLLMANN: *Verfassungsrechtliche Grundlagen und allgemeine verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstorganisationsrechts des Bundestages*, Berlín, 1992, págs. 27 y sigs.). En un principio, la LTCF no contenía una habilitación expresa al Tribunal para dictar su reglamento, pero era doctrina común entender esta potestad como inherente a todo órgano constitucional y, por tanto, también al TCF (véase el Informe de la Ponencia del Bundesverfassungsgericht de 21 de marzo de 1952 (*Bericht des Berichterstatters des Bundesverfassungsgerichts vom 21. März 1952*), en LEIBHOLZ (Leiter): *Der Status des Bundesverfassungsgerichts*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR), Neue Folge, Band 6, 1957, págs. 135 y sigs.; STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, München, 1980, págs. 344 y sigs. La «incompleción» de la Ley sería el indicio claro de la intención del legislador de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regulara. La Ley de Reforma de 12 de diciembre de 1985 introdujo un tercer apartado al artículo primero, que prevé ya la existencia de un *Geschäftsordnung*. En coherencia con lo que hasta ese momento se había mantenido, la doctrina ha concedido un valor exclusivamente declarativo a dicho precepto (véase, por todos, BÖTTCHER: *Die Verfassung des BVerfG*, Comentario al apartado tercero del artículo primero de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, en *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, UMBACH/CLEMENS, Heidelberg, 1992, págs. 221 y sigs., pág. 222).

Como veremos, la doctrina —siguiendo a Lechner— al referirse a la autonomía procesal del TCF utiliza además ese término para aludir a la ordenación de la actividad estrictamente procesal del Tribunal (*äussere Geschäftsordnung*).

(5) LEIBHOLZ: «Der Status des Bundesverfassungsgerichts...», *op. cit.*, pág. 129: «la función creadora de Derecho del TCF se observa también en el hecho de estar llamado a regular con mayor precisión su proceso en el marco de los principios generales regulados por la ley a través del uso del Tribunal o del Reglamento de funcionamiento interno y así adaptar el proceso a las exigencias de los grupos de supuestos particulares».

Con anterioridad GEIGER: *Op. cit.*, pág. 63, ya había distinguido claramente entre los dos aspectos procesales: «Al TCF se le permite, dentro del marco de esas prescripciones legales, desarrollar el procedimiento correspondiente a cada uno de los procesos constitucionales a través de su praxis, así como determinar las particularidades de su funcionamiento interno en un reglamento (*Geschäftsordnung*)».

Con mayor precisión aún: LECHNER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, II. Teil: Allgemeine Verfahrensvorschriften*, págs. 167 y sigs., München, 1973, pág. 169: «Hay que distinguir el perfeccionamiento del Derecho procesal a través de la jurisprudencia («*äussere*

Esta distinción, clara en la teoría, no resulta de fácil aplicación a la práctica, pues al tratarse de un órgano judicial, las ordenaciones que facilitan y aseguran su funcionamiento mantienen en muchas ocasiones una relación intrínseca y necesaria con la actividad jurisdiccional del mismo (6). No obstante, puede decirse, con carácter general, que el primer grupo de regulaciones procesales las lleva a cabo, como cualquier otro órgano constitucional, a través del «Reglamento de Funcionamiento Interno» («*Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts*») (7). Éste incluye todas aquellas reglas que, en tanto no estén previstas en la LTCF, pueda darse el Tribunal para el procedimiento en las deliberaciones y para el resto del procedimiento interno fuera de la actividad estrictamente procesal (por ejemplo, distribución de tareas administrativas, Derecho presupuestario, orden doméstico, disciplina interna del colegio, creación y adjudicación de tareas a un consejo presidencial y otros subórganos, modo de deliberación, deber de asistencia de los Magistrados, derecho de voto, etc.) (8), a excepción del

Geschäftsordnung»), de la regulación complementaria que el Tribunal se puede dar a sí mismo fuera de la actividad procesal para el procedimiento interno en las deliberaciones, en tanto no esté regulado legalmente, y para los demás procedimientos internos ("innere Geschäftsordnung")».

Véase también: FRANZ KLEIN: *Vorbemerkung vor Art. 17*, en *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, Maunz/Schmidt-Bleibtreu, München, 1995.

(6) Un ejemplo de confusión de estos dos ámbitos lo encontramos en el análisis del proceso constitucional llevado a cabo por LECHNER: *Op. cit.*, pág. 47.

(7) *Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts* de 15 de diciembre de 1986, modificado por Acuerdos del Pleno de 11 de julio de 1989 y 18 de diciembre de 1995.

(8) Por tanto, sus regulaciones no despliegan efectos fuera del órgano, no vinculan ni a otros órganos constitucionales ni a los ciudadanos.

En relación con las materias de *Geschäftsordnung*, véase LEIBHOLZ: «Der Status des Bundesverfassungsgerichts...», *op. cit.*, págs. 135 y sigs. En las págs. 139 y sigs., se aclara que esta regulación incluiría tanto las cuestiones de administración de justicia (*Justizverwaltung*), como las de administración del Tribunal (*Gerichtsverwaltung*). Dentro de las primeras se incluyen la suma de tareas administrativas del Tribunal (actividades, medidas, decisiones), que todo aparato administrativo, que toda autoridad lleva consigo independientemente de la función que tenga, así como las tareas que corresponden al TCF como institución («*Behörde*») (por ejemplo, inspección del servicio de los funcionarios y empleados, administración de los medios financieros, orden doméstico, etc.). La *Gerichtsverwaltung*, por su parte, abarca las medidas y decisiones que facilitan y aseguran el funcionamiento del Tribunal como órgano judicial y que, por tanto, mantienen una relación intrínseca y necesaria con la actividad jurisdiccional de los miembros del TC. A ella pertenecen: las reglas internas para la preparación de un proceso judicial (por ejemplo, forma y plazo de los votos escritos, discusión del Pleno sobre cuestiones de Derecho, procedimiento de los procesos pendientes, la formación de los números de expediente —clasificación de los asuntos—, aceptación de la abreviación en los fallos, la dirección del Registro, presentación de las deman-

reparto de asuntos entre las Salas, que se realiza a través de un acuerdo anual autónomo (9).

Para la adopción del acuerdo de emanación del reglamento interno de funcionamiento es competente el Pleno, pues es tarea del órgano en su conjunto determinar su modo de funcionar. Se trata, en opinión unánime de la doctrina, de una competencia normativa del Tribunal cuyo producto es una norma jurídica de eficacia interna, es decir, de un acto de creación de Derecho que sólo vincula al órgano del que emana (10).

El segundo grupo de determinaciones procesales —que será el objeto de nuestro estudio— constituye la «ordenación externa del funcionamiento» («*äussere Geschäftsordnung*»). Ésta supone el desarrollo de principios procesales, caso por caso, en el curso de un proceso concreto (por ejemplo, sobre plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones, etc.) (11). Estos principios y reglas son parte de un pronunciamiento judicial y se emanan como una sentencia o en la parte formal de una decisión sobre el fondo. Por tanto, a diferencia del reglamento interno de funcionamiento, no se trata de un acto normativo, sino judicial (12). Por este motivo, son desarrollados por la Sala que esté llamada a decidir en el caso concreto como «juez predeterminado por la ley» («*gesetzlicher Richter*») (13) y vinculan, no sólo al Tribunal, sino también a las partes del proceso y, «como mínimo, son indicativos para futuros intervinientes» en

das recibidas en la Presidencia de la Sala, la avocación al Pleno, etc.), la cuestión de la repartición de los asuntos entre las Salas y todas las decisiones que afecten a la posición jurídica de los miembros del TCF como jueces, en particular a su independencia.

Véase también: REIFENBERG: *Op. cit.*, págs. 34 y 57 y sigs.

(9) El apartado cuarto del artículo 14 LTCF permite que, por Acuerdo del Pleno, el Tribunal se aparte de la distribución de materias entre las Salas que se lleva a cabo en los apartados anteriores de ese mismo artículo.

(10) Véase, por todos, LEIBHOLZ: *Der Status des Bundesverfassungsgerichts...*, *op. cit.*, págs. 135 y sigs.; REIFENBERG: *Op. cit.*, pág. 73.

(11) Véase REIFENBERG: *Op. cit.*, pág. 55.

(12) Como se ha puesto de manifiesto, no son «*Rechtsetzung*», sino «*Rechtsprechung*», pese a cumplir, de hecho la misma función. Aunque, se recopilaran en una colección especial no contarían con carácter normativo, sino que seguirían siendo una recopilación de decisiones judiciales (véase REIFENBERG: *Op. cit.*, pág. 56; LECHNER: *Op. cit.*, pág. 168).

(13) Salvo en el caso previsto en el artículo 16 LTCF, decide siempre la Sala competente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 LTCF y los acuerdos adoptados al respecto por el Pleno.

un proceso constitucional, «en tanto no se modifiquen por una decisión del Pleno» (14).

Esta capacidad del Tribunal para la creación de principios y reglas procesales propias que supone una «complementación judicial de la ley» (15) en el seno de un proceso concreto, no está prevista expresamente en la LTCF, por lo que la doctrina alemana ha elaborado distintas teorías para su justificación y definición.

II. LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (16)

1. *La tesis tradicional*

Aunque la doctrina no le ha prestado excesiva atención, esa libertad del Tribunal para configurar su proceso se ha denominado tradicionalmente «autonomía procesal». Esta autonomía se fundamentaría, por un lado, en la voluntad del legislador, que ha dejado conscientemente incompleta la LTCF para que el

(14) REIFENBERG: *Op. cit.*, pág. 56.

La vinculación de estas reglas y principios procesales creadas por el TCF dependerá, como veremos más adelante, del lugar en que se ubiquen dentro de la sentencia.

(15) FRANZ KLEIN: *Op. cit.*, pág. 1.^o

(16) El primero en utilizar esta denominación fue LECHNER, en la edición de 1954 de su obra *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, recogiendo posteriormente esta expresión en la edición de 1973 (pág. 167) a la que ya hemos hecho referencia aquí. Véase también, PESTALOTTA: *Verfassungsprozessrecht*, München, 1982, págs. 40-41; FRANZ KLEIN: *Op. cit.*, pág. 1.^o

Entre nosotros, BOCANEGRA (*El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982, pág. 163 y «Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española*, tomo I, Madrid, 1991, págs. 509 y sigs.) se ha hecho eco de este entendimiento de la «autonomía procedimental» (*sic*) por parte de la doctrina alemana como «propia capacidad de creación de principios y normas procesales» (*El valor...*, pág. 163). Aquí hemos preferido la traducción de «*Verfahrensautonomie*» como «autonomía procesal», para evitar equívocos respecto a la autonomía reglamentaria o «*Geschäftsordnungsautonomie*», que podría encuadrarse dentro del «Derecho procedimental» (véase BOLLMANN: *Op. cit.*, págs. 17 y sigs.; REIFENBERG: *Op. cit.*, pág. 55, quien, precisamente, rechaza la denominación «*Verfahrensautonomie*» porque puede ser confundida con la autonomía reglamentaria).

Algunos autores hacen alusión a esta potestad sin calificarla expresamente como autonomía. Así, en LEIBHOLZ/RUPPRECHT (*Vorbemerkung Art.17 en Bundesverfassungsgerichtsgesetz Rechtsprechungskommentar —II. Teil: Allgemeine Verfahrensvorschriften—*, Köln-Marienburg, 1968, págs. 46 y sigs.) se hace referencia a la necesidad de la LTCF de ser completada a través del uso judicial. GEIGER (*op. cit.*, pág. 67) habla de discrecionalidad (*Ermessen*) o de libertad del TCF para desarrollar su procedimiento a través de la praxis judicial.

TC la complete (17) y, por otro, en la posición del órgano al que se le encomiendan unas importantísimas competencias que debe necesariamente cumplir (18). La realización de estas competencias puede verse entorpecida en caso de que la ley no dote al Tribunal también de un procedimiento. En tal supuesto, le corresponde al propio TCF la configuración de los principios necesarios para llevarlas a cabo. De hecho, el TC, sobre todo en los primeros tiempos, ha tenido que «desarrollar más allá de las líneas fundamentales diseñadas por la LF y la LTCF principios jurídicos para su proceso» (19). La «autonomía procesal», entonces, vendría a responder a las necesidades del TCF como «Tribunal juzgador» («*erkennenden Gericht*») del caso concreto (20). Sus productos no son —por tanto— normativos, sino jurisprudenciales y, a diferencia de los reglamentos de funcionamiento interno, tienen efectos *ad extra* (21).

(17) DTCF 1, 109 (110): «... *das BVerfGG enthält keine erschöpfende Verfahrensregelung, sondern beschränkt sich auf wenig, unbedingt erforderliche, den Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens angepasste Bestimmungen. Im übrigen ist es dem Gericht überlassen, die Rechtsgrundlagen für eine zweckentsprechende Gestaltung seines Verfahrens im Wege der Analogie zum sonstigen deutschen Verfahrensrecht zu finden*» («la LTCF no contiene una regulación procesal completa, sino que se limita a algunas determinaciones, imprescindibles, para las especialidades del proceso constitucional. Por lo demás, se ha dejado al Tribunal la tarea de encontrar los fundamentos jurídicos para una configuración adecuada de su proceso a través la analogía con el resto del Derecho procesal alemán»).

Esta misma idea es mantenida por el Tribunal en la DTCF 2, 79 (84), pero en ella, siguiendo a Geiger, la posibilidad de complementación a través de la praxis judicial no se limita al recurso a la analogía.

Sin distinguir claramente entre *Verfahrensautonomie* y *Geschäftsordnungsautonomie*, GEIGER (*op. cit.*, pág. 64) considera que la Ley ha dejado conscientemente abiertas ciertas reglas procesales de forma que el TCF pueda determinarlas a su propio arbitrio (*Ermessen*). Entre ellas, la determinación general del plazo razonable para personarse (*Ladungsfristen*), las condiciones y alcance (*Umfang*) de la protocolización de su vista oral, el número de los ponentes de un proceso pendiente y el tipo de preparación de la decisión.

(18) La doctrina no se refiere expresamente al fundamento de esta autonomía, pero sí de forma implícita. Tampoco es común considerar la condición de órgano constitucional del TCF como fundamentación de la misma. Como excepción, REIFENBERG: *Op. cit.*, pág. 55, considera que la justificación de esta potestad, así como de la potestad reglamentaria, se halla en la igualdad de rango de los órganos constitucionales. Por el contrario, LECHNER: *Op. cit.*, pág. 169, luego de distinguir tajantemente entre «*Verfahrensautonomie*» y «*Geschäftsordnungsautonomie*», se refiere a la condición de órgano constitucional únicamente como fundamento de esta última.

(19) DTCF 2,79 (84).

(20) Sobre la distinción entre el Tribunal Constitucional como unidad organizatoria-institucional y como tribunal juzgador del caso concreto, véase STERN: *Op. cit.*, pág. 348.

(21) REIFENBERG (*op. cit.*, pág. 56) es el único que se refiere, muy someramente, a los efectos de los principios procesales desarrollados a través de la «*Verfahrensautonomie*», como seña-

Pero esta potestad no la ejerce de forma ilimitada (22). En primer lugar —se dice—, encuentra sus límites donde la Ley del Tribunal ha regulado de forma definitiva los principios fundamentales del proceso (23). Además, la complementación no puede implicar la ampliación de competencias, pues es ésta una materia reservada expresamente, en lo no regulado por la Constitución, a la ley federal (art. 93.2 LF) (24).

Doctrina y jurisprudencia entienden que el TCF *debe* acudir a la «analogía con el resto del Derecho procesal (*Verfahrensrecht*) alemán» (25),

lamos en la nota 14. No obstante, al formar parte de los pronunciamientos del Tribunal, puede decirse que estos principios procesales desplegarán distintos efectos según se encuentren en el fallo o en la fundamentación y dentro de ésta, dependerá de si forman o no parte de la *ratio decidendi* («*trägende Gründe*»). En relación con los efectos de las sentencias del TCF, véase, por todos, ZIEKOW: «Die Bindungswirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», *JURA*, núm. 10, 1995, págs. 522 y sigs.

(22) Esta cuestión resulta particularmente importante porque, como pone de manifiesto ROLLECKE («Aufgaben und Stellung im Verfassungsgefüge», en *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, Hrg. J. ISENSEE/P. KIRCHOF, Heidelberg, 1987, págs. 665 y sigs., pág. 670), la legitimación del Tribunal está íntimamente relacionada con sus límites.

(23) GEIGER: *Op. cit.*, pág. 67. La misma idea parece ser compartida por LECHNER (*op. cit.*, pág. 168), al afirmar que la libertad de configuración del Tribunal se encuentra limitada por toda regulación legal que deba considerarse cerrada conforme a su sentido y a la intención del legislador que de ella se extrae. Exactamente en los mismos términos se manifiesta FRANZ KLEIN: *Op. cit.*, pág. 1.^a

En esta línea, DTCF 4, 31.

(24) El propio TCF ha dejado claro en varias ocasiones que la ampliación de competencias corresponde exclusivamente, en lo no regulado por la Constitución, al legislador. Véase, por ejemplo: DTCF 1,396 (408), 2,341 (346).

En el mismo sentido: LECHNER: *Op. cit.*, pág. 168, y FRANZ KLEIN: *Op. cit.*, pág. 2.^a, para quien la aplicación analógica de determinaciones competenciales no puede suponer una extensión de las competencias del TCF previstas en la ley.

(25) DTCF 1, 109 (110-111).

Véase también: FRANZ KLEIN: *Op. cit.*, pág. 1.^a: «*Soweit die Verfahrensvorschriften des LTCF ergänzungsbedürftig sind..., muss in erster Linie auf andere Verfahrensordnungen zurückgegriffen werden*». En la pág. 2 se señala, concretando aún más, que al Tribunal se le ha encomendado la tarea de llevar a cabo una configuración de su proceso especialmente sobre la base de los principios procesales generales del Derecho procesal civil y contencioso-administrativo.

GEIGER (*op. cit.*, pág. 63), mantiene incluso (aunque no aclara en qué se apoya para ello) que, en casos particulares, es la propia LTCF la que prevé de forma tácita la aplicación de otras leyes procesales.

Por el contrario, LECHNER (*op. cit.*, pág. 168), no considera el recurso a la analogía como deber, sino como posibilidad.

En cualquier caso, no explican los autores por qué el recurso a la analogía es un «deber» para el Tribunal.

siempre y cuando las especialidades del proceso constitucional permitan la aplicación analógica de reglas y principios de otros órdenes procesales (26).

Dado que no existe una remisión general expresa a ningún otro orden procesal (27), entiende la doctrina que para el relleno de los preceptos procesales que faltan deben tenerse en cuenta, en primer lugar, otros ordenamientos más detallados. Entre ellos, las leyes procesales de la jurisdicción contenciosa son básicamente las más próximas a las reglas procesales y al objeto del proceso constitucional, aunque, por supuesto, también puede acudir en muchos casos a los preceptos del ordenamiento procesal civil (*ZPO*). Para el relleno de lagunas en el marco de los procesos *quasi penales* (arts. 13.1, 2 y 4-9 LTCF) son aplicables, sobre todo, los preceptos de la ley de enjuiciamiento criminal (*StPO*). Asimismo, pueden servir de complemento las leyes de los Tribunales Constitucionales de los *Länder* (28).

El Tribunal puede además orientarse en la *praxis* de los Tribunales de los Estados federados, del antiguo *Staatsgerichtshof für das deutsche Reich* y de los Tribunales Constitucionales extranjeros, así como también en la práctica de los Tribunales administrativos y de los Tribunales ordinarios (29).

Pero, debido a las particularidades de la jurisdicción constitucional, no siempre es posible aplicar los principios de otros procesos o «trasladar sin más

(26) La decisión sobre la adecuación o no al proceso constitucional de las normas de otros órdenes procesales queda en manos del TCF y, con ello, la «obligación» de recurrir a la analogía.

Véase LEIBHOLZ/RUPPRECHT: *Op. cit.*, pág. 47, donde, de acuerdo con lo establecido en las DTCF 4, 31 (37) y 2, 341 (346), parece negarse la posibilidad de una complementación judicial de la ley más allá de la analogía.

(27) En relación con la publicidad, la policía de estrados, la lengua del Tribunal, la deliberación y la votación, el artículo 17 LTCF prevé la aplicación de los preceptos de los títulos 14-16 de la *Gerichtsverfassungsgesetz*, pero estas cuestiones pertenecen más bien a la ordenación interna (*innere Geschäftsordnung*) del órgano.

(28) Véase GEIGER (*op. cit.*, pág. 63), donde se citan una serie de materias a las que les es aplicable la *ZPO* (por ejemplo, determinación de las costas, defensa gratuita) y otras en que es aplicable el procedimiento penal (por ejemplo, procedimientos de acusación); LECHNER: *Op. cit.*, pág. 167, quien señala además que el proceso constitucional ha sido desarrollado sobre la base del Derecho procesal ya existente con anterioridad; LEIBHOLZ/RUPPRECHT: *Op. cit.*, págs. 47-48; KLEIN: *Op. cit.*, págs. 1-2.

(29) Véase LEIBHOLZ/RUPPRECHT: *Op. cit.*, pág. 48; LECHNER: *Op. cit.*, pág. 168, y KLEIN: *Op. cit.*, pág. 2.

Así, por ejemplo, en la DTCF 1, 109 [véase, particularmente, el apartado *a*] del Fundamento Jurídico 2, en las páginas 110-112], el Tribunal Constitucional recurre a la analogía con la regulación procesal civil para la complementación de la LTCF, que no prevé nada respecto al Derecho por pobre en los recursos de amparo. Igualmente, en apoyo de su argumentación se hace referencia a la normativa aplicable al Tribunal Constitucional de Baviera.

su concepción jurídica subyacente al proceso ante el TCF» (30). El Tribunal debe comprobar en cada caso si la complementación respeta las especialidades de la jurisdicción constitucional, que se desprenden, en primer lugar, de los principios procesales generales del Tribunal. Éstos, a su vez, se obtienen del conjunto de prescripciones procesales —generales y especiales— contenidas en la LTCF y son, al parecer de la doctrina: el principio de oralidad, de publicidad, publicidad para las partes, obligación —restringida— de defensa formal, gratuidad, justicia rogada, impulso de oficio una vez iniciado el procedimiento y principio de instrucción (31).

Por este motivo, el TCF ha rechazado en ocasiones las reglas de otros ordenamientos procesales sobre la capacidad procesal (32), el instituto jurídico de la retroacción de las actuaciones (33), el principio de la *perpetuatio fori* (34) o sobre la inclusión de un tercero en un procedimiento (35). Incluso, ha rehusado la aplicación de las prescripciones sobre plazos de unos procesos constitucionales a otros (36).

De la jurisprudencia del Tribunal se deduce también que, en muchas ocasiones, no existe ninguna norma procesal ordinaria que prevea supuestos similares a los contenidos en la LTCF, por lo que ni siquiera se presenta la posibilidad de la aplicación analógica. En estas ocasiones —señala la doctrina— el Tribunal Constitucional ha procedido de forma más libre a la configuración de su propio proceso (37).

(30) DTCF 1, 87 (89). En este mismo sentido: DTCF 6, 376 (383); 19, 93 (100); 28, 243 (254).

(31) Véase, por todos, FRANZ KLEIN: *Op. cit.*, págs. 2 y sigs.

(32) DTCF 1, 87 (88 y sigs.); 19, 93 (100).

(33) DTCF 6, 376 (383).

(34) DTCF 4, 309 (313 y sigs.).

(35) DTCF 20, 18 (26). Véase también LEIBHOLZ/RUPPRECHT: *Op. cit.*, pág. 48, y FRANZ KLEIN: *Op. cit.*, pág. 2.

(36) DTCF 4, 31.

(37) Como ejemplos de «autonomía procesal», la doctrina suele citar, entre otras, las DTCF 1/109, sobre el derecho a contar con un abogado de oficio en los recursos de amparo; 1/208, en la que se afirma por primera vez la legitimación de los partidos políticos —en tanto que se niega la de las fracciones— para participar en los conflictos de Derecho electoral; 1/415, en la que se fija el comienzo del plazo para plantear un recurso de amparo contra una ley retroactiva, integrando esta interpretación en el contenido del artículo 93.2 LTCF; 2, 79, en la que se determina, por ejemplo, la obligación del TC de realizar el dictamen previsto en el desaparecido artículo 97 LTCF cuando así le fuera solicitado por los sujetos legitimados para ello, así como la vinculación de las Salas a la decisión del Pleno. Sin embargo, no se analiza —pese a haberlo hecho en el plano teórico— si en ellas se recurrió a la analogía o se llevó a cabo una configuración de acuerdo con el libre criterio del Tribunal.

El TCF, que no utiliza esta expresión, las presenta, sin hacer distinciones, como ejemplos de configuración del proceso a través de la praxis judicial constitucional (véase DTCF 2, 79 [84]).

Según la tesis tradicional, la autonomía procesal supone, entonces, que el TCF ha de encontrar, en todo lo no dispuesto por la LF y por la LTCF (y respetando siempre los principios procesales generales que se desprenden de ellas), los principios y normas para la conformación de su proceso a través del uso judicial (38). Esto incluye, aparte del desarrollo concreto de los preceptos jurídico-procesales contenidos expresamente en la Ley, el relleno de las lagunas, en primer lugar mediante la analogía con la regulación y la *praxis* de otros Tribunales y, no siendo esto posible, creando libremente en los procesos concretos reglas o principios para cada tipo de recurso (39). Por este motivo, se ha dicho que la jurisprudencia del TCF, en tanto se ocupe de cuestiones procesales constitucionales, sería una fuente del Derecho procesal constitucional, frente a la que no hay ningún medio jurídico de defensa (40).

2. La tesis de Zembsch

Pese a que la doctrina alemana, como hemos visto, se había ocupado en ocasiones, de forma tangencial, de la autonomía procesal, es un discípulo de Häberle, G. Zembsch, quien la estudia por primera —y última— vez de manera monográfica y como especialidad del TCF frente a otros órganos judiciales y constitucionales (41). Recoge en parte la tradición anterior, aunque critica su

(38) Independientemente de la denominación utilizada, existe unanimidad en el entendimiento de esta complementación como una actividad judicial. Así GEIGER: *Op. cit.*, pág. 67. Véase también el Informe de la Ponencia del *Bundesverfassungsgericht* de 21 de marzo de 1952 ya citado, pág. 129; LEIBHOLZ/RUPPRECHT: *Op. cit.*, pág. 47; LECHNER: *Op. cit.*, pág. 167; KLEIN: *Op. cit.*, págs. 1-2.

(39) Como pone de manifiesto PESTALOZZA (*op. cit.*, pág. 40), el Tribunal rellena las lagunas a través de cautelosos préstamos de otros órdenes procesales o de principios procesales generales que adopta o que crea.

Con ello, el TC reivindica para sí, no sólo la interpretación vinculante del Derecho constitucional material, sino también del Derecho procesal constitucional (véase ECKART KLEIN: «Verfahrensmaximen und Prozessvoraussetzungen», en *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts* (BENDA/KLEIN), Heidelberg, 1991, págs. 59 y sigs., pág. 14) y, de esta manera, su cualidad de «señor del proceso» (véase DTCTF 67, 26 [34], 72, 1 [6]).

(40) Véase LEIBHOLZ («Der Status des Bundesverfassungsgerichts...», *op. cit.*, pág. 129), donde se considera que la regulación del proceso a través del uso del Tribunal es una manifestación más de la «función creadora de Derecho» del mismo; SCHLAICH (*Buchbesprechung von «Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts»*, VON GÜNTER ZEMBSCH, en *ZZP* 86.Band, Heft 2, 1973, págs. 227 y sigs., pág. 228) quien afirma la necesaria unión, en este caso, del Derecho judicial y el legal. Se señala también la importancia de la creación de Derecho procesal por parte del TCF, pues contra sus decisiones no hay recurso alguno; ECKART KLEIN (*op. cit.*, pág. 14).

(41) GÜNTHER ZEMBSCH: *Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts*, Augsburg 1971. Esta obra fue el resultado de su tesis doctoral, dirigida por Häberle.

falta de rigor en la utilización del término, pues no se distingue de los medios típicos de perfeccionamiento judicial del Derecho. Pretende sistematizar los supuestos incluíbles en la autonomía procesal del TCF, que identifica con el desarrollo jurídico del proceso de modo autónomo (*Verfahrensautonome Rechtsfortbildung*).

Partiendo del concepto de autonomía en Derecho público como «la capacidad para crear normas vinculantes de Derecho objetivo», por autonomía procesal hay que entender, en su opinión, la capacidad del TCF para regular su proceso autónoma e independientemente, «pues la autonomía, en cualquier caso, abre para sus titulares la posibilidad de desarrollar los propios fines, ya sea a través de declaraciones de voluntad o a través de regulaciones soberanas» (42).

Y esa regulación autónoma e independiente del proceso (*Verfahrensautonome Rechtsfortbildung*) se realiza mediante la adopción de decisiones judiciales (*richterliche Erkenntnisse*) sobre cuestiones procesales, cuya respuesta ha sido dejada conscientemente al TCF por el legislador. Se trata de configuraciones procesales (*Verfahrensgestaltungen*) que no pueden llevarse a cabo con los medios tradicionales de creación de Derecho (*Rechtsfindung*), en especial, la interpretación y el perfeccionamiento del Derecho *praeter legem* (43).

De esta caracterización de la *Verfahrensautonome Rechtsfortbildung*, han de destacarse, según lo dicho, las siguientes señas de identidad: *a)* Es una regulación que se lleva a cabo en el seno de un proceso constitucional concreto; *b)* sobre cuestiones procesales; *c)* no puede obtenerse a través de las formas tradicionales de creación judicial de Derecho.

a) *La Verfahrensautonome Rechtsfortbildung se lleva a cabo en el seno de un proceso constitucional concreto*

Esta condición permite, en primer lugar, distinguir la autonomía procesal como particularidad del TCF, de las atribuciones típicas de todo órgano constitucional. De esta forma, se distingue netamente la autonomía procesal de la capacidad del TCF para dictar sus propios reglamentos de organización interna, así como de la repartición de los asuntos que lleva a cabo entre las Salas. Ninguna de estas dos competencias encuentra su fundamento en la autonomía procesal (44). La autonomía procesal —se afirma— sólo es funda-

(42) Cfr. pág. 67.

(43) Véase pág. 109.

(44) Como ya se vio, la primera de ellas se deriva del especial *status* de órgano constitucional del Tribunal y afecta a materias que recaen bajo el poder de organización interna. Éste perte-

mento competencial de aquellas regulaciones a las que les corresponde eficacia externa (45).

Además, el hecho de que las regulaciones procesales del Tribunal Constitucional se contengan en decisiones judiciales formales determina que aquellas carezcan absolutamente de carácter jurídico-normativo, pues «cuando un órgano del Estado puede apartarse *ad hoc* de sus propias reglas, sin tener que derogarlas mediante un procedimiento especial, tales reglas no pueden ser calificadas como normas jurídicas» (46). El propio TCF ha declarado que el § 31.1 LTCF (47) no tiene aplicación para sí mismo (48). En especial, ha rehusado cualquier autovinculación respecto a los principios procesales, incluso cuando son fundamentales para la sentencia o el pronunciamiento o cuando son construidos por él en forma de directrices (*Leitsätzen*) generales. Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo (49) no resulta aquí de aplicación inmediata, porque las regulaciones procesales de este tipo no suelen estar contenidas en el fallo (50).

Sólo hay, para Zembsch, una excepción a esta falta de vinculación del TCF a sus propias regulaciones procesales: si éste desarrolla principios procesales fuera de un proceso de decisión, en forma de un acuerdo autónomo con objeto de establecer las reglas para procesos futuros. Sin embargo, la Ley del Tribunal Constitucional no ha previsto ni el procedimiento ni la competencia para ello. Por eso, en estos casos —suponiendo que no estuviera actuando fuera de sus competencias— el Tribunal Constitucional se encontraría ilimitado, tendría

neces a todos los órganos constitucionales, no es, por tanto, una especialidad del TCF, sino que se fundamenta sobre la general autonomía de los órganos constitucionales. Por su parte, la capacidad de distribución interna de los asuntos entre las salas tiene su origen en una habilitación legal especial (art. 14.4 LTCF) y es una cuestión típica de constitución del Tribunal. No es, en ningún caso, una forma de manifestación de la autonomía procesal (véanse págs. 46-49 y 66).

(45) Pág. 46.

(46) Véanse págs. 74 y sigs. En la pág. 79 se niega la cualidad de norma jurídica, sea del rango que sea, del Derecho procesal judicial, por la imposibilidad de encuadrarlo en las construcciones jurídicas tradicionales, sin perjuicio del general reconocimiento del Derecho judicial como fuente del Derecho o de la consideración de la jurisprudencia como Derecho.

(47) Este artículo establece que las decisiones del TCF vinculan a todos los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder y a todos los Tribunales y organismos.

(48) DTCF 4, 31 (36).

(49) Este apartado establece qué decisiones del Tribunal tienen fuerza de Ley.

(50) Existen, sin embargo, algunas excepciones, como la ya citada DTCF 1, 109.

Hay que recordar que la eficacia vinculante, de acuerdo con el artículo 31.1 LTCF se limita al fallo y a la *ratio decidendi* (*trägende Gründe*), aunque también los *obiter dicta* pueden tener una relevancia mediata. Por su parte, la fuerza de ley se predica sólo del fallo, que es lo que se publica en el Boletín Federal Oficial (véase la obra ya citada de ZIEKOW).

«autonomía de autonomía» (*Autonomie-Autonomie*). Este método sólo ha sido utilizado por el Tribunal en una ocasión, en la que se declaró con carácter general la vinculación de las Salas a los Dictámenes del Pleno realizados de acuerdo con el —ya desaparecido— artículo 97 LTCF (51). Esta excepción presenta, sin embargo, una escasa relevancia, ya que este Acuerdo no llegó a tener, por diversas razones, aplicación en la práctica (52).

Por tanto, puede decirse con carácter general que el Tribunal no está vinculado a sus reglas procesales judiciales, ya sean formales o materiales (53). Por este motivo, como ya se ha dicho, no se les puede atribuir carácter normativo (*Rechtssatzcharakter*). Además, a esas reglas les faltan las demás características esenciales de una norma, sea del rango que sea: la emanación en un proce-

(51) DTCF 2, 79, dictada por Acuerdo del Pleno de 8 de diciembre de 1953. Se trata, como señala ZEMBSCH en la pág. 79, de un Acuerdo autónomo, pues su objeto es ajeno a la solicitud llevada a cabo. Sin embargo, formalmente, aparece adoptado «en el proceso relativo a la solicitud de Dictamen jurídico por parte del Presidente Federal sobre la compatibilidad con la Ley Fundamental del Tratado de Fundación de la Comunidad Europea para la Defensa y el Tratado Sobre las Relaciones entre la República Federal de Alemania y los Tres Poderes y sus Acuerdos complementarios». En el fallo (*Entscheidungsformel*) se contienen dos pronunciamientos: por un lado, se da curso al procedimiento del Dictamen jurídico y, por otro, se declara la vinculación de las Salas, en los procesos de que conozcan, a los Dictámenes del Pleno sobre cuestiones concretas de Derecho Constitucional.

El § 97 tenía el siguiente contenido:

«(1) *El Bundestag, el Bundesrat y el Gobierno Federal, de forma conjunta, pueden solicitar del Tribunal Constitucional Federal un dictamen sobre una determinada cuestión constitucional.*

(2) *El Presidente Federal cuenta con esa misma facultad.*

(3) *El dictamen jurídico es dictado por el Pleno del Tribunal.*

(52) En primer lugar, porque el Presidente Federal, tras conocer el Acuerdo, retiró su solicitud de Dictamen mediante escrito presentado el 10 de diciembre de 1952 y, en segundo lugar, debido a la derogación posterior del artículo 97. Esta Sentencia, que recibió numerosas críticas —no tanto de forma, como de fondo— por parte de la doctrina, fue, a decir de Zembsch, la razón principal de su supresión a través de la Ley de Modificación de 1956. Hasta ese momento, el Pleno del TCF sólo dictó un Dictamen jurídico con fecha 16 de junio de 1954, sobre la competencia de la Federación para emanar una ley de ordenación del suelo, a petición conjunta del *Bundestag*, *Bundesrat* y *Bundesregierung* (DTCF 3, 407). Éste no planteó problemas, pues ninguna de las Salas tuvo ocasión de pronunciarse con posterioridad sobre el mismo asunto. Dicha supresión dejó sin fundamento la única posibilidad de aplicación concreta de la autonomía-autonomía, decayendo con ello su interés.

(53) Como se pone de manifiesto en la pág. 78, las reglas procesales judiciales tienen, potencialmente, dos funciones:

1. Configurar el proceso constitucional de forma inmediata («reglas procesales materiales»).

2. Fijar el proceso para la producción de las «reglas procesales materiales» («reglas procesales formales»).

dimiento inmediato determinado *a priori* y la publicación (54). Esto no impide, según el parecer del autor, que una vez establecidos, estos principios y reglas, en tanto sólo complementan a la LTCF, deban considerarse como una unidad con la LTCF, por corresponderles la misma función que a ésta (55).

Las consideraciones anteriores llevan al autor a una primera caracterización de la autonomía procesal como una competencia para crear Derecho (*Rechtsetzung*) (56) en el seno de un procedimiento constitucional concreto (aunque, como veremos más adelante, el Tribunal establezca reglas de aplicación general).

b) *Es una regulación de cuestiones procesales*

La *Verfahrensaunome Rechtsfortbildung* cabe únicamente para el Derecho procesal. De aplicarse al Derecho constitucional material —advierde— se trataría «de autonomía constitucional» («*Verfassungsautonomie*»), lo cual se contradice, no sólo con la Ley Fundamental, sino con el concepto que de sí mismo tiene el TCF, pues en este campo siempre ha repetido que «sólo (puede) resolver cuestiones jurídicas». Asimismo, es constante la exigencia de una norma aplicable como presupuesto de su actuar (57).

Zembsch lleva a cabo una depuración del concepto «proceso», con objeto de delimitar con exactitud el área sobre el que puede recaer la autonomía procesal. Así, mantiene, como la doctrina tradicional, que en el campo de las competencias está constitucionalmente excluida cualquier configuración —por tanto, también la «autónoma»— del Tribunal Constitucional (58). De acuerdo con el artículo 93 LF, el Tribunal Constitucional tiene única y exclusivamente las competencias que le asigna la Constitución y aquellas que puedan atribuirle las leyes federales (en la práctica, las previstas en el artículo 93 I LF y el artículo 13 LTCF). El TCF no tiene, por tanto, la capacidad de atribuirse competencias, no posee la competencia de las competencias (59). Sólo le corresponde, en esta materia, una función declarativa, con la posibilidad de interpretar el alcance, las excepciones o los parámetros y la extensión del control de

(54) Véase la pág. 79.

(55) Véase pág. 78.

(56) No explica el autor cómo el Tribunal crea Derecho sin crear normas.

(57) Véanse págs. 89 y sigs.

(58) Las regulaciones competenciales forman parte del Derecho procesal en sentido amplio, pero no en sentido estricto (pág. 66).

(59) El TCF no tiene autonomía sobre la competencia (*Kompetenz-Autonomie*) (pág. 50).

cada competencia concreta que le haya sido asignada previamente por la LF o las leyes (60). Esta función no se puede incluir tampoco dentro de la autonomía procesal, pues el método utilizado —la interpretación—, que tiene como base la cualidad de órgano judicial del TC, es una función inherente a todo tribunal y no constituye, por tanto, una especialidad del TCF (61).

(60) Véase pág. 49.

(61) ZEMBSCH se refiere (págs. 48 y sigs.) a distintos supuestos en los que no existe autoatribución de competencias sino mera interpretación de las normas competenciales por parte del TCF. Así, por ejemplo, en cuanto a la extensión de las competencias, cuando determina qué normas son susceptibles de control concreto de constitucionalidad de acuerdo con el artículo 100 LF o cuando admite el planteamiento de un recurso de amparo frente a lesiones de los Derechos fundamentales por parte de una autoridad de la Comunidad Europea. En algunos casos, en que la atribución de la competencia es «dudosa» el Tribunal niega o afirma su competencia de acuerdo con la correspondiente configuración de cada caso. Por este motivo, estima que, en este caso, podría hablarse de una «autonomía competencial fáctica» (*faktische Kompetenz-Autonomie*). Véase pág. 56.

También considera ZEMBSCH que en la jurisprudencia sobre el alcance y los parámetros (*Masstab*) de su control el TC se limita a la interpretación de las normas en las que se fundamentan las competencias (págs. 59 y sigs.). El Tribunal ha negado (DTCF 3, 368) su competencia para controlar la compatibilidad del Derecho alemán con el Derecho de ocupación. Afirma que el parámetro de control del Tribunal se limita a la Constitución y al resto del Derecho federal y que para otras competencias le falta una habilitación legal expresa (pág. 60). En relación con el objeto del control concreto de normas. El Tribunal va más allá de la configuración del procedimiento, reivindicando (DTCF 1, 283) su monopolio de rechazo incluso de las leyes federales materiales como parámetro de control (art. 100.1.2 LF, en su segunda alternativa).

Asimismo, considera respetada la regulación competencial cerrada de la LF y de la LTCF cuando el TCF aplica analógicamente el artículo 78.2 LTCF (que permite declarar inconstitucionales artículos que no han sido recurridos a través de los procesos de inconstitucionalidad) al recurso de amparo, ampliando el alcance del control más allá del tenor literal del artículo 95 LTCF (DTCF 18, 288). Esto, sin embargo, no se entiende como un cuestionamiento de la admisibilidad de un procedimiento, sino que se refiere sólo a la configuración de su contenido, lo que supone la previa aceptación de la competencia. Lo mismo ocurre, en opinión del autor, cuando el Tribunal admite la posibilidad de volver a controlar una norma de acuerdo con el procedimiento del artículo 93.1.2 LF, cuando las relaciones vitales o la concepción general del Derecho hayan cambiado fundamentalmente. Tampoco esto supondría la decisión sobre cuestiones competenciales (pág. 61). Aquí el Tribunal está formulando su concepción sobre un problema de cosa juzgada, es decir sobre una cuestión jurídico-procesal (en el sentido —estricto— del art. 94.2. LF). Ejemplos claros de la vinculación a la extensión del control fijada de forma positiva, son las sentencias que se refieren a la posibilidad de control *a posteriori* de los tratados internacionales (DTCF 1, 351 y 1, 397). Los efectos de las decisiones son únicamente intraestatales y no se refieren a la conclusión de los tratados. Los tratados internacionales sólo pueden ser considerados como cuestión previa «relevante para la decisión de un litigio constitucional» (DTCF 6, 309). Véase pág. 61.

Aunque no se niega la importancia de esta actividad interpretadora, por su carácter inapelable, no puede entenderse —señala el autor— que con ella el TCF se sitúe sobre el resto de los órganos constitucionales, porque, en estos casos, el principio de *self-restraint* tiene un peso particularmente importante (pág. 56).

La autonomía procesal no puede desarrollarse entonces en ese ámbito, sino en el de la regulación del «proceso» (*Verfahren*) en el sentido del artículo 94 II LF (62). El órgano natural de regulación de acuerdo con este artículo es el legislador, pero no existe una remisión de la Ley Fundamental comparable por su delimitación a la que se hace a la potestad reglamentaria (*Verordnungsgewalt*), sino que su extensión queda a la discreción del legislador. El margen de actuación del TCF —en relación con la autonomía procesal— se fija entonces en la determinación de principios, cuyo contenido constituya una configuración más próxima de la regulación procesal y que son desarrollados en el seno de un proceso que el Tribunal tiene competencia para conocer porque le ha sido asignada positivamente. Es decir, la autonomía procesal entra en juego, cuando una competencia ya ha sido otorgada, pero la ley no prevé el procedimiento para llevarla a cabo, o lo hace de forma deficiente (63).

En consonancia con lo aquí mantenido —se resalta—, el TCF ha estimado que cuando una ley le asigna una competencia sin prever reglas procesales para ella, él mismo ha de encontrar los principios necesarios para llevar a cabo un proceso ordenado y conforme a Derecho (64). En cambio, en cuanto a la asignación

(62) Este artículo remite a la ley federal la regulación de la constitución y el procedimiento (*Verfahren*) del TCF.

(63) Hay que tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre —para la jurisdicción ordinaria— con el artículo 74.1 LF que habilita al legislador «también para (fijar) las competencias de los tribunales» [DTCF 11, 192 (198)], del concepto procesal constitucional de «procedimiento» (art. 94.II LF) se excluyen aquellas regulaciones que consistan en «las condiciones del proceso y no en el procedimiento mismo». Así, por ejemplo, los preceptos que determinan quién «puede participar en un proceso» (v. gr., art. 93 I LF) no son normas procesales en el sentido del artículo 94 II LF, sino determinaciones competenciales [DTCF 2, 143 (156)]. Véase la distinción competencia-procedimiento que lleva a cabo Zembsch en las págs. 61 y sigs.

La DTCF 13, 54 no sería una excepción a lo dicho, pues frente a la regulación de la LF, el artículo 63 LTCF limita la capacidad para ser parte en un conflicto entre órganos. El artículo 93 II de la LF habilita al legislador federal sólo para dotar de competencias adicionales, por lo que el TCF en esta sentencia se remite directamente a ese artículo, sin atender al tenor literal del artículo 63 LTCF, para reconocer a los partidos políticos el Derecho a participar en estos conflictos. El Tribunal considera que el artículo 63 LTCF debe ser interpretado de acuerdo con la Constitución y entender que su enumeración es ejemplificativa. El legislador ordinario carece de competencia para limitar las atribuciones del TCF derivadas de la Constitución. El artículo 93.2 LF lo impide y el artículo 94.2 no es aplicable.

(64) DTCF 4,31 (37): «Denn wenn dem Gericht eine Aufgabe übertragen ist, muss es dafür auch ein Verfahren geben, und soweit dieses Verfahren nicht gesetzlich geordnet ist, muss das Gericht selbst diejenigen Rechtsgrundsätze finden, die für eine recht- und ordnungsmässige Prozessführung notwendig sind» («Porque cuando se asigna una competencia al Tribunal, se le debe dotar también de un procedimiento y, en tanto ese procedimiento no esté previsto legalmente, el propio Tribunal debe encontrar los principios necesarios para llevar a cabo un proceso ordenado y conforme a Derecho»).

nación de competencias, el TC argumenta de forma totalmente diferente, negando cualquier autonomía y acentuando su estricta sujeción a las que le han sido encomendadas de forma jurídico-positiva (65).

- c) *Se trata de configuraciones procesales que no pueden llevarse a cabo con los medios tradicionales de creación judicial de Derecho*

Con objeto de resaltar la especialidad de la autonomía procesal, Zembsch comienza poniendo de manifiesto cómo los espacios de libre configuración del proceso constituyen una excepción al principio general de *prozessualen Legismus* que rige las distintas jurisdicciones (66).

Visto esto, y a diferencia de la doctrina tradicional, distingue la *Verfahren-sautonome Rechtsfortbildung* de la creación judicial de Derecho convencional (*konventioneller richterlicher Rechtsfindung*), pues ésta es una tarea de todo Tribunal y no necesita una habilitación ni un *status* especial (67).

Para obtener criterios de delimitación (68) se destacan las características de la interpretación y del relleno de lagunas (*Lückenfüllung*), de una parte, y de la autonomía, por otra.

(65) Véase la página 62, en la que se hace referencia, respectivamente, a las DTCF 4, S.31 (37) y 13, 54. Con carácter general, se señala en la página 63, que la jurisprudencia del TCF diferencia entre regulaciones competenciales (*Kompetenzregelungen*) y el resto del Derecho procesal y reconoce sin excepción la prioridad de los preceptos sobre la competencia (*Zuständigkeit*), como consecuencia de la cualidad de *Lex specialis* del artículo 93/II LF en relación con el artículo 94/II LF.

(66) Sólo institutos jurídicos particulares son dejados en su configuración a la discrecionalidad judicial como acuñaciones procesales particulares de la autonomía privada o de la práctica. Por ejemplo, el procedimiento del laudo (*Schiedsurteilsverfahren*, previsto en el art. 510 c ZPO), el procedimiento arbitral del ZPO (arts. 1025 y sigs. ZPO), así como el de la jurisdicción administrativa (art. 173 VwGO, 1025 ZPO) y el procedimiento conciliatorio (*Güteverfahren*) de la jurisdicción laboral (art. 54 ArbGG).

Únicamente la jurisdicción voluntaria (*freiwillige Gerichtsbarkeit*) se extiende más allá de los delimitados casos singulares de la libertad procesal. Su ley reguladora no tiene carácter codificador. Recoge sólo regulaciones puntuales y «no es más que una ley marco» (pág. 41). Su apartamiento del principio del *prozessualen Legismus* viene determinado por la especialidad de esta jurisdicción, por lo que no lo pone en duda con carácter general (pág. 42).

(67) Véase pág. 81.

(68) La fijación de los límites entre estas categorías —considera Zembsch— no está abierta a la decisión discrecional del Tribunal, es una cuestión de Derecho objetivo. En caso de vulneración no existe posibilidad de revisión, pero la sanción —señala— no es *conditio sine qua non* del carácter de Derecho objetivo (pág. 82).

Dentro del concepto de interpretación recaen aquellos casos para los que existe en realidad una solución normativa pero la forma de expresión del ordenamiento no es lo suficientemente clara. Se trata de un proceso intelectual para la averiguación y concreción del significado de la norma apropiado para la aplicación a los casos concretos (69).

La integración o relleno de lagunas es, en igual medida que la interpretación, una tarea judicial. También en este caso se induce del Derecho abstracto una solución para el caso concreto. Pero ésta entra en juego cuando los métodos de interpretación son insuficientes, por faltar una «valoración legislativa propia» (70). Es la continuación de la interpretación (71) y abarca todos los casos de creación del Derecho *praeter legem*, cuyo punto de partida es la existencia de una laguna, definida ésta como un «vacío inconsciente» (*planwidrige Unvollständigkeit*) de la ley (72).

El punto de partida de todas las variantes de la creación de Derecho *praeter legem* es que el legislador no ha dejado las lagunas conscientemente, las lagunas conscientes se presentan excepcionalmente. Muy distinta es la situación para el TCF, pues, como ya se dijo, la LTCF no pretende ser una regulación exhaustiva del proceso constitucional, sino que deja lagunas con la intención de que sean rellenadas por el Tribunal (*gerichtliche Ausfüllung*). Aquí reside la diferencia de la LTCF con el resto de las regulaciones procesales.

Y es precisamente esa diferencia la que determina de manera fundamental el método del relleno de estas lagunas y, por tanto, la delimitación del «perfeccionamiento jurídico autónomo del proceso» (*verfahrensautonome*

(69) Aunque la interpretación supone que el Derecho tiene ya una regulación preparada, al implicar también cierta concreción se convierte en un componente jurídico de la creación del Derecho (pág. 83).

Sobre los métodos de interpretación con carácter general y en la jurisprudencia del TCF, véanse las págs. 82-83.

(70) Cfr. pág. 85.

(71) Aunque en la relación entre interpretación y relleno de lagunas —se dice— no existen sólo diferencias graduales, el paso entre una y otra no se produce sin escalonamiento (págs. 83-84).

(72) Puede ser que a una norma concreta le falte una determinación necesaria para su aplicación o que una cuestión particular no sea contestada, aunque la «teleología inmanente» de la ley en un sentido subjetivo u objetivo lo exija. Esa determinación es en general una regla positiva, pero puede ser también una restricción de una ley para excepciones determinadas. Sea cual sea la variedad de que se trate (teniendo en cuenta que los medios de la integración de lagunas son la analogía, argumento *a maiore ad minus*, argumento *a contrario*, extensión o restricción teleológica), estaríamos siempre ante perfeccionamiento del Derecho *praeter legem* (*Rechtsfortbildung praeter legem*). Véanse págs. 85-86.

Rechtsfortbildung) respecto a los otros procedimientos de creación de Derecho (73).

En este sentido, Zembsch considera que la existencia de «lagunas conscientes» hay que valorarla como voluntad legislativa «de dar libre espacio a la configuración política (*politische Gestaltung*)» (74), es decir, a la autonomía (75). Para el TCF, el «si» («*ob*») y el «cómo» («*wie*») de su actuación procesal es una cuestión de oportunidad (*Zweckmässigkeit*), es decir, una «consideración pseudolegislativa» (*legislativ-ähnliche Überlegung*) —en otras palabras, política—, que debe ser reconocida por ello como una categoría procesal autónoma propia frente a los otros tipos de creación judicial del Derecho (76).

En conclusión, la especialidad de la configuración jurídica derivada de la autonomía procesal viene determinada, en opinión de Zembsch, en primer lugar, por aparecer en el ámbito de las lagunas conscientes y, como con-

(73) Tampoco se desprenden coincidencias significativas de la comparación con otros procedimientos no aludidos en el texto. La actuación procesal del TCF no está vinculada a las condiciones establecidas para éstos. Se señala (pág. 88, nota 136), por ejemplo, que el perfeccionamiento del Derecho *extra legem* pero *intra ius* (el más cercano a la creación de Derecho *praeter legem*) va más allá del fin de la ley, en tanto que el perfeccionamiento autónomo del Derecho del proceso sirve precisamente a la consecución del fin de la ley.

(74) En la pág. 88 se hace referencia a la falta de legitimación democrática del TCF para ejercitar un poder de decisión político, carencia que ha de ser suplida con el poder de convicción de su lógica y la claridad de su proceso de deducción.

(75) Estas lagunas conscientes y, con ello, la habilitación para su conformación política deben entenderse limitadas además, según vimos, al Derecho procesal constitucional. En Derecho material —señala Zembsch— no son impensables las lagunas, pero éstas no son dejadas conscientemente por el legislador para ser rellenadas. El Tribunal Constitucional no está legitimado para rellenarlas mediante la creación jurídica (*Rechtsschöpfung*) discrecional, sino que se encuentra limitado aquí a los métodos hermenéuticos tradicionales (págs. 89-90).

(76) Según el autor (pg.88), en la doctrina falta la consideración de la creación de Derecho derivada de la autonomía procesal como un método específico.

Respecto a algunas sentencias que la doctrina tradicional cita como ejemplos de autonomía procesal (en particular: DTCF I, 109; I, 415 y I, 208) se señala que sólo pueden serlo del perfeccionamiento del Derecho *praeter legem*. Por este motivo se critica también a Stern, que utiliza tales sentencias como fundamentación del «relleno interpretativo de lagunas» («*interpretative Lückenfüllung*») como último de los diez principios de interpretación desarrollados por él en su tesis doctoral. En su opinión, Stern no diferencia la interpretación del perfeccionamiento del Derecho *praeter legem*, ni éstos de aquél que tiene como base la autonomía procesal y, lo que es aún más grave, no se distingue entre Derecho procesal y material.

El propio TCF confunde, en las dos últimas sentencias citadas, *Rechtsfortbildung praeter legem* con interpretación, en tanto que en la primera, de forma acertada, reconoce llevar a cabo la complementación de la ley a través de la analogía con las demás ordenaciones procesales, es decir a través de la creación de Derecho *praeter legem* (véanse págs. 89-94).

secuencia de lo anterior, por tratarse de una potestad *pseudolegislativa*, que implica una capacidad de decisión discrecional (o política) por parte del TC.

Por lo dicho, Zembsch afirma que el fundamento jurídico de la autonomía procesal se halla en la competencia delegada por la LTCF (77) para la configuración discrecional *cuasilegislativa* (*legislativ-ähnlich*) en el caso concreto, así como, complementariamente, el *status* del TCF de órgano constitucional y Tribunal (78).

De la caracterización de esta competencia se obtiene que la autonomía procesal implica una gran libertad de decisión para el TCF. Pero ésta no es ilimitada y el autor se ocupa de determinar sus fronteras.

La primera limitación que se resalta es la prioridad de las regulaciones contenidas en la Ley (79). Las regulaciones emanadas del TCF tienen carácter subsidiario y complementario de la LTCF, por el rango superior de las normas del legislador federal (80). Por eso, una modificación de ésta afecta necesariamente a aquéllas. El Tribunal siempre lo ha entendido así y se ha concebido a sí mismo como institución sólo subsidiariamente competente para la regulación en relación con la LTCF. Todas sus decisiones parten de la base de la primacía de las prescripciones legales y de la subsidiaridad de los propios principios, que no pueden ir más allá de la complementación de la regulación legal del

(77) En esto coincide con la doctrina tradicional, y con el propio TCF, que consideran el silencio legislativo como una «autorización al legislador» dirigida a la «legitimación positiva del uso judicial» (DTCF19, S. 166 [177]).

(78) Véase la pág. 109.

El autor no deja siempre claro, no obstante, si la cualidad de órgano constitucional es la determinante de la existencia de la autonomía procesal o es ésta la que determina, entre otros factores, el otorgamiento al TC de la cualidad de órgano constitucional. En la pág. 32, se cita a SCHEUNER («Der Bereich der Regierung», en *Festschrift für SMEND, Rechtsprobleme in Staat und Kirche*, Göttingen, 1952, págs. 253 y sigs.), según el cual al TCF le corresponde una competencia de complementar y desarrollar el Derecho incompleto con la que participa en la configuración política. Para Zembsch, «ese argumento de Scheuner a favor de la cualidad de órgano constitucional es a la vez un fundamento complementario de la autonomía procesal: el TCF es (entre otras cosas) por eso órgano constitucional, porque tiene la tarea de desarrollar y completar el Derecho, lo que vale también -en especial medida- para la materia jurídica más cercana para él, el Derecho para el proceso que tiene lugar frente a él mismo».

(79) Y, obviamente, de la LF.

(80) De considerarse que el Derecho procesal autónomo tiene carácter jurídico-normativo (*Rechtssatzcharakter*) debería situarse por debajo de las leyes formales, en particular de la LTCF, que cuenta con la prioridad sobre el resto de las regulaciones procesales (pg.69). Es criticable que Zembsch aborde en estos términos la relación entre ambas regulaciones, que, en su opinión, son de naturaleza distinta, lo que denota cierta confusión (véase, por ejemplo, la pág. 96, donde las regulaciones procesales autónomas se consideran normas inferiores respecto a las leyes).

proceso (81). El Tribunal queda obligado también respecto a las máximas y principios procesales contenidos en la Ley (82).

En segundo lugar —advierte— se ve limitada por razones derivadas del Estado de Derecho; fundamentalmente por la división de poderes y la vigencia de los derechos fundamentales.

El principio de división de poderes implica para el TCF la imposibilidad de adoptar decisiones políticas, aunque sean de naturaleza procesal, en la esfera de competencias de otro órgano constitucional. De lo contrario se produciría una supremacía inconstitucional del Tribunal en relación con los otros órganos constitucionales. Su cualidad de órgano constitucional le obliga, por ello, a una *autocontención* (83) también en el campo procesal, equiparable a la que ha de practicar respecto a las cuestiones constitucionales materiales, para evitar decisiones inoportunas y encontrar el momento políticamente adecuado para la decisión (84).

Del mismo principio se deriva que el legislador no podría, so pena de incurrir en inconstitucionalidad, a través de una incompleción consciente, delegar al Tribunal competencias legislativas. Éste queda limitado a actuar, de acuerdo con la discrecionalidad legislativa correspondiente, en el marco de la decisión de los casos concretos.

Además, la delegación debe permitir que la posible intervención del TCF se desarrolle en un espacio determinado y sea previsible y calculable para los ciudadanos. La previsibilidad de la norma inferior es una exigencia del principio de seguridad jurídica. Ese componente (formal) del Estado de Derecho permanece en una relación de tensión con el contenido material de su concepto, que es el ideal de la justicia. Por este motivo, debe afirmarse —en opinión de Zembsch— al menos una presunción *iuris tantum* (*widerlegbare Vermutung*)

(81) Véase la pág. 68. En algunas sentencias, el Tribunal reconoce explícitamente su posición subsidiaria. Así, por ejemplo, en la DTFC 4, 31 (37), o en la DTFC 4, 299 (315), donde considera que el reconocimiento de un instituto procesal nuevo es, en principio, una complementación admisible del Derecho procesal. En otras ocasiones, en cambio, lo hace de forma implícita: DTFC 4, 219 (332 y sigs.) o DTFC 1, 97 (100 y sigs.).

(82) En particular, los principios de oficialidad procesal y de instrucción (*Amts- und Untersuchungsmaxime*). Si la ley se limita a algunas indicaciones generales, deja con ello espacio para la configuración discrecional que corresponde al TCF (pág. 102.)

Véase las págs. 103 y sigs., sobre estos principios y máximas (*Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime*; *Partei-Amtsbetrieb*; *Dispositionen-,* *Offizialgrundsatz*) y su distinta relación con la actuación del Tribunal Constitucional.

(83) Es el postulado de la *autocontención judicial frente a instituciones del mismo rango*.

(84) Sobre las limitaciones de la autonomía procesal derivadas de la cualidad de órgano constitucional, véanse págs. 107-108.

en favor de la aplicación a procesos sucesivos de las reglas procesales desarrolladas por el TCF en un caso concreto. En caso de que no se cumpla lo que en principio cabría esperar, al TCF le corresponde la «carga de la argumentación» («*Argumentationslast*»), es decir, razonar por qué no se ha seguido el precedente sentado con anterioridad (85).

Este cuadro jurídico así desarrollado de la presunción *iuris tantum* de la continuidad se corresponde *ex definitione* con un componente meramente material del concepto de Estado de Derecho: la obligación de desplegar tanto como sea posible la fuerza vinculante de los derechos fundamentales. Con ello se exige en particular la realización de la justicia procesal (art. 3.I LF), o —formulado negativamente— la prohibición de la arbitrariedad procesal. El apartamiento de las decisiones procesales anteriores no puede ser arbitrario, sino que presupone la existencia de un caso especial y exige además fundamentaciones meditadas (86).

Como consecuencia de todo lo dicho, de acuerdo con la concepción de Zemsch, la creación autónoma de Derecho procesal, pese a contar con un amplio campo de acción, sólo es pensable desde un punto de vista constitucional con el reconocimiento de límites estrictos. Si se ha de afirmar la competencia de creación *pseudolegislativa* —y, por ello, autónoma— del Derecho (que es una categoría política), se debe entonces delimitar estrictamente (87).

Una vez concluida la delimitación teórica de la autonomía procesal, Zemsch intenta mostrar la relevancia de las categorías abstractas por él desarrolladas a través del análisis concreto de la jurisprudencia constitucional (88).

De este análisis se desprende que la praxis de la creación procesal de Derecho autónoma está limitada básicamente a los casos de delegación positiva inmediata (1) y a las decisiones judiciales en conexión con el objeto del proceso (2) (89).

(85) Sobre la presunción *iuris tantum* de aplicación general de estos «actos soberanos» (*Hoheitsakte*) del TCF, véanse págs. 96-97.

(86) El problema de la justicia procesal no sólo tiene importancia para los Derechos fundamentales, sino que también es una directriz (*Leitbild*) decisiva de la jurisprudencia en general.

(87) Véanse págs. 137 y 138.

(88) Para ello estudia, en primer lugar, los institutos procesales insuficientemente regulados o carentes en absoluto de regulación. Seguidamente, se analizan determinados aspectos del proceso que encuentran su representación en institutos para cuya configuración se ha transferido al Tribunal la capacidad de decidir y, finalmente, decisiones judiciales sobre institutos procesales en relación con el objeto del proceso.

(89) Además, Zemsch incluye dentro de los supuestos de ejercicio de la autonomía procesal, los pronunciamientos en los que el TC niega la cualidad de principios generales del proceso constitucional al principio de *perpetuatio fori* (DTCF 4, 309 [313] y 1, 430 [431]) y al instituto de

Una característica común permite reconocer —en opinión de Zembsch— que en estos supuestos no nos encontramos ante una creación de Derecho judicial convencional, sino ante una expresión de la autonomía procesal: todos ellos se han construido en forma de determinaciones sin fundamentación; ni se interpretan normas ni se concretan principios jurídicos. El Tribunal —afirma— sólo asume una competencia que le corresponde sin elaborar fundamentos abstractos. Esto manifiesta que la deducción judicial se ha llevado a cabo a través de un ejercicio de «discrecionalidad pseudolegislativa» (*legislativ-ähnlich*). Revela, por tanto, que se trata de configuraciones políticas, donde la autoridad de la decisión no se apoya en argumentos de convicción, sino en el poder (90).

El perfeccionamiento jurídico autónomo del proceso se evidencia también en su valoración en la jurisprudencia posterior. El TCF aspira en las primeras decisiones a determinar principios estables que, en parte, vayan más allá de las exigencias del caso y fija criterios generales que se formulan como un imperativo categórico y a los que, como vimos, hay que aplicar la presunción *iuris tantum* de su aplicación, con posterioridad, a supuestos similares. La valoración como presunción *iuris tantum* se manifiesta por la calificación de las decisiones principales como jurisprudencia estable, a la que el Tribunal se siente vinculado y que, por tanto, habrá de ser aplicada en la decisión de cuestiones procesales posteriores. De no ser así, el Tribunal asume voluntariamente la carga de la argumentación. El TCF limita así su discrecionalidad para casos venideros en favor de la previsibilidad del resultado por parte de futuros demandantes, es decir, en favor de la seguridad jurídica (91).

1. Los supuestos de autonomía especialmente delegada por la Ley se circunscriben a los artículos 32, 34 y 35 LTCF (92). Estas normas dejan la deci-

la reposición al estado anterior (DTCF 6, 376 [383]). En opinión del autor, sin embargo, estos pronunciamientos son relativamente insignificantes, por no haber encontrado aplicación en decisiones posteriores.

(90) Pág. 155.

(91) El autor no explica, sin embargo, de dónde deduce la existencia de esta intencionalidad del TCF.

(92) El contenido de estos artículos —cuyo análisis se lleva a cabo en las págs. 129-137 del libro—, en la parte que aquí nos interesa, era el siguiente en el momento en que Zembsch realiza su comentario:

Art.32: 1. *El Tribunal Constitucional Federal puede regular en el caso litigioso una situación de auto provisional, cuando fuera necesario para evitar perjuicios graves, impedir una amenaza de violencia, o por otra razón importante para el bien común.*

....

Art. 34: 1. *El procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal es gratuito.*

2. *Si apareciera infundada la petición sobre el menoscabo de los Derechos constituciona-*

sión procesal a la discrecionalidad del Tribunal en el caso concreto; no habilitan directamente para la creación de principios procesales. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el Tribunal utiliza el caso concreto para crear reglas o principios generales (93).

De entre ellos, hay que destacar, por su importancia, la jurisprudencia en relación con el artículo 35 (94). Aquí se encuentra, en opinión de Zembsch, el

les (art. 13, núm.1), la querrela contra el Presidente Federal (art. 13, núm.4) o un Juez (art. 13, núm.9) deben reembolsarse a la contraparte o al querrellado los gastos necesarios, incluso las costas de la defensa.

3. *En los restantes casos, el Tribunal Constitucional Federal puede acordar la total o parcial satisfacción de los gastos.*

4. *Si un recurso de amparo se revela como fundado, deben reembolsarse al solicitante, total o parcialmente, los gastos necesarios.*

Art. 35: *El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su resolución quién la ejecuta. También puede regular en el caso concreto la forma de ejecución.*

(93) Por este motivo, Zembsch entiende que el fundamento de estos pronunciamientos no se encuentra en esta remisión sino, como en los demás casos, en la autonomía procesal en general.

(94) El Tribunal Constitucional también ha fijado en numerosas decisiones las fronteras del artículo 32 LTCF. Así, cuando limita el círculo de los legitimados para solicitar un auto provisional a «las partes procesales» (DTCF 11, 339 [342]; 16,236 [237]). Igualmente, el Tribunal ejercita la autonomía procesal con la introducción del interés jurídico (DTCF 4, 110 [113]) y la determinación de la influencia de la cuestión principal en su admisibilidad. Esta determinación la ha llevado a cabo el Tribunal en varias sentencias. En las DTCF 1, 281 (282); 3, 34 (36) y 7, 175 (180), por ejemplo, estableció que las meras dudas sobre la admisibilidad o la fundamentación de la cuestión principal no son dignas de consideración. La inadmisibilidad debe ser evidente. Respecto a la delimitación del contenido de estos autos, en la DTCF 7, 99 (105) estableció que la decisión principal juega el papel de fijar sus límites externos, lo que —según el autor— se consideró como jurisprudencia estable e indiscutible en la DTCF 16, 220 (226). Por último, en la determinación de las fronteras del círculo de personas que pueden verse afectadas por estas medidas, el TC va más allá del círculo de las partes del litigio, extendiéndolo a todos los «participantes en los hechos» («*Sachverhaltsbeteiligte*»), esto es, todas aquellas personas que pueden influir en las relaciones origen del conflicto (DTCF 8, 42 [46] y 12, 42 [48]). También ese pronunciamiento judicial se considera por el Tribunal parte estable de su jurisprudencia y es aplicada por la segunda Sala en posteriores pronunciamientos (DTCF 8, 122 [130]; 23, 33 [40 y sigs.] y 23, 42 [49]), en los que se distingue la cualidad de «parte en los hechos» respecto a la posición de parte procesal.

Como hemos dicho, también puede apreciarse —en opinión de Zembsch— el ejercicio de la autonomía procesal en la jurisprudencia sobre los apartados 3 y 4 del artículo 34 LTCF. El Tribunal obtiene directamente del apartado tercero del artículo 34 LTCF (o más exactamente, de la consideración del mismo como excepción al principio general de gratuidad, establecido en el apartado primero de ese mismo artículo) una concepción restrictiva de la devolución de los gastos del proceso, entendiendo que ésta debe limitarse a las partes procesales (DTCF 1, 433 [438]). Esta doctrina fue aplicada posteriormente a las partes del procedimiento prejudicial en el proceso

ejemplo extremo de la configuración procesal judicial. El proceso mediante el que se lleva a cabo ésta y, en particular, su resultado, son cercanísimos a los métodos y competencias del legislativo (95).

El Tribunal Constitucional ha entendido que el artículo 35 de la LTCF le autoriza, en contra de lo que ocurre en el Derecho procesal general, a decidir tanto cuestiones concretas como abstractas y a realizar una ordenación no sólo participativa, sino también determinante y configuradora de la ejecución (96). Estima además que esa norma le atribuye esta tarea con carácter general, tanto en el aspecto material como en el procesal y lo ha convertido en «señor de la ejecución» (97). Según el Alto Tribunal, el legislador le ha querido dejar «plena libertad» para lograr su cumplimiento «de la forma más justa, veloz, adecuada, fácil y eficaz» y por ello, conscientemente, no ha previsto un procedimiento especial (98).

del control concreto de normas en la DTCF 20, 350 (351). En cuanto al círculo de los obligados a la devolución de acuerdo con el artículo 34.4 LTCF, se identifica con los titulares del poder público de los que proviene el acto ilegítimo (DTCF 11, 366 [367] y 12, 9 [10]). Del mismo modo, sin ningún comentario, el Tribunal extiende la aplicación del artículo 34.4 LTCF a las medidas provisionales, en conexión con un recurso electoral o un recurso de amparo (DTCF 11, 329, [330] y 11, 339 [343], respectivamente).

(95) Pese a esto, el autor advierte que el artículo 35 no es una norma de atribución competencial en el sentido del artículo 93.2 LF, sino una habilitación positiva para la regulación del proceso en sentido amplio.

(96) DTCF 6, 300 (303 y sigs.). Y, precisamente, toma esa premisa como punto de partida para afirmar el «recurso de ejecución» («*Vollstreckungsbeschwerde*») no previsto expresamente por la LTCF. En relación con este recurso, el Tribunal ha establecido, por ejemplo, que en el caso de una solicitud abstracta, el órgano ejecutante lleva a cabo discrecionalmente el acto de ejecución, contra el que sólo caben los recursos generalmente admitidos. Pero si se trata de instrucciones concretas, ese órgano es considerado instrumento del TCF, por lo que las quejas deben dirigirse exclusivamente al Tribunal (DTCF 2, 139 [142 y sigs.]). También en este ámbito el Tribunal acentúa el carácter amplio de su competencia de acuerdo con el artículo 35 LTCF (DTCF 8, 42 [47]).

(97) El Tribunal adopta textualmente la definición de la ejecución de ARNDT (*Das Bundesverfassungsgericht, DVBL* 1952, págs. 1 y sigs., pág. 3) como el «conjunto de todas las medidas imprescindibles para producir los hechos necesarios para la realización del Derecho hallado por el Tribunal Constitucional».

Ha fijado, por ejemplo, la posibilidad de actuar de oficio, de determinar la ejecución en una decisión autónoma o de conceder discrecionalmente el Derecho de audiencia en el proceso de ejecución.

(98) DTCF 6, S.300 (304).

En el año 1968, HANS KLEIN ya había manifestado que, con base en el artículo 35 LTCF y como correlato de las competencias que le son atribuidas, el TC cuenta con una competencia de regulación autónoma, aunque no especifica si se refiere a cuestiones materiales o procesales de la ejecución (*Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, Frankfurt am Main – Berlin, 1968, pág. 42).

Actualmente, algunos autores identifican la autonomía del TCF con la ejecución de sentencias (véase, por todos, P. BADURA: *Staatsrecht*, München, 1986, pág. 482).

En aplicación de esta jurisprudencia, el TCF ha llegado incluso a ignorar las garantías contenidas en las leyes de los *Länder* (99) y ha manifestado, mediante declaraciones generales, no estar vinculado a las reglas competenciales de la Constitución (100).

Estas decisiones son, en opinión del autor, no sólo pensables bajo la perspectiva de los postulados del Estado de Derecho, sino también una exigencia del *status* del Tribunal. Con ellas se obtiene un alto grado de eficiencia al que no puede oponerse ninguna objeción desde este enfoque. Pero no olvida que la posición del TCF como *Hüter der Verfassung* exige también relacionar esta competencia con la obligación de *judicial self restraint*, en general, con los límites de la *Verfahrensautonomie* (101).

2. La configuración procesal autónoma conectada con el objeto del proceso (102) afecta a un gran número de institutos jurídicos, entre ellos, la modificación, conversión o acumulación de demandas y procesos (103), así como a

(99) DTCF 1, 349 (351), donde se encomienda al Ministro de un Land la ejecución de una medida provisional del Tribunal (que prohibía cualquier propaganda o publicidad del *SRP* hasta que se dictara sentencia sobre la cuestión principal relativa a su prohibición) y se le asigna para ello competencia directa para dar instrucciones incluso a los órganos policiales municipales, pese a que las leyes de ese Estado determinan su independencia. Otro tanto ocurre en las Sentencias de prohibición del *SRP* y del *KPD* (DTCF 2, 1 [2] y 5, 85 [87], respectivamente) y en la decisión sobre la disolución del Partido Comunista de la agrupación del Land de Saar (DTCF 6, 300 [301]).

(100) DTCF 2, 131 (142 y sigs.); 6, 300 (303).

(101) El problema de los límites de la *Verfahrensautonomie* ya fue tratado anteriormente.

(102) Véanse págs. 138-149.

(103) En ninguno de estos casos considera necesaria la fundamentación el TCF. Afirma, sin más, la admisibilidad de estos institutos (no previstos en la LTCF) en el proceso constitucional bajo determinados criterios que él mismo fija (DTCF 1, 396 [400]; 3, 19 [21]; 13, 54 [94]; 2, 143 [148]; 3, 358; etc.). Entre ellos, presenta cierto interés la doctrina sobre la posibilidad de acumular dos demandas para su conocimiento conjunto, entendiendo una de ellas como principal y otra como accesoria. Los criterios de admisión se fijan en distintos pronunciamientos. DTCF 1, 299 (310): la decisión debe ser posible en el procedimiento en curso y no puede lesionar los Derechos de terceros; DTCF 6, 309 (326): las demandas auxiliares de las partes deben estar en íntima relación con la demanda del proceso en curso; DTCF 1, 14 (39): dos decisiones sólo son acumulables, con la consecuencia de que la decisión de la segunda demanda (auxiliar) exige la previa resolución de la primera (principal), cuando ambas, de algún modo sean dependientes la una de la otra. Si las dos peticiones se argumentan de igual modo, entonces debe darse un interés particular del demandante en una decisión vinculante, en ese orden, de cada una de las cuestiones. No es suficiente con que distintas formulaciones se contengan en la misma petición. Esos criterios generales fueron aplicados como jurisprudencia estable a dos demandas del Gobierno de Baden, en las que, según Zembusch, se advierte nuevamente la autovinculación del Tribunal a su configuración jurídica autónoma del proceso. En la forma de una demanda principal aquél pide al Tribunal la declaración de que el Land no está obligado y que la Federación no está legitimada a aplicar una determinada ley. La demanda de que se declare la nulidad de la propia ley se plantea de forma ac-

los pronunciamientos del Tribunal sobre la cosa juzgada. En opinión del autor, cumplen todos los requisitos del perfeccionamiento autónomo del Derecho procesal como configuración *pseudolegislativa* (*legislativ-ähnlich*) (104). En estos casos es clara la fijación política de un fin: la posibilidad de mantener sin vinculación la libertad de decisión del Tribunal en el caso concreto, mediante la limitación de la cosa juzgada al fallo y su autoexclusión de la eficacia vinculante del artículo 31.1 LTCF (105). Los resultados de este perfeccionamiento autónomo del Derecho procesal —recuerda— han sido frecuentemente fundamento de la interpretación en la jurisprudencia posterior.

Por último, parecidas determinaciones políticas se encuentran también, para Zembsch, en las decisiones judiciales sobre la competencia para disponer del objeto del litigio. Todas ellas pueden reconducirse a una máxima procesal, la *Offizialmaxime*, que no está fundamentada de forma jurídico-positiva, sino

cesoria. Tanto la demanda principal como la accesoria están fundamentadas de igual manera, pero el TCF niega que exista interés en pronunciarse sucesivamente sobre cada una de las cuestiones. Sentencia pues sólo sobre la «petición accesoria» y niega a la demanda principal un significado autónomo. Cuando el TCF, por ello, rechaza la acumulación objetiva de demandas, niega la existencia de distintos objetos procesales. El Tribunal parte en esta decisión de la idea de que la ausencia de identidad de los demandados no supone la existencia de distintos objetos procesales, cuando uno de los procedimientos es un control de normas (en el que no existe demandado) y debe ser decidido en primer lugar. Resolviendo primero el recurso de inconstitucionalidad, la fuerza de ley de esa decisión evita cualquier apartamiento en otros procedimientos: todas las decisiones sobre la misma norma se darán, entonces, de forma unitaria.

En cuanto a la posibilidad de acumulación de procesos —que exige identidad de demandantes y demandados—, pese a que en la LTCF sólo se prevé para el procedimiento de los conflictos entre órganos de la Federación o de los Länder en los artículos 66 y 69, es admitida para todos los procesos bajo la condición de que «básicamente se plantee el conflicto sobre las mismas cuestiones o que dependan unas de otras» y que la «posición procesal de las partes procesales» no se vea lesionada (DTCF 12, 205 [223]). Para la fundamentación, el Tribunal tiene en cuenta los artículos 66 y 69 LTCF no como reglas cerradas sino como manifestación de un principio procesal general. Zembsch advierte que tampoco aquí la calificación de los artículos 66 y 69 como manifestación de principios procesales generales ha sido fundamentada con ayuda de los métodos judiciales tradicionales. Sólo las consecuencias de las premisas (sentadas en ejercicio de su autonomía procesal) se corresponden con la hermenéutica judicial convencional.

(104) Lo mismo puede decirse de las decisiones sobre el carácter contencioso del proceso constitucional (que no es reconocido expresamente por la ley). Zembsch se refiere a algún pronunciamiento del Tribunal que, aunque de forma tangencial, muestra su tendencia a perfeccionar el Derecho de forma autónoma: DTCF 2, 79 (94); 7, 305 (310); 8, 104 (110); 20, 56 (95). Tampoco aquí —advierte— gasta el Tribunal una palabra en fundamentación, se limita a determinaciones sin comentarios.

(105) DTCF 4, 31 (38); 20, 56 (86); 22, 387 (404). El TCF sólo tiene que respetar la cosa juzgada material (tampoco reconocida expresamente por la LTCF). La vinculación del Tribunal tiene como condición la existencia de un mismo objeto y de las mismas partes.

que es producto de la «configuración procesal pseudolegislativa» (*legislativähnliche Prozessgestaltung*) del TC (106). A la vez que se acepta este principio, se destaca la posibilidad de separarse de él, de forma que el Tribunal cuente con el deseado margen de actuación para el caso particular.

Así, ha manifestado en distintas sentencias que sólo se siente limitado por la demanda para iniciar el procedimiento (107). Ha afirmado, por ejemplo, estar capacitado para hallar el sentido e importancia de la demanda independientemente del criterio del demandante (108). En aplicación de esta doctrina, ha convertido una pretensión de que se declare la inconstitucionalidad de la actuación del Ministro Federal de Finanzas en un recurso de amparo frente a una omisión legal (109), y en caso de una demanda inadmisibles por su excesivo alcance, ha juzgado sobre una pretensión más modesta (110). En general, el TC se ha considerado obligado a comprobar de oficio «si una pretensión que es inadmisibles en el tipo procesal elegido puede incluirse en otro para la obtención de una decisión sobre el fondo» (111). Pero también puede determinar la admisibilidad de la demanda sin proceder a la conversión (112). En resumen, el Tribunal se reserva la competencia para decidir libremente si, en cada caso concreto, considera o no adecuada la modificación de la demanda, valorando ésta como un mero estímulo necesario para el comienzo del proceso. Todo ello se lleva a cabo a través de decisiones apodípticas sin gastar una palabra en su fundamentación.

Destacan también las decisiones referidas a los artículos 67.3 y 78.2 LTCF. La vigencia de la *Offizialmaxime* ha determinado la inadmisibilidad del impulso de las partes en estos supuestos.

(106) Este principio tampoco se obtiene de su ley procesal o de principios procesales generales. El Tribunal, simplemente, lo considera políticamente conveniente para determinados tipos de procesos y fija su aplicación para el proceso constitucional sobre la base de la autonomía procesal. El TCF no invoca expresamente este fundamento, pero actúa —vuelve a recordar Zemsch— con los signos distintivos de ese método *pseudolegislativo*: determinación sin fundamentación y formulación de las decisiones como imperativo categórico.

(107) Véase la jurisprudencia citada más adelante en relación con los artículos 67.3 y 78.2 LTCF.

(108) DTCF 1, S.14 (39).

(109) DTCF 2, 287 (291).

(110) DTCF 7, 99 (106).

(111) DTCF 13, 54 (94). Esta obligación —en opinión de Zemsch— se considera particularmente evidente en dos decisiones en el procedimiento de control concreto de normas: DTCF 8, 28 (35 y sigs.) y 6, 222 (242). En alguna ocasión, se señala, el Tribunal no ha querido proceder a la conversión, cuando se tuvo la posibilidad de plantear una nueva pretensión (DTCF 2, 347 [367] y 9, 160 [162]).

(112) DTCF 13, S. 54 (94).

Sin haber hecho uso todavía de la facultad prevista en el apartado tercero del artículo 67 (113), el TCF realizó, tomando los casos concretos como pretexto, numerosas delimitaciones generales del mismo (114).

En cuanto al artículo 78, el Tribunal extiende la posibilidad —prevista en su apartado segundo (115)—de declarar inconstitucionales otros preceptos distintos a los que fueron objeto del recurso, no sólo al control concreto de normas, sino también al recurso de amparo (116) y a las controversias, previstas en el artículo 86.2 LTCF (117), sobre la continuación de la vigencia del Derecho como Derecho federal (118). Pese a que en estos casos el Tribunal no invoca expresamente su autonomía procesal, Zembsch no duda que estemos ante su-

(113) El artículo 67, referido al conflicto entre órganos, prevé: *1) El Tribunal Constitucional Federal señala en su resolución si la medida u omisión impugnadas infringen un precepto Constitucional. 2) Ha de expresarse cuál es ese precepto. 3) Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional Federal puede resolver en el fallo una cuestión jurídica interesante para la interpretación del precepto constitucional y de la que dependa la declaración a que se refiere el punto primero.*

(114) Determinó, por ejemplo, que no pueden darse en este campo «auténticas» demandas con este objeto. Sobre las «insinuaciones» que, en cualquier caso, pudieran provenir de las partes, el Tribunal no tiene ningún deber de pronunciarse (DTCF 1, 144 [148]), pues el artículo 67.3 LTCF habilita al Tribunal a actuar de oficio de forma discrecional (DTCF 1, 372 [380]).

Pese a haber realizado estas delimitaciones generales, el TCF todavía no había hecho uso de esa competencia, cuyas condiciones no se habían cumplido: que la cuestión jurídica sea interesante para la resolución del conflicto (DTCF 6, 309 [325]) y que el procedimiento principal sea admisible (DTCF 2, 143 [172]).

(115) Se refiere al control abstracto de normas y se define en estos términos: *1) El Tribunal Constitucional ha de declarar la nulidad de la ley si llega al convencimiento de que el Derecho federal es incompatible con la Constitución, o el Derecho de un Land de la Federación con la Constitución u otro Derecho federal. 2) Si otros preceptos de la misma ley son incompatibles con la Constitución u otro Derecho federal por las mismas razones, el Tribunal Constitucional puede declararlos igualmente nulos.*

(116) Para este recurso, afirma la aplicación del artículo 78.2 en referencia al artículo 95.3 LTCF (DTCF 18, 288 [300]) y al argumento de la seguridad jurídica (DTCF 19, 206 [226], donde se declara la nulidad de una ley que no era importante para la decisión y DTCF 6, 273 [282], en la que se declara la inconstitucionalidad de una ley que no fue impugnada, pero que fundamentaba la disposición que produjo la lesión). La declaración de violación de la LF queda extendida a las decisiones no recurridas cuando estén en relación «interna» (DTCF 1, 322 [332]) o «inseparable» (DTCF 17, 224 [227]) con la recurrida.

(117) En el apartado segundo de este artículo se dispone: *Cuando en un procedimiento judicial es discutible e importante precisar si una ley continúa vigente como Derecho federal, el Tribunal, en aplicación correlativa del artículo 80 (control concreto de normas), debe recabar la decisión del Tribunal Constitucional.*

(118) El Tribunal mantiene aquí la «aplicación» del artículo 78.2 LTCF para la obtención de «claridad sobre la situación jurídica» (DTCF 4, 178 [186]).

puestos de perfeccionamiento jurídico autónomo del proceso. En realidad, la propia existencia del artículo 78.2 da cuenta de su carácter excepcional, lo que hace que, en principio, no sea susceptible de ser aplicado analógicamente (119). Se niega, por tanto, que esa extensión se haya llevado a cabo a través de los métodos judiciales tradicionales. Si se pretendiera encuadrar esas decisiones en la *Rechtsfortbildung praeter legem*, sus argumentos deberían ir encaminados a poner de manifiesto una laguna (inexistente) y fundamentar la aplicación analógica del artículo 78.2 LTCF. Tampoco puede considerarse evidente que los tipos de proceso analizados requieran una separación del principio *ne iudex ultra petita partium*. Esas decisiones procesales, entonces, sólo pueden fundamentarse en la autonomía procesal y son por ello, a pesar de todo, inobjetable tanto en el método utilizado como en el resultado obtenido. Si se acepta que el Tribunal está habilitado para la *verfahrensautonome Rechtsfortbildung*, tampoco puede negársele en este caso la posibilidad de fijar libremente objetivos políticos para la toma de la decisión correspondiente, con ayuda de la configuración procesal (120).

Por último, las decisiones que se ocupan del desistimiento. Éste no está regulado por la LTCF: expresamente sólo se prevé para los procedimientos de acusación (121). Respecto al control abstracto de normas, en cambio, el TCF niega cualquier competencia de disposición del demandante una vez incoado el proceso, pues en la continuación de éste, dada la vigencia del principio de impulso oficial, debe atenderse exclusivamente al interés público (122).

Como hemos visto, Zemsch pretende, con este estudio profundo de la jurisprudencia constitucional, realizar una delimitación más clara del concepto de autonomía procesal del TCF. Para ello, introduce una apreciación novedosa

(119) Cfr. pág. 146: Si los argumentos de claridad y unidad jurídica utilizados por el Tribunal fueran idóneos siempre para una extensión así de su competencia, la regulación del artículo 78.2 LTCF sería superflua. En todo caso, tendría un valor meramente declarativo.

(120) Pero en este caso, excepcionalmente, las decisiones del Tribunal no cumplen con el requisito de falta de fundamentación de toda configuración procesal autónoma. Sin embargo, el hecho de que se tienda a fundamentar la decisión procesal no se considera por el autor un indicio de que se estén utilizando los métodos judiciales tradicionales. Aquí —se dice— los argumentos cumplen un papel semejante a la exposición de motivos en las leyes.

(121) Artículos 52 y 58 LTCF, para la acusación del Presidente Federal y de jueces, respectivamente.

(122) En la DTCF 8, 183 (184) el Tribunal niega la existencia de un interés público en la continuación del proceso y por eso (sólo por eso, subraya Zemsch) determina su sobreseimiento. Su aceptación depende, por tanto, de la apreciación en el caso concreto del interés público. Como en otros supuestos en los que es de aplicación la *Offizialmaxime*, el autor considera aplicable en estos casos la necesidad de contar con «*freier Hand in Einzelfall*», expresada en la DTCF 13, S54 (94).

respecto a la doctrina tradicional: no toda complementación judicial de la LTCF (o de sus lagunas conscientes) tiene como fundamento la autonomía procesal, sino sólo la que se lleva a cabo, más allá de los medios tradicionales de creación judicial de Derecho (123), a través de un procedimiento autónomo de carácter *pseudolegislativo* (*Verfahrensautonome Rechtsfortbildung*) (124).

Pese al esfuerzo sistematizador, los planteamientos de Zernbsch dejan a la vista varias zonas oscuras (125). Son muchos los supuestos fronterizos que no pueden adaptarse a clasificaciones rígidas (126). Esta constatación, junto con

(123) De esta forma, Zernbsch no considera ya supuestos de ejercicio de la autonomía procesal algunos de los señalados como tales por la doctrina tradicional, por tratarse de pronunciamientos producidos sobre la base de los métodos hermenéuticos tradicionales. Es el caso, por ejemplo, de las decisiones sobre el Derecho a disponer de un abogado de oficio en los recursos de amparo (entre otras, DTCF 1, 109), o de aquéllas en las que se afirma la legitimación de los partidos políticos para participar en un conflicto entre órganos constitucionales (entre ellas, DTCF 13, 54 [81 y sigs.], que para Zernbsch son ejemplo de la *Rechtsfortbildung praeter legem*). En otras ocasiones, el Tribunal no valora el silencio legislativo como una laguna, sino como regulación legal negativa, por lo que considera que no hay espacio para la aplicación analógica, pero tampoco para la autonomía procesal. Es el caso de la jurisprudencia sobre emplazamiento de terceros en el conflicto entre órganos (DTCF 20, 18 [26]).

En general, se lleva a cabo una crítica constante de la doctrina y la jurisprudencia constitucional que, no sólo no aprecia la diferenciación de la *Verfahrensautonome Rechtsfortbildung* respecto al resto de los métodos de desarrollo judicial del Derecho, sino que además confunde entre sí los distintos métodos tradicionales de la hermenéutica.

(124) Este carácter *pseudolegislativo* (*legislativähnlich*) se debe, como ya hemos visto, al hecho de llevarse a cabo de forma discrecional, de acuerdo con consideraciones de conveniencia política.

(125) Algunas de ellas las hemos ido señalando en distintas anotaciones al texto.

(126) Por ejemplo, ciertas decisiones donde el Tribunal —en opinión del propio autor— muestra su «afición por las excepciones» (*Ausnahmefreudigkeit*), marcándose un área de libre decisión para los casos concretos, con lo que se sitúan en la frontera de los métodos de interpretación tradicionales, evolucionando hacia la configuración jurídica autónoma (véanse las págs. 111 y 112, donde se citan las DTCF 1, 88; 10, 302 [307] y 19, 93 [100], en relación con la capacidad procesal de los incapacitados en los recursos de amparo). Ciertos pronunciamientos —señala— son expresión de la *verfahrensautonome Rechtsfortbildung*, pero en sentido negativo. Ninguna pista se da al lector sobre el significado de esta nueva versión del método de creación jurídica fundamentado en la autonomía procesal. Es el caso de la DTCF 1, 143 (165 y sigs.), citada en la pág. 117, en la que el Tribunal considera que el artículo 64 LTCF concede a las partes de los órganos la legitimación activa para participar en un conflicto, pero no la legitimación pasiva. También se aplica esta expresión a la DTCF 1, 208 (228), citada en la pág. 120, donde el TCF introduce un instituto no regulado de forma inmediata por la su ley procesal (la legitimación *ad causam*) en los procesos contradictorios. Tampoco en esta ocasión se ofrece ninguna explicación. Por otro lado, los criterios ofrecidos para la detección en la práctica de la autonomía procesal se revelan ineficaces en muchos casos. Así, algunos pronunciamientos carentes de fundamentación no se consideran manifestación de la autonomía procesal (véase, por ejemplo, la pág. 118), en tanto

otras importantes apreciaciones que veremos a continuación, provocó la respuesta crítica de la doctrina a la idea de la autonomía procesal y, en particular, a la tesis de Zembsch.

III. LA CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA PROCESAL

La existencia de autonomía procesal ha sido negada atendiendo a distintos factores, entre ellos, la voluntad del legislador. De acuerdo con ésta, se ha considerado (127) que las «decisiones judiciales sobre cuestiones procesales cuya respuesta ha sido dejada conscientemente por el legislador al TCF» (128) no merecen ser etiquetadas como «autonomía». El legislador ha optado por dejar cierto margen al Tribunal para la configuración procesal, pero esta cierta libertad no puede considerarse nunca autónoma (129). La posición del TC se defi-

que la argumentación de otros, como ya vimos, se considera equiparable a las exposiciones de motivos de las leyes. Además de esto, se reconocen numerosos supuestos fronterizos, en los que se constata una gran libertad del Tribunal en la interpretación de su ley, pero no puede determinarse con exactitud el fundamento de su actuación (véase uno de estos supuestos en la pág. 112).

ENDEMANN, en su comentario a la obra de Zembsch (*DöV* 1972, Heft 1/2, págs. 69 y sigs.) se refiere también a las dificultades de realizar una delimitación estricta en este sentido.

(127) MICHAEL HUND: *Vorbemerkungen vor §§ 17 ff.*, en *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Umbach/Clemens, Heidelberg 1992, págs. 391 y sigs.

(128) ZEMBSCH: *Op. cit.*, pág. 109.

(129) El proyecto de ley preparado por Arndt que presentó el *SPD* no se acogió finalmente en la redacción definitiva de la LTF. En el artículo 14 de ese proyecto se recogía la posibilidad de que el Tribunal, en el marco de la LF y de la Ley del Tribunal, estableciera por sí mismo una regulación procesal que adquiriría fuerza de ley con su publicación oficial. En su apartado segundo se declaraba aplicable al proceso constitucional, en tanto la LTF no previera otra cosa, la regulación relativa a la constitución de los tribunales ordinarios y al proceso penal. Por lo demás, el TCF regularía libremente su proceso. Como explica el mismo ARNDT (*op. cit.*, págs. 1 y sigs.), se entendió que esa capacidad de autodeterminación sobre su proceso implicaba el ejercicio del poder legislativo que, de acuerdo con la LF no se podía atribuir al Tribunal. Por este motivo, la LTF ha codificado el proceso constitucional.

El legislador finalmente optó por un modelo mucho más cercano al modelo del proyecto gubernamental. Se acogió una vía intermedia entre la configuración del proceso absolutamente libre por el propio Tribunal y el establecimiento de un orden procesal legal cerrado. Por un lado, se fijaron las cuestiones procesales políticamente más importantes y, por otro, no se establecieron graves limitaciones a la configuración del proceso por parte del Tribunal. Se depositó en él cierta confianza, dejando que encontrara en cada caso particular las soluciones procesales adecuadas a sus necesidades. Esta solución, en opinión de Wahl (sesión 112 del *Bundestag* de 18 de enero de 1951, *BTag-Prot. I*, pág. 4224), ponente por la *CDU* de la comisión jurídica del *Bundestag*, se presentó como la más oportuna desde el punto de vista del Estado de Derecho pues, de una parte, los principios fundamentales del proceso quedan fijados por la ley y, de otra, se deja espacio al uso judicial para la adaptación de éste a los casos particulares.

ne, más bien, como una «configuración (*Durchbildung*) consuetudinaria del Derecho procesal» a través de la práctica judicial (130).

De acuerdo con el principio de división de poderes, se ha mantenido que la autonomía procesal supondría la configuración de una parte de la política constitucional, para la que el Tribunal no es competente (131).

De la condición del TC como órgano constitucional y Tribunal que forma parte de un «procedimiento jurídico preestablecido» —o, en otras palabras, de su vinculación a la Constitución y a la ley— se ha concluido también (132) que la autonomía procesal sólo puede ser una competencia reglada material y metodológicamente, cuyas fronteras debe respetar el Tribunal (133). Aunque su autocaracterización como «señor del proceso» parezca indicar otra cosa, se niega como potestad discrecional del TCF (134).

Como ya vimos, el TCF ha afirmado que las lagunas de la LTCF las ha de rellenar mediante la «analogía con el resto del Derecho procesal alemán» (135). Apoyándose en esta afirmación se ha negado la existencia de «autonomía» como configuración libre del proceso, pues ésta ha de llevarse a cabo en el marco del Derecho procesal general (136). Una excepción, sin embargo, se encontraría en el Derecho de ejecución, pues el TC ha entendido que el § 35 LTCF le dota de todas aquellas competencias «que sean necesarias para la ejecución de sus sentencias» (137).

(130) HUND: *Op. cit.*, pág. 394. Un ejemplo de esta configuración lo encuentra el autor en la DTCF 1,109 (110 y sigs.), donde la Sala primera justifica la existencia del Derecho a contar con un abogado de oficio en el recurso de amparo.

(131) STERN: *Op. cit.*, págs. 1028 y sigs.

(132) ECKART KLEIN: *Op. cit.*, págs. 59 y sigs. y *Verfassungsprozessrecht*, AöR, 108, Heft 4, 1983 (págs. 561 y sigs.), en especial, las páginas 618 y siguientes.

(133) Como en todos los demás casos sólo se admite esta autonomía para las lagunas conscientes. También Klein señala que en el caso de las lagunas inconscientes el TCF no se encuentra en una situación distinta a cualquier otro aplicador del Derecho. No oculta, sin embargo, que resulta difícil la averiguación de la voluntad del legislador, es decir, discernir en cada caso si se trata de una laguna consciente o inconsciente o, incluso, si la falta de regulación muestra que el legislador no ha considerado necesario llevar a cabo esa regulación.

(134) Con esta negación hace alusión claramente a la tesis de Zembsch, ya que la doctrina tradicional —señala— identifica por lo general autonomía procesal con relleno de lagunas mediante las formas de creación de Derecho generalmente conocidas (*Verfassungsprozessrecht*, op. cit., pág. 620).

(135) DTCF 72, 122.

(136) Véase FLEURY: *Verfassungsprozessrecht*, Berlin, 1997, pág. 9.

(137) DTCF 6, 300 (303 y sigs.). Véase también la nota anterior. En mi opinión, como expondré más adelante, la mayoría de los supuestos encuadrables en el Derecho de ejecución no forman parte de la autonomía procesal.

Las objeciones más elaboradas provienen quizá de Schlaich, quien, en un comentario al libro de Zembsch (138), se pronuncia en contra de su tesis de la autonomía procesal. Tras reconocer que la obra tiene la virtud de resaltar la importancia del Derecho procesal constitucional, articula su crítica bajo distintos puntos de vista.

En primer lugar, critica que la cualidad de órgano constitucional no aparezca más que como fundamento adicional de la autonomía procesal, dando prioridad a las particularidades del Derecho procesal constitucional y a la existencia de lagunas conscientes en la LTCF, con el fin de ser rellenadas judicialmente.

Reconoce que Zembsch ha conseguido la observación y la descripción de una amplia libertad del TCF en la conformación de su actividad procesal. No coincide con él, sin embargo, en su inclusión en la categoría «autonomía» (139). Aquél se refiere a una libertad de decisión discrecional que se corresponde con la existencia de una ley conscientemente incompleta que sólo pretende ser vinculante a modo de marco jurídico. Del mismo modo, en los casos de ejercicio de la autonomía por la existencia de una autorización expresa (arts. 32, 34 y 35 LTCF), Zembsch se refiere a una «remisión legal a la discrecionalidad» («gesetzlicher Ermessensdelegation»). Pero discrecionalidad no es autonomía. Y para Schlaich es posible admitir la existencia de la primera, pero no de la segunda (140).

(138) *Op. cit.*, págs. 227 y sigs.

(139) SCHLAICH niega también la existencia de la autonomía procesal en su libro *Das Bundesverfassungsgericht* (München, 1997, págs. 42 y sigs.). En él se pone de relieve que el Tribunal se ha limitado siempre a rellenar las lagunas acudiendo a la analogía con el resto del Derecho procesal alemán y que nunca ha reivindicado para sí el señorío sobre el proceso (DTCF 68, 132 [143]). Considera desafortunada la expresión «*Herr seiner Verfahren*» que, pese a haber sido acuñada por el mismo Tribunal (DTCF 13, 54 [94]; 60, 175 [213]; 36,342 [357]), no se ha visto respaldada en la práctica por su actuación. Este autor mantiene además una posición contraria, no sólo respecto a Zembsch, sino también respecto a la doctrina tradicional, en relación con las lagunas de la LTCF. Éstas —opina—, son un defecto de la ley, no una prueba de la existencia de la «autonomía procesal» del TCF.

ENDEMANN (*op. cit.*, pág. 70), duda también de un concepto de autonomía procesal como categoría independiente del Derecho procesal constitucional.

(140) Ni la definición de Forsthoff («capacidad de crear normas vinculantes de Derecho objetivo»), ni la aportada por el autor («posibilidad de desarrollar jurídicamente los propios fines a través de una decisión de la voluntad») se consideran adecuadas al caso estudiado (ambas se contienen en la pág. 67 del libro de Zembsch, junto con la definición de autonomía en el Derecho privado). La primera por pertenecer al campo del poder estatal mediato (*Satzung*) y no tener nada que ver con el Derecho judicial del TCF. La segunda —entiende— no es de aplicación en el Derecho público.

No le convence tampoco la estrecha delimitación entre *verfahrensautonome Rechtsfortbildung* y perfeccionamiento hermenéutico *praeter legem* (que, a su vez, pretende saber diferenciar, no sólo gradualmente, de la interpretación). Se lleva a cabo muy esquemáticamente y sin tener en cuenta, ni la actual discusión sobre los métodos de interpretación constitucional, ni las particularidades del Derecho judicial. Advierte que, en los procesos constitucionales concretos, hermenéutica y «configuración política» («*politische Gestaltung*») o, dicho de otro modo, perfeccionamiento del Derecho *praeter legem* y «deliberaciones pseudolegislativas» («*legislativ-ähnliche Überlegungen*»), no son simples antónimos.

Como cuestión decisiva, se señala la conexión existente entre la complementación de la ley y las competencias establecidas en el artículo 93 LF. «Porque cuando le es encomendada una competencia al Tribunal, se le debe dotar también de un procedimiento para ello, y, en tanto ese procedimiento no esté previsto legalmente, el mismo Tribunal debe encontrar los principios jurídicos que sean necesarios para la consecución del proceso conforme a Derecho y al ordenamiento, sin los cuales el proceso no pueda llevarse a cabo. Más allá de ello no le está permitido al Tribunal completar la ley a través de reglas de procedimiento» (DTCF 4, 31, 37). Desde esta perspectiva, se opone a la idea de Zembsch de una autonomía procesal fundamentada sobre la única base del artículo 94.2 LF, que recaería plenamente bajo la reserva de ley y no vería garantizado constitucionalmente un núcleo esencial de «autonomía» que el legislador estuviera obligado a respetar. En opinión de Schlaich, Zembsch debería, si quiere ver asegurada su visión de la autonomía procesal del TCF, polemizar sobre el vigente artículo 94.2 LF y su autorización al legislador federal para regular la constitución y el procedimiento del TCF, atendiendo a su cualidad de órgano constitucional.

Schlaich propone entender la configuración del procedimiento como un corolario de las competencias. De este modo, el TCF puede acogerse al artículo 93.1 LF frente a las estrechas reglas procedimentales del legislador ordinario. Porque al legislador federal no le está permitido restringir las competencias jurídico constitucionales, cuya interpretación amplia o estricta es cosa del TCF. El artículo 93.1 LF es la *Charta Magna* del TCF. A través de este artículo lleva a cabo sus cometidos, en él queda asegurada la libertad (competencia) para la realización de sus funciones.

Schlaich desmonta todos los demás elementos que en opinión de Zembsch componen la base sobre la que se confirma la existencia de autonomía procesal. De acuerdo con éste, para las reglas de procedimiento desarrolladas autónomamente por el TCF rige el imperativo categórico, es decir, la pretensión de generalidad (*das Streben nach Allgemeinheit*). Pero ésta, se dice, rige en reali-

dad para todo Derecho judicial (141). Como vimos, el hecho de que el TCF frecuentemente no fundamente sus decisiones es para Zembsch un indicio que permite reconocer que el Tribunal en el caso particular no hace uso del perfeccionamiento del Derecho *praeter legem*, sino de la autonomía procesal; los eventuales argumentos aportados por el Tribunal serían comparables a la exposición de motivos de las leyes, en coherencia con su similitud a la legislación (*Legislativähnlichkeit*). Schlaich rechaza de plano esta idea, poniendo de manifiesto que, en la práctica, el TCF ha dispuesto decisiones procesales concretas al estilo de los decretos (142), mientras que, en otros casos, las reglas procesales son minuciosamente fundamentadas, sin que pueda deducirse de este proceder una diferencia de «fuentes jurídicas» o una particular intención del Tribunal. Los pronunciamientos judiciales, del tipo que sean, deben ser fundamentados; los «motivos» pertenecen funcionalmente a la esfera de un procedimiento completamente distinto: el de la producción legislativa.

En resumidas cuentas, Schlaich niega —frente a Zembsch— la posibilidad de hallar la diferencia entre el perfeccionamiento del Derecho *praeter legem* y el perfeccionamiento jurídico a través de la autonomía acudiendo a la jurisprudencia del TCF en materia de proceso. A su modo de ver, el Tribunal no aporta en ninguna parte conclusiones generales sobre su autorización para el perfeccionamiento autónomo del Derecho procesal. Zembsch echa de menos la sinceridad de éste en la diferenciación metódica entre autonomía procesal y los métodos actuales de interpretación y de la creación del Derecho (*Rechtsgewinnung*). Pero el Tribunal —considera Schlaich— no puede satisfacer esta expectativa, porque tiene una visión completamente diferente del asunto. Ha asumido simplemente el derecho de «desarrollar otros principios para su proceso» (DTCF 2,79, 84,86) y de «configurar libremente en un amplio margen su proceso» (DTCF 1, 396, 408). Pero no lo hace —como Zembsch formula— *sobre (über)* las líneas fundamentales diseñadas por la LF y por la LTCF, sino *a partir (aus)* de ellas (DTCF 2, 84), lo que quiere decir «mediante la analogía con el resto del Derecho procesal alemán» (DTCF 1, 109, 111) (143).

(141) En interés de la previsibilidad y la seguridad jurídica, a las reglas procesales descubiertas por el Tribunal —mantiene Zembsch— deben concedérsele la presunción *iuris tantum* de su aplicación; la carga de la argumentación para su revisión concierne al TCF. Pero Schlaich recuerda, citando a Esser, que todos los precedentes judiciales —sea cual sea el método a través del cual se obtienen— recaen bajo la amplia reserva de un mejor examen.

(142) A modo de ejemplo, DTCF 24, 299.

(143) En su libro *Das Bundesverfassungsgericht* (*op. cit.*, págs. 42-43) Schlaich reconoce que para la ejecución de sentencias el TCF cuenta, de hecho, con una mayor libertad de configuración (por este motivo se le ha denominado «señor de la ejecución»). Pero esta libertad —se afirma—, aparte de ser muy discutible, no lo convierte en dueño de su proceso ni niega la limitación general del Tribunal de acudir a la analogía para el relleno de lagunas.

Por último, muestra su rechazo a la diferenciación entre el Derecho procesal y el material. La autonomía procesal sólo tendría lugar en el desarrollo del Derecho procesal constitucional, pues en el Derecho material —entiende Zemsch—, el constituyente no ha dejado lagunas conscientes, no ha pensado siquiera en la necesidad de regulación (*Regelungsbedürftigkeit*); para el relleno de lagunas en esta área, el TCF está limitado a los actuales métodos de la hermenéutica jurídica. Por el contrario, Schlaich considera que con el «perfeccionamiento judicial convencional del Derecho» (*«konventioneller richterlicher Rechtsfortbildung»*) no basta tampoco para entender la actuación del TCF respecto al Derecho material. Se debería aplicar al TCF la misma autonomía reivindicada para el campo procesal, también al campo material; de otro modo, muchas decisiones del TCF no habrían podido ni debido dictarse, porque no pueden incluirse en la categoría del relleno de lagunas inconscientes. La visión del asunto de Zemsch, se afirma, supone una extraña y limitada representación del Derecho Constitucional que, en cualquier caso, no se corresponde con la jurisprudencia del TCF.

Las críticas a la idea de autonomía procesal, particularmente, el último aspecto al que hemos hecho referencia, parecen apuntar hacia un problema más amplio en el que encuadrar la cuestión de la autonomía procesal: los límites competenciales de la jurisdicción constitucional. Como enseguida veremos, Häberle y Engelmann arrojan algo de luz sobre éste, considerando el Derecho procesal constitucional como parte del Derecho Constitucional material, pero resaltando a la vez la particular importancia de los límites en el campo procesal.

IV. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La observación de esta libertad configuradora del TCF amplió la polémica a la cuestión del carácter del Derecho procesal constitucional de la mano, en primer lugar, de Häberle y, posteriormente, de Engelmann. Esa libertad, en opinión de estos autores, encuentra su justificación en la «autonomía del Derecho procesal constitucional». Parten de la «emancipación del Derecho procesal constitucional respecto al resto del Derecho procesal» sobre la base de la «interpretación jurídico-constitucional específica» que se deriva del Derecho procesal constitucional como «Derecho Constitucional concretado» (144).

(144) «La autonomía del Derecho procesal constitucional —en sentido amplio— es consecuencia de la específica configuración constitucional del TCF, así como de su interpretación «desde la LF». El Derecho procesal constitucional como Derecho Constitucional concretado significa necesariamente un cierto distanciamiento respecto de los demás órdenes procesales» (HÄBERLE: *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, en *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978, pág. 638).

Efectivamente, Häberle pone el acento en la especialidad del Derecho procesal constitucional frente a los demás órdenes procesales. Ésta se debe a la particularidad del objeto al que sirve: la Constitución (145). El hecho de ser el vehículo para la actualización del Derecho Constitucional (146) determina su carácter fuertemente «material» (147). La jurisdicción constitucional es una «función que forma parte del conjunto constitucional» («*Teilfunktion im Verfassungsganzen*») y, como tal, se inscribe en el complejo proceso de formación de la voluntad política. Por ello, el control judicial en la LF es un instituto que, pese a tener naturaleza procesal, pertenece al Derecho Constitucional material. Todo ello exige que el Derecho procesal constitucional sea considerado de forma autónoma respecto a los demás órdenes procesales, como un Derecho jurídico-constitucional específico, como «Derecho Constitucional concreto» (148).

De ahí se deduce que su interpretación deberá ser también diferente (149). El proceso constitucional ha de interpretarse «en conjunto» («*ganzhei-*

(145) Hay que recordar que Häberle mantiene un concepto de Constitución en sentido normativo-procedimental, como un ordenamiento abierto al Estado y la sociedad. Véase «*Die Verfassung des Pluralismus*», Athenäum, 1980; «*Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts*», en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, 1979, págs. 405 y sigs. (este trabajo fue publicado anteriormente en *JZ* 1973, S.451-455. Las citas aquí utilizadas se refieren, sin embargo, a la más reciente de las publicaciones, pues en ella se incluye un interesante análisis jurisprudencial sobre la «autonomía del Derecho procesal constitucional»), y «*Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*», en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, PETER HÄBERLE (Hrsg.): *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1976, págs. 1 y sigs. Esta teoría material-procesal de la Constitución se extiende también, como veremos, a su jurisdicción (véase *Die Eigenständigkeit...*, op. cit., pág. 409).

(146) En este sentido, lo califica también como Derecho político, en la medida que, en los conflictos estatales, sirve de «cauce» para alcanzar el consenso (*Grundprobleme...*, pág. 25).

(147) El significado jurídico-material de las normas procesales constitucionales se muestra ya desde la regulación del acceso al Tribunal, especialmente de la legitimación para interponer la demanda en el proceso de prohibición de los partidos políticos (art. 21.2 LF, §§ 13 núm. 2, 43 y sigs. LTCF). Véase *Grundprobleme...*, op. cit., págs. 36 y 37.

(148) *Grundprobleme...*, op. cit., pág. 23. Esta idea ha sido seguida y matizada por los discípulos de Häberle, especialmente, como veremos más adelante, por Engelmann. Véase, por ejemplo, *Die Eigenständigkeit...*, op. cit., pág. 405.

(149) Häberle concibe la interpretación como un proceso en el que el TC no está sólo (véase *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978). En él participan también los demás órganos que de un modo u otro intervienen en el proceso constitucional. De este modo, contribuyen a una interpretación más abierta y completa de la Constitución. Eso no supone de ningún modo la «parcialidad» del intérprete, ni falsea su tarea de concreción de la Constitución. Pero —advierte—, es necesario dejar de operar con un falso concepto apolítico de neutralidad (*Grundprobleme...*, op. cit., pág. 39).

tlich) (150). Además, es necesario interpretarlo en interdependencia con la Constitución material, pues en el Derecho procesal constitucional, de acuerdo con lo afirmado anteriormente, no existe apenas un mero problema «técnico» particular aislable del resto de la Constitución (151). Dado que sus principios están necesitados de desarrollo, el TCF, en tanto la LTCF no contenga una regulación completa, asumirá esta tarea a través de la interpretación sobre la base de la Constitución, de su comprensión material-procesal y de las reglas procesales generales de otros órdenes judiciales convenientemente adaptadas, es decir, basándose en la «autonomía del Derecho procesal constitucional» (152).

(150) Es decir, teniendo en cuenta, no sólo el «Derecho procesal constitucional en sentido estricto» (normas «de acceso», de recusación y, en definitiva, todas aquellas que regulan desde el principio hasta el final los procesos constitucionales) sino también el «Derecho procesal constitucional en sentido amplio» (normas que preceden al Derecho procesal constitucional en sentido estricto, por ejemplo, aquellas que regulan el modo de elección y nombramiento de los jueces). Más en general, Häberle propone una interpretación del Derecho constitucional como una unidad. Véase, por ejemplo, *Die Eigenständigkeit...*, op. cit., pág. 408.

(151) Así, se observa que los principios constitucionales como el pluralismo, la protección de las minorías, la división de poderes o la publicidad tienen su equivalente en los principios del Derecho procesal constitucional y la praxis del TC. Manifestaciones del pluralismo enunciado en la LF encuentra Häberle, por ejemplo, en las decisiones que se refieren a la determinación del círculo de legitimados activos y pasivos del proceso constitucional, en especial en los conflictos constitucionales y en el control de normas, por el grado de interés político-estatal en ellos contenido. La protección de las minorías —expresión del pluralismo— es una característica de la democracia, así como de la libertad individual y una de las tareas genuinas de la jurisdicción constitucional. Manifestaciones de ésta en el proceso constitucional se encuentran en la exigencia de una mayoría de dos tercios, tanto en el *Bundestag* como en el *Bundesrat*, para la elección de los magistrados del TC, o en el hecho de que un tercio de los miembros del *Bundestag* (tras del cual, en la práctica, se encuentra un partido político) pueda presentar un recurso de inconstitucionalidad. Ni que decir tiene que la división de poderes encuentra numerosas manifestaciones en el proceso constitucional, no sólo a través del pluralismo y la protección de las minorías, sino también en diversas normas de la LTCF (bastaría con recordar que al TC se le encomienda la resolución de los conflictos entre órganos constitucionales). Por último, entre las manifestaciones del principio de publicidad destaca la publicación de los votos particulares, así como determinadas previsiones de la LTCF (§ 28.2, 2; 26.2, etc.). Un análisis detallado del asunto se encuentra en *Grundprobleme*, op. cit., págs. 26-34. La óptima «traducción» y desarrollo de éstos es una tarea tanto del legislador como del juez constitucional y, a través de ellos, la jurisdicción constitucional se convierte en una forma de legitimación de la Constitución (por ejemplo, a través de sus garantías de publicidad, del modo de elección de los Magistrados, de la publicación de sus votos particulares, etc. Véase *Grundprobleme...*, op. cit., pág. 43).

(152) Häberle mantiene la existencia de una unidad metodológica en la interpretación constitucional, de forma que los métodos utilizados en la interpretación (abierto) del Derecho constitucional tienen su correspondencia en el Derecho procesal constitucional. La atención a la realidad y a las consecuencias de la decisión (*Wirklichkeits- und Folgenorientierung*), así como la actualización pública pluralista de la interpretación, tienen su reflejo en el proceso constitucional.

Esta actividad interpretativa requiere, pues, una cierta libertad, pero ha de someterse también a límites o «filtros». Estos son particularmente dos: el *Enumerationsprinzip* (competencias tasadas), y la regulación del acceso al Tribunal (legitimación para interponer la demanda y capacidad para ser parte): Los dos colocan la función «jurisdicción constitucional» en el sistema de contrapesos de la LF. Cuanto más libre es la jurisdicción constitucional en la interpretación constitucional, más poder de configuración desarrolla, pero siempre en el curso de su proceso, de un tipo concreto de proceso. Por eso, el *Enumerationsprinzip* es un gran instrumento contra la extralimitación de un Tribunal que «estira» sus competencias al controlar, no sólo atendiendo a la lesión constitucional denunciada, sino al carácter objetivo del proceso en su conjunto (153). Por su parte, las regulaciones del acceso al Tribunal determinan la interpretación constitucional, pues se le priva de iniciativa propia. Puede ser más o menos «activo» o imaginativo, pero una vez que ha comenzado un proceso (154).

La jurisprudencia del TCF responde, según Häberle, a este planteamiento interpretativo (155). El Tribunal —señala— manifiesta un concepto de sí mismo y de su Derecho procesal que posibilita una mayor autonomía en relación con los demás órdenes procesales en la configuración de su proceso mediante la interpretación constitucional y la toma de una posición en el orden político general (156). Al mismo tiempo, ha marcado el camino de su específica función en el conjunto político. Este autoconcepto del Tribunal, que comenzó a

Así, por ejemplo, en el *Enumerationsprinzip* en relación con el acceso al Tribunal o con la determinación de los interesados, en la utilización diferenciada de las posibilidades de información para cada tipo de proceso (§ 26 LTCF) o en la atención a la evolución social a través de una interpretación adecuada de la *Bindungswirkung*. En pocas palabras: en la concepción de la LTCF como una *ley de pluralismo y de participación* (*Grundprobleme*, op. cit., págs. 34 y sigs.). Además, los métodos de interpretación constitucional, en especial, la atención a la realidad, a las posibilidades y a las consecuencias de la decisión (que, a su vez, presuponen la información) deben hacer útiles las «técnicas» de inclusión de otros órganos constitucionales o grupos y de la publicidad en la formación de la voluntad judicial y en el proceso de decisión, pues, en su opinión, las consecuencias de las decisiones constitucionales no pueden ser «soportadas» exclusivamente por el TCF. (*Grundprobleme...*, op. cit., págs. 39-40). Sobre el TCF como «Tribunal social» («*Gesellschaftliches Gericht*») y «la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales», véase *Die Eigenständigkeit...*, op. cit., pág. 422.

(153) Las regulaciones competenciales se refieren a las posibilidades de formalizar un conflicto jurídico-constitucional. Son, al igual que el resto del Derecho procesal constitucional, *Konfliktsrecht*. Véase *Grundprobleme...*, op. cit., págs. 35-36.

(154) Por este motivo, la regulación de acceso es también Derecho político. Véase *Grundprobleme...*, op. cit., págs. 36.

(155) Véase *Die Eigenständigkeit...* y *Grundprobleme*, op. cit., págs. 43 y sigs.

(156) *Die Eigenständigkeit...*, op. cit., págs. 409-410.

manifestarse en su «Informe sobre el Status» de 1952, encuentra su piedra de toque en la Sentencia de 29 de mayo de 1973 (157). Esta Sentencia ha significado, según Häberle, un avance en el camino de una comprensión más fuertemente política («en el buen sentido») y más específica (desde un punto de vista jurídico-constitucional) del Derecho procesal constitucional. En ella se apuesta por una concepción autónoma, unitaria y material del llamado Derecho formal de la jurisdicción constitucional. En otras palabras, se apuesta por un entendimiento del «Derecho procesal constitucional como Derecho Constitucional concretado» y por una interpretación conjunta (*ganzheitlich*) del mismo (158).

Opina el autor que, también después de 1973, la evolución de la jurisprudencia constitucional refuerza la idea de la autonomía del Derecho procesal constitucional. El TCF lo ha desarrollado en el marco de la LF y de la LTCF como una parte del «*selbstgeschaffenes Recht*» (159).

(157) DTCF 35, 171, conocida generalmente como primera decisión *Rothman*, porque en ella se trataba de la recusación de un Magistrado del Tribunal con ese nombre.

(158) Esta particularidad del Derecho procesal constitucional se manifiesta en esta decisión en la que se señala la necesidad de interpretar (y de hecho, se interpreta) de forma distinta la imparcialidad de los Magistrados del TCF con vistas a su recusación. Para ello se consideran conjuntamente el modo de elección (el órgano que los elige, la mayoría requerida para ello, etc.), el *status* y la función de los Jueces constitucionales. En particular, la atención que se presta al procedimiento de elección de los miembros del Tribunal con una mayoría calificada por parte del *Bundestag* y del *Bundesrat*, supone para Häberle un entendimiento material del Derecho procesal material. La especialidad en la recusación se justifica en el «objeto, función y procedimiento (*Verfahren*) de la jurisdicción constitucional». Esta especial interpretación determina también el círculo de los legitimados para solicitar la recusación, en contraste con la jurisdicción ordinaria. Este autor considera que el entendimiento que el TCF tiene sobre la parcialidad (recusación) tiene un trasfondo jurídico material: que la LF le ha confiado una específica función en el conjunto del sistema político. Desde esta perspectiva, los preceptos sobre la recusación y la inhibición de los artículos 18 y 19 de la LTCF son garantías procesales de la función material de la jurisdicción constitucional. Ésta —señala— tiene que ser «imparcial» sin poder —¡ni deber!— ser «apolítica». Véase el comentario completo de esta sentencia en *Die Eigenständigkeit...*, op. cit.

(159) El autor analiza esta evolución hasta el año 1978 (véase *Die Eigenständigkeit...*, op. cit., págs. 415 y sigs.). En ella —observa— el Tribunal ha realizado una interpretación jurídico-constitucional de la LTCF específica, así como autónoma respecto a los demás órdenes procesales. También ha interpretado la LF desde un punto de vista procesal-material. Asimismo, ha llevado a cabo una interpretación conjunta e integradora de las normas particulares de la LTCF teniendo en cuenta su relación con el Derecho material y ha fortalecido y refinado los instrumentos de información y participación existentes en la misma. Véase el completo análisis y la jurisprudencia citada en *Die Eigenständigkeit...*, op. cit., págs. 413 y sigs. y *Grundprobleme...*, op. cit., págs. 43 y sigs., donde pueden observarse las alusiones del Tribunal a un «Derecho procesal particular», a una «regulación autónoma» acorde con la «especialidad» de su proceso, o al hecho de que el *ZPO* no puede ser recortado sistemáticamente, sino sólo de acuerdo con las especialidades

Las tesis de Häberle se ven completadas y matizadas por la aportación de Engelmann. También él concibe el Derecho procesal constitucional como «Derecho Constitucional concretado» (160). Pero la particular libertad del Tribunal para configurar su Derecho procesal no se justifica sólo por la especialidad de este Derecho, sino también por la especialidad del propio TCF; en particular, por su doble *status* como Tribunal y como órgano constitucional (161), que, junto con el objeto de su jurisdicción (162), lo distingue del resto de los Tribunales.

Ese doble *status* tiene su reflejo procesal, pues implica para el TCF determinados deberes a los que no están sometidos otros Tribunales superiores de la Federación (163). Respecto a las decisiones, le obliga a ser particularmente cuidadoso con sus resultados políticos, así como con su argumentación (164).

En íntima conexión con las especialidades procesales derivadas de la posición jurídica del TCF, se encuentran aquéllas impuestas por el objeto controlado. Así como cada materia jurídica exige sus métodos específicos de interpretación, cada rama judicial exige un específico Derecho procesal que se corres-

del procedimiento judicial constitucional. También se evidencia la tensión entre el *judicial self-restraint* y el activismo judicial, en relación con la intervención de otros órganos estatales en la actividad interpretativa, sin olvidarse de mostrar los distintos métodos y técnicas utilizados en ella.

(160) La comprensión del Derecho procesal constitucional depende, debido a su función de concreción, del Derecho constitucional. Su función principal es la defensa y realización de la Constitución formal. Es, por tanto, Derecho constitucional concretado: concreta la Constitución en el proceso, pues es el punto de relación de todas las garantías de la Constitución (véase ENGELMANN: *Prozessgrundsätze im Verfassungsprozessrecht*, Berlin, 1977, págs. 139 y sigs.). Esta concepción es, a su vez, parte constitutiva de la teoría material-procesal de la Constitución y de la jurisdicción constitucional (*Prozessgrundsätze...*, op. cit., pág. 151).

(161) Véase ENGELMANN: *Op. cit.*, págs. 94 y sigs.

(162) En las páginas 95 y siguientes de su obra ya citada explica por qué las decisiones del TCF son Derecho político: se trata de un Derecho de lo político, para lo político y sobre lo político. Consiste en hacer «política mediante interpretación constitucional». La jurisprudencia constitucional se sitúa así en el vértice del sistema de coordinación del Derecho y la política. Sin embargo, el autor admite que el Tribunal Constitucional lleva a cabo una función de jurisprudencia material, por lo que no puede ponerse en duda su condición de auténtico tribunal, con las especialidades lógicas impuestas por su objeto de control.

(163) En primer lugar, se traduce en la mayor publicidad que deben tener las actuaciones procesales del TCF. Por otro lado, exige que su relación con los demás órganos constitucionales se desarrolle conforme a determinados principios que podrían resumirse en la obligación de actuar lealmente frente a los demás órganos (*Grundsatz des organfreundlichen Verhaltens*). Además de las manifestaciones de carácter procesal, su doble *status* tiene también consecuencias de tipo organizativo, en particular en relación con la autonomía reglamentaria del Tribunal (véase ENGELMANN: *Op. cit.*, págs. 105 y sigs.).

(164) Véase ENGELMANN: *Op. cit.*, págs. 118 y sigs.

ponda con las particularidades de la situación jurídica material. En este sentido, es evidente la interrelación funcional entre Derecho procesal y material, donde al primero le corresponde una *dependencia estructural* (165). Pero la correcta interpretación del Derecho procesal no consiste exclusivamente en constatar esa dependencia, sino que exige además —como proponía Häberle— una interpretación «integral» («*ganzheitlich*») del Derecho Constitucional (166), lo que a su vez exige mantener una concepción jurídico-material del Derecho procesal constitucional, es decir, considerarlo como Derecho Constitucional material (167).

Engelmann se detiene en explicar las razones de tal consideración. Si por Constitución material se entiende «el orden jurídico fundamental del Estado», ésta abarca todas las normas básicas y principios directivos que actúan de mecanismos de integración y de acuerdo con los cuales se llevan a cabo las tareas estatales, independientemente de si están o no contenidos en la Constitución formal (168). El criterio para determinar la pertenencia al Derecho Constitucional material es el «significado fundamental» para la totalidad del Estado. El Derecho procesal constitucional contiene las reglas básicas del procedimiento del órgano constitucional superior que es el TCF. Por ello coincide en su significado con los reglamentos de los otros órganos constitucionales y encaja en el concepto clásico del Derecho Constitucional material. Completa, además, en importantes puntos el Derecho Constitucional formal, particularmente en relación con las competencias del Tribunal. En este sentido, le corresponde una

(165) La atención al Derecho material es una condición necesaria para la solución de problemas procesales, aunque también, al contrario, el conocimiento del Derecho procesal puede ser una condición de solución de problemas jurídico materiales. El Derecho material (constitucional) constituye, en el marco de la interpretación, la «precomprensión» («*Vorverständnis*») del Derecho procesal (constitucional). Pero, en ocasiones, la jurisprudencia hace depender el Derecho material del formal. Es el caso, por ejemplo, de la equiparación —que carece de fundamento desde una perspectiva jurídico-material— de los partidos políticos con los órganos constitucionales a efectos de su participación en el conflicto entre órganos (véase ENGELMANN: *Op. cit.*, págs. 127 y sigs.).

(166) Una «interpretación integral» que no se quede en las regulaciones particulares, viene exigida por el principio de «unidad de la Constitución» (véase ENGELMANN: *Op. cit.*, pág. 137).

(167) El Derecho constitucional y el formal —señala Engelmann— no tienen por qué contraponerse. Así, por ejemplo, el Derecho constitucional formal puede ser también Derecho administrativo material (véase ENGELMANN: *Op. cit.*, págs. 131 y sigs.).

(168) De este modo, se incluyen dentro del Derecho constitucional material, aun sin contar con el rango formal de Constitución, las normas sobre creación concreción y organización de los órganos constitucionales. Son Derecho constitucional material, por ejemplo, las leyes electorales, los *Geschäftsordnungen* de los órganos constitucionales superiores y las leyes de partidos políticos y de elección de jueces (véase ENGELMANN: *Op. cit.*, pág. 133).

importancia fundamental y ha de ser considerado como «ley constitucional en sentido material» (169).

De esta manera, se comprende que los principios procesales generales no encajen fácilmente en el Derecho procesal constitucional (170). La interpretación «integral» de la Constitución tiene como correlato necesario la libertad del TCF en la interpretación y concreción de su Derecho procesal, que es, como se ha dicho, desde el punto de vista material, Derecho Constitucional (171).

Esta posición doctrinal niega la *Verfahrensaautonomie* como una facultad distintiva del TCF en relación con los demás Tribunales. Acepta simplemente una mayor libertad de éste en la interpretación (también) en el ámbito procesal. Esa mayor libertad le ha llevado, en ocasiones, a negar la aplicación de los principios procesales generales a su proceso y a configurar de una forma más libre —dentro de los límites constitucionales— su Derecho procesal (172). Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto (173), con ella se obtienen las mis-

(169) El Derecho constitucional material, sin embargo, no puede derogar al formal, es jerárquicamente inferior, es «Derecho constitucional secundario» (es el «campo de pruebas» del Derecho constitucional formal futuro, pues el Derecho constitucional material de hoy puede ser el Derecho constitucional formal de mañana). Por ese motivo, en la interpretación del Derecho procesal constitucional se ha de anteponer el Derecho constitucional formal. Éste es *medida y límite* de la interpretación del Derecho procesal constitucional (el TCF no es, entonces, *Herr des Verfahrens*, sino que está vinculado a la LF). Véase ENGELMANN: *Op. cit.*, págs. 135 y sigs.

(170) En su obra ya citada, Engelmann realiza un amplio estudio de los principios procesales constitucionales y de la aplicación al proceso constitucional de los principios procesales generales (cuya aceptación indiscriminada ha sido negada por el TCF).

Los principios constitucionales procesales y los procesales generales son concebidos como «puntos de invasión» (*Einbruchstellen*) en la interpretación material del Derecho procesal constitucional. Con carácter general, el autor niega la naturaleza normativa de los principios procesales que no estén formulados expresamente en la ley ni comprendidos en la *ratio legis*. Sólo pueden ser entendidos como líneas directivas, como elementos que dotan de sentido a la norma jurídica (en contra, como se vio, Zembsch, que los considera límites de la *Verfahrensaautonomie*; *op. cit.*, págs. 99 y sigs.) y, en esa medida, contribuyen a la interpretación de normas y al relleno de lagunas en el Derecho procesal constitucional. Pero no deben ser introducidos aisladamente en la interpretación.

(171) La investigación de los principios procesales constitucionales manifiesta, para Engelmann, su relación con el Derecho material de la Constitución. De hecho, en su opinión, es necesario que los demás principios aplicables al proceso constitucional se orienten hacia la interpretación material (principio de interpretación material). Véase ENGELMANN: *Op. cit.*, págs. 144 y sigs.

(172) Engelmann niega la existencia de un «Derecho judicial» fundamentado sobre la categoría «autonomía procesal». La habilitación del Tribunal para rellenar las lagunas de la LTCF deriva, en su opinión, de la competencia para la decisión judicial. A su modo de ver, la expresión *Verfahrensaautonomie* es confusa, por lo que evita su utilización (véase ENGELMANN: *Op. cit.*, pág. 108, nota 99).

En este sentido, se manifiesta también HUND (*op. cit.*, págs. 391 y sigs.).

(173) Cfr. ECKART KLEIN: *Op. cit.*, págs. 62-63.

mas consecuencias que aceptando la autonomía procesal del TCF, pues, de hecho, permite una configuración «*quasi legislativa*» del Derecho procesal constitucional.

Al margen de las críticas recibidas (que veremos en el apartado siguiente), estos autores, con su propuesta de interpretar unitariamente la Constitución, llaman la atención sobre una cuestión que ya había sido apuntada por Schlaich: la posibilidad de plantear de forma unitaria los problemas de interpretación constitucional, en lo procesal o en lo material, desde el punto de vista de los límites competenciales de la jurisdicción constitucional.

V. LA CRÍTICA A LA TESIS DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Las críticas a la autonomía del Derecho procesal constitucional se centran fundamentalmente en el rechazo a la desvinculación de éste respecto al Derecho procesal general (174).

En este sentido, se ha mantenido (175), reinterpretando el concepto de autonomía, que ésta significaría la adscripción, por un lado, al Derecho Constitucional material y, por otro, a los principios procesales generales, porque sólo a través de ellos —y no de los otros ordenamientos procesales particulares— pueden rellenarse las lagunas. El Derecho procesal constitucional también es autónomo frente al mismo TCF. Éste puede rellenar lagunas exclusivamente donde el Derecho Constitucional material es claro y hay principios procesales generales y, por supuesto, siempre ante el silencio de la ley. Por último, la idea

(174) Más en general, Schlaich se opone a la idea de la autonomía del Derecho procesal constitucional y prefiere hablar de sus especialidades. Porque cuanto más abierta, indeterminada y amplia sea la norma a aplicar —lo que es predicable en especial medida de la Constitución—, más necesita el Tribunal un ordenamiento procesal cerrado que permita afirmar que sus decisiones son vinculantes. El procedimiento determinado de forma más o menos libre por el Tribunal no puede contar con legitimación ni tener poder de convicción, sino sólo el fijado previamente por el legislador. El propio Tribunal —recuerda— se ha referido a la «especialidad del proceso constitucional» (DTCF 32, 288 [291]; 88, 382 [383]), pero no a su «autonomía» (*Das Bundesverfassungsgericht*, München, 1997, págs. 43-44).

(175) ZUCK (*Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, München, 1988) acoge en parte la idea aportada ya por Schumann en el año 1973, según la cual esa desvinculación supondría «el final de una jurisdicción en materia constitucional» (*Einheit der Prozessordnung oder Befreiung des Verfassungsprozessrechts vom prozessualen Denken?*, JZ, 1973, pág. 489). La tesis de éste se resumía: «tanta autonomía como teleológicamente sea necesaria; tanta preservación del sistema procesal como sea posible».

de un Derecho procesal constitucional autónomo obliga también al legislador, de modo que únicamente puede actuar conforme a la «naturaleza del objeto Derecho procesal constitucional» («*Natur der Sache Verfassungsprozessrecht*»). Tan sólo en esa medida puede intervenir la ley en su configuración (176).

La incardinación del Derecho procesal constitucional en el Derecho procesal general (177) no supone para la doctrina, sin embargo, la negación de su especialidad (178). Y es precisamente esta especialidad la que justifica, para algunos autores, la particular libertad de configuración llevada a cabo por el TC en aquellos —y sólo en aquellos— casos en los que la solución a los problemas procesales planteados no puede ser ofrecida por otros ordenamientos (179). En estos casos, excepcionalmente, se admite que el TCF ejerce de hecho una competencia de configuración «*pseudolegislativa*» («*legislativ-ähnlich*») del Derecho procesal (180).

(176) Y, de esta manera, las normas del proceso constitucional pueden ser predecibles para los ciudadanos.

(177) Véase ECKART KLEIN: *Op. cit.*, págs. 59 y sigs. y *Verfassungsprozessrecht, AöR*, 108, Heft 4, 1983 (págs. 561 y sigs.), en especial, las páginas 618 y siguientes. La incardinación del Derecho procesal constitucional en el procesal general es, para este autor, indiscutible. Su «autonomía» se apoya en un concepto de Constitución como «proceso público» con el que Eckart Klein no coincide. Además —se dice— la teoría de la autonomía del Derecho procesal constitucional minusvalora las demás funciones que, junto con la de realización del Derecho constitucional, desempeña: el aseguramiento de la paz y la seguridad jurídicas, que no pueden ser consideradas separadamente de aquella (véase *Verfahrensmaximen...*, op., cit., págs. 63-64, y *Verfassungsprozessrecht...*, op. cit., págs. 631 y sigs.).

(178) Véase, por ejemplo, STERN (*op. cit.*, págs. 1028 y sigs.), quien considera que la aceptación de la autonomía del Derecho procesal constitucional no es inocua, pues el Derecho procesal contiene las cautelas básicas para encauzar la creación de Derecho material que le corresponde funcionalmente a un órgano judicial. Por ese motivo, estima conveniente que el Derecho procesal constitucional quede comprendido en el Derecho procesal general. Sin embargo, la aplicación de los principios generales y los de otros órdenes procesales sólo será admisible si son compatibles con las particularidades de la jurisdicción constitucional.

(179) Como la doctrina tradicional, Eckart Klein opina que el TCF, ante una laguna (consistente) de su Derecho procesal, debe acudir en primer lugar a la analogía con los otros ordenamientos procesales, pero no a cualquier precio, pues ha de atender a la finalidad de la ley y a las especialidades del proceso constitucional en el caso particular.

(180) ECKART KLEIN: *Verfahrensmaximen...*, op. cit., págs. 59 y sigs. y *Verfassungsprozessrecht...*, op. cit., págs. 561 y sigs.). Cita, por ejemplo, la interpretación y la aplicación (aunque el propio tenor literal ya conlleva una gran libertad de configuración) que del § 35 LTCF ha llevado a cabo. También (DTCF 21, 312 [328], Sala segunda), la publicación, sin ninguna base en la ley ni en la analogía, de la relación de los votos de la sentencia (STERN —*op. cit.*, pág. 1029—, considera dudosa la admisibilidad de esta publicación antes de la previsión de tal posibilidad en

VI. CONCLUSIÓN Y CRÍTICA

Después de todo lo dicho, nos interesa fijar la atención en algunas cuestiones que, desde nuestro punto de vista, resultan de particular relevancia.

Como se ha podido observar, *Verfahrensautonomie* y *Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts* son dos intentos de explicar un mismo fenómeno: la libertad demostrada por el TCF para desarrollar, más allá de lo dispuesto en la LTCF, su Derecho procesal (181).

Conforme a lo sostenido por la doctrina, el TCF está sometido a muchos límites en la realización de esta tarea, entre ellos, los principales, la ley y el principio de división de poderes. La LF (art. 94.2) ha encomendado la regulación del proceso constitucional a la Ley federal y no al Tribunal, por lo que la regulación de aquélla debe, en todo caso, respetarse. A falta de previsión de la Ley (182) y, de acuerdo con el principio de división de poderes, al TCF le corresponde actuar de forma adecuada a la función que la Constitución le ha asignado, la judicial y, por tanto, actuar como cualquier otro Tribunal en ese supuesto (183). Ha de buscar en el caso concreto, dentro del conjunto formado

el artículo 30.2 LTCF) y la inclusión, junto al fallo, de los votos particulares (DTCF 30, 1 [33 y sigs.]). Otro tanto ocurriría con el descubrimiento de las llamadas «sentencias de apelación» («*Apellentscheidungen*»: por ejemplo, DTCF 39,169).

Como veremos más adelante, en nuestra opinión, la mayoría de las decisiones con base en el § 35 LTCF, incluidas las «*Apellentscheidungen*» no son manifestación de autonomía procesal.

(181) Ya hemos visto que esta libertad tiene, según el autor que la analice, una extensión diversa, que va desde el simple recurso a la analogía, hasta la posibilidad de una configuración *pseudolegislativa*, pasando por la restricción de la misma a los supuestos referidos al § 35 LTCF.

(182) Esto supone que tampoco se pueda obtener la regla de ésta mediante la interpretación, es decir, que exista una laguna. El hecho de que esta laguna sea consciente o inconsciente me parece —aparte de difícil de averiguar— irrelevante en cuanto a la capacidad del TCF para rellenarla. Otra cosa es que se afirme, con carácter general, que la LTCF no contiene una regulación exhaustiva del proceso constitucional, lo cual es evidente. Esta falta de exhaustividad se comprende fácilmente si tenemos en cuenta que el proceso constitucional se integra en un ordenamiento procesal más amplio en el que pueden encontrar respuesta gran parte de las cuestiones no previstas expresamente por la Ley del Tribunal.

(183) De hecho, también los Tribunales ordinarios han de interpretar su regulación procesal para poder resolver de forma adecuada sobre la cuestión de fondo. Cuando los métodos tradicionales de interpretación no son suficientes para hallar el sentido adecuado de la norma, se procede a la integración a través, fundamentalmente, de la analogía. Véase, por ejemplo, STARCK: *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden, 1994. En este libro se hace referencia (págs. 218-223) a la *richterliche Rechtsfortbildung* llevada a cabo por el *Bundesgerichtshof* para estimar que un daño moral era indemnizable, cuando la ley (art. 249 *BGB*) se refería a la restitución en su naturaleza (*natürliche Wiederherstellung*, *Naturalrestitution*). En la DTCF 34, 269, de 14.02.73, la Sala primera declara que esa jurisprudencia de los Tribunales ordinarios no es contraria a la Constitución.

por los distintos ordenamientos procesales, los principios o reglas necesarios que mediante su aplicación analógica puedan completar la Ley (184). Debido a la especialidad del Derecho procesal constitucional, en ocasiones los métodos tradicionales de integración judicial del Derecho pueden no ser suficientes para colmar la laguna. Sólo en estos casos (185) —mantiene la doctrina— el TCF tendrá una mayor libertad para completar la LTCF, lo que debe hacer, igualmente, en el ejercicio de su función jurisdiccional y, por tanto, en el seno de un proceso concreto (186). De lo contrario, estaría ejerciendo una competencia (normativa) que no le corresponde a él, sino al legislador.

Pese a las dificultades en cuanto a su delimitación exacta, puede entenderse, finalmente, que el Tribunal Constitucional ejerce su «autonomía procesal» (187), como especialidad frente a los demás órganos judiciales y constitucionales, cuando realiza ese perfeccionamiento jurisdiccional de su regulación procesal más allá de los métodos judiciales tradicionales de interpretación e integración del Derecho (cuando se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional), creando reglas y principios proce-

(184) Por eso, entiendo que el Derecho procesal constitucional no puede considerarse autónomo, sino integrado en el conjunto del ordenamiento procesal.

(185) La especialidad del Derecho procesal constitucional es determinante en el ejercicio de esta libertad de configuración, como el propio TCF ha reconocido en alguna ocasión, pero no puede considerarse, en mi opinión, su fundamento.

(186) Es habitual que la doctrina alemana recuerde esa vinculación del TC al caso concreto. Véase, por ejemplo, MAHRENHOLZ: «Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht», en *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst – Konrad Hesse zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1990, págs. 53 y sigs. (pág. 53). El autor señala que la jurisdicción constitucional antes que cualquier otra cosa es jurisdicción y que como tal está vinculada al caso concreto.

(187) Utilizamos esta expresión porque resulta, sin duda, gráfica. En diversos lugares de este trabajo hemos manifestado, sin embargo, nuestras dudas en cuanto a su utilización como una categoría específica del Derecho procesal constitucional, por la dificultad que implica su detección en la práctica.

Además, el uso del concepto «autonomía procesal» ha sido criticado por distintos autores y es, por supuesto, problemático, pues tradicionalmente la autonomía se considera una fuente del Derecho público —pero no estatal— que el Estado remite a las personas jurídicas intraestatales del Derecho público (asociaciones personificadas organizadas e instituciones jurídico-públicas) a través de un acto específico de remisión (STARCK: «Autonomie und Grundrechte», en *AöR*, 92 Bd., 1967, págs. 449 y sigs. [pág. 449]). Siguiendo a Böckenförde, sería más adecuado considerar a la regulación procesal del TC como Derecho del Estado que deriva «de la realización de una competencia estatal» (*Die Organisationsgewalt in Bereich der Regierung, Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 18*, Berlín, 1964, pág. 120).

Tampoco hay que olvidar el estrecho margen en que puede actuar la libertad de configuración procesal del TCF.

sales generales más o menos estables (188), de acuerdo con consideraciones de oportunidad (189).

Como resalta Schlaich, el fundamento de esta «autonomía» ha de hallarse en las competencias que el artículo 93 de la Constitución le encomienda y que han de encontrar, de acuerdo con el mismo, cumplimiento (190). Entonces, al igual que los reglamentos de organización y funcionamiento interno, la «autonomía procesal» es una garantía de la independencia funcional del TCF (191) y, por ello, es una manifestación de la particular posición que el TCF ocupa en el ordenamiento alemán, como órgano constitucional que es además un Tribunal especial (192). Sin embargo, en este caso la doctrina ale-

(188) En este sentido, BLOMEYER: *Das Bundesverfassungsgericht und das Verfahrensrecht*, MDR 2, 1953, págs. 65 y sigs.

Aunque los principios procesales fijados por el TCF en sus sentencias gozan de cierta estabilidad, ésta no viene exigida jurídicamente. Ya vimos que, en tanto no estén incluidos en la *ratio decidendi*, no vinculan al Tribunal y, en tanto no lo estén en el fallo, tampoco cuentan con fuerza de ley. Por su parte, si una Sala estimara conveniente modificar los principios o reglas creados por la otra, podría hacerlo sin ningún problema, pues la LTCF (§ 16) sólo exige la convocatoria del Pleno cuando una Sala pretenda separarse de una concepción jurídica *fundamental* para el fallo fijada con anterioridad por la otra Sala (así lo considera NIEBLER: «Plenarentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gemäß § 16 BVerfGG», en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens - Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München, 1993, págs. 801 y sigs. [pág. 803]).

(189) Y por ello pueda hablarse, no sin cautelas —porque, como ya hemos dicho, tiene un alcance muy limitado y porque, como señala Schlaich, en el proceso constitucional hermenéutica y «configuración política» no son simples antónimos—, de una «capacidad *pseudolegislativa*».

(190) El artículo 93 no es sólo fundamento de esa libertad, sino también límite, porque en su apartado segundo reserva a las leyes federales la adjudicación de competencias, impidiendo así que a través de la configuración de su proceso el Tribunal se haga con la competencia de las competencias.

(191) Por tanto, también es un instrumento al servicio del óptimo cumplimiento de sus funciones (véase, en este sentido, ENGELMANN: *Op. cit.*, pág. 133). Desde este punto de vista, encuentra pleno sentido la distinción «*innere Geschäftsordnung / äussere Geschäftsordnung*» (a la que nos referimos antes) que, para la doctrina alemana, sería impensable respecto a cualquier otro órgano constitucional. El especial *status* de este órgano determina que además de contar con la autonomía reglamentaria, común a cualquier otro órgano constitucional, cuente con esta «autonomía procesal». La propia potestad reglamentaria de los órganos constitucionales presenta muchas diferencias, de acuerdo con su respectiva posición en el ordenamiento.

(192) Véase G. ROELLECKE: «Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*; CHRISTIAN STARCK (Hrsg.): Bd. II, Tübingen, 1976, págs. 22 y sigs. (pág. 49). Se destaca que la enorme diferencia del potencial argumentativo (en general) del Tribunal Constitucional respecto al de los otros Tribunales se deriva, en primer lugar, de la particular posición del BVerfG en la organización judicial.

mana separa —en mi opinión, de forma artificiosa— ambas condiciones. La razón, a mi modo de ver, se halla en la salvaguarda del dogma de los reglamentos de los órganos constitucionales como normas de efectos exclusivamente *ad intra* (193). El TCF regula cuestiones de su actividad procesal (por tanto, con efectos *ad extra*) pero no lo hace en un reglamento, sino en sus pronunciamientos judiciales y no por ser órgano constitucional, sino por ser Tribunal (194).

Sea como sea, la doctrina alemana ha prestado poca atención a esta libertad (195), si tenemos en cuenta sus importantes consecuencias. Diversas reformas de la LTCF han tenido su origen en configuraciones llevadas a cabo por el Tribunal en sus decisiones (196). Asimismo, son numerosas las reglas procesa-

Considero que ni en cuanto a su fundamento ni en lo que se refiere a sus límites es posible separar ambas condiciones, pues determinan conjuntamente al TCF como órgano estatal y condicionan, en consonancia con la regulación positiva, su participación en la configuración del ordenamiento.

(193) Esta concepción, que ha servido para delimitar los ámbitos respectivos de los reglamentos parlamentarios y la ley, no parece adecuarse a la realidad actual de la autonomía normativa de los órganos constitucionales.

A diferencia de lo que ocurre en Alemania, el ordenamiento italiano prevé expresamente (art. 22 de la Ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87) que la Corte Constitucional puede desarrollar su regulación procesal mediante reglamentos (las denominadas *norme integrative*). Asimismo, la doctrina mayoritaria de este país no muestra reparos a la eficacia *ad extra* de estas normas, siempre y cuando sea necesario para la independencia del órgano. Véase, entre otros, SANDULLI: «Sulla “posizione” della Corte costituzionale nel sistema degli Organi Supremi dello Stato», *RTDP*, 1960, págs. 705 y sigs.; NOCILLA: «Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale», *Giur. cost.*, 1968, tomo II, págs. 1980 y sigs.

(194) En contra de la posición mayoritaria de la doctrina alemana, considero que la determinación apriorística del alcance de la potestad reglamentaria de los órganos constitucionales complica innecesariamente las cosas. Más adecuado me parece atender a las funciones concretas de cada órgano para determinar el margen de aquélla, pues, al fin y al cabo, la autonomía reglamentaria es un instrumento al servicio de la funcionalidad del órgano.

(195) Esta falta de atención doctrinal puede extenderse al Derecho procesal constitucional en general, como denuncia STERN (*op. cit.*, págs. 1028 y sigs.).

(196) Es el caso, por ejemplo, de la Cuarta Ley de Reforma de la LTCF de 21 de diciembre de 1970, en la que se introduce la posibilidad de que las decisiones del Tribunal contengan votos particulares y la relación de votos por la que se adoptan (§ 30.2), que con anterioridad a la reforma se habían adjuntado ya en varias decisiones del Tribunal (DTCF 21, 312; 30,1). En esta misma reforma se especifica que la exteriorización de una opinión científica no puede considerarse una causa de recusación de un Magistrado del Tribunal (§ 18.3 núm.2), especificación que tiene su origen en las DTCF 1, 66 (68 y sigs.) y 2, 295 (298). Véase HÄBERLE: *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, *op. cit.*, nota 10 de la pág. 632, donde se citan numerosos ejemplos de artículos de la LTCF cuya introducción ha venido provocada por la jurisprudencia del TC.

les creadas *ex novo* por el TCF, cuya aplicación al proceso constitucional es generalmente admitida por los comentaristas de la LTFCF (197).

Además, algunos problemas actuales en torno a las relaciones de la jurisdicción constitucional con el legislador tienen su origen en la «autonomía procesal» del TC. Más concretamente en los primeros pronunciamientos sobre el alcance del § 35 LTFCF (198). Recordemos que el TC ha concebido este artículo —desmarcándose así del Derecho procesal general— como una autorización para realizar una ordenación determinante y configuradora de la ejecución, decidiendo tanto sobre cuestiones concretas como generales. El Tribunal se ha atribuido esta tarea con carácter general, en el campo procesal y en el material, convirtiéndose así en «señor de la ejecución» (199).

Desde esta perspectiva (máxime si recordamos que ya se había declarado no vinculado a las reglas competenciales de los *Länder* y de la Constitución), no puede extrañar que el Tribunal se haya considerado capacitado, por ejemplo, para dictar «sentencias apelativas», en las que exhorta al legislador —con o sin fijación de plazo— para que dicte una nueva regulación acorde con la LF (200). Éstas presentan varios grados de intromisión en el campo del legislador en función de si contienen indicaciones sobre el contenido posible o ne-

(197) Véase, por todos, FRANZ KLEIN: *Op. cit.*, págs. 3 y sigs., ejemplos en relación con el desistimiento, conversión y modificación de demandas, separación y unión de procesos, etc. El propio TCF se ha referido expresamente a la «*richterlicher Rechtsfortbildung des Verfahrensrechts*» (E 47, 146 [157 y sigs.]).

Podríamos afirmar así, que la interpretación y complementación procesal del Tribunal, una vez producida, forma una unidad con la ley (véase SCHLAICH: —*Buchbesprechung*, *op. cit.*, pág. 228—, que se refiere a la necesaria unión, en este caso, del Derecho judicial y el legal; G. ZEMBSCH: *Op. cit.*, pág. 78).

(198) La polémica doctrinal en torno a estos problemas es amplia. Véanse, entre otros, KLEUKER: *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1993; HARTWIG: «Die zukünftige Position des Bundesverfassungsgerichts im staatsrechtlichen Gefüge der Bundesrepublik Deutschland», en *Das Bundesverfassungsgericht*, PIAZOLO (Hrsg), Mainz-München, 1995, págs. 165 y sigs.; SÄCKER: «Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht. —Das Bundesverfassungsgericht und die Legislative—», en *Das Bundesverfassungsgericht*, PIAZOLO (Hrsg), Mainz-München, 1995, págs. 189 y sigs.; LAUMEN: *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG*, Peter Lang, 1997; WEBER: Capítulo correspondiente a Alemania en el libro colectivo *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual* (AJA, ed.), Barcelona, 1998, págs. 53 y sigs.

(199) DTFCF 6, 300 (304). Véase el epígrafe dedicado a la tesis de Zembsch.

(200) Se trata de supuestos en los que el TC considera que la norma es todavía constitucional pero que puede devenir inconstitucional en un futuro más o menos próximo (véanse, por ejemplo, DTFCF 16, 130; 21, 12; 25, 167; 33, 1; 83, 130; 85, 264; 87, 154.). Es, por tanto una medida preventiva, para que el legislador evite la inconstitucionalidad o la nulidad de sus regulaciones. Véase WEBER: *Op. cit.*, pág. 80.

cesario de la regulación legal, o únicamente reclaman al legislador una actividad futura.

También se ha considerado legitimado para establecer regulaciones positivas frente al legislativo, en particular, para dictar regulaciones transitorias cuando se ha declarado la nulidad de una ley (201).

Ni las indicaciones ni las regulaciones aludidas constituyen «autonomía procesal» (202), sino que son la consecuencia de aplicar las configuraciones procesales «auténticas» realizadas con anterioridad por el TC (203) en relación con el § 35. Esta constatación permite poner de manifiesto una vez más la estrecha relación existente entre Derecho procesal y material en la jurisprudencia constitucional y, con ello, cuestionar la mayor libertad que, desde algunos sectores doctrinales, se concede al Tribunal para su configuración procesal.

La doctrina actual se ha preocupado por el efecto, aunque no lo ha conectado con la causa. De un lado se sitúan aquellos que, asumiendo el concepto amplio de ejecución planteado por el TC, consideran el § 35 LTCF como fundamento bastante para llevar a cabo esas indicaciones y regulaciones interinas (204). De otro, se encuentran aquellos que niegan que aquel concepto justifique la invasión de las funciones del legislativo y la relegación de las cámaras a una actividad ejecutiva subordinada (205).

En definitiva, la visión que de estos problemas se tenga y, en general, de aquellos que plantean los límites de la jurisdicción constitucional depende de la concepción que se mantenga respecto a la posición del Tribunal Constitucio-

(201) El ejemplo más llamativo es, sin duda, la llamada segunda sentencia sobre el aborto de 25 de mayo de 1993 (DTCF 88, 203). Véase también, entre otras muchas: DTCF 84,9.

(202) Pues como manifiesta ENGELMANN: *Prozessgrundsätze*, págs. 123 y 128, el Derecho procesal incluye todas aquellas normas que regulan el proceso llevado a cabo frente a un Tribunal que está dirigido a una decisión judicial, pero no la creación de normas materiales. Por eso, no podemos estar de acuerdo con aquellos que identifican la «autonomía procesal» con esas decisiones (véase nota 98).

(203) El Tribunal, por tanto, en estos supuestos, no ejerce una libertad de configuración procesal, sino unas facultades para las que ya se declaró competente con carácter general.

(204) Véase, por ejemplo, LAUMEN (*op. cit.*, págs. 100 y sigs.) que, sin hacer ninguna mención expresa a la «autonomía procesal» del TC considera que tales regulaciones no invaden la competencia del legislador en su núcleo y, por tanto, no supone una intromisión ilegítima en su libertad de configuración. Éste es libre para fijar una situación jurídica diferente que también sea acorde con la Constitución, dejando así sin efecto la providencia de ejecución del BVerfG. Sólo cuando el legislador lo estime oportuno puede adoptar la propuesta del Tribunal, por lo que no existe un bloqueo de su política.

(205) Por eso se habla de «regulación de emergencia sustitutiva del legislador» y de «legislación judicial sustitutiva» (SÄCKER: *Op. cit.*, págs. 189 y sigs., pág. 212).

nal dentro del esquema de la división de poderes (206). Es claro que el TCF, desde el principio, mostrando su libertad de integración de la LTCF y realizando la delimitación abstracta de sus facultades, entre ellas, las contenidas en el § 35 LTCF, ha partido de una concepción de sí mismo muy alejada de la simple idea de legislador negativo (207), mantenida tradicionalmente por la doctrina. Esta concepción se ha visto reflejada también, consecuentemente, en la adopción de medidas concretas en ejercicio de esas facultades. Esto ha sido así especialmente en aquellas materias de particular relevancia constitucional, como los derechos fundamentales, en las que se ha exigido un control más estrecho del legislador y, con ello, la adopción de las medidas necesarias de acuerdo con las exigencias de la Constitución. El TCF encuentra actualmente nuevos campos de «expansión» en los medios de telecomunicación y otros sectores que se encuentran en continua evolución, lo que impide al legislador dar respuesta puntual a sus problemas. También, sin duda, en el proceso de progresiva integración europea (208). Por ello, es previsible que el Tribunal en el futuro siga creando «Derecho» (209).

Las críticas a esta «expansión» nacen necesariamente de la falta de concordancia entre la idea que del TCF —como legislador negativo— se mantiene (y que no coincide con la que él tiene de sí mismo) y la realidad que se deduce de su práctica judicial (que lo configura en ocasiones como «legislador positivo»).

Ante esta constatación, puede resultar de interés, como se ha propuesto recientemente en relación con los Tribunales Constitucionales europeos en general, la búsqueda de un sistema teórico-práctico flexible, más adecuado a la realidad de la justicia constitucional actual que incluya también la fijación de sus fronteras (210). Tal labor exige partir del estudio profundo del *status* del Tri-

(206) Véase HANS H. KLEIN (*op. cit.*, pág. 42), para quien el TCF cuenta, como correlato necesario de sus competencias jurisdiccionales y la amplia eficacia de sus decisiones, con una competencia de regulación autónoma (*selbständige Regelungskompetenz*) derivada del artículo 35 BVerfGG. Pero hay que comprobar en cada caso si se está usurpando el papel del legislador y para ello es necesario acudir al principio de división de poderes.

(207) Este autoconcepto lo ha venido manifestando desde el Informe sobre su *Status*, realizado en el año 1952, al que ya hemos hecho referencia. Véase también la afirmación realizada por la Presidenta del TCF en su discurso de investidura en noviembre de 1994: «La interpretación de la Constitución no puede ser una operación puramente lógica. Mucho más, en cambio, es también creación de Derecho».

(208) Sirva como anticipo la DTCF 89, 155.

(209) Véase HARTWIG (*op. cit.*, págs. 181 y sigs.): tradicionalmente el Tribunal ha sido muy creador donde el legislador se muestra más inactivo. Así en el campo del Derecho laboral. También en otros campos tan importantes como el Derecho financiero y el de los seguros sociales.

(210) Véanse las conclusiones generales del libro de AJA ya citado (págs. 257 y sigs.).

bunal Constitucional como órgano constitucional en el marco de una visión renovada de la división de poderes (211). Evidentemente, tal tarea supera con mucho el objeto de este trabajo. Su planteamiento, sin embargo, obliga a deshacerse ya de determinadas preconcepciones que no se adecuan a la realidad y, *junto a esto, invita a una reflexión global sobre los límites de la jurisdicción constitucional que permita comprender mejor muchos de sus problemas, entre ellos, la llamada «autonomía procesal».*

(211) En último término, esta adaptación requiere la decisión del legislativo (o, en su caso, del constituyente) que ha de optar por un modelo determinado de TC. La ley (o la Constitución) puede restringir las facultades de configuración del TC, como ocurre, por ejemplo, en Austria, donde el TC sólo puede determinar el plazo de cesación de la vigencia de la ley inconstitucional y, con ello, el momento en que la regulación anterior ha de entrar nuevamente en vigor. No se plantea en Austria el problema del «vacío jurídico», porque la propia Constitución determina que el Derecho anterior ha de entrar en vigor siempre que se declare la nulidad de una ley. Pero las reformas legislativas o constitucionales pueden también introducir instrumentos que doten de flexibilidad a las relaciones entre el TC y el legislador, de forma que la actividad de ambos pueda verse complementada (véase nota anterior).