

JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES ORDINARIOS (*)

CHRISTIAN STARCK

SUMARIO: I. LOS RECURSOS DE AMPARO CONTRA SENTENCIAS Y LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS: 1. *Los recursos de amparo contra sentencias como remedio jurídico extraordinario.* 2. *La posición de los tribunales ordinarios en la Ley Fundamental.* 3. *Las fórmulas de delimitación de la intervención del Tribunal constitucional.*—II. LAS FÓRMULAS DE DELIMITACIÓN Y SU APLICACIÓN: 1. *Violación del «Derecho constitucional específico».* 2. *Ejemplos de la jurisprudencia.* 3. *Conclusión parcial.*—III. NUEVO SENTIDO Y SOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PRÁCTICAS: 1. *La Constitución como marco y tipo de control:* a) *Carácter marco de la Constitución.* b) *La intensidad del control constitucional.* 2. *Fuerza vinculante de las decisiones sobre recursos de amparo contra sentencias.*

I. LOS RECURSOS DE AMPARO CONTRA SENTENCIAS Y LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

La discusión crítica sobre la jurisdicción constitucional ha estado dominada en Alemania por el control de las normas. Esto se debe a que el control constitucional de las leyes parlamentarias por parte del Tribunal afecta a la división de poderes, a la distinción entre la función política del Parlamento y la función de control jurídico de los Tribunales constitucionales (1). Según la interpretación que haga el Tribunal constitucional de la Constitución, especial-

(*) Texto abreviado por el autor de la ponencia pronunciada en las LXI Jornadas de juristas alemanes, en Karlsruhe (18 de noviembre de 1996). La versión completa se publica junto con la discusión en *Verhandlungen des 61. Deutsche Juristentag*, vol. II/1, Munich, 1996, págs. O 27-O 42; recapitulación final del debate hecha por el ponente en vol. II/2, Munich, 1996, págs.) O 114-O 121. Una versión ampliada aparece en *Juristen Zeitung*, 1996, págs. 1.033 y sigs. Traducción a cargo de MARÍA J. ROCA, profesora titular de la Universidad de Vigo.

(1) CHRISTIAN STARCK: *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, págs. 33, 52 y sigs.

mente de los derechos fundamentales, la libertad de estructuración política del Parlamento es más o menos amplia. Pero la cuestión que se esconde en el tema «jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios» afecta a la función de los parlamentos en todo caso de modo mediato. Es decir, tiene poco que ver con la clásica división de poderes. Se trata de la delimitación de competencias dentro del poder judicial (2), al que pertenece el Tribunal constitucional a pesar de su posición como órgano constitucional (art. 1 de la Ley sobre el Tribunal constitucional federal). Esta problemática sólo puede surgir en ordenamientos jurídicos, en los cuales, junto a la jurisdicción ordinaria, que en Alemania está dividida en cinco ramas (art. 95.1 de la Ley Fundamental de Bonn), existe también un Tribunal constitucional competente para controlar la adecuación a la Constitución de las sentencias de los tribunales ordinarios en respuesta a la interposición de un recurso individual. Hasta donde alcanza mi conocimiento, esta situación se produce sólo en España, fuera de Alemania. Esta problemática se discute intensamente en Alemania, pero también ha sido vista en España (3). El siguiente análisis y propuesta de solución, referidos a Alemania, pretende contribuir a reconocer las consecuencias del problema a tiempo y así poder evitarlo.

1. *Los recursos de amparo contra sentencias como remedio jurídico extraordinario*

Para nuestra problemática sólo son de interés los procedimientos de los recursos de amparo contra decisiones judiciales que han sido dictadas sobre la base de una ley constitucional. Estos son los recursos de amparo contra sentencias (4) en sentido «puro». Pues en la medida en que con ocasión de un recurso de amparo se declara inconstitucional la ley que la sentencia aplicó, no se trata de un control de la sentencia, sino de la ley, con cuya declaración de nulidad también decae la sentencia impugnada, sin que sea controlado el acto de aplicación de la ley.

(2) Cfr. FRITZ OSSENBÜHL: «Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria (1977)», en IDEM: *Freiheit, Verantwortung, Kompetenz*, 1994, pág. 201, no estamos de acuerdo en que la delimitación atañe sólo a cuestiones de adecuación al fin, cfr. también pág. 212.

(3) F. RUBIO LLORENTE: «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 1992, págs. 34 y sigs. y ya antes, IDEM: «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley orgánica 6/1988)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 60, 1988, págs. 507 y sigs.

(4) Empleo esta expresión también cuando se recurren autos judiciales, no sólo sentencias.

La protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo frente a decisiones judiciales tiene lugar dentro del conjunto del sistema regulado por la Constitución y las leyes. El recurso «puro» frente a las decisiones judiciales garantiza, a quienes buscan su derecho, una ulterior posibilidad de protección jurídica, es decir una segunda, tercera o incluso cuarta «instancia» más allá de las instancias previstas por las leyes de enjuiciamiento civil y criminal y por el Derecho que regula el poder judicial. A pesar de que el recurso de amparo contra decisiones judiciales con fuerza jurídica sirve de instrumento para la protección jurídica del individuo, el Tribunal constitucional, acertadamente, no lo cuenta entre las vías jurídicas ordinarias (5). El recurso de amparo creado (6) en 1951 mediante ley y constitucionalizado (7) en 1969 es un instrumento jurídico extraordinario (8). Así lo caracterizó el Tribunal constitucional federal en 1978 desde una perspectiva procesal (1.º) y organizativa (2.º) (9):

(1.º) «El recurso de amparo se concede al ciudadano sólo y cuando otras posibilidades procesales para eliminar lo impugnado por el recurso han sido agotadas. Este recurso es un remedio jurídico último y subsidiario. El recurrente debe en primer lugar hacer todo lo posible, para que cualquier lesión de los derechos fundamentales sea remediada en el trámite ordinario. Está obligado a agotar todos los medios jurídicos y sólo entonces puede dirigirse al Tribunal constitucional. (2.º) Por otra parte, el agotamiento de la vía jurídica ordinaria no es sólo requisito procesal; el principio de subsidiariedad contiene al mismo tiempo una expresión fundamental sobre la relación de los tribunales ordinarios respecto del Tribunal constitucional. Según la distribución de competencias de la Ley fundamental, se atribuye en primer lugar a los tribunales de primera instancia la tarea de garantizar y asentar los derechos fundamentales. Así se expresa la importan-

(5) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 79, pág. 365.

(6) Artículo 93.2 de la Ley Fundamental de Bonn («el Tribunal constitucional federal actuará, asimismo, en los demás casos que le fueran conferidos por ley federal») en relación con los artículos 90 y sigs. de la Ley del Tribunal constitucional federal.

(7) Artículo 93.1, «El Tribunal constitucional conoce núm. 4.a), de los recursos de amparo por inconstitucionalidad que pueden ser interpuestos por cualquiera que se considere lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en el artículo 20, inciso 4, o en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104» a tenor del artículo 19 de la Ley para la Reforma de la Ley Fundamental de 29 de enero de 1969 (*Bundgesetzblatt I*, pág. 97).

(8) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 18, págs. 315 y 325; vol. 33, págs. 247, 258 y sigs.; vol. 49, págs. 252 y 258 = *Juristen Zeitung*, 1979, pág. 96.

(9) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 49, págs. 252 y 258 = *Juristen Zeitung*, 1979, pág. 96.

cia que la Constitución reconoce al poder judicial para decidir sobre derechos fundamentales».

2. *La posición de los tribunales ordinarios en la Ley Fundamental*

Los tribunales ordinarios, que a tenor del artículo 1.3 de la Ley fundamental de Bonn (10) están vinculados a los derechos fundamentales como Derecho directamente aplicable, no pueden lesionar los derechos fundamentales en la aplicación de leyes constitucionales (11). La relación entre el Tribunal constitucional y los tribunales ordinarios, según se desprende de las consideraciones del Tribunal constitucional, encuentra en la propia Ley Fundamental una clara impronta.

Así, la Ley Fundamental de Bonn incluye la institución de los Tribunales superiores de la Federación (art. 95.1) y la formación de una Sala conjunta de estos tribunales, «para garantizar la unidad de la jurisprudencia» (art. 95.3 de la Ley Fundamental de Bonn). Su función como tribunales de revisión es asegurar esa unidad dentro del ámbito de su competencia, es decir la unidad de la aplicación del Derecho federal. A éste pertenece también el respeto de los derechos fundamentales en la interpretación y aplicación de las leyes aplicables al caso (12), en virtud del artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn.

En la instancia de revisión del procedimiento judicial son elaborados criterios generales para la decisión de futuros casos concretos, que también podrían estar previstos en la ley. Esta actividad de los tribunales de revisión se debe al hecho de que las leyes no sólo son más o menos incompletas en relación con el caso concreto, sino que incluso en relación a su normativa general pueden presentar lagunas. Con base en el conocimiento de una pluralidad de casos, que el legislador no pudo conocer, el juez de revisión está en condiciones de poder mejorar, precisar, o introducir matices en la ley, dicho brevemente: de hacer de la jurisprudencia fuente del Derecho (13) y con ello

(10) Artículo 1.3, « Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable.»

(11) Si el Tribunal ordinario considera que una ley, de cuya validez depende su decisión, es inconstitucional, debe someterla al control del Tribunal constitucional (art. 100.1 de la Ley Fundamental de Bonn).

(12) Así, la jurisprudencia constante, últimamente con toda claridad *Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts* 14. 5. 1996-2 BvR 1516/1993 = *Juristen Zeitung Sonderheft*, 1996, págs. 38 y 52 = *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, págs. 739 y 747 columna izquierda.

(13) PETER BADURA: «Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts», en *Verhandlungen des deutschen Sozialgerichtsverbandes*, 1973, págs. 42 y 52; JÖRN IPSEN: *Richterrecht und Verfassung*, 1975, *passim*.

completarlo (14). Esta tarea es encomendada expresamente a los tribunales de revisión en las leyes de enjuiciamiento alemanas.

Son, pues, en primera línea los tribunales de revisión —y en caso de divergencias entre ellos, la Sala conjunta superior—, quienes deben asegurar el respeto a los derechos fundamentales en la interpretación y aplicación de las leyes específicas. Esto no puede ser de otro modo, a la vista de la multitud de procedimientos y de la sobrecarga de trabajo del Tribunal constitucional federal. A ello se añade lo siguiente: la decisión constitucional en favor de una jurisdicción ordinaria separada en ramas según las materias jurídicas, contenida en el artículo 95.1 de la Ley Fundamental de Bonn, conduce a la correspondiente formación de un conjunto de jueces, que además de la formación jurídica general, con el transcurso de la propia carrera judicial, adquiere un alto grado de conocimiento del Derecho específico y de las relaciones vitales que dominan en ese ámbito. La distribución de competencias materiales entre los tribunales, que está ya prevista en la Constitución, es un presupuesto fundamental, en cuyo marco hay que entender la vinculación de los tribunales a los derechos fundamentales. También la Sala conjunta es un órgano judicial con competencias materiales determinadas, incluso en la medida en que se trata de la interpretación de derechos fundamentales, porque está ocupada por jueces y decide sobre discrepancias judiciales.

3. *Las fórmulas de delimitación de la intervención del Tribunal constitucional*

Consideradas las cosas desde este punto de partida, cada decisión del Tribunal constitucional sobre un recurso de amparo «puro» contra sentencias judiciales está ante el peligro de adoptar una decisión que en el fondo sea una revisión ulterior —se habla de una superrevisión— o de decidir de nuevo sobre la determinación y valoración de los hechos; es decir abrir una superinstancia para determinar los hechos. El Tribunal constitucional ya detectó este proble-

(14) KARL LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.^a ed., 1975, págs. 350 y sigs.; UWE DIEDERICHSEN: *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, 1974, págs. 49; STARCK (nota 1), págs. 80 y sigs., 87 y sigs.; sobre el entendimiento de los Tribunales acerca de sí mismos cfr.: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 34, págs. 269, 288 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1973, págs. 662, 666 (KÜBLER); vol. 49, págs. 304 y 318 = *Juristen Zeitung*, 1979, págs. 60, 61 (STARCK); vol. 69, págs. 188, 203 = *Juristen Zeitung*, 1985, pág. 673; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 3, págs. 308 y 315; *Entscheidungen des Bundessozialgerichts*, vol. 2, págs. 164, 168 y sigs.

ma en su primera jurisprudencia (15), ha intentado racionalizarlo a lo largo de ella y también se discute constantemente sobre ello en la doctrina (16).

En un caso en el que se trataba de una agresión en la libertad personal durante un proceso penal (art. 2.2, lín. 2 y art. 104.1 de la Ley Fundamental) (17) el Tribunal constitucional federal declaró claramente lo siguiente (18):

«La organización del procedimiento, la fijación y valoración de los hechos probados, la interpretación de las leyes y su aplicación al caso concreto son (...) en principio cuestión exclusiva de los tribunales penales y el control posterior por el Tribunal constitucional federal está excluido, a menos que haya sido lesionado el Derecho constitucional específico.»

Esta fórmula se repitió en el ámbito del Derecho administrativo en 1964 en el Auto sobre la vista de los autos en materia de patentes (19). Esta fórmula es empleada también hoy en las decisiones (20).

En la sentencia sobre el caso Lüht de 1958 (21), se decía que el Tribunal constitucional tiene que probar

«si el tribunal ordinario ha juzgado correctamente la amplitud y la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho civil. De aquí se deriva al mismo tiempo el límite del control posterior: no es competencia propia del Tribunal constitucional probar en toda su extensión si las sentencias de los tribunales civiles contienen un error jurídico; el Tribunal constitucional tiene exclusivamente que juzgar el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Derecho civil y hacer valer también aquí el contenido axio-

(15) Cfr., ante todo, la fundamentada exposición de DIETER LINCKE: «Die Bedeutung der „Eingriffsintensität“ für den Umfang der Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1986, págs. 60 y sigs.

(16) Una presentación conjunta de los trabajos más importantes, en WERNER HEUN: *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992, págs. 31 y sigs., especialmente, nota 89.

(17) Artículo 2.2, *in medio*: «Estos derechos sólo podrán ser limitados en virtud de una ley.» Artículo 104.1: «La libertad de la persona podrá ser limitada únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescritas en la misma. Las personas detenidas no deberán ser maltratadas ni física ni psicológicamente.»

(18) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 1, págs. 418 y 420.

(19) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 18, págs. 85, 92; vol. 21, págs. 209 y 216; cfr. también desde el punto de vista de la valoración de lo probado (*Beweiswürdigung*), *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 13, págs. 318 y 325.

(20) Últimamente en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 87, págs. 48 y 63.

(21) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, págs. 198, 207 = *Juristen Zeitung*, 1958, págs. 119-120 (sobre ello B. WOLFF, pág. 202).

lógico de los principios constitucionales. El sentido de la institución del recurso de amparo es que todos los actos del poder legislativo, ejecutivo y judicial deben ser controlados desde el punto de vista de su adecuación a los derechos fundamentales (art. 90 de la ley del Tribunal constitucional federal) (22). Ni está el Tribunal constitucional federal llamado a actuar como instancia de revisión o superrevisión respecto a los tribunales civiles, ni puede, exceptuado el control general de tales decisiones, prescindir de conocer cuando aflore el desconocimiento de normas y criterios fundamentales».

II. LAS FÓRMULAS DE DELIMITACIÓN Y SU APLICACIÓN

1. *Violación de «Derecho constitucional específico»*

La limitación de su competencia de control contenida en los pronunciamientos aquí citados del Tribunal constitucional parece a primera vista razonable, en lo que se refiere a la organización del procedimiento, a la fijación del supuesto de hecho y a la interpretación de las leyes, pues se esfuerza abiertamente en tener en cuenta que los tribunales ordinarios permanezcan con sus competencias clásicas de fijar los hechos probados y de interpretar las leyes para aplicarlas a éstos. Pero el significado de estos pronunciamientos depende de cómo se entiendan las fórmulas: «lesión del Derecho constitucional específico» y «desconocimiento de normas y criterios fundamentales».

Estas fórmulas quedan abiertas en su contenido, en parte son poco claras y no pueden, al contrario de lo que parece, limitar el control posterior del Tribunal constitucional federal ni de algún modo dirigirlo, pues el propio Tribunal determina la interpretación de los derechos fundamentales, es decir, su contenido.

En primer término, ¿qué significa Derecho constitucional específico? El Derecho constitucional, que sirve al Tribunal constitucional como criterio para

(22) Artículo 90 (legitimación activa): 1. «Cualquiera que afirme ser lesionado por los poderes públicos en sus derechos fundamentales o en los derechos contenidos en los artículos 20.4.º, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley fundamental puede interponer recurso ante el Tribunal Constitucional Federal.

2. Si está abierta la vía jurídica ordinaria contra la violación, sólo se puede interponer el recurso de amparo una vez agotada esta vía. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal puede decidir inmediatamente sobre el agotamiento de la vía jurídica ordinaria de un recurso de amparo interpuesto, cuando tiene una relevancia general o cuando del agotamiento previo de la vía jurídica ordinaria se produjera para el recurrente un perjuicio grave e inevitable.

3. Permanece inalterado el derecho a interponer recurso de amparo ante el Tribunal constitucional del *Land* a tenor del Derecho constitucional del *Land*».

su actividad de control, es de rango superior respecto al Derecho ordinario. El empleo del atributo «específico» no sirve para delimitar al conjunto del Derecho constitucional. Si se trata de excluir el Derecho ordinario que concreta el Derecho constitucional, entonces es algo evidente, pues no se trata de Derecho constitucional. En la medida en que esta fórmula trata de excluir del concepto de violación constitucional la simple nulidad (23), la expresión Derecho constitucional específico afirma que sólo una violación directa puede conducir al resultado de un recurso de amparo contra sentencias. Derecho constitucional específico no dice pues nada específico, sino que significa lo mismo que Derecho constitucional (24) que se contraviene de manera directa o específica.

Con *Derecho constitucional* se está pensando en primer lugar en los derechos fundamentales, pues un recurso de amparo sólo es admisible cuando resultan violados los derechos fundamentales. Dicho más exactamente, se piensa en los derechos fundamentales y en los derechos enumerados en el artículo 93.1.º, núm. 4a de la Ley Fundamental (25). Este artículo se refiere a los derechos fundamentales de carácter procesal, que suponen pretensiones en el proceso judicial y a los derechos fundamentales de carácter material, que tienen influencia en el contenido de las decisiones de los tribunales ordinarios. Qué criterios se deducen en especial de los derechos fundamentales de carácter material, es una cuestión que atañe a la interpretación de los derechos fundamentales (26), que, como es conocido, ha llevado a múltiples variantes (27) y que aún inspira la creatividad jurídica y suscita sorpresas cada día, que en no raras ocasiones son confirmadas por el Tribunal constitucional. Los criterios contenidos en los derechos fundamentales se hacen cada vez más densos. Los derechos fundamentales crecen como arrecifes de coral. Las concreciones le-

(23) Cfr. sobre ello HANS-JÜRGEN PAPIER: «Spezifisches Verfassungsrecht» und «einfaches Recht» als Argumentationsformeln des Bundesverfassungsgerichts, en STARCK (ed.): *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, 1976, págs. 433 y sigs.; ULRICH STEINWEDEL: «Spezifisches Verfassungsrecht» und «einfaches Recht», 1976, págs. 58 y sigs.; WOLF-RÜDIGER SCHENKE: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, 1987, pág. 31.

(24) Sobre ello, OSSENBÜHL (nota 2), pág. 208; KLAUS SCHLAICH: *Das Bundesverfassungsgericht*, 3.ª ed., 1994, núm. marginal 273.

(25) Artículo 93.1.º núm. 4a: «De los recursos de amparo por inconstitucionalidad que pueden ser interpuestos por cualquiera que se considere lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en el artículo 20, inciso 4; o en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104.»

(26) Cfr. OSSENBÜHL (nota 2), pág. 209.

(27) En el mismo sentido, la afirmación de JÖRG BERKEMANN: «Das Bundesverfassungsgericht und "seine" Fachgerichtsbarkeiten», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, págs. 1.028 y 1.033.

gales de los derechos fundamentales se desarrollan como *standards* constitucionales (28) e impiden cualquier paso constitucional hacia atrás, como suele decirse con sugestiva influencia política, para impedir una vuelta atrás en los derechos fundamentales. La Constitución pierde con ello paulatinamente su carácter marco y parece exigir una optimización. Volveremos sobre ello.

2. Ejemplos de la jurisprudencia

a) En la Sentencia sobre el caso Lüth de 1958 (29) se determinó el significado jurídico objetivo de los derechos fundamentales y su «efecto de irradiación» (*Ausstrahlungswirkung*) sobre el Derecho civil; con ello se adoptó una postura positiva respecto a la eficacia directa hacia terceros (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales. Según esto, los tribunales civiles están obligados a respetar los derechos fundamentales como líneas directrices (30) en la interpretación y aplicación de cláusulas generales y otros conceptos indeterminados de la ley (31). La relación recíproca entre los derechos fundamentales del artículo 5.1 de la Ley Fundamental y los límites de las «leyes generales» no la ha comprendido el Tribunal constitucional (32) como una limitación unilateral de la vigencia de los derechos fundamentales a través de las leyes generales. El Tribunal ha adoptado un efecto recíproco (*Wechselwirkung*) en el sentido de

«que las “leyes generales”, ciertamente, establecen límites a los derechos fundamentales en sentido literal; pero, por su parte, las leyes generales deben ser interpretadas a partir del reconocimiento que este derecho fundamental tiene para establecer los valores en el Estado liberal democrático, y así, la eficacia limitada

(28) Así lo advierte KONRAD HESSE: «Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel», en *Juristen Zeitung*, 1995, págs. 265 y 268.

(29) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, págs. 198, 207 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1958, págs. 119-120 y sigs.

(30) Así, en continuidad con la Sentencia sobre el caso Lüth, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 89, págs. 214 y 229 = *Juristen Zeitung*, 1994, págs. 408 y sigs. (WIEDEMANN) artículos 138 y 242 del Código civil relativos al contrato de fianza; sobre esto, VOLKMAR GÖTZ: «Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Zivilrecht», en HEYDE y STARCK (eds.): *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte*, 1990, págs. 39 y sigs.

(31) K. STERN: *Staatsrecht*, vol. III/1, 1988, § 76 III 3 b, va todavía más allá y exige también que las lagunas de la ley y la interpretación conforme a la Constitución sean realizadas según los criterios de los derechos fundamentales.

(32) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, págs. 198, 208 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1958, págs. 119 y 121.

de las leyes generales para la delimitación de los derechos fundamentales, debe ser recortada nuevamente».

La necesaria ponderación de bienes que ello lleva consigo ha sido descrita así por el Tribunal constitucional federal:

«El derecho a la libertad de expresión debe ceder cuando a través de la actividad de libertad de expresión resultaren lesionados otros intereses dignos de protección de rango superior. Si estos intereses superiores de otros están presentes, ha de valorarse atendiendo a todas las circunstancias del caso (¡sic!)».

Con ello no se dijo necesariamente que el Tribunal constitucional federal mismo quisiera indagar todas las circunstancias del caso, pero con esta cláusula se dejó abierta en 1958 la posibilidad de entrar a controlar plenamente la fijación de los hechos y la valoración de los mismos hecha por los tribunales ordinarios.

Con relación a la facultad de interponer recurso de amparo se ha adoptado lo siguiente: Si el juez desconoce el contenido normativo del derecho fundamental, entonces no sólo atenta contra el Derecho constitucional objetivo, sino que, en cuanto titular del poder público, lesiona con su sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto el ciudadano tiene derecho. Tiene lugar, pues, una mutación, no fundamentada con más detalle, de la decisión jurídico-objetiva acerca de los valores, que se inserta en los derechos fundamentales, en una pretensión *jurídico-subjetiva* (33). Sólo entonces se abre la posibilidad del recurso de amparo. Puesto que esta consecuencia es tan decisiva, tanto más importante hubiera sido probar por qué del aspecto jurídico objetivo de los derechos fundamentales, que existe junto a su primitivo significado como derechos subjetivos, ahora nuevamente deben derivarse derechos subjetivos.

En la sentencia sobre el caso Lüth, el Tribunal constitucional federal dice expresamente que, a pesar de la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado, «una controversia entre particulares sobre derechos y deberes sobre los cuales tienen influencia principalmente las normas de Derecho civil (permanece) como una controversia sometida al Derecho civil y procesal civil» (34). Con ello se deja ver un flanco que otra vía de argumentación hu-

(33) Sobre un proceder parecido en materia de los deberes de protección jurídico-objetiva, cfr. la posición crítica de CHRISTIAN STARCK: *Praxis der Verfassungsauslegung*, 1994, págs. 64 y sigs., 70 y sigs.

(34) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, págs. 198 y 205 = *Juristen Zeitung*, 1958, págs. 119-120.

biera puesto a disposición: el deber de los tribunales civiles de observar el aspecto de Derecho objetivo de los derechos fundamentales en la interpretación y aplicación de las cláusulas generales de Derecho civil. Esto significa plena protección judicial para asegurar las valoraciones de los derechos fundamentales extensibles en el Derecho civil (35), al menos en las tres instancias ante los tribunales civiles. Pero a falta de un derecho subjetivo fundamental, el Tribunal constitucional federal podía haber deducido la inadmisibilidad de los recursos de amparo que se dirigen contra la violación material de los derechos fundamentales en la interpretación y aplicación de normas del tráfico jurídico privado.

No proseguiré aquí con esta consideración, pues me parece sencillamente irrealizable después de cuarenta años de aplicación de la doctrina del caso Lüth. Pero quizá produzca frutos, en la medida en que da ánimos, para imaginarse una fijación de los hechos por parte de los tribunales encargados de la instrucción del sumario independiente y vinculante en última instancia, que conduce a la interdicción de la arbitrariedad y a la realización de la idea de los derechos fundamentales como derecho objetivo por los tribunales civiles. Volvemos sobre ello.

b) Como segundo ejemplo de una interpretación inesperada trataré el conflicto entre la libertad de expresión y la protección del honor, decidido en la jurisdicción ordinaria, tanto civil como penal. El artículo 5.1.1 garantiza el derecho a la libertad de expresión. Este derecho encuentra sus límites, entre otros, en el «derecho al honor personal» (art. 5.2). El Tribunal constitucional federal coloca este límite, positivizado expresamente en la Ley Fundamental (36), al mismo nivel que los límites de las leyes generales y lo somete a la teoría del efecto recíproco (*Wechselwirkungstheorie*) (37). Esta fue desarrollada, no obstante, para los límites de las leyes generales. El problema, conocido en la sentencia del caso Lüth, consistía en que no debía concederse a las leyes generales ordinarias la posibilidad de relativizar la amplitud material de la libertad de expresión (38). Puesto que no se puede excluir que de las leyes gene-

(35) Así, desde otro punto de partida, en v. MANGOLDT, KLEIN y STARCK, *Grundgesetz*, 3.ª ed., 1985, vol. I, artículo 1, núm. marginal 200.

(36) Así, también, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 19, págs. 73-74 = *Juristen Zeitung*, 1965, pág. 443; vol. 42, págs. 143 y 152 = *Juristen Zeitung*, 1976, págs. 589 y 591.

(37) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 42, págs. 143 y 150 = *Juristen Zeitung*, 1976, págs. 593-594; vol. 47, págs. 130 y 141; vol. 54, págs. 129 y 136; vol. 69, págs. 257, 269 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1985, pág. 837 (SCHNEIDER); vol. 82, págs. 272 y 280 = *Juristen Zeitung*, 1990, pág. 1.072 (TETTINGER).

(38) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, págs. 198 y 208 = *Juristen Zeitung*, 1958, págs. 119 y 121.

rales (39) se deriven límites para la libertad de expresión, que no son necesarios con relación a la protección legítima de bienes jurídicos, hay que considerar el alto significado de la libertad de expresión para el Estado democrático, es decir, hay que proceder según la teoría del efecto recíproco (véase *supra* II 2 a).

Este proceder está prohibido aquí por la especificidad de los límites materiales expresamente mencionados en el artículo 5.2 de la Ley Fundamental. Estos aparecen fijados en las prescripciones legales para la protección de la juventud e, igualmente, en las prescripciones legales sobre el «derecho al honor personal» y en el artículo 193 del Código penal con la asunción de intereses legítimos, es decir, también con la libertad de expresión. La expresa mención de la protección del honor en el artículo 5.2 de la Ley Fundamental prohíbe rebajarlo al nivel de las leyes generales.

c) Como tercer ejemplo (40) elijo la jurisprudencia sobre el *derecho de asilo*. También aquí introduce el Tribunal constitucional federal su control frecuentemente con la fórmula de 1952 (41), y continúa: al contrario de lo que ocurre en el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el Derecho ordinario, el control constitucional no puede limitarse aquí a si la interpretación y aplicación de la ley del procedimiento de asilo se basa en una consideración incorrecta del significado de este derecho fundamental. La titularidad del derecho de asilo depende directamente de la interpretación del concepto contenido en la descripción del supuesto hecho de «perseguido por razones políticas», que los tribunales ordinarios deben comprender y adecuar conforme a los hechos del caso concreto (42). Por eso, el Tribunal constitucional federal tiene que controlar las valoraciones jurídicas y de hecho del tribunal administrativo en relación con los hechos probados. Puesto que el recurso de amparo no abre ninguna instancia ulterior de revisión de los hechos probados, el Tribunal constitucional federal controla exclusivamente las faltas de las decisiones judiciales, que pudieran cuestionar el derecho fundamental. Con ello no se pro-

(39) Sobre el concepto véanse MANGOLDT, KLEIN y STARCK (nota 35), artículo 5, núm. marginal 120 y sigs.

(40) La diversidad de los problemas en relación con la jurisdicción administrativa ha sido expuesta por HORST SENDLER: «Die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Anforderungen an die verwaltungsrechtliche Kontrolle», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1994, págs. 1.089-1.101.

(41) Cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 76, págs. 143, 161 y sigs.; vol. 83, págs. 216 y 234; últimamente la decisión de la Sección 2 BvR 521/1996, de 26 de julio, también sobre lo siguiente.

(42) Cfr., al respecto, MICHAEL BERTRAMS: «Zur Überprüfung gerichtlicher Asyl-Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, págs. 1.226 y 1.228.

duce un reconocimiento de un radio de acción de los tribunales no controlable por el Tribunal constitucional en la interpretación del Derecho constitucional mismo, pero sí la adjudicación de un «cierto marco de valoración» en la consideración de los hechos probados y en la aplicación del Derecho. Puesto que en la consideración de los elementos del supuesto de hecho del derecho de asilo son necesarios, en no raras ocasiones, pronósticos sobre el desarrollo previsible de las relaciones dadas.

Ese «cierto marco de valoración» atribuido a los tribunales administrativos no ofrece una delimitación de competencias útil entre Tribunal constitucional federal y tribunales administrativos, como tampoco lo ofrece la fórmula de 1952. Con la imprecisión expresada mediante el atributo «cierto» se ha reservado el Tribunal constitucional federal la posibilidad de una intromisión ilimitada en las decisiones de los tribunales administrativos sobre el derecho de asilo. De modo parecido a lo que sucede en los casos de libertad de expresión, el Tribunal constitucional federal se ha convertido en la instancia superior de revisión del supuesto de hecho, sustrayendo así al tribunal administrativo superior la tarea que tiene atribuida por ley de completar el Derecho y de asegurar la unidad de la jurisprudencia de los tribunales administrativos. Las intromisiones incalculables del Tribunal constitucional federal en la fijación del supuesto de hecho y la aplicación del Derecho en materia de asilo mediante la confusa fórmula «cierto marco de valoración» dañan la autoridad judicial de los tribunales administrativos hasta alcanzar al Tribunal administrativo federal (43).

3. *Conclusión parcial*

El Tribunal constitucional se ha provisto, poco a poco, con el paso del tiempo de un instrumentario para muchos inadvertido:

- 1.º con la teoría del efecto recíproco, en cuyo marco todas las circunstancias del caso deben investigarse;
- 2.º con la subjetivización del significado objetivo de los derechos fundamentales;
- 3.º con el desconocimiento de la protección del honor como un bien jurídico expresamente protegido por la Constitución;
- 4.º haciendo uso de la pretensión de controlar plenamente la fijación de los hechos, en los casos de inmisión grave especialmente necesitados de protección o de la especial peculiaridad del respectivo derecho fundamental;

(43) En este sentido, BERTRAMS (nota 42), pág. 1.229.

5.º reservándose la decisión de sus posibilidades de intervenir según la situación del caso concreto y

6.º con el principio de proporcionalidad, exigente hasta los detalles, en los recursos de amparo contra sentencias.

Con estos instrumentos, el Tribunal constitucional puede controlar cualquier caso decidido por el tribunal competente en la materia, apelando a sus primeras decisiones sobre los criterios de los derechos fundamentales, como puede controlar un juez encargado de instruir el sumario o un tribunal de revisión (44) y, a pesar de ello, incluso suscitar la impresión de que actúa de conformidad con el sistema. Sólo depende de en qué ámbito concreto el Tribunal constitucional considere necesaria su intervención.

También en los casos aquí no tratados de responsabilidad (45), alquiler (46) y fianza (47), se ha manifestado con claridad que sentencias de los tribunales civiles en el ámbito del Derecho contractual pueden estar sometidas a la valoración del Tribunal constitucional con los mencionados instrumentos de control, siempre que el Tribunal constitucional piense que se ha producido una llamada situación de desigualdad (48). Lo propio cabe imaginarse, sin dificultades, en la aplicación del Derecho real, cuando se trata, por ejemplo, de la adquisición o la pérdida de la propiedad mediante mezcla o trabajo adicional, de la relación entre propietario y poseedor o de distintas relaciones de servicio. Los conflictos de intereses regulados por el Código civil pueden ser elevados arbitrariamente a colisión entre derechos fundamentales y, con ello, quedar sometidos a la cognición del Tribunal constitucional federal.

Cada ejercicio de la discrecionalidad constitucional y cada concreción por parte de la Administración de un ámbito de decisión que tenga reconocido,

(44) BERKEMANN (nota 27), pág. 1.032, lamenta la posibilidad incontrolada de intromisión del Tribunal Constitucional federal.

(45) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 49, págs. 304, 316 y 323; vol. 52, págs. 131, 143 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1979, págs. 596-597.

(46) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 89, págs. 1 y 5 y sigs., 9 y sigs.

(47) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 89, págs. 214 y 229 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1994, págs. 408 y sigs.

(48) Cfr., en sentido crítico, UWE DIEDERICHSEN: «Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht», en STARCK (ed.): *Die Rangordnung der Gesetze*, 1995, págs. 39, 92 y sigs.; WOLFGANG ZÖLLNER: «Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht», en *Archiv für die civilistische Praxis*, 196, 1996, págs. 1 y sigs.; FRITZ RITTNER: «Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, págs. 3330 y sigs.; JOACHIM GERNHUBER: «Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit», en *Juristen Zeitung*, 1995, págs. 1.086 y sigs.; REINHOLD SINGER: «Vertragsfreiheit, Grundrechte und Schutz des Menschen vor sich selbst», en *Juristen Zeitung*, 1995, pág. 1.133.

pueden ser elevados por el Tribunal constitucional al nivel del *Derecho constitucional* a través de la permanente relación con los derechos fundamentales y a través del principio de proporcionalidad, y en consecuencia controlados (49).

Cuanto más se enreda el Tribunal constitucional en el control de tales cuestiones puntuales, cuanto más entra en los detalles de la determinación del supuesto de hecho, cuanto más busca la adecuación al caso concreto y cuanto más controla la interpretación de la ley, tanto más adolecen sus decisiones de errores. El Tribunal no dispone de los instrumentos para la fijación del supuesto de hecho, le falta principalmente la experiencia de los tribunales competentes en la aplicación de las leyes especiales de cada materia, que tienen relaciones recíprocas entre sí, como por ejemplo el Derecho civil con el Derecho procesal. Las interdependencias dogmáticas y la practicabilidad del Derecho ordinario (50) no son tenidas en cuenta con frecuencia.

Las inmisiones del Tribunal constitucional en la interpretación y aplicación del Derecho ordinario han experimentado un amplio frente de críticas. De ello resulta, como han mostrado los últimos años, su considerable pérdida de prestigio ante la opinión pública —lo cual influye especialmente a largo plazo— y ante los jueces de la jurisdicción ordinaria. Pero puesto que la autoridad del Tribunal constitucional federal es irrenunciable para la estabilidad social, el Tribunal tiene que asumir sus competencias de modo que su prestigio no se vea mermado en el futuro.

III. NUEVO SENTIDO Y SOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PRÁCTICAS

1. *La Constitución como marco y tipo de control*

a) *Carácter marco de la Constitución*

La distribución de funciones entre el Tribunal constitucional federal y los tribunales ordinarios se basa en una relación jurídico-material; esto es, la relación entre Constitución, ley y aplicación de la ley. La Constitución representa un marco para el legislador, es decir, no exige de modo absoluto determinadas regulaciones legales, sino que solamente pone límites al legislador (51). El

(49) Cfr., al respecto, especialmente, a SENDLER (nota 40), págs. 1.090 y sigs.

(50) RAINER WAHL: «Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1984, págs. 403, 407; STERN (nota 31), § 76 III 2 b; HESSE (nota 28), pág. 268.

(51) Cfr., en este sentido, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: «Methoden der Verfassungssinterpretation», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, págs. 2.089 y 2.091; RAINER WAHL:

buen orden constitucional consiste precisamente en que no todo está regulado por la Constitución, de modo que con ello quede abierto el necesario campo de acción para los órganos competentes del Estado. El *proceso político* en el Estado constitucional exige que las cuestiones sustanciales estén sometidas a la decisión de la mayoría y que no sea decidido todo a través de la interpretación de la Constitución. La adecuada asunción de *la función de los tribunales ordinarios*, que consiste en aplicar el Derecho al caso concreto, exige así mismo un campo de juego, que las leyes garantizan y deben garantizar en diversa medida.

El Tribunal constitucional, que controla los actos del Estado conforme a la Constitución, debe pensar desde la misma, es decir de acuerdo con su carácter marco, y considerar que la Constitución se puede completar o —como se oye frecuentemente (52)— concretar de modo diferente. Si concretar es sinónimo de completar, no es necesaria aclaración alguna. Pero desgraciadamente la palabra concretar no es especialmente clara y tiene para muchos autores un significado adicional, a través del cual los márgenes de acción de la legislación y la jurisprudencia se reducen con el tiempo: La Constitución es desarrollada, reflexionada, realizada, cumplida, optimizada y así sucesivamente por el legislador y la jurisprudencia. Tales concepciones conducen a completar la Constitución con las concreciones legales y judiciales, especialmente si son consideradas como óptimas e insinúan que la decisión de justicia del caso concreto se deriva directamente de la Constitución. Por el contrario, la interpretación correcta es la siguiente: las concreciones tienen lugar dentro del carácter marco de la Constitución y no lo determinan, *ex novo*, cada vez.

En el adecuado equilibrio legal o judicial entre las posiciones de libertad garantizadas con carácter de derecho fundamental y los deberes constitucionales de protección, la aplicación del principio de proporcionalidad no debe conducir a que sólo una solución —la óptima— sea constitucional, a que las exigencias de la prohibición de desproporción por exceso (*Übermaßverbot*) o por defecto (*Untermaßverbot*) se encuentren en un punto (53). Un determinismo constitucional de este tipo desconocería el carácter marco de la Constitución,

«Der Vorrang der Verfassung», en *Der Staat*, 20, 1981, págs. 485, 507; SCHENKE (nota 23), pág. 34; CHRISTIAN STARCK: «Die Verfassungsauslegung», en *Handbuch des Staatsrechts*, VII, 1992, § 164, núm. marginal 5 y sigs.; en este sentido, también, HESSE (nota 28), pág. 268, que considera los derechos fundamentales como garantías puntuales y advierte del alto precio de la progresiva extensión de los derechos fundamentales realizada a través de la judicatura.

(52) Por ejemplo, KONRAD HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., 1995, núm. marginal 60 y sigs.

(53) Cfr., al respecto, KARL-EBERHARD HAIN: «Das Untermaßverbot in der Kontroverse», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1996, págs. 75 y 83.

absorbería completamente al Derecho ordinario y desembocaría en una continua superrevisión procesal.

Se trata aquí sólo de la relación del juez ordinario con la Constitución; esto es, del cumplimiento de la función jurídica de la jurisprudencia en el marco de la Constitución. Cuanto más concreta sea la ley constitucional, tanto menos podrá incurrir en contradicción con la Constitución la aplicación legal *lege artis*. Si una ley, detallada y constitucional, es interpretada y aplicada de modo erróneo, se produce una violación constitucional sólo si en el propio error de interpretación y aplicación hay una violación de la Constitución; es decir, si el error de interpretación y aplicación, imaginado como contenido de una ley, estuviera fuera del marco de la Constitución.

Leyes que contienen conceptos jurídicos indeterminados y preceptos discrecionales, suponen una alta exigencia al arte judicial de aplicación. Estas leyes deben concretarse a la vista del supuesto de hecho sobre el que hay que decidir. Lo que el legislador sólo pudo prever de modo muy general, el juez debe transformarlo en determinación con ocasión de la decisión del caso concreto. El juez participa de este modo en la libertad del legislador, para decidir *en el marco* de la Constitución (54). Esto debe ser así, pues si la cláusula general de la ley se descompusiera en varias reglas especiales, no podría ser menor la vinculación constitucional que cuando el juez decide sobre la base y dentro del marco de una cláusula general.

b) *La intensidad del control constitucional*

La concreción judicial se realiza mediante una vía jurídica, en la que ordinariamente se prueban los hechos y se aplican la ley y el Derecho (incluida la Constitución) en dos instancias. Dentro de esta vía jurídica puede controlarse ulteriormente en vía de revisión si la ley ha sido lesionada. En este procedimiento contradictorio también hay que observar la Constitución. Un control constitucional especial no contradictorio añadido al anterior no cuenta ordinariamente con los medios para investigar los hechos (55) y para

(54) Un problema adicional se sitúa en la intensidad del control de los tribunales administrativos frente a las decisiones de la Administración (art. 114 de la Ley sobre Organización de los Tribunales administrativos, art. 54.2, segunda frase, de la Ley sobre los Tribunales Sociales, y art. 102 de la Ley sobre Organización de los Tribunales financieros).

(55) Las posibilidades jurídicas para la prueba que ofrece el artículo 26.1 de la Ley del Tribunal constitucional federal («el Tribunal constitucional puede solicitar las pruebas necesarias para la investigación de la verdad. Por ello, fuera del juicio oral, un miembro del Tribu-

la aplicación de la ley sobre la base del conocimiento de una pluralidad de casos a su disposición. Por ello, sólo puede examinarse a través del control constitucional de la aplicación de la ley por los tribunales ordinarios en el procedimiento del recurso constitucional «puro» contra sentencias lo siguiente:

1.º si la investigación de los hechos es arbitraria; es decir, si a la vista del derecho fundamental aplicable, los hechos han sido determinados de modo completamente erróneo (primera fórmula);

2.º si el resultado de la aplicación de la ley, generalizado como norma, sobre un supuesto de hecho determinado libre de arbitrariedad fuera inconstitucional (segunda fórmula) y

3.º si han sido infringidos los límites de la jurisprudencia como fuente del Derecho (tercera fórmula).

La segunda fórmula se basa en las consideraciones desarrolladas por el procesalista Ekkerhard Schumann (56) en 1963; esta fórmula asegura que el Tribunal constitucional no se ocupa del caso concreto en cuanto tal, sino que sólo lo emplea para ejercer un *quasi* control de las normas. Mediante la primera fórmula, se garantiza que el caso concreto sobre el cual se aplica el Derecho, no ha sido admitido o fijado de modo arbitrario, incluso en sus caracteres subjetivos. La fijación de los hechos probados entre la multitud de hechos acaecidos es el resultado de la selección efectuada en función del derecho fundamental aplicable. Por ejemplo, si se deduce del artículo 16.a) de la Ley Fundamental de Bonn que una grave persecución religiosa equivale a estar perseguido por razones políticas, entonces no puede el Tribunal constitucional federal partir de la determinación del supuesto de hecho que ha establecido el tribunal ordinario si éste no tuvo en cuenta la cuestión de la persecución religiosa. Cuando la aplicación de la primera y la segunda fórmula no conduce a la inconstitucionalidad de la decisión del tribunal ordinario, hay que examinar según la tercera fórmula si la decisión adecuada al Derecho constitucional material ha respetado los límites constitucionales de la ju-

nal puede requerir a otro Tribunal sobre determinados hechos o personas»), no son un argumento para controlar los hechos probados en el procedimiento del recurso de amparo contra sentencias, el art. 26 está acuñado para los principales procesos ante el Tribunal constitucional.

(56) EKKEHARD SCHUMANN: *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, 1963, págs. 206 y sigs.; de vez en cuando utilizadas por el Tribunal constitucional federal, cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 79, págs. 283, 290 = *Juristen Zeitung*, 1989, págs. 536-537; vol. 81, págs. 29, 31 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1990, pág. 234; vol. 82, págs. 6, 12, 15 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1990, págs. 811-812 (ROE-LECKE).

risprudencia como fuente del Derecho (57) (art. 20, 3 de la Ley Fundamental de Bonn) (58).

La segunda fórmula significa, desde el punto de vista de los tribunales ordinarios, que éstos pueden interpretar y aplicar con carácter definitivo y vinculante el Derecho ordinario, en la medida en que éste, en cuanto norma general o en cuanto resultado interpretativo susceptible de generalización, no lesione la Constitución. Esta fórmula significa, desde el punto de vista del Tribunal constitucional federal, que puede emplear su experiencia en el ámbito del control de las normas, así como evitar la jurisdicción de equidad (59). Sólo cuando el recurso de amparo es *quasi* un control de normas, puede desplegar la decisión del Tribunal constitucional federal fuerza vinculante más allá del caso concreto, como se prevé en el artículo 31.1 de la Ley del Tribunal constitucional federal (60). La aplicación de las dos primeras fórmulas, junto al carácter marco de la Constitución, que debe ser respetado estrictamente, producirá a la larga una considerable descarga de recursos de amparo para el Tribunal constitucional, pues resultarán más claros los criterios sobre el éxito de un recurso de amparo.

Empleada con carácter ejemplificativo, la segunda fórmula justificaría el Auto sobre el caso Blinkfuer (61), pues una ley que valorase como legítimo un llamamiento al boicot contra los empresarios de la prensa, con los graves perjuicios económicos que lleva consigo, y que permitiera a los afectados tomar esa decisión en plena libertad, infringiría el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn (62).

La segunda fórmula, con base en el carácter marco de la Constitución, contribuiría a relajar la jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento judi-

(57) Esta problemática no desempeña un papel importante en la práctica, porque el Tribunal constitucional federal se ha mostrado en la práctica muy generoso con respecto a los límites de la jurisprudencia como fuente del Derecho, cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 34, págs. 269 y 288; vol. 69, págs. 188 y 203; vol. 82, págs. 6 y 12; señalando los límites: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 49, págs. 304, 320 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1979, págs. 60 y 62 (STARCK); vol. 65, págs. 182, 190 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1984, pág. 184; vol. 69, págs. 315, 371 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1986, págs. 27 y 34 (SCHENKE).

(58) STARCK (nota 1), págs. 87 y sigs.; IPSEN (nota 13), págs. 178 y sigs.

(59) En este sentido, ROMAN HERZOG, en MAUNZ y DÜRIG, *Grundgesetz*, artículo 5, núm. marginal 260; SENDLER (nota 40), pág. 1.100.

(60) Artículo 31.1: «Las decisiones del Tribunal constitucional federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los *Länder* así como a todos los tribunales y autoridades administrativas.»

(61) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 25, pág. 256 = *Juristen Zeitung*, 1969, pág. 466 (sobre ello, KÜBLER y SIMITIS, pág. 445).

(62) V. MANGOLDT, KLEIN y STARCK (nota 35), artículo 5 núm. marginal 23.

cial del respectivo derecho fundamental. El criterio sería su *standard* mínimo constitucional, pero no el *standard* que ha alcanzado a través de su desarrollo legislativo (63). Ello vale, por ejemplo, para la determinación del transcurso de un plazo (64) del mismo modo que para la amplitud de la prescripción de preclusión (65). La mera violación de la ley no conduciría al éxito del recurso de amparo, sino sólo aquella violación que, imaginada como norma, fuera inconstitucional.

En el derecho de asilo habrían tenido ambas fórmulas las siguientes consecuencias: Los hechos relevantes para el caso habrían sido determinados por los tribunales ordinarios y el Tribunal constitucional federal habría examinado sólo si se produjo arbitrariedad; es decir, si en la determinación del supuesto de hecho las circunstancias relevantes para la decisión fueron cercenadas de modo patente o no fueron tenidas en cuenta en absoluto (66). La segunda fórmula exige del Tribunal constitucional que, ajustándose al concepto constitucional de «estar perseguido políticamente», sólo sea rechazada una decisión cuando su generalización como norma legal viole el art. 16 a de la Ley Fundamental de Bonn (67).

La segunda fórmula no ejerce ninguna influencia en lo que se refiere a la criticada negligencia en materia de la protección del honor por parte de Tribunal constitucional federal, que concierne a la formación de la opinión pública, mientras el Tribunal constitucional federal no interprete de otro modo el artículo 5 de la Ley Fundamental y no tome en serio la protección del honor en ella prevista. Pero, al menos, la referida fórmula sobre la arbitrariedad en la indagación de los hechos evitaría que el Tribunal constitucional intervenga según su beneplácito en la fijación de los hechos realizada por el tribunal ordinario en los casos de protección del honor. Un prudente paso en la correcta dirección se ha hecho evidente en el Auto de 15 de febrero de 1996, en el que fue enjuiciada una expresión en contra de la Sociedad alemana para morir dignamente (68).

(63) Así, por ejemplo, OSSENBÜHL (nota 2), pág. 211; SCHENKE (nota 23), págs. 35 y sigs.

(64) En sentido contrario, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 41, págs. 323 y 327 = *Juristen Zeitung*, 1976, págs. 272-273.

(65) En sentido contrario, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 59, págs. 330 y 335.

(66) En este sentido, BERTRAMS (nota 42), pág. 1.230.

(67) Cfr. al respecto, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 89, págs. 214, 230 y sigs. = *Juristen Zeitung*, 1994, págs. 408-409 y sigs.

(68) *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pág. 1.529.

2. Fuerza vinculante de las decisiones sobre recursos de amparo contra sentencias

Las decisiones judiciales, que ordinariamente juzgan sobre casos concretos, no tienen en Alemania fuerza jurídica vinculante más allá del caso concreto. Las decisiones de los tribunales de revisión despliegan, sin embargo, un efecto práctico vinculante por encima de su fuerza jurídica. El sentido del artículo 31.1.º de la ley del Tribunal constitucional federal, que, en contra de la tradición jurídica alemana, ordena que las decisiones del Tribunal constitucional vinculan a los órganos constitucionales, así como a todos los tribunales y autoridades públicas, debería ser interpretada en el sentido de que la Constitución debe prevalecer de modo estricto. En correspondencia con el carácter marco de la Constitución, sólo puede atribuirse a las sentencias una fuerza vinculante general siempre y cuando éstas sean susceptibles de generalización, como resulta de la aplicación de la segunda fórmula.

Según la jurisprudencia del Tribunal constitucional, sus decisiones despliegan, a tenor del artículo 31.1 de la ley del Tribunal constitucional,

«un efecto vinculante más allá del caso concreto, en la medida en que los principios resultantes de los argumentos de Derecho de la decisión deban ser observados en la interpretación de la Constitución por los tribunales en todos los casos futuros» (69).

Parte de los autores encuentran necesaria la extensión de la fuerza vinculante de las razones fundamentales más allá de su tenor literal, porque el tenor literal con frecuencia no es comprensible desde sí mismo (70). Pero otros temen que la incorporación de las razones principales conduzca a una *quasi* legislación constitucional por parte de Tribunal constitucional federal (71). No puedo exponer aquí esta discusión (72) y, en consecuencia, tampoco adoptaré una postura al respecto.

Debido a la intención práctica de mi exposición, permaneceré en las próximas consideraciones dentro de la jurisprudencia constante del Tribunal consti-

(69) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 40, págs. 88 y 93 con ulteriores referencias = *Juristen Zeitung*, 1975, pág. 483; en el mismo sentido, ERNST BENDA y ECKART KLEIN: *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991, núm. marginal 1.237 y sigs.

(70) MAUNZ y BETHGE, en MAUNZ, SCHMITDT-BLEIBTREU y otros: *Bundesverfassungsgesetz*, art. 31 núm. marginal 16.

(71) SCHENKE (nota. 23), págs. 60 y sigs., 70.

(72) Véase, con la correspondiente indicación bibliográfica, HEUN (nota 16), págs. 80 y sigs.

tucional federal. Una decisión del caso concreto por el Tribunal constitucional, que tenga consecuencias concretas más allá de tal decisión, en el sentido del artículo 31.1, de la ley del Tribunal constitucional federal, no significa forzosamente siempre una ampliación del Derecho constitucional material. Si, a tenor de la segunda fórmula, se juzga un caso concreto susceptible de ser considerado como norma y se califica de constitucional o de inconstitucional y, al mismo tiempo, se mantiene el carácter marco de la Constitución, entonces las razones principales no predeterminan todas las decisiones ulteriores de los tribunales ordinarios sobre esa materia.

La fuerza vinculante así descrita se adecúa a nuestra conclusión de que una decisión del Tribunal constitucional, en el procedimiento de recurso de amparo «puro» contra sentencias, presupone la prueba acerca de si la pretensión contra la decisión impugnada del tribunal ordinario, generalizada como norma (73), sería una ley constitucional. La respuesta afirmativa o negativa pone de hecho al alcance una fuerza vinculante que se extienda a todos los tribunales. Desde el punto de vista del Tribunal constitucional federal, la fuerza vinculante general de sus decisiones resulta útil como luz de alarma, para evitar decisiones que acaban en la mera justicia del caso concreto.

(73) HERBERT TRÖNDLE: «Das Bundesverfassungsgericht und sein Umgang mit dem “einfachen Recht”», en *Festschrift für Walter Odersky*, 1996, págs. 272 y sigs.; la fuerza vinculante según el artículo 31.1 de la Ley del Tribunal constitucional federal presupone un precepto y no es susceptible de ser extendida a las decisiones de casos concretos.