

# La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania

Albrecht Weber

*Catedrático de la Universidad de Osnabrück, Alemania*

**SUMARIO:** A. LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR LOS TRIBUNALES ORDINARIOS.<sup>1</sup>—I. *La posición de la jurisdicción ordinaria en la estructura de la Ley Fundamental.* II. *La interpretación de la Constitución por los tribunales ordinarios.* 1. Competencia de verificación. 2. La competencia de anulación. 3. El juicio de relevancia. 4. Convencimiento del juez *a quo* de la invalidez de la norma. III. *La interpretación conforme.*—B. INTENTOS DE DELIMITACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. I. *La fórmula de Heck y su posterior desarrollo.* II. *La «eficacia por irradiación» de los derechos fundamentales: el caso Lüth y sus consecuencias.* III. *La transgresión de los límites de la creación judicial del Derecho.* IV. *Propuestas de solución en la doctrina.* V. *Jurisdicción ordinaria y Tribunales constitucionales de los Länder.*— CONCLUSIÓN.

## A. LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR LOS «TRIBUNALES ORDINARIOS»

La cuestión de la delimitación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional se plantea tanto en el marco de un sistema de control

---

Traducción de Rosa VELÁZQUEZ ÁLVAREZ, becaria de investigación del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> N. de la T.: Esta terminología, entrecorillada en el original, resulta adecuada al ordenamiento jurídico español aunque no al alemán que, como es sabido, incluye al *Bundesverfassungsgericht* en el poder judicial. Siendo la intención del autor ajustar el paralelismo entre ambos ordenamientos y hacer así más útil y comprensible al lector español este estudio, se ha conservado la expresión «tribunales ordinarios» o «jurisdicción ordinaria» prescindiendo del entrecorillado. Se ha traducido *Fachgerichtsbarkeit* por «jurisdicción ordinaria».

de constitucionalidad difuso —*judicial review*— (por ejemplo, en Estados Unidos y en los ordenamientos bajo su influencia) como, asimismo, en el marco de un sistema de jurisdicción constitucional concentrado; así, en los modelos continentales de control de constitucionalidad establecidos a imagen de la Constitución austríaca de 1920, entre los que se cuentan como destacados representantes dotados de una poderosa jurisdicción con amplísimas competencias, particularmente Alemania, España y últimamente también Hungría (junto a otras jurisdicciones constitucionales). Mientras en un sistema de control de constitucionalidad difuso los tribunales ordinarios tienen por entero las competencias de control o verificación y rechazo o anulación con respecto a la constitucionalidad de la norma jurídica a aplicar, cuya eficacia jurídica puede desplegarse *inter partes* y no *erga omnes*; en cambio, como es de sobra conocido, en un sistema de jurisdicción constitucional monopolístico (o mejor, concentrado) se encuentran esas competencias (la de control y la de anulación) repartidas. La aparentemente nítida separación entre la jurisdicción ordinaria (incluida la instancia de casación), por un lado, y jurisdicción constitucional, por el otro, es sin embargo engañosa en tanto que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional impregna la práctica totalidad de los sectores del ordenamiento común y la denominada «*irradiación*»<sup>2</sup> de los derechos fundamentales, tempranamente articulada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*caso Lüth*), constituye una contribución a la creciente «*invasión*» del ordenamiento jurídico-privado en su conjunto. Esto no es, evidentemente, un fenómeno aislado, como lo demuestra en España la jurisprudencia sobre el artículo 24 CE, sino, claramente, una ley del moderno control de constitucionalidad, en tanto que éste cuente con los mecanismos de recurso de amparo y control de constitucionalidad concreto, principalmente. La marcha triunfal de la jurisdicción constitucional y de sus efectos se ha articulado no sólo a través de los instrumentos procesales del recurso de amparo y la cuestión de constitucionalidad sino también a través de la *Dritwirkung* (eficacia frente a terceros) de los derechos fundamentales y la *Wechselwirkung* (interacción u ósmosis) entre el Derecho legal y el constitucional.

Aunque habitualmente la cuestión de la delimitación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria se analiza desde la perspectiva de en qué medida la jurisdicción constitucional (en un sistema de monopolio de enjuiciamiento de la ley) puede o debe interpretar el Derecho legal «ordinario» sin que se vean atacadas las competencias de la jurisdicción ordinaria; en el tema que aquí se trata la cuestión se presenta a la inversa, es decir, el problema de la interpretación de la Constitución por los jueces ordinarios. No obstante, no cabe la nítida separación de ambas cuestiones y perspectivas, sino que se encuentran estrechamente ligadas entre sí. Si se quisiese analizar la posición de la jurisdicción ordinaria sólo con res-

<sup>2</sup> Comillas y cursiva añadidas.

pecto a la aplicación de las normas constitucionales y legales correspondientes al caso concreto, entonces podría limitarse la reflexión a unas pocas consideraciones sobre las reglas de interpretación, sobre los instrumentos procesales del control concreto de constitucionalidad, así como sobre el específico instrumento que constituye el principio de interpretación conforme. Sin embargo, cuando se trata de la delimitación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional —como prueba la permanente discusión sobre todo en Alemania, recientemente, en el Congreso de Juristas de 1996— afecta también a la fijación de fronteras de la jurisdicción constitucional frente a la jurisdicción ordinaria.

En lo sucesivo me limito a algunas consideraciones sobre la posición de la jurisdicción ordinaria (secciones I-II), la técnica de la interpretación conforme (sección III); la segunda parte contiene una panorámica sobre los modelos de delimitación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria a partir del actual estado de la cuestión en Alemania.

### I. *La posición de la jurisdicción ordinaria en la estructura de la Ley Fundamental*

En tanto que todos los Tribunales se encuentran vinculados a los derechos fundamentales como Derecho vigente en virtud del artículo 1 apartado 3 de la Ley Fundamental, deben observarlos en la interpretación de las leyes y no vulnerarlos. En tal medida corresponde también a los tribunales ordinarios la aplicación del Derecho constitucional en sentido material, de modo que tampoco un sistema de control de constitucionalidad concentrado (como el de Alemania, España y muchos otros países) podría llevarse a efecto sin la colaboración de la jurisdicción ordinaria<sup>3</sup>. A través de la inmediata vinculatoriedad de los derechos fundamentales sobre todos los poderes públicos, incluido el poder judicial, son aquéllos ciertamente omnipresentes y los Tribunales están de este modo autorizados no sólo a la aplicación e interpretación del denominado «Derecho infraconstitucional» a través del establecimiento y fijación de los hechos, sino que se convierten también en cotidianos intérpretes de la Constitución, inclusive cuando ellos mismos ignoren en el caso concreto esa circunstancia.

En concreto, esta extensa competencia de control de los jueces se establece expresamente en el artículo 100 apartado 1º de la Ley Fundamental (control concreto de constitucionalidad). Aunque la cuestión no era pacífica durante la República de Weimar<sup>4</sup>, ya en una Sentencia del año 1921<sup>5</sup> el Tribunal Supremo del *Reich* enunció una competencia de control jurídico-

---

<sup>3</sup> Cfr. SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 4ª ed., pág. 16.

<sup>4</sup> Cfr. BETTERMANN en *Festgabe Bundesverfassungsgericht 1976*, vol. I, págs. 323 y ss.

<sup>5</sup> RGZ (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*) 102, 161(164).

material sobre las leyes del Reich, que se vio confirmada en una sentencia del año 1925<sup>6</sup>. Tal ampliación de la competencia judicial de control de normas fue considerada audaz teniendo en cuenta la ausencia de una regulación expresa.

Bajo la vigencia de la Ley Fundamental está reconocida la competencia de control a causa de la sumisión del juez a la ley y al Derecho; en especial también al Derecho constitucional (art. 20 apartado 3º y art. 97 apartado 1 de la Ley Fundamental), de modo que cada juez debe, en el *iter* de aplicación de las normas jurídicas, comprobar su validez, es decir, su compatibilidad con normas de rango superior.

En esta medida concede la Ley Fundamental a los tribunales ordinarios esta extensa competencia de control e interpretación. El Tribunal Constitucional Federal ha reconocido expresamente esta competencia de interpretación a los tribunales ordinarios al establecer que

«se incardina entre las principales tareas de los tribunales en el marco de su competencia para garantizar protección jurídica frente a vulneraciones de la Constitución»<sup>7</sup>. Y ha ido aún más allá al establecer que «las leyes procesales deben conceder a los tribunales remedios jurídicos que les permitan eliminar las vulneraciones de los derechos fundamentales»<sup>8</sup>. En estas circunstancias, se ha hablado también de un paralelismo de tareas o de una subsidiariedad de tareas en el campo de la protección de los derechos fundamentales entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional<sup>9</sup>. En este sentido, también los tribunales ordinarios pueden no sólo atender las quejas sobre derechos fundamentales, sino también asegurar suficientemente su protección a través de la correspondiente interpretación conforme o de una hipotética cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. De este modo —como ha formulado SCHLAICH—, todos los tribunales son también depositarios de la garantía constitucional de protección judicial de los derechos fundamentales.

Para la incardinación del Tribunal Constitucional no juega papel decisivo alguno si los demás tribunales se denominan tribunales de instancia o tribunales de competencia genérica o bien tribunales sectoriales o especializados<sup>10</sup>. El concepto de tribunales especializados [*Fachgerichte*] puede inducir en alemán sin duda a error, en tanto que en realidad también la jurisdicción constitucional constituye una específica jurisdicción sectorial, orientada hacia la Constitución.

<sup>6</sup> RGZ 111, 320 y ss.

<sup>7</sup> (N. de la T: *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung*; sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: BVerfGE) BVerfGE 47, 144/145, 68, 337/345, sobre el artículo 100 de la Ley Fundamental.

<sup>8</sup> BVerfGE 61, 78/80.

<sup>9</sup> Cfr. SCHLAICH (*vid.* nota previa), número marginal 109.

<sup>10</sup> *Vid.* N. de la T. 1.

## II. *La interpretación de la Constitución por los tribunales ordinarios*

Como se ha apuntado, corresponde por tanto no sólo al Tribunal Constitucional Federal la interpretación de la Constitución aun cuando ostenta el monopolio de declaración de inconstitucionalidad de las normas y de la interpretación conforme con fuerza jurídica vinculante. En esta medida participan también los tribunales ordinarios en la interpretación de la Constitución incluidas las instancias de casación que comprueban la conformidad a Derecho, y por tanto la constitucionalidad, de las resoluciones de las instancias inferiores. El establecimiento de Tribunales Superiores de la Federación (art. 95 apartado 1º de la Ley Fundamental)<sup>11</sup> y la creación de una sala común de estos Tribunales Superiores «para garantizar la coherencia de la jurisprudencia» (art. 95 apartado 3º LF) asegura simultáneamente la función de los tribunales de revisión, la unidad de la jurisprudencia en su orden jurisdiccional. En la instancia de casación se elaboran criterios generales para la decisión de casos futuros que son desarrollados interpretativamente a partir de la ley. La creación judicial del Derecho infraconstitucional tiene lugar, por lo tanto, a través de los tribunales de casación quienes además garantizan con mayor vigor la observancia de los derechos fundamentales en el marco de la jurisdicción ordinaria a causa de la abundancia de casos<sup>12</sup>.

### 1. Competencia de control

Como ya se ha dicho, todos los tribunales de la Judicatura de la República Federal tienen la competencia de examinar la constitucionalidad de las disposiciones legales así como de las infralegales.

Este examen se realiza por medio de las habituales reglas de la interpretación legal (criterios de interpretación literal, gramatical, sistemática, teológica y eventualmente histórica.)

### 2. Competencia de anulación

La denegación de una competencia de anulación a los tribunales ordinarios se deduce del carácter de control de constitucionalidad como proceso centralizado de examen de las cuestiones de constitucionalidad interpuestas por los tribunales inferiores y las instancias de casación (art. 100 apartado 1 LF). Proteger al legislador parlamentario de la Federación y de los *Länder* frente a la inobservancia del Derecho por parte de los tribunales es la finalidad esencial del monopolio de anulación del Tribunal Constitucional Federal en el caso de leyes post-constitucionales por motivos formales. El control

---

<sup>11</sup> LF en adelante (N. de la T.).

<sup>12</sup> Cfr. STARCK, «Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichte», en *JZ* 1969, 21, así como igualmente en *61. Deutscher Juristentag* (vol. II), actas de las sesiones.

concreto de constitucionalidad sirve, por tanto, no en primer lugar a la protección de los derechos fundamentales por vulneración constitucional del legislador, sino que debe asegurar la centralización de las sentencias vinculantes con carácter general sobre la validez o invalidez de leyes formales en sede del Tribunal Constitucional Federal alemán y evitar de este modo las sentencias divergentes de los tribunales ordinarios<sup>13</sup>, contribuyendo así a la seguridad jurídica. El proceso de control concreto de constitucionalidad de las normas cumple de este modo, también, una *función de pacificación*<sup>14</sup>.

El proceso de control [concreto] de constitucionalidad de las leyes es por tanto evidentemente un proceso jurisdiccional constitucional jurídicamente objetivo, independiente de las pretensiones de las partes<sup>15</sup>.

En relación con el proceso principal pendiente ante la jurisdicción correspondiente, es un proceso incidental que se encuentra en estrecha conexión con el mismo<sup>16</sup>.

En tanto que cada juez se encuentra vinculado a la Constitución y a la ley y debe también en especial atender a su aplicación a la luz de los derechos fundamentales, la cuestión de inconstitucionalidad constituye una *ultima ratio* para establecer la constitucionalidad de una norma cuando se descarte una interpretación conforme por imposibilidad de dar otras interpretaciones a la disposición más allá de aquélla de cuya constitucionalidad se duda. De la plausibilidad de la interpretación conforme y del «principio de subsidiariedad de la Jurisdicción constitucional» elaborado por el Tribunal resulta que el requerimiento al Tribunal Constitucional Federal sólo es justificable cuando la cuestión resulta imprescindible para la resolución del proceso judicial en curso<sup>17</sup>.

### 3. La relevancia

Para la admisibilidad por el Tribunal Constitucional Federal de la cuestión de inconstitucionalidad juega un importante papel —como en otros países— el criterio de la relevancia de la validez de la norma cuestionada para dictar sentencia en el proceso principal. En virtud de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y, especialmente, del principio básico de subsidiariedad, sólo será admisible un proceso de control concreto de constitucionalidad cuando sea imprescindible<sup>18</sup> para la resolución del proceso en curso. La validez de una norma jurídica es por tanto sólo relevante cuando de ella dependa la sentencia a dictar en el proceso principal,

<sup>13</sup> BVerfGE 51,161/164; 10, 124/127.

<sup>14</sup> BVerfGE 75, 166/177; 62, 354/364.

<sup>15</sup> BVerfGE 20, 350/351; 42, 90/91.

<sup>16</sup> BVerfGE 58, 300/319.

<sup>17</sup> BVerfGE 47, 146/152; 63, 1/22.

<sup>18</sup> BVerfGE 47,146/152; 63,1/22.

siendo decisivo para el resultado del mismo, precisamente el dato de la validez de la norma enjuiciada. Se da este caso cuando partiendo de la inconstitucionalidad de la norma, no es posible una interpretación conforme y el juez *a quo* tomaría una decisión distinta según la norma fuese o no válida<sup>19</sup>. Junto a ello, reconoce el Tribunal Constitucional Federal también una relevancia mediata cuando una norma en realidad no es fundamento jurídico inmediato de la acción ante el juez *a quo* pero, sin embargo, la valoración jurídico-constitucional determina la constitucionalidad de fundamentos jurídicos inmediatamente decisivos existiendo además una íntima conexión<sup>20</sup>.

Para la delimitación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria es aquí de especial relevancia hasta qué punto se encuentra el Tribunal Constitucional Federal vinculado a la calificación jurídica y a la fijación de los hechos llevada a cabo por el juez *a quo*. Aun cuando el Tribunal Constitucional Federal ha respetado desde el inicio de su jurisprudencia ambos extremos, este trazado de límites ha decaído cada vez más tanto en su vertiente práctica como en la teórica. Esto resulta válido especialmente para las cuestiones prejudiciales constitucionales y para la utilización de los principios jurídico-constitucionales elaborados por el Tribunal Constitucional<sup>21</sup>.

Lo borroso de estas fronteras entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional se hace singularmente patente allí donde el Tribunal Constitucional considera la calificación en que se basa el juez *a quo* «manifiestamente infundada o inaprensible»<sup>22</sup>. Ya en la comprobación de la relevancia de la cuestión se muestra que el Tribunal quiere invocar un parámetro objetivo como evidencia en el examen de la interpretación del Derecho infraconstitucional.

#### 4. Convencimiento del juez *a quo* de la invalidez de la norma

Otro de los presupuestos de procedibilidad en la cuestión de inconstitucionalidad en virtud de la jurisprudencia constitucional es que el juez que la suscita debe estar convencido de la inconstitucionalidad de la norma; simples dudas no bastan<sup>23</sup>. Es por lo tanto inadmisibles una cuestión de un tribunal que pretenda una aclaración sobre la interpretación de una norma cuya constitucionalidad haya sido puesta en duda ya sea por la doctrina o por otro tribunal ordinario. Sólo se da una limitación de la legitimidad de la interposición de una cuestión contra una norma que el tribunal proponente

<sup>19</sup> BVerfGE 80, 59/65; 72, 51/60, 65, 265/277.

<sup>20</sup> BVerfGE 75, 166/175.

<sup>21</sup> BVerfGE 63, 1/27; 67, 26/35.

<sup>22</sup> BVerfGE 82, 198/205; 79, 245/249; 78, 1/5 o 65, 160/169 Regla de valoración.

<sup>23</sup> BVerfGE 78, 104/117; 76, 100/105; 80, 54/58; doctrina constante.

supone inconstitucional cuando éste se encuentre vinculado por lo establecido en forma de sentencia en una determinada vía jurídico procesal por un tribunal superior <sup>24</sup>.

### III. *La interpretación conforme*

La posibilidad de la denominada interpretación conforme no está limitada a un Tribunal Constitucional en el sentido de jurisdicción constitucional concentrada sino que puede ser también acometida por todos y cada uno de los tribunales ordinarios. La posibilidad de la interpretación conforme de los jueces ordinarios se condensa en la obligación de elegir entre varias interpretaciones aquella que sea acorde con la Constitución. Ante todo, el juez ordinario debe escoger aquella interpretación en armonía con la Constitución y que asegure así, en lo posible, la conservación de la norma <sup>25</sup>. El principio de la unidad del ordenamiento funciona aquí de modo que las normas emanadas de un legislador democráticamente legitimado deben ser interpretadas por principio en concordancia con la Constitución. En este contexto las normas constitucionales no son sólo parámetro de validez sino que también deben interpretarse en tanto que decisiones básicas jurídico-constitucionales <sup>26</sup>. Según el parecer del Tribunal Constitucional, habla *in favorem legis* una presunción de constitucionalidad de los actos del legislador <sup>27</sup>. Se expresa aquí también el respeto por el legislador democrático, respeto cuyas fronteras deberán ser sólo traspasadas en los dominios de la inequívoca inconstitucionalidad.

La interpretación conforme está, sin embargo, sujeta a ciertos límites. Límites situados en el tenor literal y en la finalidad de la ley. En tanto que el texto de la norma sea claro y unívoco, se excluye tanto una interpretación conforme como una modificación del contenido normativo y finalidad de la disposición jurídica a través de una técnica de interpretación conforme <sup>28</sup>.

La interpretación conforme es así un útil instrumento no sólo del Tribunal Constitucional sino también de los jueces de los tribunales ordinarios y de las instancias de casación para evitar la cuestión de inconstitucionalidad, siempre que el texto sea susceptible de interpretación. En un sistema de control de constitucionalidad concentrado tal interpretación puede vincular sin duda sólo a las partes en el proceso (*inter partes*), sin estar dotada de eficacia *erga omnes*. Esto último está exclusivamente reservado al mo-

<sup>24</sup> BVerfGE 68, 352/358.

<sup>25</sup> BVerfGE 2, 266/282; 51, 304/323; 64, 229/241; 69, 1/55.

<sup>26</sup> Cfr. KLEIN, en: UMBACH/CLEMENS (dir.) *Bundesverfassungsgesetz. Mitarbeiterkommentar* § 80 Número marginal 51, BVerfGE 51, 304/323.

<sup>27</sup> BVerfGE 2, 266/282; 69, 1/55.

<sup>28</sup> BVerfGE 54, 251/274; 63, 131/147.



nopolio de interpretación del Tribunal Constitucional que en cada fallo en concreto y en sus fundamentos jurídicos puede fijar las posibilidades interpretativas admisibles frente al legislador.

En conjunto puede extraerse de los datos estadísticos que los tribunales ordinarios no siempre ejercitan suficientemente las competencias de interpretación y decisión que les han sido transferidas, ya que a menudo pasan por alto la posible interpretación conforme de la norma relevante<sup>29</sup>.

## B. INTENTOS DE DELIMITACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Los intentos de llevar a cabo una clara delimitación jurídico-funcional entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional son numerosos y no han llevado hasta ahora a una explicación unívoca; aparentemente no existe aquí una solución de consenso<sup>30</sup>. Es imposible en el marco de un Simposio de Derecho comparado señalar la historia del desarrollo de la jurisprudencia en todos sus extremos o analizar la crítica dogmática. Debemos conformarnos con restringirnos a las principales propuestas de trabajo sobre la delimitación.

Me limito en lo sucesivo a la utilización de la fórmula de Heck y a su ulterior desarrollo por el Tribunal Constitucional Federal (vulneración de derecho constitucional específico y desconocimiento de normas de derechos fundamentales y parámetros), así como a la eficacia por irradiación de los derechos fundamentales en Derecho privado.

### I. *La fórmula de Heck y su desarrollo posterior*

Ya en el primer volumen de sus sentencias estableció el Tribunal Constitucional Federal en un proceso penal por ataque a la libertad de la persona que:

«la forma del proceso, la fijación y valoración de los hechos, la interpretación de la ley y su aplicación al caso concreto son (...) principalmente asuntos de los tribunales penales y están al margen de la fiscalización por

---

<sup>29</sup> Cfr. KLEIN, en: UMBACH/CLEMENS (dirs.) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar*, § 80, número marginal 18 con referencia a PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*.

<sup>30</sup> Cfr. O. SEIDEL, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte. Verhandlungen del 61. Deutschen Juristentags*, O 9 f.; SCHULTE, «Zur Lage und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit», *DVB1* 1996, 1009; BENDA/KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*.

el Tribunal Constitucional Federal, a no ser que se vea vulnerado derecho constitucional específico»<sup>31</sup>.

Esta aparentemente sencilla división de tareas entre la fijación e interpretación de los hechos y la aplicación del Derecho infraconstitucional por los tribunales ordinarios se debilita con las posibilidades de intervención del Tribunal Constitucional Federal a través de la vulneración del denominado «derecho constitucional específico», aun cuando el Tribunal se esfuerza en sus posteriores sentencias por realizar una limitación de la competencia de cognición. En el año 1964 establece en el denominado «*caso de la patente*»<sup>32</sup> («*Patentbeschluss*»), que una sentencia no vulnera derecho constitucional específico cuando sea «objetivamente errónea analizada con respecto al Derecho infraconstitucional», el error debe residir precisamente en la inobservancia de derechos fundamentales. El Tribunal pretendía con ello evidentemente delimitar la fiscalización de la interpretación del Derecho infraconstitucional por los tribunales ordinarios y circunscribir el examen del Tribunal Constitucional a la observancia de los derechos fundamentales. El propio Tribunal reconoce, sin embargo, que las fronteras en este punto entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria se vuelven sinuosas; por ello quiere conceder al arbitrio judicial un cierto margen de maniobra.

«En general, se puede decir que los procedimientos habituales de subsunción del Derecho infraconstitucional están al margen de la fiscalización por el Tribunal Constitucional Federal, en tanto no aparezcan errores de interpretación que sean consecuencia de una concepción radicalmente errónea del significado de un derecho fundamental, especialmente del alcance de su ámbito de protección, y pesen también en su sentido material para el supuesto jurídico concreto»<sup>33</sup>.

No existiría una vulneración de un derecho fundamental y, por ello, una competencia de fiscalización a favor del Tribunal Constitucional cuando sólo se pueda discutir sobre la corrección del resultado, como por ejemplo en la ponderación de intereses contrapuestos en el marco de una cláusula legal general.

De estas fórmulas más adelante reiteradas, a las cuales habría aún que añadir las competencias de control del Tribunal en el marco de la fórmula de Luth, se deriva una posibilidad de intervención para el Tribunal Constitucional Federal y con ello una superación de los límites entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, cuando se presentan dos circunstancias:

<sup>31</sup> BVerfGE 1, 418/420.

<sup>32</sup> BVerfGE 18, 85/92, *vid.* también Stc. 21, 209/216.

<sup>33</sup> BVerfGE 18, 93.

- 1) La vulneración de derecho constitucional específico y
- 2) el desconocimiento de normas de derechos fundamentales y parámetros.

Aun cuando las citadas fórmulas pueden ser utilizadas en el control de las sentencias de los tribunales ordinarios, incluidos los de la jurisdicción civil, me parece que, en el control de las sentencias en Derecho privado en observancia de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales así como de los límites de la creación judicial del Derecho, nos encontramos ante una variante singular que merece un tratamiento separado (*vid.* II, III).

En lo que se refiere a la fórmula del derecho constitucional específico<sup>34</sup>, como ha destacado STARCK, no puede querer enunciarse una delimitación entre derecho constitucional superior e inferior, sino que se circunscribe al control de vulneraciones de derechos fundamentales así como de otros derechos y de la delimitación jurídico-constitucional del poder judicial<sup>35</sup>. Así se hace patente que las competencias de control del Tribunal Constitucional frente a los tribunales ordinarios se limitan esencialmente a la protección de los derechos fundamentales materiales como los derechos en el proceso, fundamentalmente en los correspondientes ordenamientos procesales. Un ámbito esencial de uso de la fórmula de Heck y de su posterior desarrollo se sitúa, por tanto, en la fiscalización de si los jueces de casación han respetado los derechos del proceso y, concretamente el derecho de audiencia o a ser oído (art. 103 de la LF).

También la segunda fórmula del entendimiento radicalmente erróneo o del desconocimiento de normas de derechos fundamentales y parámetros deja a la posibilidad de intervención del Tribunal Constitucional Federal sobre las sentencias de los tribunales ordinarios un amplio margen de maniobra, que puede limitarse o ampliarse prácticamente a capricho. El intento, de señalar esta fórmula como una limitación del control ejercido por el Tribunal Constitucional análogamente a lo que sucede en sede de los tribunales contencioso-administrativos con respecto a los defectos en el ejercicio de la potestad discrecional (ausencia de valoración —error de apreciación en la discrecionalidad), no hace sino inducir a error<sup>36</sup>. Aquí no se trata del control judicial de los actos administrativos discrecionales sino del problema de hasta dónde debe alcanzar el control de derechos fundamentales frente a las sentencias de los tribunales ordinarios en vía de recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal ha reforzado aún más sus competencias de control e intervención frente a la jurisdicción ordinaria a través

---

<sup>34</sup> Cfr. H.J. PAPIER, «Spezifisches Verfassungsrecht und einfaches Verfassungsrecht und einfaches Recht als Argumentationsformen des Bundesverfassungsgerichts», en: STARCK (dir.), *Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz*, vol. I, 1976, 433. C. STEINWEDEL, *Spezifisches Verfassungsrecht und einfaches Recht*, 1976, págs. 58 y ss. W. SCHENKE, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, 1987, pág. 31.

<sup>35</sup> Cfr. C. STARCK, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte», *JZ*, 1996, pág. 1033 (1035).

<sup>36</sup> Cfr. SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4ª ed., número marginal 285 y ss.

de la anulación de las sentencias *objetivamente insostenibles u objetivamente arbitrarias e inequívocamente desproporcionadas*<sup>37</sup> por vulneración de la prohibición de arbitrariedad recogida en el artículo 3 apartado 1º de la LF<sup>38</sup>. Resulta palmario que estos parámetros de control (vulneración del principio de igualdad) pueden corresponder al sentido de la justicia, pero no concuerdan con la delimitación jurídico funcional entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional. Y ello porque son precisamente la interpretación y la aplicación del Derecho infraconstitucional, incluyendo la subsunción de los hechos, tareas que corresponden específicamente a los tribunales ordinarios con las posibilidades de control que se articulan a través de los tribunales de casación y apelación. Esta jurisprudencia basada en un genérico principio de la justicia se ha visto así envuelta en la crítica<sup>39</sup>.

Un segundo criterio que desde los años setenta ha irrumpido con fuerza es el de la denominada intensidad del ataque al derecho fundamental. El Tribunal Constitucional Federal desarrolló entonces el principio de que el control de la jurisdicción constitucional de las sentencias podría ser tanto más profundo cuanto más intenso sea el perjuicio causado al derecho fundamental. Este control de intensidad del ataque al derecho fundamental jugó un importante papel sobre todo en la ponderación entre derechos de la personalidad y la libertad de conciencia, que puede llevar hasta la sustitución de la valoración de los tribunales civiles:

«Especialmente significativa es la intensidad del perjuicio del derecho fundamental (...) cuanto más contundentemente haya afectado el tribunal civil como resultado de una sentencia la esfera del derecho fundamental del sujeto, más estrictas son las exigencias sobre la fundamentación de este ataque y más amplias son, por consiguiente, las posibilidades de revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal. En los casos de máxima intensidad de ataque dispone por completo de la valoración asumida por el tribunal civil para sustituirla por la suya propia»<sup>40</sup>.

Por este sistema pueden demostrarse como jurídico-constitucionalmente relevantes hasta simples errores de interpretación, de tal modo que la fórmula del Tribunal Constitucional basada en la intensidad del ataque puede ser modificada con respecto a cada caso<sup>41</sup>. La fórmula del control tanto más estricto conforme mayor sea la intensidad de la vulneración del derecho fundamental permite al Tribunal Constitucional un difícilmente controlable acceso a la interpretación de los tribunales ordinarios y a su valoración de

<sup>37</sup> Cursiva en el original.

<sup>38</sup> Cfr. BVerfGE 58, 163/167; 62, 189/192; 64, 389/394; 80, 48/52, más indicaciones en SCHLAICH (vid. nota previa), número marginal 290.

<sup>39</sup> Cfr. SCHLAICH, (vid. nota previa), número marginal 291, con ulteriores indicaciones.

<sup>40</sup> BVerfGE 42, 143/148.

<sup>41</sup> BVerfGE 59, 330/334; vid. también BÖCKENFÖRDE, *Der Staat*, 29 (1990), pág. 9.

los hechos, así como a la aplicación del Derecho infraconstitucional, que puede llegar hasta la entera sustitución del fallo del tribunal ordinario. Esto se hace especialmente patente cuando se investiga en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la ponderación entre la libertad de expresión y la protección del honor como expresión del derecho a la personalidad en el marco del artículo 5 apartado 2º de la LF; esto ha provocado una vehemente crítica que aquí no podría ser reproducida <sup>42</sup>.

Para ilustrar un poco la problemática, se han escogido sólo dos casos de la más reciente jurisprudencia constitucional que no sólo afectan a difíciles problemas de delimitación de la libertad de expresión, sino que al mismo tiempo tocan la cuestión subyacente de los límites de la jurisdicción constitucional ante el ámbito competencial del orden jurisdiccional civil.

a) Libertad de expresión *contra* protección del honor

En la sentencia de la Sala 1ª sobre la cita variadamente utilizada de Tucholsky «Los soldados son asesinos» se trataba de la relación entre la libertad de expresión y la protección del honor en el caso de un comentario sobre el colectivo de los soldados <sup>43</sup>. El Tribunal Constitucional Federal anuló la condena al demandante de amparo de los tribunales de instancia que habían denegado la causa de justificación por «salvaguardia de los intereses legítimos» (§ 193 StGB). Frente a ello el Tribunal Constitucional Federal no ha valorado las expresiones, que recogían la cita de Tucholsky, como inadmisibles críticas injuriantes, sino que las ha considerado como manifestaciones protegidas por la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional prosigue aquí, en cierta medida, su doctrina previa que progresivamente sitúa las manifestaciones de la libertad de expresión, también aquellas polémicas o hirientes, en un rango superior en la ponderación con los derechos de la personalidad del individuo <sup>44</sup>. No nos adentraremos aquí en los detalles de esta ponderación, en concreto con la *irradiación* del artículo 5 apartado 1º de la LF sobre la disposición penal de protección del honor personal del §185 StGB (Código Penal). Para nuestro objetivo de delimitación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria nos es de mucho mayor interés que el Tribunal Constitucional Federal en el caso «Los soldados son asesinos» ha realizado una fiscalización tan amplia de la fijación de hechos procedente del tribunal ordinario que difícilmente puede justificarse con la intensidad de la vulneración del derecho fundamental del demandante de amparo afectado, en todo caso en lo que al colectivo de los soldados se refiere. En realidad, el Tribunal anteriormente ya ha establecido que

---

<sup>42</sup> Cfr. las indicaciones en STARCK, JZ, 1996, 1036 y ss.

<sup>43</sup> BVerfGE 93, 266 y siguientes.

<sup>44</sup> BVerfGE 93, 266/289 con respecto a la sentencia E. 54, 129/138 y ss., 61, 1/7 y ss.

la exigencia del artículo 5 apartado 1º inciso 1º de la LF se refiere a la averiguación del sentido de las manifestaciones, estando entonces especialmente sometido a la fiscalización por el Tribunal Constitucional Federal cuando se trate de ataques intensos a los derechos fundamentales en juicios penales <sup>45</sup>. Pero el Tribunal va aún más lejos en la citada resolución al exigir de los tribunales ordinarios que indaguen todas las interpretaciones alternativas de las manifestaciones castigadas, ya que éstas deben ser juzgadas en el ámbito jurídico penal de modo indulgente. El Tribunal Constitucional requiere de los tribunales ordinarios una interpretación de los hechos a partir de todas las variantes interpretativas que exige demasiado de los tribunales ordinarios, aun contando con que éstos tuvieran una altísima sensibilidad en materia de derechos fundamentales. Ello se hace patente en las siguientes formulaciones cuando el Tribunal Constitucional establece:

«El tratamiento de estas disyuntivas no deben afrontarlo los tribunales exclusivamente a través de la consideración aislada de la parte inculpada de las manifestaciones. El contexto debe ser muy tenido en cuenta en la medida en que haya sido perceptible para los destinatarios. Esto rige en primer lugar para el conjunto de expresión en que tienen lugar las manifestaciones objeto de discusión, pero puede también llegar a incluir circunstancias situadas al margen del texto <sup>46</sup>».

Aun cuando se quisiese contemplar la ponderación del Tribunal Constitucional entre la libertad de expresión de manifestaciones polémicas y demasiado afiladas frente a la protección del honor —instituto orientado a la salvaguardia del individuo—, inclinada hacia la primera en virtud de su superior valor a efectos del proceso democrático en el sentido del *free speech* de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos (las denominadas *fighting words*), consideraría excesivo el control efectuado por el Tribunal Constitucional.

Muestra también una segunda sentencia de la Sala 1ª en el caso *Humanes Sterben (Muerte digna)* el creciente control del Tribunal Constitucional sobre las interpretaciones de los tribunales ordinarios <sup>47</sup>. El caso tenía por base un recurso de amparo de una «Asociación inscrita para la reforma de la asistencia social psicológica» que había difundido en un panfleto manifestaciones críticas contra la «Sociedad alemana para una muerte digna». El Tribunal Constitucional Federal, de nuevo en este caso, ha arremetido las exigencias sobre la interpretación y aplicación de las leyes limitadoras de derechos fundamentales y también aquí ha efectuado un control exhaustivo, aun cuando ha confirmado el fallo de la última instancia. Ahora bien, seña-

<sup>45</sup> BVerfGE 43, 130/136; 54, 129/136; 61, 1/6, 9; 82, 43/50; 82, 272/280; 85, 1/13; así como en el fallo: E 93, 266/296.

<sup>46</sup> BVerfGE 93, 266/297.

<sup>47</sup> BVerfGE 94, 1 y ss.

la el Tribunal que no es asunto suyo decidir sobre el conflicto jurídico correspondiente, ni tampoco es tarea suya fijar definitivamente el sentido de las manifestaciones discutidas o sustituir una interpretación de las mismas por otra <sup>48</sup>. Sin embargo, da también aquí la impresión de que ante la duda el Tribunal Constitucional no vacila en sustituir la interpretación y valoración del tribunal ordinario por su propia diversa interpretación, que procede, por cierto, de una distinta ponderación de la libertad de conciencia frente a la protección de la personalidad.

Esta impresión se agrava cuando el Tribunal Constitucional Federal valora, en el *Caso de los crucifijos*, la denegación de las medidas cautelares por la Corte Superior administrativa bávara como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 19 apartado 4 de la LF, porque ve en la afirmación por los tribunales ordinarios de la admisibilidad de portar un crucifijo en las instalaciones escolares, basada en la regulación bávara de la escuela pública, una vulneración del derecho a la libertad religiosa. Del argumento de que las medidas cautelares deben también ser garantizadas en un tiempo prudencial y que no pueden crearse hechos consumados irremediables extrae el Tribunal la consecuencia de que los tribunales ordinarios deben, en la interpretación de las disposiciones sobre la medidas cautelares, garantizar éstas cuando amenace a los derechos del demandante una vulneración relevante, que será ya invencible en el marco de la resolución del proceso principal, en tanto que no existan intereses contrapuestos especiales y excepcionalmente preponderantes <sup>49</sup>. Tampoco aquí está claro por qué motivo el demandante de amparo no puede esperar hasta la resolución del proceso principal si aparecen como cuestionables la gravedad comparativa del ataque al derecho fundamental y la necesidad de celeridad del asunto.

## b) Derecho de asilo

Otro ejemplo siempre mencionado es el de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho de asilo, ya que el derecho de asilo garantizado como derecho subjetivo en virtud del artículo 16.a de la LF (antiguo) y su configuración jurídico procesal con un procedimiento específico, presenta para el Tribunal Constitucional una especial incitación para intervenir en la competencia de control de los tribunales contencioso-administrativos. Es cierto que se apoya el Tribunal Constitucional aquí en primer lugar sobre la fórmula de Heck, pero ampliando su competencia de control, como si no detuviese su cognición en la interpretación y aplicación del derecho procesal de asilo con respecto a un desconocimiento básico del significado del derecho fundamental. Ya que si el problema de

<sup>48</sup> BVerfGE 94, 1/10.

<sup>49</sup> BVerfGE 79, 69/74, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1995, 359/362 (*Kruzifix-Beschluß: «Caso de los crucifijos»*).

la legitimación en el derecho de asilo afecta a la aplicación inmediata de las disposiciones del derecho fundamental del (antiguo) artículo 16 apartado 2º inciso 2º de la LF, es porque toca a la titularidad del mismo. El Tribunal ha de comprobar, a raíz de ello, con respecto a la interpretación de la situación de hecho «refugiado político», así como en lo referente a la fijación de los hechos y su valoración jurídica, si «la valoración fáctica y jurídica del tribunal así como el tipo y ámbito de sus investigaciones se coheren con el artículo 16 apartado 2º inciso 2º de la LF»<sup>50</sup>. Ciertamente, no quiere el Tribunal aquí abrir una ulterior instancia de casación o de examen de los hechos por vía del recurso de amparo constitucional, ni tampoco dejar a los tribunales un ámbito de acción no susceptible de fiscalización por el Tribunal Constitucional en la interpretación de los derechos fundamentales, «sino más bien otorgar un cierto margen de apreciación en la aplicación de una disposición jurídica dada sobre unos hechos fijados». Este margen de apreciación se refiere, por un lado, a la calificación jurídica de la fijación de los hechos, por otro lado, a la apreciación de elementos fácticos que, en concreto en el derecho de asilo, no es raro que tengan conexión con las previsiones sobre el posible desarrollo de circunstancias dadas. Con ello se ha reservado el Tribunal Constitucional un ámbito de intervención ilimitado sobre las decisiones de los tribunales ordinarios en materia de derecho de asilo —como también ha señalado STARCK<sup>51</sup>— que tampoco a tenor de las especificidades del derecho procesal de asilo parece justificado. Es cierto que también es competencia del Tribunal Constitucional Federal el establecimiento de lo que debe entenderse como «persecución política» en el sentido de una pretensión jurídico-constitucional accionable y no se encuentra sólo confiada a la competencia de definición de los tribunales ordinarios, incluido el Tribunal Administrativo Federal. Sin embargo, si el Tribunal Constitucional no ha de convertirse en una instancia de revisión de los hechos, entonces debería limitarse el enjuiciamiento del desconocimiento del ámbito de protección de la «persecución política» al que realice la jurisprudencia de las instancias de casación.

## II. *La «eficacia por irradiación» de los derechos fundamentales: el caso Lüth y sus consecuencias*

El Tribunal Constitucional Federal estableció ya en la Sentencia *Lüth* de 1958 la vertiente jurídico objetiva de los derechos fundamentales y su acción sobre el Derecho civil, reconociendo así la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros.

<sup>50</sup> BVerfGE 76, 143/162; con referencia a la sentencia 52, 391/407, 410; 54, 341/356; 63, 197/214; 63, 215/225.

<sup>51</sup> JZ 1996, 1037.



La apreciación jurídico material por el Tribunal Constitucional Federal de una eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el Derecho privado, en la medida en que hace hincapié sobre el carácter jurídico objetivo de estas normas<sup>52</sup>, tiene también consecuencias sobre el control de las sentencias de los tribunales ordinarios por el Tribunal Constitucional. Ya que si existe una interacción (*Wechselwirkung*) entre las leyes generales y los derechos fundamentales, entonces deberán también las leyes ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales. Por lo tanto, concluye el Tribunal Constitucional, deberá él fiscalizar:

«si el tribunal ordinario ha juzgado acertadamente el alcance y eficacia en el ámbito del Derecho civil. De ello se deduce sin embargo al mismo tiempo la limitación de la fiscalización: no es misión del Tribunal Constitucional examinar en toda su extensión los errores jurídicos de las sentencias de los jueces de la jurisdicción civil; el Tribunal Constitucional se limita a juzgar la denominada "eficacia por irradiación" de los derechos fundamentales sobre el Derecho civil y el contenido valorativo de los principios jurídico-constitucionales para también aquí llevarlos a efecto. El sentido del instituto del recurso de amparo es que todos los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben ser susceptibles de control en cuanto a su adecuación a los derechos fundamentales (§ 90 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). En tan escasa medida está llamado el Tribunal Constitucional Federal a actuar como "instancia de casación" o incluso de "supercasación", como a abstenerse de fiscalizar estos fallos pasando por alto el desconocimiento de normas y reglas de derechos fundamentales que en ellos salga a la luz<sup>53</sup>».

Este fallo fue, por otro lado, punto de partida de la jurisprudencia configuradora de la libertad de expresión también como valor objetivo de decisión. STARCK indicó con razón en el Congreso de juristas alemanes de 1996 que a partir de esta «desobjetivación de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales», en cierta medida, en doble inversión de la original función primariamente subjetiva de los derechos fundamentales, ha tenido lugar un «cambio de agujas» que tras cuarenta años de jurisprudencia ya no cabe hacer retroceder.

Con el *caso Lüth* se inició la marcha triunfal de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales —aun cuando con ciertas fricciones—, la entrada en el entero Derecho privado, laboral, social así como en el Derecho administrativo. Éste es, claro está, un campo que requiere investigación empírica intensiva, que no puede tener lugar en esta sede. Sólo indicar que, en este ámbito, la jurisprudencia en su reacción a los problemas de delimi-

---

<sup>52</sup> BVerfGE 7, 198/205.

<sup>53</sup> BVerfGE 7, 198/207.

tación ha considerado los derechos fundamentales como una base apropiada para el enjuiciamiento jurídico-civil de relaciones jurídicas, en especial el Derecho de contratos y de la responsabilidad civil y ha buscado las soluciones conformes a aquéllos de los casos de Derecho civil<sup>54</sup>. Se puede constatar de modo similar también en la jurisprudencia en el ámbito de los tribunales sociales y contencioso-administrativos —aun cuando de modo matizado—, como también en el caso del Derecho procesal y el Derecho penal. Se aprecia, particularmente, que sentencias concretas también han dado lugar por entero a nuevas regulaciones legales o que los derechos fundamentales han proyectado su eficacia más allá del caso concreto para influir en la configuración de todo el procedimiento (por ejemplo: sentencias sobre el registro, sobre el principio de celeridad, la proporcionalidad en derecho de la responsabilidad, el acceso a los tribunales, la preclusión, el proceso justo, entre otras)<sup>55</sup>.

### III. *La transgresión de los límites de la creación judicial del Derecho*

El control de la creación judicial del Derecho constituye una ulterior variante de la fiscalización por el Tribunal Constitucional de las sentencias de los tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional comprueba si los límites jurídico-constitucionales del «Derecho judicial» o creación judicial del Derecho han sido observados. Base de esta jurisprudencia es la consideración de que, a través de la interpretación judicial o creación del Derecho, aparece como resultado una nueva intervención sobre el derecho fundamental que no debe acometerse sin regulación legal<sup>56</sup>. Con ello el Tribunal Constitucional no discute a los jueces su capacidad creadora del Derecho también bajo la vigencia de la LF, sino que tan sólo plantea la cuestión sobre los límites de esta aplicación creadora del Derecho a la luz del principio de sometimiento del poder judicial a la ley. El Tribunal Constitucional no se ata a ninguna fórmula fija, que tampoco podría permitirse, sino que decide de modo evidentemente casuístico.

También en el denominado caso *Soraya*<sup>57</sup> consideró el Tribunal Constitucional Federal compatible con la LF la jurisprudencia de los tribunales civiles que en caso de graves vulneraciones de derechos de la personalidad contra el tenor literal del § 253 del *Bürgerliches Gesetzbuch* adjudicaron indemnización en dinero también en el caso de daños inmateriales<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. GÖTZ en HEYDE/STARCK, *40 Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte*, 1989, pág. 78.

<sup>55</sup> Cfr. por ejemplo Kay NEHM en Heyde STARCK, (*vid. nota previa*), pág. 204.

<sup>56</sup> Cfr. BVerfGE 22,114/121 y ss.; 34, 293/301.

<sup>57</sup> Cursiva en el original.

<sup>58</sup> BVerfGE 34, 269.

De otro modo, sin embargo, ha excedido el Tribunal Federal Laboral los límites de la creación judicial del Derecho con su jurisprudencia sobre la prelación en la quiebra y con ello ha vulnerado el principio del Estado de Derecho del artículo 20 apartado 3 de la LF, según el entendimiento que de él ha hecho el Tribunal Constitucional Federal<sup>59</sup>. Finalmente, el Tribunal admite también una notoria creación judicial del Derecho evidentemente entonces cuando, como en el caso de variación de los vínculos socio-familiares, se formen lagunas de regulación al hilo de la aplicación de la ley, de modo que el juez se haya visto impedido para la solución justa del caso concreto<sup>60</sup>.

Es evidente que también aquí el trazado de fronteras entre la creación del Derecho por el Tribunal Constitucional y la realizada por los tribunales ordinarios, en virtud del artículo 20 apartado 3º de la LF explícitamente sometida a la ley y al *Derecho*<sup>61</sup>, resulta difícil de fijar.

#### IV. Ensayos de solución en la doctrina

La previa exposición de la jurisprudencia muestra posibilidades para criticar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Las propuestas en la doctrina van desde los intentos de delimitación entre directa e indirecta vulneración constitucional, inmediata o mediata vulneración de derechos fundamentales, desconocimiento de la cuestión de la ponderación, introducción de la teoría del erróneo ejercicio de la potestad discrecional<sup>62</sup>, pasando por la denominada fórmula de SCHUMANN, según la cual una vulneración de un derecho fundamental tendría lugar «cuando el pronunciamiento judicial impugnado produce una consecuencia jurídica que el legislador ordinario no habría emanado como norma»<sup>63</sup>, llegando a la propuesta de STARCK en el Congreso de juristas. Según ésta, sólo podrá el Tribunal Constitucional controlar una aplicación de la ley de los tribunales ordinarios:

- «si la fijación de los hechos es arbitraria, es decir, si con respecto al correspondiente derecho fundamental se han fijado un relato fáctico absolutamente falso (fórmula 1ª)...
- ... o si el resultado de la aplicación de la ley con unos hechos fijados sin arbitrariedad, al ser generalizado como norma, sería inconstitucional (fórmula 2ª)...

<sup>59</sup> BVerfGE 65, 182.

<sup>60</sup> BVerfGE 82, 6/12, cfr. también con SCHLAICH, (*vid. nota previa*), número marginal 294.

<sup>61</sup> Cursiva en el original.

<sup>61</sup> Cfr. Referencias en SCHLAICH, (*vid. nota previa*). número marginal 301 y ss.

<sup>63</sup> SCHUMANN, *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*. 1963, págs. 206 y ss.

- ...y si los límites de la creación judicial del Derecho han sido superados (fórmula 3ª)»<sup>64</sup>.

La aquí utilizada fórmula 2ª descansa sobre la fórmula de SCHUMANN, de acuerdo con la cual puede tener lugar el control por el Tribunal Constitucional Federal cuando la interpretación de los tribunales ordinarios incurriría en inconstitucionalidad en caso de ser generalmente aplicada y considerada como ley. Pero también es aquí difícil la delimitación, al perdurar la cuestión de si también aquí, según la 1ª fórmula, el Tribunal Constitucional interviene sobre la interdicción de la arbitrariedad con demasiado vigor en la fijación de los hechos, en lugar de dejar este control al juez de la instancia de casación, más allá debería ser difícil trazar las fronteras de la creación judicial del Derecho entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, toda vez que precisamente la Constitución somete a todos los tribunales a la obediencia no sólo de la ley sino también del Derecho. Otra propuesta apunta a la diferenciación jurídico-funcional de los derechos fundamentales para la aplicación del Derecho y para la legislación, así como a la distinción entre Derecho de los derechos fundamentales, incluida su concreción a través del Derecho infraconstitucional, por un lado, y los del resto del ordenamiento incluyendo determinados preceptos del Derecho constitucional<sup>65</sup>.

Resumiendo, hay que decir que ni la jurisprudencia ni la doctrina han encontrado un trazado de fronteras claro entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, por lo cual no puede darse una solución de consenso. Una delimitación sólo sería imaginable bajo una radical reducción de las pretensiones de control del Tribunal Constitucional y una amplia retracción de la eficacia por irradiación de los derechos fundamentales, tolerando resoluciones injustas de casos concretos.

Parece dudoso que aún haya modo de retroceder en las amplias competencias de control del Tribunal Constitucional Federal.

Sin embargo, dejan entreverse intentos en el marco del hasta ahora exhaustivo control del proceso ante los tribunales ordinarios por el Tribunal Constitucional cuando éste, como en el examen del derecho de audiencia, establece que una vulneración de las disposiciones de Derecho infraconstitucional no conlleva simultáneamente un ataque contra el Derecho de audiencia, sino que sería más bien objeto de comprobación «si con ello no se ha vulnerado al mismo tiempo en un nivel esencial el derecho de audiencia constitucionalmente garantizado»; en este sentido, el Tribunal Constitucional Federal ha exhortado una y otra vez a los tribunales de instancia a realizar un manejo de las normas procesales inspirado en los derechos fundamentales<sup>66</sup>. La difícil de-

<sup>64</sup> STARCK, *JZ*, 1996, 1039.

<sup>65</sup> Cfr. M. BENDER, *Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen*, 1991, pág. 208.

<sup>66</sup> BVerfGE 60, 305/310; 69, 126/138; cfr. SCHLAICH, (*vid. nota previa*), número marginal 314, con ulteriores indicaciones.

limitación de la competencia de control en el caso de vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal lleva también a la cuestión —que aquí no ha de ser tratada— de si la sobrecarga de los Tribunales Constitucionales puede reducirse a través de las demandas de amparo referentes al derecho de audiencia. En este punto, la Comisión para la descarga del Tribunal Constitucional Federal (*la comisión Benda*), creada por el Ministro federal de Justicia, ha sometido a deliberación algunas propuestas. Según el criterio de la minoría, podría introducirse una denominada «queja de audiencia» como remedio jurídico subsidiario en el proceso ante los Tribunales a interponer en el plazo de dos semanas<sup>67</sup>. También fue considerado un recurso de amparo constitucional en materia de derechos fundamentales de naturaleza procesal, que previese una competencia de decisión definitiva para las Cortes Supremas de Justicia de la Federación y los *Länder* sobre la vulneración de determinados principios procesales<sup>68</sup>. Esta temática está por lo tanto estrechamente ligada con el ensanche de la competencia de control del Tribunal Constitucional Federal frente a la jurisdicción ordinaria.

#### V. *Jurisdicción ordinaria y Tribunales Constitucionales de los Länder*

Un aspecto que hasta ahora ha sido objeto de escasa consideración es la creciente significación que los Tribunales Constitucionales de los *Länder* recientemente han ganado a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1997 sobre la relación entre los derechos fundamentales del *Land* y los federales procedía de un recurso de amparo de una demandante por vulneración del derecho de audiencia, también garantizado en la Constitución sajona (art. 78 apartado 2). Simultáneamente interpuso una demanda de amparo de contenido esencialmente idéntico ante el Tribunal Constitucional Federal que, sin embargo, no fue admitida a trámite (§ 93 a. apartado 2º de la Ley del Tribunal Constitucional Federal). La Constitución sajona posibilita la interposición de recurso de amparo por toda persona que considere vulnerado por el poder público uno de sus Derechos Fundamentales constitucionalmente reconocidos (art. 18 apartado 2º número 4 de la Constitución sajona, §§ 7 número 4, 27 apartado 1 de la Ley de la Corte Constitucional sajona). La Corte Constitucional sajona, aun considerándose competente para tramitar el recurso de amparo por estimar la sentencia de primera instancia vulneratoria del derecho de audiencia de la demandante según su configuración por la Constitución sajona, tuvo, sin embargo, que elevar el asunto al Tribunal Constitucional Federal

<sup>67</sup> Cfr. BMJ, *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, Kommissionsbericht*, 1997, págs. 71, así como 142 (Jueza Graßhoff).

<sup>68</sup> *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts*, (vid. nota previa), págs. 77 y ss.

por divergencia con la jurisprudencia de la Corte de Estado de Hesse (en virtud del artículo 100 apartado 2º de la LF).

El Tribunal Constitucional Federal ha emitido una sentencia de la más alta trascendencia con respecto al ensanche de las competencias de control de los Tribunales Constitucionales de los *Länder* también en lo referente al Derecho federal, cuyos efectos todavía no han podido ser totalmente apreciados. Partiendo del rango superior de principio del Derecho federal sobre el Derecho de los *Länder*, a tenor del artículo 31 de la LF es atribuido un amplio ámbito de aplicación al artículo 142 de la LF, según el cual los derechos fundamentales de las Constituciones de los *Länder* de igual contenido «a los derechos fundamentales federales» están en vigor en la medida en que garanticen la protección jurídica de los derechos fundamentales en consonancia con los artículos 1 a 18 de la LF<sup>69</sup>. En tanto que en virtud de los derechos fundamentales de los *Länder* de contenido igual se garanticen los derechos fundamentales de la Constitución Federal, prevalecen en las colisiones con el Derecho común y deben ser convenientemente observados, por lo tanto, por la jurisdicción ordinaria incluyendo los Tribunales Constitucionales de los *Länder*. Sólo en los casos en que el Derecho infraconstitucional federal contradiga un derecho fundamental de *Land* más amplio (porque el Derecho federal conceda un ámbito de protección del derecho fundamental federal más estrecho del que exige el derecho fundamental del *Land*) prevalece la Constitución del *Land*, en virtud del artículo 31 de la LF.

Con respecto a la vigencia de los derechos fundamentales de *Land* de igual contenido y la prevalencia del Derecho federal pueden y deben, por lo tanto, también los tribunales ordinarios respetar el superior rango del derecho fundamental de *Land* en los casos dudosos, precisamente cuando se trate de aplicación de Derecho federal. Esto implica que el juez de un *Land* no sólo está vinculado por los derechos fundamentales frente a una ley federal, sino también a los derechos fundamentales del *Land* que sean aplicables (artículos 142 y 31 de la LF). El Tribunal Constitucional Federal no aprecia aquí una agravación de la tarea de fiscalización sino más bien un fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales:

«Igualmente no tiene esta vinculación exclusivo significado teórico, fortalece profundamente la protección de los derechos fundamentales. Para la protección y la imposición de los derechos fundamentales (también los de igual contenido), procedentes de distintas fuentes normativas, son responsables distintos sujetos de soberanía. Para un derecho fundamental paralelamente protegido por la Federación y un *Land* puede verse, por tanto, duplicada la protección siempre que la Federación y el *Land* lo garanticen»<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> BVerfG, decisión de 15.10.1997, JZ 12/1998, 615/617 y ss.

<sup>70</sup> BVerfGE (vid. nota previa), JZ 1998, pág. 618.

Como el propio Tribunal Constitucional concluye, esto significa que el juez en determinadas situaciones procesales no sólo está vinculado por los derechos fundamentales de la Constitución Federal, sino que también debe observar los derechos fundamentales de *Land* de igual contenido. Con esto daría el constituyente del *Land* pautas de actuación a los jueces también para la configuración del proceso, de la cual es responsable el poder estatal del *Land* en virtud del artículo 92 de la LF.

Habiendo considerado esto, gana peso no sólo la delimitación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional federal sino también con la jurisdicción constitucional de los *Länder*. A la inversa, aparecerá la aquí discutida problemática también ante los Tribunales Constitucionales de los *Länder* a raíz de la ampliación de las competencias de control de los mismos frente a las vulneraciones de derechos fundamentales de naturaleza procesal. Aun cuando los Tribunales Constitucionales de los *Länder* se moderan decididamente en sus competencias de control en comparación con el Tribunal Constitucional Federal, a largo o corto plazo se reiniciarán de nuevo las vías de acceso al Tribunal Constitucional Federal, no pudiendo esperarse por este camino una sensible descarga del Tribunal Constitucional Federal. Pero queda en fin por reflexionar si no podría tener lugar a largo plazo una división de la tarea de fiscalización entre los Tribunales Constitucionales de los *Länder* y el Tribunal Constitucional Federal, máxime teniendo en cuenta que los Tribunales Constitucionales de los *Länder* podrían apoyarse en una jurisprudencia de muchos años del Tribunal Constitucional Federal, aun cuando en algunos casos controvertida. Esto podría ofrecer, al menos junto a la introducción de una «queja de audiencia» o de un «recurso de amparo de derechos fundamentales de naturaleza procesal», una posibilidad más de descarga del Tribunal Constitucional Federal, antes de que se recurra a soluciones tan genéricas como la introducción de un proceso de *certiorari* a semejanza del modelo americano <sup>71</sup>.

## CONCLUSIÓN

Las reflexiones empleadas en la delimitación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional federal, así como de éstas con la jurisdicción constitucional de los *Länder*, arrojan un amplio abanico de interrogantes sobre la configuración de casos concretos que tienen como causa principal la exhaustiva competencia de control de los Tribunales Constitucionales sobre las sentencias que deciden, fundamentalmente, procesos de amparo. Es más que cuestionable que la a menudo criticada, pero

---

<sup>71</sup> Cfr. la denominada Comisión Benda, pág. 82 y ss. (contrario) sobre la introducción de un procedimiento de *certiorari*, págs. 37 y ss., y pág. 54.

deseada en sus resultados, intensificación de la fuerza de obligar de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del Derecho pueda ser aún de modo importante neutralizada. La protección del ciudadano a través de los derechos fundamentales ha sufrido indudablemente también a través del recurso de amparo contra sentencias un constante fortalecimiento, que, a la vista de una duradera y constantemente asentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya sólo difícilmente podrá ser reducida. Si ello es o no deseable o si puede mejorarse a través de relevantes modificaciones jurídico-procesales, es sobre todo una cuestión que corresponde al legislador en tanto que poder político.