



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Limbach, Jutta

Función y significado del recurso constitucional en Alemania

Cuestiones Constitucionales, núm. 3, julio-diciembre, 2000, pp. 67-89

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88500304>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

FUNCIÓN Y SIGNIFICADO DEL RECURSO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA

Jutta LIMBACH*

RESUMEN: El artículo presenta al recurso constitucional o *Verfassungsbeschwerde*, similar al amparo mexicano, ante el Tribunal Constitucional Federal alemán como un medio extraordinario de impugnación que permite a los ciudadanos combatir cualquier violación a sus derechos fundamentales por actos de cualquier órgano del poder público. A pesar de la escasa probabilidad de ser admitido y declarado fundado, el recurso constitucional goza de extraordinaria popularidad y ha sido de gran importancia para el desarrollo de la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales y, en este sentido, el artículo ofrece numerosos ejemplos. Se analiza también la relación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. Dada la amplitud del control constitucional por el Tribunal, la división de tareas es de tipo funcional y no sustantivo. Por último, se abordan las perspectivas del recurso constitucional. El principal desafío reside en el excesivo número de recursos y en la necesidad de hacer una selección. Se descarta la posibilidad de su supresión, pero también se advierte contra la recepción incondicional de un procedimiento discrecional como el *certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos. Se propone que cualquier procedimiento de selección tome en cuenta tanto el carácter extraordinario del recurso como su función protectora de los derechos individuales.

ABSTRACT: This paper presents the constitutional complaint or *Verfassungsbeschwerde*, similar to the Mexican amparo suit, before the German Federal Constitutional Court as an extraordinary remedy that allows citizens to challenge any violation of their fundamental rights by actions of any public authority. Despite the scarce likelihood that it will be granted full review and that it will be successful, the constitutional complaint enjoys an exceptional popularity and has been of great significance for the development of judicial doctrine on constitutional rights, of which the paper provides numerous examples. The relationship between the constitutional and the ordinary jurisdiction is also examined. In view of the scope of constitutional review by the Court, the division of labor between both branches of jurisdiction can only be considered of a functional nature, not substantive. Finally, the perspectives of the complaint are addressed. The main challenge it faces concerns the excessive number of complaints and the need to make a selection. The paper dismisses the possibility of its elimination, and warns against the unconditional reception of a discretionary procedure like the *certiorari* before the US Supreme Court. It argues that any selection procedure must take into account the extraordinary nature of this remedy and its role as a protection of individual rights.

* Profesora de derecho civil, mercantil y económico, así como de sociología del derecho, de la Universidad Libre de Berlín desde 1972. Jueza y presidenta del Tribunal Constitucional Federal alemán desde 1994.

I. GUARDIANES Y DEFENSORES DE LA CONSTITUCIÓN

A través del recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), cualquier persona puede pedir protección ante el Tribunal Constitucional Federal cuando considere que ha sido lesionada en sus derechos fundamentales por actos del poder público. El recurso constitucional convierte a los ciudadanos y ciudadanas en guardianes de la Ley Fundamental. Gracias a la vigilancia de éstos, a su sentido de la justicia e incluso a su disposición a defenderse, es que el Tribunal Constitucional Federal puede actuar como defensor de los derechos fundamentales individuales, pues a diferencia del *ombudsman*, el Tribunal no es el contralor omnipresente del respeto a los derechos fundamentales por el Estado y la sociedad. En su calidad de Tribunal no puede actuar por propia iniciativa, ni siquiera cuando las y los jueces que lo integran ven con preocupación algún fenómeno de la vida constitucional, sino que requiere siempre un impulso externo, es decir, una petición o un recurso constitucional.

El recurso constitucional se convirtió en un medio de impugnación de extraordinaria popularidad en unos cuantos años, popularidad que no ha disminuido. Entre la instauración del Tribunal Constitucional Federal (en 1951) y el año de 1996, se promovieron 107,890 recursos constitucionales, lo que representa aproximadamente el 97% de todos los procedimientos ante ese órgano jurisdiccional, si bien el recurso resultó fundado en solamente 2,856 procedimientos (2.7%). Sin embargo, a pesar de la reducida tasa de recursos fundados, no debe subestimarse la importancia del recurso constitucional, en virtud del efecto ejemplar de los pronunciamientos judiciales para el futuro comportamiento de los poderes públicos. La jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales no sólo ha tenido por efecto que la Ley Fundamental haya asumido una forma concreta y haya echado raíces en nuestra comunidad política,¹ sino que, además, ha generado entre la población conciencia de que no se encuentra indefensa frente a las medidas del Estado.² Las resoluciones del Tribunal también han avivado, tanto en los actores públicos como entre las ciudadanas y los ciudadanos, la idea de que el catálogo de derechos fundamentales constituye derecho directamente vigente.

¹ Konrad Hesse, "Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel", *JZ*, 1955, pp. 265 y 266.

² Benda/Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991, núm 313.

II. ORÍGENES DEL RECURSO CONSTITUCIONAL

El recurso constitucional es una creatura del orden y la práctica jurídicos de la República Federal de Alemania, si bien no carece de antecedentes. Con frecuencia se hacen remontar sus rastros hasta el *Reichskammergericht* del Sacro Imperio Romano Germánico, ya que un súbdito podía presentar ante él queja contra un príncipe que se hubiera negado a otorgarle protección jurídica.³ También la llamada Constitución de la Iglesia de San Pablo preveía medios de impugnación en favor de los ciudadanos alemanes, quienes podían reclamar ante el *Reichsgericht* la violación de los derechos que les otorgaba la Constitución del *Reich*, o bien la denegación de justicia (§ 126, h, g). Si esta Constitución hubiera entrado en vigor, el recurso constitucional habría visto la luz ya en 1849.⁴ Sin embargo, correspondió a la Constitución bávara de 1919 la consagración de este instrumento jurídico, pues en ella encuentra el recurso constitucional su único antecedente directo.⁵ Los ciudadanos podían acudir al Tribunal de Estado (*Staatsgerichtshof*) de Baviera cuando consideraran que la actuación de alguna autoridad había violado sus derechos, sin importar, de acuerdo con Nawiasky, que se tratara de una autoridad administrativa o de un tribunal, pues la procedencia de este primer recurso constitucional dependía de que se hubiera agotado la vía judicial.⁶ Cuando las madres y los padres de la Ley Fundamental iniciaron en 1948 la elaboración de un proyecto de Constitución, se encontraban animados por el deseo de sacar la lección de la tiranía de los años 1933 a 1945. La promesa del “¡nunca más!” dominaba los trabajos del Consejo Parlamentario. Sin embargo, también el fracaso de la República de Weimar, cuya Constitución no ofrecía suficientes posibilidades de defensa contra los enemigos de la democracia,⁷ guiaba la búsqueda de principios e instituciones que pudieran garantizar la convivencia conforme a la dignidad humana en una comunidad política en democracia y libertad. Con este propósito, los derechos fundamentales, el principio de la división de poderes y del Estado de derecho, se convirtieron en contenido

³ Robbers, “Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *JuS*, 1990, pp. 257 y 258.

⁴ Robbers, *op. cit.*, p. 261; Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 3a. ed., 1994, núm. 189.

⁵ Schlaich, *op. cit.*

⁶ Nawiasky, *Bayerisches Verfassungsrecht*, 1923, pp. 458 y ss.

⁷ Cfr. Benda/Klein, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 1.

de la Ley Fundamental. La experiencia con la dictadura precedente no sólo motivó a los creadores de la Constitución a formular los derechos humanos y las libertades fundamentales como derechos subjetivos justiciables, sino que también establecieron un tribunal federal como defensor de la Constitución. Este tribunal no solamente debía controlar que las leyes se encontraran en consonancia con la Constitución, sino que habría de tener, en primer término, la función de “otorgar a todos los habitantes de Alemania la protección necesaria contra las afectaciones de los derechos fundamentales que la Constitución consagraba en su favor”.⁸

Sin embargo, el Consejo Parlamentario no se resolvió finalmente a consagrar de manera expresa el recurso constitucional en la Ley Fundamental. Había gran incertidumbre sobre si sería posible lograr la inclusión de este recurso, mediante una fórmula concisa, en el sistema de defensas jurídicas de la Ley Fundamental.⁹ En 1951 se tuvo ya la confianza de consagrar el recurso constitucional en la ley relativa al Tribunal Constitucional Federal, y en 1969 se incorporó al fin en la Ley Fundamental (artículo 93 I núm. 4a), como contrapeso al capítulo constitucional en materia de situaciones de emergencia.¹⁰

III. FUNCIÓN Y SIGNIFICADO DEL RECURSO CONSTITUCIONAL

El recurso constitucional abre el camino real hacia el Tribunal Constitucional Federal.¹¹ Su muy amplia presencia en la jurisprudencia del Tribunal no sólo es cuantitativa sino también cualitativa.¹² A través de este recurso extraordinario —como asienta con razón Schlaich— el Tribunal Constitucional Federal ha roto con muchas tradiciones autoritarias¹³ y ha trazado los contornos del principio estructural del Estado derecho. Piénsese, por un lado, en las sentencias relativas a la libertad de prensa

⁸ Así, de manera explícita, el diputado Süsterhenn; *cfr.* el informe estenográfico del Consejo Parlamentario, Bonn, 1949, p. 25.

⁹ Schlaich, *op. cit.*, *supra* nota 4, núm. 190, y la bibliografía ahí citada.

¹⁰ Kley/Rühmann, en Umbach/Clemens, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 1992, núm. 5, en relación con el § 90.

¹¹ Peter Häberle, “Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”, *JöR*, vol. 45, 1997, pp. 89 y ss., 112.

¹² Schlaich, *op. cit.*, *supra* nota 4, núm. 195.

¹³ *Idem.*

y opinión. En un comienzo estuvo, en cierto modo, la sentencia Lüth, conforme a la cual el derecho fundamental a la libre opinión es, sencillamente, constitutivo de un orden estatal en democracia y libertad, “pues permite de inicio la discusión intelectual permanente, la lucha de las opiniones que es su elemento vital”.¹⁴ Por el otro lado, debe mencionarse la jurisprudencia sobre el derecho de audiencia,¹⁵ sobre el procedimiento imparcial,¹⁶ e incluso sobre la figura jurídica de las “relaciones especiales de sujeción”. En relación con el control de la correspondencia de un preso por parte del centro de reclusión, resolvió el Tribunal, en 1972, que los derechos fundamentales de los internos “solamente pueden ser limitados por una ley, o con fundamento en ella”. La vinculación plena del poder del Estado a los derechos fundamentales que establece el artículo 1o., inciso 3, de la Ley Fundamental, no se vería satisfecha si dichos derechos pueden ser limitados de manera arbitraria o discrecional en la ejecución de las penas.¹⁷

El recurso constitucional ha sido caracterizado como derecho de naturaleza procesal similar a los derechos fundamentales¹⁸ o como derecho público subjetivo de jerarquía constitucional.¹⁹ Sin embargo, la importancia del recurso constitucional no se agota en la protección de los derechos fundamentales individuales, sino que tiene un doble carácter, en la medida en que posee, simultáneamente, la función “de preservar el derecho constitucional objetivo y de contribuir a su interpretación y desarrollo”.²⁰ Esto quiere decir que el ciudadano que defiende sus derechos fundamentales echa a andar una actividad judicial que, al mismo tiempo, sirve a la defensa objetiva de la Constitución.²¹ Además de su función correctiva en el caso particular, el recurso constitucional ejerce también un influjo educativo y preventivo. Esto es —y a ello se refieren

¹⁴ BVerfGE 7, 198, 208. (La abreviatura “BVerfGE” se refiere a la colección que publica oficialmente las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal alemán. Se cita por número de volumen y página. N. del T.)

¹⁵ BVerfGE 47, 182, 187 y ss.

¹⁶ BVerfGE 38, 105, 111.

¹⁷ BVerfGE 33, 1, 11.

¹⁸ Rinken/AK-GG, 2a. ed., artículo 93, núm. 38.

¹⁹ Benda/Klein, *op. cit.*, *supra* nota 2, núm. 331.

²⁰ BVerfGE 33, 247, 259.

²¹ En tal medida, concluye Rinken, contiene este recurso “elementos de un derecho de participación política”. *Op. cit.*, *supra* nota 18, núm. 40.

con razón Benda/Klein—²² una consecuencia querida de la “obligatoriedad, autoridad y significado general de las resoluciones de los tribunales supremos”. Aquí podríamos mencionar numerosos ejemplos de sentencias paradigmáticas de los tribunales federales supremos. Así, por ejemplo, la resolución del Tribunal Supremo Federal, confirmada por el Tribunal Constitucional Federal, con la cual se originó el derecho general de la personalidad, o la jurisprudencia, en el volumen 47 de la Colección Oficial, sobre las condiciones generales de operación comercial (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*), la cual contribuyó finalmente al nacimiento de la ley respectiva.

IV. EXCURSO: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL COMO PROMOTOR DE UN MODERNO DERECHO DE LAS PROFESIONES

Por lo que se refiere a la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal en la política jurídica, podemos remitirnos al ejemplo de la reforma de un gremio profesional, desencadenada en 1987 por un recurso constitucional y que ha encontrado su conclusión en el presente año. El objeto de dicho recurso constitucional fue la amonestación a un abogado por la Cámara de Abogados, con motivo de una infracción al mandato de imparcialidad establecido en las normas profesionales. El abogado había escrito en relación con un dictamen de un médico legista: “En el curso de mi larga vida como abogado he tenido que leer bastantes tonterías. Pero esto supera la medida habitual”. El Tribunal Constitucional Federal no quiso compartir, por razones jurídico-constitucionales, la indignación de la Cámara, sino que opinó que las simples concepciones gremiales no eran suficientes para justificar la afectación de la libertad de profesión y opinión protegidas por los derechos fundamentales. Para que esta afectación se pudiera justificar se requerían más bien disposiciones reglamentarias que fueran producto de una decisión democrática. Puesto que el ejercicio de la abogacía se orienta por el modelo de la libre profesión, ello significa que el individuo puede decidir de manera libre y no reglamentada de qué modo ejerce su profesión de abogado.²³

²² *Op. cit.*, *supra* nota 2, núm. 331.

²³ BVerfGE 76, 171, 192.

A pesar de que el elogio del Tribunal Constitucional Federal al libre ejercicio de la abogacía convenía a los abogados, éstos no estuvieron inicialmente muy entusiasmados por la idea de que un comité democráticamente escogido elaborara el nuevo reglamento profesional. Recientemente, los dirigentes de este gremio manifestaron a los jueces en Karlsruhe²⁴ que esta empresa se ha visto coronada por el éxito no a pesar, sino debido a ello. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no sólo influyó en la vía que condujo al nuevo reglamento profesional, sino también, y de múltiples maneras, en su contenido, en términos propios del Estado de derecho liberal. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad que se ha concedido a los abogados de hacer publicidad sobre sus principales campos de actividad.

Esta contribución a la clarificación y desarrollo del derecho objetivo es una de las cosas que realiza el procedimiento del recurso constitucional, lo mismo que la jurisprudencia de los más altos tribunales. La otra es la orientación a los órganos del Estado sobre lo que deben hacer u omitir, es decir, cómo debe ser en futuras situaciones típicas su comportamiento conforme a la Constitución.²⁵ La reducida tasa de recursos constitucionales fundados no habla en contra sino más bien a favor del citado efecto educativo, pues, si bien no es posible medir estadísticamente tales efectos, hay, sin embargo, suficientes indicios, por ejemplo, en las resoluciones administrativas y las sentencias judiciales en el sentido de que muchas prácticas de la administración y la jurisdicción que eran susceptibles de crítica han sido modificadas en consideración a las sentencias del Tribunal Constitucional Federal.²⁶

La jurisprudencia iniciada por el recurso constitucional no influye solamente en el pensamiento y las decisiones de los actores estatales. Indirectamente, y de un modo que con dificultad puede captarse de manera empírica, dicha jurisprudencia tiene también efectos en las mentes de las ciudadanas y los ciudadanos. Podría aventurarse la suposición, nutrida por la experiencia cotidiana, de que es sobre todo la población la que ha internalizado los derechos fundamentales. El recurso constitucional despliega —así lo escribe recientemente Peter Häberle— “una alta función integradora entre los ciudadanos (e incluso protectora de las mino-

²⁴ Esta ciudad alemana es sede del Tribunal Constitucional Federal (N. del T.).

²⁵ Benda/Klein, *op. cit.*, *supra* nota 2, núm. 332.

²⁶ *Idem.*

rías)” y “ha incrementado la aceptación de la Ley Fundamental por el pueblo”.²⁷

V. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO FUNCIÓN DE TODOS LOS TRIBUNALES

En todo caso, resulta conveniente tomar en cuenta que es función de todos los tribunales asegurar la protección de los derechos fundamentales en el caso particular, pues el artículo 1o., inciso 3, de la Ley Fundamental dispone expresamente que los derechos fundamentales vinculan, como derecho inmediatamente aplicable, al legislador, al ejecutivo y también a la jurisdicción. Sin embargo, si la protección judicial en el ámbito de los derechos fundamentales es también función de los tribunales ordinarios,²⁸ resulta previsible el peligro de su interpretación y aplicación incorrectas, así como de los principios estructurales del derecho constitucional (por ejemplo, el del Estado de derecho o el del Estado social). En este caso la jurisdicción constitucional abre la posibilidad de corregir el error y su instrumento es el recurso constitucional,²⁹ y al cual volvemos ahora nuestra atención.

En todo caso, el Tribunal Constitucional Federal entra en acción una vez que se han agotado los recursos ordinarios. No hay primacía de la jurisdicción constitucional. Por el contrario, conforme al principio de subsidiariedad, el Tribunal hace notar al recurrente que debe solicitar primero la protección de los tribunales ordinarios también respecto de sus derechos fundamentales.³⁰ Cuando las resoluciones de última instancia se someten a la revisión del Tribunal Constitucional Federal, es preciso considerar el diverso radio competencial de ambas jurisdicciones.

²⁷ Häberle, *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 113.

²⁸ Schlaich hace notar, con razón, que los derechos fundamentales ya se encuentran plenamente protegidos por los tribunales ordinarios. *Op. cit.*, *supra* nota 4, núm. 466.

²⁹ Cfr. Berkemann, “Das Bundesverfassungsgericht und ‘seine’ Gerichtsbarkeiten”, *DVBl.* 1996, p. 1028.

³⁰ Así, correctamente, Haas, “Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte”, *Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs*, Stuttgart *et al.* 1997, pp. 27, 29.

VI. ALCANCE DE LA REVISIÓN

En primer término se encuentra la idea de que el Tribunal Constitucional Federal no es un tribunal de instancia que deba revisar en toda su extensión las resoluciones de otros tribunales. La Ley Fundamental es el único parámetro del Tribunal y, en este sentido, la aplicación del derecho ordinario no corresponde, en principio, a sus funciones, sino que más bien le toca, sencillamente, garantizar que los tribunales ordinarios respeten las normas y criterios de los derechos fundamentales.³¹

En una de sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional Federal puso en claro que no es ni una instancia de superrevisión jurídica ni fáctica, pues no le corresponde determinar si las sentencias son correctas conforme al derecho ordinario. Así, en una resolución de 1952 se señala que la configuración del procedimiento, la determinación y apreciación de los supuestos de hecho, la interpretación de las leyes y su aplicación al caso particular son, en principio, responsabilidad exclusiva de los tribunales y están exentos de revisión por el Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal controla únicamente si la sentencia judicial “viola derecho constitucional específico”.³² Esto quiere decir que sólo puede “actuar correctivamente cuando el resultado de la interpretación por el tribunal ordinario va más allá de los límites marcados por la Ley Fundamental, en particular, cuando dicha interpretación sea incompatible con el significado y el alcance del derecho fundamental a la libertad personal...”³³

Sirva de ejemplo aquí una temprana y destacada sentencia del Tribunal Constitucional Federal, la que se considera, con razón, como piedra angular de su jurisprudencia sobre la libertad de opinión. Señalemos brevemente los hechos: Veit Harlan, un popular director de cine durante el régimen nazi y creador de la película antisemita *El judío Süß*, dirigió en 1950 un nuevo film con el título *La amada inmortal*. Erich Lüth, quien era entonces director de la oficina estatal de prensa de Hamburgo, exhortó a los distribuidores y espectadores a boicotear la película con motivo de la inauguración de la “Semana del film alemán”. Su temor era que la reaparición de Harlan reabriera heridas ya cicatrizadas y que

³¹ BVerfGE 62, 230, 243.

³² BVerfGE 1, 418, 420.

³³ BVerfGE 65, 317, 322.

se renovara la terrible desconfianza que estaba en vías de desaparecer; pues Harlan había sido uno de los exponentes más importantes de la homicida persecución de los judíos. El productor de la película *La amada inmortal* obtuvo del Tribunal regional de Hamburgo un mandamiento provisional contra Lüth, en el que se prohibía a éste el llamado al boicot. El tribunal consideraba tal llamado como un daño contrario a las buenas costumbres en el sentido del derecho civil (§ 826 del Código Civil alemán). Lüth interpuso, con éxito, un recurso constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal.

1. *El efecto de irradiación de los derechos fundamentales*

El Tribunal declaró que la resolución del tribunal regional de Hamburgo violaba el derecho fundamental del recurrente a la libertad de expresión. Si bien los derechos fundamentales eran, en primer término, derechos de defensa del individuo contra el Estado, su efecto no se limitaba a la relación entre el ciudadano y la autoridad pública, sino que también ejercían influencia en las relaciones de los ciudadanos entre sí, pues la Constitución había creado al mismo tiempo, a través del catálogo de derechos fundamentales, un orden de valores objetivo. Este sistema de valores, en cuyo centro se encuentra el respeto a la dignidad humana y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, irradia hacia todos los ámbitos del derecho. A partir de ello sacó el Tribunal la conclusión de que ninguna disposición del derecho civil puede encontrarse en contradicción con el sistema de valores de los derechos fundamentales y que todas ellas deben interpretarse en su espíritu.³⁴ La influencia de las pautas valorativas de los derechos fundamentales se despliega, en opinión del Tribunal, por medio de las disposiciones directamente vigentes en el derecho civil. Las cláusulas generales de los §§ 138, 242, 826 del Código Civil alemán (BGB) y los estándares extrajurídicos ahí consagrados, como el de las buenas costumbres, sirven como puerta de entrada de los derechos fundamentales en el derecho civil. “Pues al decidir”, decía expresamente el Tribunal Constitucional Federal, “lo que estos mandatos sociales ordenan en el respectivo caso particular, hay que partir en primer término del conjunto de concepciones valorativas

³⁴ BVerfGE 7, 198, 205.

que el pueblo ha alcanzado y que ha plasmado en su Constitución en un momento determinado de su desarrollo espiritual-cultural”.³⁵

En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal tiene que examinar la cuestión de si el tribunal ordinario ha apreciado correctamente el alcance y la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil. De ahí se deduce en seguida la limitación de la revisión: no corresponde al Tribunal Constitucional examinar todos los posibles errores jurídicos del juez civil. El Tribunal simplemente tiene que juzgar el citado “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales en el derecho civil y hacer valer también aquí el contenido valorativo del derecho constitucional.³⁶ El sentido de la institución del recurso constitucional es permitir la revisión de todos los actos de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial respecto de su “conformidad con los derechos fundamentales”. Para finalizar, el Tribunal declaró otra vez que, así como no puede actuar como instancia de “superrevisión” respecto de los tribunales civiles, tampoco puede abstenerse totalmente de la revisión de tales sentencias y desatender el hecho de que pueden haberse desconocido las normas de los derechos fundamentales.

Esta sentencia, que sometió al derecho privado al influjo de los criterios de los derechos fundamentales, habría de demostrar más adelante su carácter extraordinariamente prometedor, pues ha contribuido a una transformación fundamental del pensamiento civilista. Diederichsen habla del “más significativo cambio de paradigma en la historia reciente del derecho privado, mediante el cual los derechos fundamentales se convirtieron en *valores* fundamentales y en señores también del derecho civil”.³⁷ Hasta en la época más reciente ha explicado el Tribunal Constitucional Federal el efecto de irradiación de las normas y criterios de los derechos fundamentales, cuando el ejercicio de los derechos de libertad y los objetivos del Estado social entran en colisión. Así, por ejemplo, en 1993 el Tribunal Constitucional Federal constató, en relación con el control sustantivo de las garantías otorgadas por miembros de familias sin ingresos o patrimonio, que en los casos típicos en que se pueda identificar la inferioridad estructural de una parte contratante y

³⁵ BVerfGE 7, 198, 205.

³⁶ BVerfGE 7, 198, 206.

³⁷ Para Diederichsen se trataba más bien de un lamentable acto de usurpación del Tribunal Constitucional Federal sobre el derecho civil; así en “Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem GG”, *JURA*, 1997, pp. 57 y 58.

en que las consecuencias contractuales traigan aparejados cargos inusitados para dicha parte, el ordenamiento civil tiene que reaccionar al respecto y permitir su corrección. El Tribunal Constitucional Federal ubicó la tensión entre la garantía fundamental de la autonomía privada, por un lado, y el principio del Estado social, por el otro, como problema de concordancia práctica:

Ya que todos los participantes en el tráfico jurídico civil gozan de la protección del artículo 2o., inciso 1, de la Ley Fundamental, e igualmente pueden invocar la garantía fundamental de la autonomía privada, no es posible que valga solamente el derecho del más fuerte. Las posiciones jurídicas fundamentales que entran en colisión deben apreciarse en su interacción y delimitarse de tal manera, que sean eficaces en la mayor medida posible para todos los participantes...³⁸

En una u otra forma, el Tribunal Constitucional Federal ha reiterado con frecuencia estas fórmulas de ponderación. Según los críticos, su mención estereotipada encubre el amplio poder de definición que el Tribunal se atribuye en esta cuestión, con mayor razón todavía por cuanto éste no ha desarrollado un orden jerárquico entre los diversos valores fundamentales.³⁹ El carácter abierto de muchas normas constitucionales, por un lado, y la concepción del catálogo de derechos fundamentales como orden de valores objetivo,⁴⁰ por el otro, favorecen un control tan amplio por parte de la jurisdicción constitucional que se pondría en peligro la división de poderes,⁴¹ ya que, como afirma atinadamente Ossenbühl, el efecto de irradiación en todos los ámbitos del derecho “conduce a una omnipresencia de los derechos fundamentales en el proceso de la interpretación y la aplicación de la legislación ordinaria”. Por consiguiente, sería difícil trazar un límite entre la interpretación y aplicación de la legislación ordinaria y la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en el proceso de la decisión judicial.⁴²

³⁸ BVerfGE 89, 214, 232.

³⁹ Así, Diederichsen, *op. cit.*, *supra* nota 37, p. 60.

⁴⁰ BVerfGE 7, 198, 205.

⁴¹ Richter/Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, 2a. ed. 1991, p. 5.

⁴² Ossenbühl, “Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *Festschrift für H.P. Ipsen*, 1977, pp. 129 y 138.

2. *El artículo 2o., inciso 1, de la Ley Fundamental
como derecho fundamental genérico*

Es la sentencia Elfes, que se refería a la libertad de viajar de un ciudadano, la que se considera un verdadero pecado original del Tribunal Constitucional Federal. En esta resolución, como afirma, por ejemplo, Rinken, el Tribunal Constitucional Federal “evadió la función jurídico-subjetiva del recurso constitucional y abrió para sí un amplio ámbito de revisión jurídico-objetivo”.⁴³

En esta sentencia de 1957, el Tribunal Constitucional Federal interpretó la protección de los derechos fundamentales conforme al artículo 2o., inciso 1, de la Ley Fundamental, en el sentido de que por “orden constitucional” (“*verfassungsmäßige Ordnung*”), al que se refiere dicha norma, debía entenderse el “orden jurídico conforme a la Constitución”, es decir, “la totalidad de las normas que formal y materialmente están conformes con la Constitución”.⁴⁴ En consecuencia, las leyes sólo son constitucionales cuando se hallan en armonía con los valores fundamentales supremos del orden fundamental de libertad y democracia, particularmente con el principio del Estado de derecho y con el del Estado social.⁴⁵ Una norma jurídica que contraría estos requisitos no forma parte del orden constitucional y, por tanto, no puede limitar la capacidad general de acción de los ciudadanos. Desde el punto de vista procesal esto significa, en conclusión del Tribunal Constitucional Federal, que cualquiera puede alegar, por la vía del recurso constitucional, que una ley que limita su libertad de acción no pertenece al orden constitucional, porque contraría principios constitucionales generales; en consecuencia se viola su derecho fundamental conforme al artículo 2o., inciso 1, de la Ley Fundamental.

Esta sentencia, que convierte al artículo antecitado en un derecho fundamental genérico (*Auffanggrundrecht*), ha llevado a una jurisprudencia constante que una sentencia más reciente ha recapitulado de nueva cuenta. Conforme a dicha sentencia, conocida como de la “cabalgata en el bosque”, dicha norma protege “toda forma de la acción humana, sin

⁴³ Rinken/AK-GG, cit., *supra* nota 18, núm. 49.

⁴⁴ BVerfGE 6, 32, 37. (La disposición citada reza lo siguiente: “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no lesione los derechos de otros ni contravenga el orden constitucional o la moral”. N. del T.).

⁴⁵ *Ibidem*, p. 41.

importar el peso que le corresponda a dicha actividad en el desenvolvimiento de la personalidad”. En consecuencia, toda ley que limite la libertad de acción de un ser humano debe ser revisada en cuanto a su constitucionalidad, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad.⁴⁶

En esta sentencia, la jurisprudencia de la Primera Sala —que no ha tenido aceptación unánime, pero sí mayoritaria— encontró un crítico entre sus propias filas. En un voto particular, el juez Dieter Grimm intentó explicar, mediante argumentos históricos y sistemáticos, que el artículo 2o., inciso 1, de la Ley Fundamental, contiene un derecho fundamental particular de perfil definido y no un derecho que protege, sin excepciones, cualquier posible actividad humana.⁴⁷ El comportamiento individual que es digno de protección en términos de este derecho fundamental debe poseer, según Grimm, “una relevancia más alta, equiparable al bien protegido de los demás derechos fundamentales, para el desenvolvimiento de la personalidad”. Donde esta relevancia no existe, hay que conformarse con las reglas y recursos del derecho ordinario.

Los críticos de este crítico hacen notar que un criterio cualitativo, que busca “los elementos constitutivos de la personalidad”, está asociado en la práctica con difíciles problemas de delimitación. “Todo intento de delimitar valorativamente el ámbito de protección”, así el Tribunal criticado, “conduciría a una pérdida del espacio de libertad del ciudadano...”.⁴⁸ A esto se añade que, tratándose de la cuestión de la relevancia, hablamos también de la imagen propia del sujeto del derecho y del significado subjetivo que para él tiene el comportamiento de que se trate. Andar a caballo por el bosque, como también dar de comer a las palomas en el parque, cuya prohibición fue objeto de un recurso constitucional por parte de una ciudadana, podrá no pertenecer, para la mayoría de nosotros, a las necesidades vitales de la existencia. Sin embargo, una actividad que parece banal para uno puede ser para otro parte de su personalidad. Y no es de sorprender que con vistas a la alimentación de las palomas, incluso personas tan serias como los constitucionalistas se vean imprevistamente recordando a san Francisco de Asís.⁴⁹

⁴⁶ BVerfGE 80, 137, 152 y s.

⁴⁷ Cfr. la elaborada opinión disidente de Grimm, quien explica que, ni desde el punto de vista histórico ni del funcional, tienen los derechos fundamentales el propósito de dar una protección especial a cualquier posible comportamiento humano, en BVerfGE 80, 164 y ss.

⁴⁸ BVerfGE 80, 137, 154.

⁴⁹ Cfr. sobre lo precedente H. Dreier, en: H. Dreier (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 1996, artículo 2o., núm. 21, y, con referencia a Morlok, *ibidem*, nota 61.

Es correcta la objeción de principio de que, en virtud de esta interpretación del artículo 2o., inciso 1, de la Ley Fundamental, cualquier aplicación incorrecta del derecho ordinario, y prácticamente cualquier resolución judicial que agravie al recurrente, pueden ser vistos como violación de los derechos fundamentales. De este modo, señala atinadamente Schlaich, “se han convertido los derechos fundamentales en una palanca del ciudadano para hacer valer su libertad contra toda afectación indebida, en cuanto sea contraria al Estado de derecho, por el poder público”.⁵⁰ Resulta obvio que de este modo se amplía considerablemente el radio de control del Tribunal Constitucional Federal y con ello también se hace más difícil la delimitación de su ámbito de actuación.

VII. LA DIVISIÓN DEL TRABAJO ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA ORDINARIA

Frente a esta jurisprudencia como trasfondo, ¿cómo puede el Tribunal Constitucional Federal delimitar razonablemente su ámbito de actuación respecto del de la jurisdicción ordinaria? Como ya se dijo, el Tribunal hace uso de unas cuantas fórmulas llamativas,⁵¹ pero que nada dicen. Aquí conviene citar nuevamente la fórmula de Heck. De acuerdo con ella, el Tribunal únicamente examina la cuestión de si los tribunales ordinarios han violado derecho constitucional específico, lo cual no ocurre simplemente porque una resolución, al ser confrontada con el derecho ordinario, resulte objetivamente incorrecta; el error debe residir precisamente en la no observancia de los derechos fundamentales.⁵² Al Tribunal solamente le corresponde el control de si los tribunales ordinarios, al interpretar y aplicar el llamado derecho ordinario, han violado el derecho constitucional, en particular la prohibición de cualquier trato arbitrario (artículo 3o., inciso 1, de la Ley Fundamental).⁵³

Hay que reconocer francamente que estas fórmulas solamente indican el problema, pero no ofrecen criterios para su solución.⁵⁴ Esto es válido

⁵⁰ Schlaich, *op. cit.*, *supra* nota 4, núm. 16.

⁵¹ Benda/Klein, *op. cit.*, *supra* nota 2, núm. 592.

⁵² BVerfGE 18, 85, 92.

⁵³ Así completada por BVerfGE 62, 338, 343. (El inciso citado dispone lo siguiente: “Todos los seres humanos son iguales ante la ley”. N. del T.)

⁵⁴ En el mismo sentido Wahl/Wieland, “Verfassungsrechtsprechung als knappes Gut”, *JZ* 1996, pp. 1137 y 1139.

precisamente para la fórmula según la cual el Tribunal Constitucional Federal solamente puede examinar si el tribunal ordinario ha violado derecho constitucional específico. Tal concepto ofrece sólo una nueva incógnita, pues no está claro lo que deba considerarse, en lo particular, como derecho constitucional específico. Ello queda de manifiesto a más tardar cuando se quiere contestar la pregunta de qué es lo que debe entenderse por derecho constitucional *no* específico. Evidentemente, no se quiere hacer referencia a un derecho constitucional específico, sino una relación específica, es decir, especialmente densa, de la sentencia que se examina respecto del derecho constitucional. En consecuencia, la importancia de la fórmula radica sobre todo en la afirmación de que “no hay violación de un derecho fundamental solamente porque una sentencia ordinaria sea incorrecta conforme al derecho ordinario, incluso ni siquiera cuando se trata de una controversia jurídica sobre un objeto protegido por un derecho fundamental”.⁵⁵

En vista de la concepción de los derechos fundamentales que sostiene el Tribunal Constitucional Federal, parece un afán inútil la búsqueda de criterios materiales que permitan una clara separación de los ámbitos del derecho constitucional específico y el derecho ordinario.⁵⁶ Ésta es una consecuencia innegable de las sentencias Elfes y Lüth, ya que, en virtud de que los derechos fundamentales irradian hacia el derecho ordinario y tienen efectos e influencia sobre él, se difumina la delimitación entre derecho constitucional y derecho ordinario. Si además toda violación de la ley constituye al mismo tiempo una violación de derechos fundamentales, se incrementa en tal medida el potencial de control del Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, no resulta posible abandonar esta orientación fundamental, en el sentido de un “derecho privado (o del derecho ordinario en general) exento de los derechos fundamentales”. Esto lo impide la sujeción de todo el poder público a los derechos fundamentales que establece el artículo 1o., inciso 3, de la Ley Fundamental. Con razón se consideran estas sentencias como irreversibles y se puede hablar también de un derecho constitucional consuetudinario con el que tienen que aprender a vivir la ciencia jurídica civilista y la jurisdicción ordinaria.⁵⁷

⁵⁵ Así, Seidl, en *Aktuelles Forum Verfassungsrecht, Verhandlungen des 61. Juristentages Karlsruhe 1996*, München 1996, vol. I, 1, pp. O 9 y ss., O 13.

⁵⁶ Rinken/AK-GG, *op. cit.*, *supra* nota 18, comentario previo al artículo 93, núm. 116.

⁵⁷ Así Volkhart Schmidt, *Aktuelles Forum Verfassungsrecht, op. cit.*, *supra* nota 53, o 41 y s. y Wahl/Wieland, *op. cit.*, *supra* nota 54, pp. 1138.

La consecuencia de esta penetración en el ámbito interpretativo de los tribunales ordinarios es, en todo caso, la “imposibilidad teórica de la distinción jurídico-material entre violación constitucional y violación del derecho ordinario”.⁵⁸ La consecuencia práctica es el número desbordado de recursos constitucionales, que exceden la capacidad de trabajo de las y los jueces del Tribunal.

Por tanto, el problema de la división de funciones entre el Tribunal Constitucional Federal y los tribunales ordinarios debe ser entendido como problema jurídico-funcional y no jurídico-material,⁵⁹ ya que en el fondo la cuestión de la densidad del control implica el problema de una razonable división del trabajo entre los tribunales ordinarios y el control por el Tribunal Constitucional Federal, el cual tiene que respetar el conocimiento particular, jurídico y técnico, así como la proximidad al caso, de las y los jueces ordinarios. En particular, no es tarea del Tribunal Constitucional Federal resolver el caso particular, sino que debe dirigir su atención a la cuestión de si se han obedecido las directivas de los derechos fundamentales.

Dado este modo de proceder, la intensidad de la revisión debe determinarse de manera separada conforme a las diversas fases del proceso de la decisión judicial, es decir, el control debe intensificarse o atenuarse dependiendo de si se trata de la determinación de los hechos, la interpretación de la legislación ordinaria o la apreciación individual-concreta del caso particular controvertido.⁶⁰ De este modo es posible formular, con Rinken, la siguiente regla general:

*Cuanto más argumente normativamente el juez, tanto más amplio será el control de resultados y contenido al que esté sometido; cuanto más se ocupe del caso particular, tanto más se reduce el control por el Tribunal Constitucional a un control de comportamiento.*⁶¹

En consecuencia, el juez distingue típicamente entre problemas de interpretación, de ponderación y de situación de hecho. Así, la determinación de los hechos, a igual que la apreciación de las pruebas, perte-

⁵⁸ Wahl/Wieland, *op. cit.*, *supra* nota 54, pp. 1139.

⁵⁹ Así, acertadamente, Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 319, y Rinken, *op. cit.*, *supra* nota 56, núm. 117.

⁶⁰ Ossenbühl, *op. cit.*, *supra* nota 42, pp. 129, 131.

⁶¹ Rinken, *op. cit.*, *supra* nota 18, núm. 177.

necen al ámbito de competencia autónomo de los tribunales ordinarios, ya que éstos son, para tal efecto,

estructuralmente más aptos que el Tribunal Constitucional Federal, debido a su mayor proximidad al asunto, a las experiencias obtenidas de un número mayor de casos relevantes y en virtud del diálogo crítico, mediante el cual su jurisprudencia se encuentra permanentemente vinculada con la de otros tribunales ordinarios.⁶²

Tomemos como ejemplo la resolución conocida como “los soldados son asesinos”. Esta sentencia se refería a la cuestión de si, y en qué condiciones, la expresión “los soldados son asesinos” constituye una calumnia punible o goza de la protección de la libertad de opinión.⁶³ En relación con la cuestión de la intensidad de su control, el Tribunal enfatizó expresamente lo siguiente: la comprobación de si realmente se produjo una expresión como la controvertida, de cuáles fueron las palabras exactas que se utilizaron, de quién provino y bajo qué circunstancias se hizo, son asunto del tribunal ordinario, ya que estas constataciones se apoyan en la singularidad de la impresión de conjunto de la audiencia oral ante el tribunal ordinario.⁶⁴

El sentido de una manifestación no está determinado exhaustivamente por su texto; por ejemplo, si dicha manifestación se produjo con intención de calumniar o si su carácter era pacifista. Dependiendo de la situación particular de la comunicación, una expresión puede ser entendida de diversa manera. Así, el sentido puede variar dependiendo de si la oración “los soldados son asesinos” es el contenido de una calcomanía en un automóvil o de una carta de los lectores o si es expresada mediante una pancarta frente a un cuartel del Ejército Federal. La decisión de si dicha manifestación debe ser entendida como afectación del honor depende, por tanto, no sólo de una interpretación previa del sentido de la expresión. Los errores en la interpretación del sentido, afirma acertadamente Grimm, pueden tener por consecuencia una indebida limitación del derecho fundamental de la libertad de opinión. Esto resulta válido también en el caso de que, tratándose de una expresión multívoca, el tribunal penal haya partido de una interpretación que conduce a la aplicación de

⁶² Así, acertadamente, Seidl, *op. cit.*, *supra* nota 55, O 17.

⁶³ BVerfGE 93, 266 y ss.

⁶⁴ BVerfGE 93, 266, 296.

la pena, sin haber excluido primero otras posibilidades de interpretación mediante razones convincentes.

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional Federal realiza también un control del significado, pues de otro modo no estaría suficientemente garantizada la protección de la libertad de opinión. Pero hay que enfatizar que el Tribunal, al controlar la aplicación del derecho, no sustituye la concepción que del texto tenga el tribunal penal con la suya propia. Lo único que hace es excluir las interpretaciones que objetivamente no son posibles y obliga al tribunal penal a ponderar posibilidades alternativas de interpretación, antes de optar por una determinada interpretación de la expresión.⁶⁵

La sentencia de “los soldados son asesinos” puede servir también como caso ejemplar de la ponderación de bienes jurídicos en colisión, en este caso, de la libertad de opinión con el honor personal. Ninguno de ambos derechos tiene primacía absoluta, a menos que una expresión afectara la dignidad humana, pues ésta, como fundamento de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ponderación respecto de ellos.⁶⁶ Desafortunadamente, no me es posible desarrollar aquí las diferenciaciones necesarias —por ejemplo, entre juicio de valor y afirmación de hecho— tratándose de una colisión entre libertad de opinión y derecho de la personalidad.

Respecto de la relación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria cabe decir, en términos muy generales, lo siguiente: el Tribunal Federal Constitucional puede apreciar una violación a los derechos fundamentales solamente cuando el juez no haya reconocido que se trata de una ponderación de derechos fundamentales en contradicción. Esto es válido también cuando su resolución se funde en una concepción básicamente incorrecta del significado de uno u otro derecho fundamental. En todo caso, el derecho fundamental de la parte que perdió no se viola simplemente porque la ponderación judicial de pretensiones encontradas parezca cuestionable por el solo hecho de haber otorgado demasiado peso, o muy poco, a los intereses de un lado o del otro.⁶⁷ Al igual que en relación con el control del significado, el Tribunal Constitucional no

⁶⁵ Cfr. sobre lo precedente Grimm, “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en *NJW* 1995, pp. 1697, 1700 y s.

⁶⁶ Grimm, *op. ult. cit.*, p. 1703.

⁶⁷ BVerfGE 30, 173, 197.

resuelve en definitiva sobre la comprensión o la admisibilidad de una expresión. Si el Tribunal resuelve favorablemente un recurso constitucional que impugna una resolución judicial, anulará ésta y reenviará el asunto al tribunal ordinario (§ 95 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán).

Este análisis del diverso alcance de la revisión dependiendo de los estadios del proceso de la aplicación del derecho debe poner de manifiesto de qué modo puede delimitarse, en el caso concreto, la competencia resolutoria del tribunal ordinario frente a la actividad de control del Tribunal Constitucional Federal. Aquí solamente hemos delineado un esquema aproximado, siguiendo las huellas de la jurisprudencia del Tribunal, la cual conoce también sus excepciones, ya sea que, dependiendo de la intensidad de la afectación de un derecho fundamental, se refuerce el control, ya sea que el Tribunal, tratándose de los llamados “casos espeluznantes”, se atribuya una competencia de emergencia a través de la prohibición de cualquier trato arbitrario (*Willkürverbot*). La honestidad intelectual obliga a constatar que no existe un catálogo de criterios de fácil manejo que pudieran servir como guía en la difícil distinción entre derecho constitucional específico y derecho ordinario. El esquema antes expuesto, con base en las diversas fases de la decisión judicial, marca solamente un horizonte de reflexión que es preciso seguir mentalmente en cada resolución. Para un tribunal que, por mandato constitucional, tiene que velar sobre la distribución y el equilibrio del poder del Estado, la determinación cuidadosa de su propio ámbito de responsabilidad constituye un deber natural.

Ciertamente también es posible señalar, con base en una serie de sentencias, que el Tribunal Constitucional Federal ha caído ocasionalmente en contradicciones respecto de los límites, por él definidos, del control de las resoluciones de los tribunales ordinarios.⁶⁸ Pero en muchos casos, estas faltas a la virtud de la prudencia judicial fueron de gran importancia para el desarrollo del Estado social de derecho. El éxito consistió, según Ossenbühl, “en que el Tribunal Constitucional Federal tuvo que compensar la deficiente conciencia de los derechos fundamentales en los tribunales ordinarios y su falta de práctica en el traslado de los valores de los derechos fundamentales a las leyes procesales”.⁶⁹ Sin embargo,

⁶⁸ Cfr. la exposición de Ossenbühl, *op. cit.*, *supra* nota 42, pp. 138 y ss.

⁶⁹ Ossenbühl, *ibidem*, p. 140.

lo que los derechos fundamentales ganan en terreno, puede obtenerse sólo a costa de la pérdida de apertura y dinámica. Nos referimos al peligro de que la excesiva propensión del Tribunal a dar lineamientos haga cada vez más estrecha la red de los mandatos constitucionales y de ese modo se petrifique el derecho ordinario.⁷⁰ Un Estado dominado por la jurisdicción constitucional no es compatible con la idea de la democracia con división de poderes de la Ley Fundamental.

VIII. EL FUTURO DEL RECURSO CONSTITUCIONAL

El acceso que tiene toda persona al Tribunal Constitucional Federal garantiza la protección de los derechos fundamentales y por ello resulta de gran valor. El reverso de la popularidad del recurso constitucional, fundada en dicho acceso, es el número de recursos que agobian al Tribunal. Se trata de un dilema que ha acompañado desde el principio la marcha triunfal de este recurso extraordinario,⁷¹ pero de nueva cuenta se están discutiendo en la política jurídica propuestas para remediar la carga excesiva de recursos constitucionales.

La supresión del recurso constitucional no está a discusión, ya que en los hechos los ciudadanos y las ciudadanas han internalizado “la peregrinación a Karlsruhe” a tal punto, “que ya no es posible imaginar nuestro sistema jurídico sin el recurso constitucional”.⁷² Como lo ha señalado acertadamente Häberle, este recurso pertenece “a la propia imagen de la República Federal de Alemania como Estado de derecho democrático”.⁷³ Esto en nada se ve afectado por la circunstancia de que algún ciudadano malentienda al Tribunal Constitucional Federal como paño de lágrimas de la República y de que la parte que ha perdido un juicio considere frecuentemente a esa instancia como una última salvación.⁷⁴ Sin embargo, esta circunstancia obliga a la búsqueda de un procedimiento que le permita al Tribunal separar la paja del trigo, a fin de

⁷⁰ Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2a. ed. 1992, pp. 159, 196 y ss.; y Ossenbühl, *op. cit.*, *supra* nota 42, p. 140.

⁷¹ Klein/Benda, *op. cit.*, *supra* nota 2, núms. 318-323.

⁷² Kley/Rühmann, *op. cit.*, *supra* nota 10, núm. 6.

⁷³ Häberle, *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 131.

⁷⁴ Berkemann, *op. cit.*, *supra* nota 29, p. 1037.

que gane tiempo para poder concentrarse en las cuestiones de importancia constitucional básica.

Sin embargo, hay que prevenirse de una recepción incondicional del procedimiento de *certiorari* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos. Dejar al libre arbitrio de las y los jueces la selección de los recursos constitucionales dignos de resolución, sin sujetarla a ningún criterio, seguramente no encontraría aceptación en la opinión pública. Por un lado, la Suprema Corte de los Estados Unidos no es específicamente tribunal constitucional, sino, en primer término, un tribunal de apelación en relación con el cual podrían resultar razonables tales posibilidades de restricción.⁷⁵ Por otro lado, toda recepción tiene que tomar en cuenta el diverso entorno normativo y la diversa cultura jurídica.⁷⁶ En la República Federal de Alemania no pueden olvidarse las razones históricas que condujeron a la introducción de la protección constitucional del individuo, a saber, las experiencias derivadas del fracaso de la República de Weimar y la tiranía entre 1933 y 1945.

Parece preferible, entonces, un procedimiento de selección que tome en cuenta dos elementos: por un lado, el hecho de que el recurso constitucional es un medio extraordinario de impugnación. Su carácter como medio de protección jurídica es de diverso tipo que la vía ante los tribunales ordinarios, pues su única función es la protección de los derechos fundamentales. Por el otro lado, no debe renunciarse al importante elemento de la protección individual.⁷⁷ Wahl/Wieland apuntan acertadamente a la cultura jurídica, específicamente alemana, de protección al individuo que se desarrolló a partir de 1949, la cual no marca únicamente el pensamiento de los y las jueces del Tribunal Constitucional Federal. La grave violación del derecho y la privación de la protección judicial durante el régimen nacionalsocialista fueron las razones políticas que motivaron el desarrollo de la protección de los derechos subjetivos.

Aunque no hay razones para suponer que la historia de Weimar y sus consecuencias pudieran repetirse, no debe perderse de vista que en la actualidad la capacidad de la democracia en libertad del Estado social está sujeta a prueba. Somos testigos de una inseguridad y un desconcierto

⁷⁵ Así, atinadamente, Hans-Peter Schneider, "SOS aus Karlsruhe das Bunderverfassungsgericht vor dem Untergang", *NJW* 1996, pp. 2630 y ss.

⁷⁶ *Cfr.* Wahl/Wieland, *op. cit.*, *supra* nota 54, pp. 1137 y 1141.

⁷⁷ *Cfr.* la sólida discusión de este problema en Wahl/Wieland, *ibid.*, pp. 1137, 1141.

inquietantes. El temor de perder la plaza de trabajo o la pensión de retiro, así como el miedo a la criminalidad, no fomentan el medio en que florecen las virtudes ciudadanas democráticas, como son la aceptación de la crítica y la tolerancia. En tales épocas se vuelve uno consciente de que la democracia no es una forma de vida perfecta en sí, sino, como la ha descrito acertadamente Kurt Lenk, “un proyecto riesgoso y abierto hacia el futuro”.⁷⁸ Riesgoso, porque las crisis económicas, por ejemplo, podrían conducir a socavar y abandonar las estructuras democráticas y los pilares de nuestra cultura jurídica. El fracaso de la República de Weimar es el ejemplo disuasorio. Por ello sería ingenuo creer que los derechos fundamentales y su protección individual por el Tribunal Constitucional podrían haber cumplido ya su misión histórica. Lo contrario es lo cierto. El Tribunal Constitucional Federal tendrá que permanecer en su puesto. Toda persona debe poder buscar ante él la protección de sus derechos fundamentales, pues la vigilancia constante de los ciudadanos y las ciudadanas es la garantía de la libertad.*

⁷⁸ Lenk, “Probleme der Demokratie”, en Lieber (ed.), *Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart*, pp. 933 y ss.

* Traducción de Héctor Fix-Fierro. Este trabajo apareció originalmente con el título *Aufgabe und Bedeutung der Verfassungsbeschwerde*, Regensburg, S. Roderer Verlag, 1997, 27 pp. (Schriften der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg, e.V., Heft 8, hrsg. von Prof. Dr. Wolfgang Blomeyer). *Cuestiones Constitucionales* agradece el amable consentimiento de la autora y del doctor Rainer Welz, por parte de la editorial, para la publicación de la traducción.