

# LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL COMO BIEN ESCASO EL ACCESO AL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* (\*)

RAINER WAHL  
JOACHIM WIELAND

*SUMARIO:* I. EL PROBLEMA: 1. *La dimensión cuantitativa.* 2. *La dimensión cualitativa.*—II. REFORMAS PROPUESTAS HASTA EL MOMENTO: 1. *Panorámica general.* 2. *Ineficacia de los intentos de disminución acometidos hasta el momento.*—III. LA SOLUCIÓN: 1. *El modelo estadounidense.* 2. *La transposición a Alemania.* 3. *Objeciones.* 4. *La tutela jurídica del individuo en el procedimiento de libre admisión.*

En 1995, la sobrecarga del *Bundesverfassungsgericht* alcanzó, con casi seis mil recursos de amparo, unas dimensiones más que preocupantes. Urge tomar severas medidas restrictivas si se quiere salvaguardar la capacidad operativa del Tribunal. El necesario alivio podría lograrse mediante un procedimiento de libre admisión, inspirado en la práctica del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sin perjuicio de mantener importantes elementos de la tutela jurídica subjetiva (1).

---

(\*) Artículo publicado bajo el título «Verfassungsrechtsprechung als knappes Gut» en la revista *Juristenzeitung (JZ)*, núm. 23/ 1996, de 6 de diciembre, págs. 1137-1145. Traducción de Pablo López Pietsch, LL.M., Universidad Autónoma de Madrid.

(1) Esta contribución continúa desarrollando las ideas defendidas por los autores en artículos anteriores; véanse WIELAND: *Der Staat*, tomo 29 (1990), págs. 333 y sigs. con referencias adicionales; WAHL: «Der Zugang zum Bundesverfassungsgericht», en FRIEDRICH-EBERT-STIFTUNG (ed.): *Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland gestern und heute*, Bonn 1991, págs. 13 y sigs.

## I. EL PROBLEMA

### 1. *La dimensión cuantitativa*

A pesar de haber sufrido un continuo deterioro (2), las *condiciones de trabajo* del *Bundesverfassungsgericht* no han recibido, durante los últimos años, la debida atención pública. Esta falta de atención es imputable en buena medida a que el debate en torno a la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* se ha centrado en cuestiones de contenido (3). Y sin embargo, quien pretenda que las sentencias del *Bundesverfassungsgericht* satisfagan máximos niveles de exigencia, tendrá también que procurar que se den las condiciones que el Tribunal precisa para desarrollar adecuadamente su labor. Los dieciséis magistrados y magistradas sólo pueden tramitar y resolver de forma satisfactoria un número limitado de casos al año. La tarea del Tribunal no es incrementable *ad libitum*.

Pero lo cierto es que, en el transcurso de los últimos años, el volumen de trabajo de los magistrados del Tribunal Constitucional se ha incrementado una vez más de forma notable. Según los últimos datos anuales, en 1995 se interpusieron 6000 recursos de amparo, cuya tramitación consume buena parte del trabajo del Tribunal (4): actualmente, los recursos de amparo suponen el 97 por 100 de los nuevos asuntos. Si tomamos en consideración el bajo coeficiente de éxito de los recursos de amparo (en 1995 se anularon 139 de las resoluciones impugnadas), ello evidencia una relación más bien desfavorable entre esfuerzo invertido y resultados obtenidos. Los magistrados del Tribunal dedican excesivo tiempo a decidir sobre la admisión a trámite de los recursos de amparo; el mismo que después les falta para la deliberación sustantiva acerca de los recursos y cuestiones admitidas.

Un magistrado que tiene que decidir cada año acerca de la admisión o no

---

(2) El discurso del magistrado Böckenförde con ocasión de su despedida del Tribunal de Karlsruhe supuso una suerte de llamada de socorro. Existe una versión escrita, que lleva por título «Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts», *ZRP*, 1996, págs. 281 y sigs. (también en *FAZ* de 24 de mayo de 1996). Con anterioridad, diversos presidentes y magistrados del Tribunal habían ya destacado esta carga de trabajo, sin que llegara a convertirse en verdadero tema de debate.

(3) Al respecto, véase WAHL: «Quo vadis Bundesverfassungsgericht», en GUGGENBERGER y WÜRTEMBERGER (eds.): 1996 (de próxima aparición).

(4) Las cifras están tomadas de la estadística global, de publicación anual, correspondiente al año 1995. En este año, el número de asuntos que tuvieron entrada en el Tribunal se incrementó en un 14 por 100 respecto del año anterior, el número de casos por resolver ascendió igualmente de forma notable (de 2.263 a 30 de septiembre de 1994 a 2.997 a 30 de septiembre de 1995).

de más de 350 recursos que se le adjudican a título individual, y, junto a ellos, acerca de más de 700 correspondientes a su Sección (5), difícilmente puede disponer, aun extremando sus esfuerzos, del tiempo necesario para preparar adecuadamente las resoluciones de su Sala; cuando es así que las sentencias de la Sala constituyen la tarea propiamente dicha del Tribunal Constitucional. A través de ellas, el Tribunal participa en la interpretación y el desarrollo del Derecho Constitucional, al tiempo que colabora en las tareas de dirección del Estado.

Las justificadas exigencias de la opinión pública y de los especialistas en cuanto a la calidad de las sentencias tendrán que resultar tanto más difíciles de satisfacer cuanto menos tiempo se pueda dedicar a los procedimientos seguidos ante la Sala. Un magistrado sin tiempo material para reflexionar serenamente acerca de cuestiones constitucionalmente difíciles, ni para evaluar y discutir con sus colegas y colaboradores soluciones alternativas, no puede ejercer adecuadamente su función. De ahí que, quien quiera salvaguardar el *Bundesverfassungsgericht*, en su actual posición y trascendencia, tenga necesariamente que plantearse una reforma del procedimiento de acceso al Tribunal.

Una ojeada a las cifras mencionadas muestra a las claras que el número de recursos de amparo dirigidos contra sentencias judiciales —que son los que aquí interesan como objeto de la reforma— hace tiempo que ha convertido al Tribunal en una tercera instancia, en el sentido más literal de la palabra. Frente a los 4.000 asuntos por año del Tribunal de casación en materia contencioso-administrativa, el *Bundesverwaltungsgericht*, sólo en 1995 se registraron 5.433 recursos de amparo en esa suprema tercera instancia en que se ha convertido el *Bundesverfassungsgericht*. De todos ellos han de ocuparse las diversas Secciones del Tribunal, que constan de tres magistrados, hasta alcanzar una decisión que en el 98% de los casos es de inadmisión; una inadmisión que puede ir además acompañada de la correspondiente motivación, aunque ello no es obligado (§ 93 d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG) (6).

Hace ya tiempo que la cantidad de asuntos y resoluciones por magistrado supera cualquier medida razonable (incluso tomando en consideración la labor de apoyo de los letrados). La imagen que se espera de la jurisdicción constitucional nunca ha sido la de la producción de sentencias entendida como trabajo

(5) Una plástica exposición de estas cifras en BÖCKENFÖRDE (cit. nota 3), págs. 281 y sigs.

(6) En 1995, el número de decisiones de Sección es prácticamente igual para ambas Salas: 2.284 en la Sala Primera y 2.369 en la Sala Segunda; aproximadamente iguales son también las cifras de no admisión: 2.241 y 2.293. No se deduce de esta estadística cuántas de las decisiones de inadmisión no hacen explícita su motivación, aunque en cualquier caso también generan un considerable trabajo.

a destajo y como tramitación en masa. Invirtiendo ingentes recursos en el empeño, los dieciséis magistrados y magistradas intentan actualmente otorgar tutela jurídica individual a cada caso concreto. Con ello, el Tribunal agota sus recursos en un ámbito en el que sus sentencias bien pueden ser venturosas para los afectados, pero al precio de desnaturalizar la propia institución hasta convertirla en una suprema tercera instancia. A ello hay que añadir que los magistrados se consumen en la tramitación masiva de recursos de amparo a la postre infructuosos, realizando así un trabajo digno de Sisifo no perceptible externamente (7), pero que sí les detrae de una deliberación más continua y fluida acerca de las aproximadamente cuarenta sentencias de Sala por año —únicas que inciden en el debate público y científico.

Aunque la opinión pública y la literatura especializada no sean (en suficiente medida) conscientes de ello, no hay forma de eludir la conclusión de que el *Bundesverfassungsgericht* tiene, de hecho, un *doble carácter*. Las cuarenta a cincuenta sentencias de Sala anuales colman los hasta ahora noventa y tres tomos de la recopilación oficial de sentencias. El debate jurídico-público y político se centra en tales sentencias, pero si se contempla el trabajo del Tribunal en su conjunto, entonces se evidencia que son sólo la punta del iceberg. Porque junto a ellas —y esta es la otra cara, la oculta, del Tribunal— los mismos dieciséis magistrados y magistradas tienen que procesar y filtrar, con la ayuda de sus letrados, los otros 6.000 asuntos registrados. Se ha generado una proporción grotesca entre la labor cotidiana, consistente en la tramitación de recursos de amparo que a la postre no prosperan, y el escaso 1 por 100 de sentencias de Sala que configuran la imagen del *Bundesverfassungsgericht* ante la opinión pública. Con la práctica actual, la idea de una jurisdicción constitucional se sacrifica en favor de la mera cantidad, y, con despiadado rigor alemán, se exprime a la institución hasta su agotamiento.

## 2. *La dimensión cualitativa*

Tras todos estos problemas cuantitativos lo que hay son —también, y en primera línea— problemas de tipo cualitativo o estructural. El alto número de recursos de amparo contra sentencias judiciales es reflejo, también, y sobre todo, del aumento en importancia de los derechos fundamentales desde 1949. Es sabido que, en las décadas que siguen a 1949, la dogmática de los derechos

---

(7) Claramente, sólo se ve uno de los lados cuando se califica a los magistrados de *sumos pontifices constitucionales* (Roellecke, *NJW*, 1995, 27) o cosas similares.

fundamentales ha integrado una de las áreas del Derecho alemán de mayor y continuo desarrollo (y probablemente continúa formando parte de ellas). El contenido de estos derechos se ha ampliado notablemente, en especial a partir del descubrimiento y desarrollo de su dimensión jurídico-objetiva, y se ha incrementado su capacidad de incidencia en el ordenamiento jurídico. Si, bajo la vigencia de la Ley Fundamental, los derechos fundamentales han cobrado una eficacia distinta, más intensa, de «irradiación» al conjunto del ordenamiento jurídico, si han pasado a estar siempre “*presentes*” en el ordenamiento jurídico en su totalidad, a tener efectos no sólo bilaterales, sino *erga omnes*, adquiriendo un carácter absoluto, entonces no puede extrañar que ello haya tenido profundas implicaciones de orden procedimental (8).

Estas decisiones u orientaciones básicas (ciertamente positivas, y que afectan a todo el ordenamiento jurídico) (9) han tenido severas consecuencias (10). En última instancia, la dogmática alemana de los derechos fundamentales ha sido víctima de su propio éxito: la línea que separa el Derecho Constitucional dotado de primacía del Derecho ordinario ha acabado por difuminarse en toda su extensión (11). Afirmar que una determinada sentencia está co-determinada por la incidencia de un derecho fundamental apenas significa ya decir nada especial, puesto que en último término todo está influido, irradiado e informado

(8) Un conciso repaso a la historia de la evolución interna y externa de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales en BÖCKENFÖRDE: «Grundrechte als Grundsatznormen», *Der Staat*, tomo 29 (1990), págs. 1 y sigs. (véase allí también las referencias de las fórmulas citadas de HESSE, J.P. MÜLLER, etc.)

(9) Al respecto, véanse las exposiciones de BÖCKENFÖRDE, J.P. MÜLLER y ALEXY en *Der Staat*, 29 (1990), págs. 1 y sigs. La expresión *decisiones u orientaciones básicas de la dogmática de los derechos fundamentales* (*Weichenstellungen der Grundrechtsdogmatik*) se utiliza con plena consciencia tanto en el debate celebrado, como en la presente formulación, para expresar que existen determinadas sentencias rectoras (*Leitentscheidungen*) que prácticamente no permiten una vuelta atrás.

N. T.: Traduzco, de modo algo impreciso, como *decisiones u orientaciones básicas* el término alemán *Weichenstellungen*, que literalmente significa *orientación de las agujas* en la red ferroviaria. Se trata de una metáfora utilizada con frecuencia en Alemania para referirse a decisiones que determinan el curso que toma un determinado proceso, y respecto de las que se entiende que resulta muy difícil, si no imposible, dar marcha atrás.

(10) En la doctrina, el debate acerca de estas problemáticas consecuencias tiene lugar bajo la rúbrica de la *extensión del enjuiciamiento en el recurso de amparo*. Al respecto, véase extensamente SCHLAICH: *Das Bundesverfassungsgericht*, 3.ª ed., 1994, núm. marginal 271-322, así como BENDA y KLEIN: *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991, núm. marginal 586 y sigs.; CLEMENS, en UMBACH y CLEMENS: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1992, § 91, núm. marginal 107 y sigs.; GUSY: *Die Verfassungsbeschwerde*, 1988, págs. 52 y sigs.

(11) Al respecto, véase WAHL: «Der Vorrang der Verfassung», *Der Staat*, tomo 20 (1981), págs. 502 y sigs.

por los derechos fundamentales. La distinción entre Derecho dotado de primacía y Derecho ordinario no puede ya trazarse en el plano teórico, y, al menos en la medida en que no existe ningún criterio de delimitación operativo que pueda ser utilizado a los efectos prácticos del acceso al *Bundesverfassungsgericht*, ha dejado de existir (12). Las causas de este hecho han de buscarse en dos trascendentales pasos dados por la jurisprudencia (y por la doctrina que ha seguido esta orientación):

— En primer lugar, la Sentencia *Elfes* (13), que ha llevado a que toda vulneración de una ley constituya también —al menos en el ámbito interventor— una violación de un derecho fundamental (14). De ahí deriva la irremisible apertura a la admisibilidad de recursos de amparo dirigidos contra sentencias judiciales. Como acertadamente señala Schlaich: «*Con ello, los derechos fundamentales —inclusive el art. 2.1 GG como derecho fundamental subsidiario— se han convertido en una palanca con la que el ciudadano puede hacer valer su libertad respecto de toda intervención injustificada, por lesiva del principio del Estado de Derecho, proveniente del Estado*» (15).

— En segundo lugar, la Sentencia *Lüth* (16), que ha llevado a que respecto de una resolución contraria a Derecho (ya sea judicial o administrativa) no quepa ya distinguir, desde un punto de vista material, si la antijuridicidad es debida a la infracción únicamente del Derecho ordinario o a la vulneración del contenido en derecho fundamental (por irradiación) de un determinado precepto. En cualquier caso, la dificultad de deslindar ambas cuestiones se ha incrementado ya hasta el extremo de no disponer de criterio material razonable y manejable alguno para los fines prácticos de una selección previa de los recursos de amparo.

La conclusión a extraer de todo ello es la siguiente: sólo ya con el potencial

(12) SCHLAICH (cit. nota 10) concluye su exhaustiva exposición, consciente de la problemática, con la tesis relativizadora de que a pesar de que los límites son muy flexibles «*en el fondo y en las líneas fundamentales, el elemento orientador no deja de ser el Derecho Constitucional material*».

(13) *BVerfGE*, 6, págs. 32 y sigs. = *JZ*, 1957, p. 167, con comentario de DÜRIG.

(14) SCHLAICH (cit. nota 10), núm. marginal 13-16 y sigs., coloca de modo convincente en el comienzo de su exposición global la sentencia *Elfes*, partiendo de la siguiente premisa: «*La cuestión del acceso al Bundesverfassungsgericht está, por tanto, en inescindible relación con el método con el que éste interpreta la Constitución.*»

(15) SCHLAICH (cit. nota 10), núm. marginal 16.

(16) *BVerfGE*, 7, págs. 198, 205 = *JZ*, 1958, pág. 119; sobre cómo se originó y sus consecuencias véase BÖCKENFÖRDE (cit. nota 8), págs. 4 y sigs. En los debates más recientes acerca del *Bundesverfassungsgericht*, la sentencia *Lüth* y la línea jurisprudencial con ella inaugurada desempeñan un papel especial, tanto para la teoría general de los derechos fundamentales, como para la relación entre libertad de opinión y protección del honor. Por encendida que sea la controversia en este campo, nadie parece querer retroceder en serio a la situación anterior a dicha capital sentencia.

de recursos que inauguran las Sentencias *Elfes* y *Lüth* (17), el acceso al *Bundesverfassungsgericht* se ha abierto de tal forma, la infracción de la legalidad ordinaria se ha entrelazado de tal modo con la vulneración de derechos fundamentales, que no cabe esperar que tenga éxito ningún intento de delimitación de carácter material. El resultado de estas dos líneas jurisprudenciales estriba ni más ni menos que en la imposibilidad teórica de distinguir jurídicamente entre vulneración de la Constitución e infracción de la legalidad ordinaria. Las consecuencias prácticas que de ello se derivan saltan a la vista: no es ya que se interpongan numerosos recursos de amparo contra sentencias judiciales, es que podrían ser muchos más. Y hay razones para suponer que en el futuro ello va a ser, efectivamente, el caso.

Las medidas políticas interventoras, en el contexto de las actuales medidas de ahorro, no pueden sino afectar a posiciones patrimoniales existentes; la delicada situación en los nuevos *Länder* plantea numerosos problemas jurídicos de nueva planta. En los próximos años no habrá menos, sino más casos problemáticos que demanden sentencias del *Bundesverfassungsgericht*.

La respuesta del Tribunal a la problemática creada a raíz de las sentencias *Elfes* y *Lüth*, dictada por los propios estreñimientos internos, se produjo en la sentencia *BVerfGE* 18, 85, 92. Difícilmente cabe sobreestimar su importancia para la labor práctica del Tribunal, hasta el extremo de haberse convertido en el libro de cabecera del Tribunal, e incluso en el fundamento del que parten todas sus estrategias de supervivencia. Esta sentencia introdujo en la práctica decisoria la fórmula mágica del *Derecho específicamente constitucional* [*spezifisches Verfassungsrecht*], la llamada fórmula *Heck* (18), y creó con ello el medio más importante, a efectos prácticos, de contención de la apertura antes mencionada. En realidad, este concepto no sólo es un *arcanum*, como ha manifestado *Böckenförde* (19), sino que supone, además, la posición de defensa de un Tribunal que bien puede aparentar estar en disposición de realizar un imposible teórico, puesto que es la instancia suprema, y su manejo de la fórmula no está, en consecuencia, sometido a ningún control ulterior.

---

(17) Y quedan excluidos del análisis los efectos del principio de proporcionalidad, que potencialmente abre la posibilidad de un recurso de amparo contra sentencia judicial en cada decisión administrativa, puesto que siempre es posible el reproche de falta de proporcionalidad en la aplicación del Derecho realizada en el caso concreto.

(18) Este nombre procede del ponente de la sentencia, el magistrado Heck; cfr. HERZOG: *FS für Dürig*, 1990, págs. 431- 432 y sigs. Esta fundamental sentencia, que ni siquiera posee todavía un nombre, como corresponde entre tanto a toda sentencia de cierta relevancia, debería por ello ser bautizada como *sentencia de la fórmula Heck*.

(19) BÖCKENFÖRDE (cit. nota 8), pág. 9.

La expresión *Derecho específicamente constitucional* no remite a un parámetro, sino a un problema (20). Esta fórmula encubre un supuesto de decisionismo, puesto que es naturalmente el propio Tribunal quien decide qué constituye una violación del Derecho específicamente constitucional. En la doctrina, la constatación de este hecho va generalmente acompañada de expresiones de resignación (21), si bien tampoco faltan los intentos de emprender batallas de retirada; el reto de hacer posible lo imposible alienta los reiterados esfuerzos de delimitación. Al respecto, resulta ilustrativa la abierta presentación del problema que realiza Benda (22), quien al parecer transmite buena parte de la visión interna que el propio Tribunal tiene del problema. Este autor afirma reiteradamente que el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere a la profundidad y densidad de sus enjuiciamientos, se ha aproximado mucho al procedimiento de *certiorari* del *Supreme Court* estadounidense (23).

Cabe añadir que, en los casos en que el Tribunal, en concreto la Sala Primera, se ha distanciado de la fórmula estándar sentada por la *BVerfGE*, 18, 85, 92 y ha desarrollado una fórmula de intensidad del enjuiciamiento de pendiente inclinada, del tipo *cuanto más... tanto más...* (24), el problema de la imposibilidad de distinguir entre Derecho ordinario y derecho fundamental dotado de primacía está lejos de solucionarse o de hacerse menos arduo. Antes al contrario, tal imposibilidad se convierte incluso en programa cuando se hace preciso determinar los diferentes escalones del enjuiciamiento más intensivo o pleno.

---

(20) Ciertamente existen determinadas diferencias entre el enjuiciamiento realizado por los tribunales ordinarios y por el *Bundesverfassungsgericht*; ambos se aproximan de modo distinto a la amalgama de derecho fundamental *irradiante* y Derecho ordinario *irradiado*. En la jurisdicción ordinaria la aproximación es, por así decirlo, *desde abajo*; se parte del Derecho ordinario y los elementos del tipo, y a continuación se estudia en qué medida los derechos fundamentales afectan a la interpretación de los conceptos del Derecho ordinario. Frente a ello, el *Bundesverfassungsgericht* parte *desde arriba*, del derecho fundamental, busca las vías de apertura a la influencia de éstos y por tanto está más centrado, o se fija más *específicamente* en el Derecho Constitucional. Sin embargo, ello en nada altera el hecho, causante de toda la problemática, de que ambos niveles jurídicos están entrelazados.

(21) Referencias sobre este debate en BENDA y KLEIN (cit. nota 10), núm. marginal 591 y nota 524; RENNERT: *NJW*, 1991, págs. 12 y sigs.; SCHLAICH (cit. nota 10), núm. marginal 301 y sigs.

(22) En BENDA y KLEIN (cit. nota 10), núms. marginal 586 y sigs.

(23) En BENDA y KLEIN (cit. nota 10), núms. marginal 592, 597 y 691.

(24) Es la formulación que emplea el Tribunal en la *BVerfGE*, 83, 103, 145; cfr. también *BVerfGE*, 42, 143, 147 y sigs. = *JZ*, 1976, p. 589; sobre la evolución jurisprudencial, véase BENDA y KLEIN (cit. nota 10), núms. marginal 597 y sigs.; BENDER: *Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen*, 1991, págs. 15 y sigs.; SCHLAICH (cit. nota 109), núms. marginal 299 y sigs.



## II. REFORMAS PROPUESTAS HASTA EL MOMENTO

### 1. *Panorámica general*

Una modificación del Derecho Constitucional procesal sólo promete ser fructífera si se plantea como reforma de principio. La mera adscripción de un cuarto o quinto letrado a cada uno de los magistrados, o la creación de una Sala Tercera, no serían suficientes para domeñar el aluvión de recursos de amparo —al margen de las desventajas que implican. Incluso de haber 24 magistrados, éstos tendrían que enfrentarse a un volumen de trabajo equivalente al de 1990, en el que se interpusieron aproximadamente 4.000 recursos de amparo— un número que excede ya con mucho de lo razonable. Habría que asumir, por tanto, el coste que supone que las Salas tengan que coordinarse entre sí, así como el riesgo, no obstante persistente, de que se produjeran divergencias entre sus respectivas jurisprudencias, lo que necesariamente habría de menoscabar la posición y la función del Tribunal —sin por ello disminuir de forma significativa la sobrecarga de los magistrados del *Bundesverfassungsgericht*.

Un aumento adicional del número de letrados del Tribunal tampoco produciría el deseado alivio, puesto que los magistrados tienen que asumir la plena responsabilidad respecto de los asuntos tramitados bajo su dirección, si quieren cumplir con su tarea como integrantes del *Bundesverfassungsgericht*. A diferencia de un funcionario de la Administración, un magistrado constitucional no sólo tiene que organizar, dirigir y controlar la tramitación de los casos que se le encomiendan, sino que debe intervenir de forma activa en esta tramitación. Por cualificado que esté un letrado, carece de legitimación para desempeñar partes esenciales de esta tarea bajo su propia responsabilidad. En el sistema actual, este hecho determina unos límites bien claros a la extensión de las labores auxiliares.

Otras propuestas tendentes a ampliar la capacidad del Tribunal (como la introducción de una abogacía constitucional o el nombramiento de jueces de Sección que no sean propiamente magistrados del Tribunal) (25) se topan con la decisiva objeción de que su puesta en práctica modificaría, y de forma negativa, la propia institución del *Bundesverfassungsgericht*. No cabe aquí entrar en su análisis detallado, pero sí formular la máxima a aplicar en este campo de fuerzas constituido por la institución y su capacidad de tramitación: más vale mantener (o, en su caso, recuperar) la operatividad de esta acreditada institución, que no ponerla en peligro mediante aventurados intentos de elevar su capacidad de tramitación cuantitativa.

---

(25) En este sentido, ZUCK: *NJW*, 1993, págs. 2641-2642; por lo demás, véase WAHL (cit. nota 1), págs. 26 y sigs.

La derogación de la competencia del *Bundesverfassungsgericht* en materia de conflictos jurídico-públicos en el seno de un Land, conforme al artículo 93.1, núm. 4 (tercera alternativa) de la Ley Fundamental, o como Tribunal Constitucional de *Land*, conforme al artículo 99 GG, sería desde luego una medida razonable, pero apenas aliviaría la sobrecarga (26). Más posibilidades de un cierto éxito, aunque limitado, tendría el reforzamiento de la jurisdicción constitucional de *Land*, a la que podrían atribuirse competencias para entender de recursos por violación del derecho al juez legal o por denegación de justicia cometidos por un tribunal de *Land*. Para ello, habría de insertarse en la Ley Fundamental una cláusula de subsidiariedad similar a la contenida en el artículo 93.1, núm. 4b GG respecto de los recursos interpuestos por municipios. El plazo para interponer tales recursos no debería empezar a correr hasta que se hubiera agotado la jurisdicción ordinaria, incluido el nivel federal.

Teniendo en cuenta los numerosos recursos de amparo que actualmente se interponen ante el *Bundesverfassungsgericht* alegando una vulneración del artículo 103.1 GG, este traslado competencial a los Tribunales Constitucionales de *Land* podría suponer una cierta disminución de su volumen de trabajo. El presupuesto de ello sería que todos los *Länder* crearan la posibilidad de interponer el correspondiente recurso, y sus respectivos Tribunales Constitucionales fueran dotados de suficientes recursos personales y materiales para esta labor. Este reforzamiento de la jurisdicción constitucional de los *Länder* sería sin duda acorde con el principio federal, y supondría además una compensación por el trasvase de competencias de los *Länder* a la Federación y a la Unión Europea. Sin embargo, la experiencia del debate sobre la introducción de un recurso por denegación de justicia (27) hace surgir considerables dudas acerca de la disposición de los *Länder* para aprovechar esta oportunidad.

En cualquier caso, este reforzamiento de los Tribunales Constitucionales de los *Länder* sólo aliviaría moderadamente al *Bundesverfassungsgericht*. Restaría el problema de principio de que los magistrados de este Tribunal deben tener la posibilidad de dedicar su esfuerzo de modo prioritario a la deliberación y decisión sobre los asuntos de Sala. El trabajo que se dedica actualmente a decidir sobre la admisión o no de los recursos de amparo debe reducirse de modo sensible. En este sentido, antes de plantear otras propuestas de reforma habrá

---

(26) Al respecto, recientemente (y de modo escéptico) H. P. SCHNEIDER: *NJW*, 1996, pág. 1517.

(27) Cfr. BENDA y KLEIN (cit. nota 10), núm. marginal 537; SCHLICHTING, en UMBACH y CLEMENS (cit. nota 10), III/5, núm. marginal 23; SEETZEN: *NJW*, 1982, pág. 2337; OLG Düsseldorf, *NJW-RR* 1987, págs. 1200 y sigs.

que enfrentarse, como cuestión previa, a la paradoja de que los intentos de disminución del volumen de asuntos acometidos hasta el momento no hayan tenido éxito, a pesar de que la historia de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* [Ley reguladora del Tribunal Constitucional federal] sea en lo esencial la historia de las enmiendas introducidas en la configuración del recurso de amparo precisamente buscando ese alivio en la sobrecarga de trabajo (28).

## 2. Ineficacia de los intentos de disminución acometidos hasta el momento

Da la impresión de que los intentos de aliviar la carga de trabajo se han quedado cortos, bien por partir de un enfoque en exceso restringido del problema, bien porque el propio Tribunal no ha aceptado, o al menos no ha aprovechado a fondo, las posibilidades que el legislador le ha brindado de limitar por sí mismo el volumen de casos a tramitar. Esto último es predicable sobre todo de la reforma de 1993 (29). El potencial en ella contenido para configurar el procedimiento de admisión progresivamente como de carácter libre, o más libre (30), no se ha aprovechado; de lo contrario, el número de asuntos por resolver no podría haber seguido aumentando. En particular, continúa siendo habitual la práctica de deliberar extensamente incluso acerca de aquellas inadmisiones que no se van a motivar *ad extra*.

Las razones que mueven a los magistrados a esta actitud parecen residir en su comprensión del recurso de amparo como portador de un carácter fundamentalmente de tutela jurídica subjetiva. Dentro de su doble funcionalidad (31), domina claramente la dimensión jurídico-subjetiva, que permea la

(28) Esta es, sin embargo, la postura de MAHRENHOLZ, en: *FS für Zeidler*, 1987, tomo 2, págs. 1360-1361, remitiendo a ZWEIGERT: *JZ*, 1952, pág. 321, quien nueve meses después de la constitución del Tribunal ya lamentaba la avalancha de recursos. Sobre la historia legislativa, véase SCHLAICH (cit. nota 10), núms. marginal 250-252; en general acerca de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional federal, la *BVerfGG*, véase WÖHRMANN, en UMBACH y CLEMENS (cit. nota 10), págs. 131 y sigs.

(29) Al respecto, véase KLEIN: *NJW*, 1993, pág. 2073, y ZUCK: *NJW*, 1993, pág. 2641.

(30) El apartado segundo del § 93 a *BVerfGG* hace depender la admisión de un concepto flexible y que deja un amplio margen de maniobra, como es el de «*estar indicado para la implantación de los derechos fundamentales*». Conforme a los §§ 93 b y 93 d *BVerfGG*, las Secciones no están obligadas a motivar las inadmisiones de recursos.

(31) La doble función del recurso de amparo como instrumento de tutela jurídica individual y como salvaguardia del Derecho Constitucional objetivo no es objeto de discusión, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia constitucional (cfr., por ejemplo, *BVerfGE* 33, págs. 247, 258 y sigs.).

actividad decisora del Tribunal hasta en los más pequeños detalles. Es esta concepción la que ha impedido que fueran fructíferos los intentos de alivio emprendidos hasta el momento.

Se evidencia aquí la *cultura jurídica* específicamente alemana de la tutela individual, surgida tras 1949, que, trascendiendo con mucho su influencia en la redacción de determinados preceptos de la Ley Fundamental y de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, ha marcado la conciencia y la mentalidad de los juristas alemanes, entre los que se cuentan, naturalmente, los magistrados del Tribunal Constitucional. De hecho, estos jueces estudian las posibilidades que tiene un recurso de prosperar, y con ello su fundamentación, en una medida mucho mayor que la que permiten adivinar sus resoluciones y que la que les exige el propio ordenamiento.

La utilización del término *cultura jurídica* es plenamente consciente. Se trata nada menos que de un modo de enfocar las cosas peculiar de la República Federal. Sin duda, hay numerosas y buenas razones para el surgimiento de esta mentalidad. En los orígenes del desarrollo del Derecho y de la conciencia jurídica propios de la República Federal se halla la firme decisión —que probablemente carece de precedentes, tanto histórica como comparativamente— de implantar una extensa tutela jurídica del individuo, como respuesta a las graves violaciones del Derecho y de la tutela jurídica en el período nacional-socialista. Deben recordarse estos orígenes y estas raíces, si se quiere calibrar adecuadamente el peso de tales convicciones. De esta forma, se hace también patente que toda reforma supone una profunda alteración, y que sólo puede producirse un cambio si realmente se desea establecer una nueva orientación de principio.

Visto el fuerte enraizamiento de las pautas decisorias de los magistrados y magistradas en su vinculación personal al carácter de tutela jurídica subjetiva del recurso de amparo, sólo cabe esperar cambios, si logra imponerse la percepción de que la actual práctica dista en cualquier caso de satisfacer el ideal de la plena tutela jurídica del individuo (32). Por ello, la propuesta de dar al recurso de amparo una nueva orientación se aceptará con mayor facilidad, y tendrá mayor incidencia en la práctica, si se logra que, en el marco de esta nueva concepción, no sea preciso renunciar de modo absoluto a la idea del recurso de amparo como tutela jurídica del individuo, sino que simplemente esta idea se entienda de modo distinto. Se tratará de mostrar a continuación cómo es posible lograrlo.

---

(32) Algunos comentarios sobre esta cuestión *infra*, III.3.

### III. LA SOLUCION

#### 1. *El modelo estadounidense*

No basta con seguir intentando aliviar los síntomas; lo que se precisa es una profunda reforma estructural. En este sentido, sólo una aproximación al procedimiento de libre admisión, según el modelo del *Supreme Court* estadounidense (33), tiene perspectivas de éxito. Con la idea rectora de la aproximación se alude también a la premisa mayor de todo análisis de Derecho comparado: que casi nunca es posible la mera transposición de un modelo ajeno, sino que toda recepción supone también la implantación de una idea fundamental en un entorno normativo propio, y, frecuentemente, en una *cultura jurídica* distinta.

Si la cuestión de fondo al hablar del acceso al Tribunal Constitucional es la concepción que se tenga de la tutela jurídica, entonces la dimensión profunda de la respectiva *cultura jurídica* está involucrada de un modo inmediato. Se da, por tanto, por supuesta la existencia de notables diferencias entre los Estados Unidos y Alemania, y asimismo habrán de tenerse en cuenta las peculiaridades de la evolución alemana tras 1945/1949. Si, a pesar de ello, se considera en lo sucesivo determinante el modelo de los Estados Unidos, se debe a que allí fue el mismo problema el que motivó el desarrollo del procedimiento actual, y a que existe un margen de maniobra suficiente para, introduciendo las modificaciones y adaptaciones oportunas, transponer e insertar el modelo en el paisaje jurídico (-constitucional) alemán.

El *Supreme Court* se encontraba ya en 1925 ante un problema de sobrecarga comparable al del *Bundesverfassungsgericht*. Los retrasos de varios años en solventar los casos sometidos a su consideración —retrasos como los que caracterizan también desde hace tiempo la actividad del *Bundesverfassungsgericht*, y que llevan a dudar de que en numerosos casos quepa todavía hablar de una tutela efectiva de los derechos— obligaron a introducir una reforma radical. Esta reforma consistió en una desvinculación de la idea de tutela jurídica individual, y una orientación hacia la resolución de cuestiones jurídicas fundamentales como tarea prioritaria del Tribunal Supremo (34).

Desde esta época, el *Supreme Court* sólo entra en el fondo de un asunto cuando al menos cuatro de los nueve magistrados llegan a la conclusión, tras la

---

(33) De distinta opinión se muestra el ex magistrado Faller, cfr. *FAZ*, núm. 211, de 10 de septiembre de 1996, pág. 16.

(34) Al respecto, con mayor detalle, WIELAND: *Der Staat*, tomo 29 (1990), págs. 333 y sigs. (344s.); también UMBACH (cit. nota 10), §§ 93 a y sigs., núms. marginal 19 y sigs.

lectura de un escrito de iniciación del procedimiento, de que existen *especiales e importantes razones* que justifican la admisión del caso. Este escrito debe de tener entrada en el *Supreme Court* en el plazo de noventa días, a contar desde que fue dictada la sentencia recurrida; a continuación, se hace llegar a todos los magistrados (que ordinariamente disponen de letrados que se ocupan de leer tales escritos y de elaborar *memoranda* de una a dos páginas de extensión que sintetizan los problemas suscitados por el caso y se pronuncian sobre su trascendencia). No obstante, el Tribunal sólo entra a estudiar su admisión cuando uno de los magistrados así lo solicita (cosa que sólo ocurre en el 30 por 100 de los casos). Si no hay al menos cuatro magistrados que voten por la admisión del caso, el procedimiento se da por concluido, sin que el *Supreme Court* se haya pronunciado acerca de la pertinencia o fundamentación del recurso.

## 2. *La transposición a Alemania*

Siguiendo el ejemplo del *Supreme Court*, el escrito de iniciación del recurso de amparo sólo debería exponer, en primera instancia, qué razones singulares y de especial relevancia justifican que el *Bundesverfassungsgericht* se ocupe del caso. Esta exposición podría estar regulada en cuanto a su forma y extensión, a fin de facilitar su tramitación al Tribunal. Sería asimismo defendible que se otorgaran a estos efectos al demandante de amparo tres meses de plazo, en lugar de uno, con el objeto de poder preparar cuidadosamente el escrito. Si se quiere mantener también abierto el acceso a ciudadanos que no estén representados por abogado, podría pensarse en una subvención para los honorarios del letrado, o bien en una asistencia letrada voluntaria y gratuita.

La instancia pública cuya medida hubiera sido impugnada mediante el recurso de amparo debería disponer de un tiempo similar, para exponer razonadamente si piensa también que la *quaestio juris* suscitada es suficientemente importante para que el *Bundesverfassungsgericht* se ocupe de ella. También la forma y extensión de este escrito de contestación podría regularse de forma imperativa.

Una vez dilucidado en el propio Tribunal a qué Sala habría de corresponder entender del caso, ambos escritos se harían llegar a todos los magistrados de la Sala competente. Simultáneamente, tales casos serían incluidos en una lista de asuntos a tratar en una sesión de la Sala que se podría celebrar en el plazo de aproximadamente dos o tres semanas. El Presidente de Sala podría indicar a los demás magistrados, unos días antes de la sesión, aquellos casos que considerara dignos de ser debatidos, pudiendo los demás magistrados añadirle otros que estimaran igualmente relevantes. A juzgar por la experiencia del *Supreme*

*Court*, se puede calcular que sólo el 30 por 100 de los casos serían considerados relevantes por algún magistrado de la Sala.

Para que ésta entrara a conocer del fondo del asunto, se requeriría, además, que al menos tres magistrados votaran a favor de la admisión del recurso de amparo. En tal caso, se daría ocasión a las partes para fundamentar por extenso la pretendida violación de derechos fundamentales, pudiéndose, en su caso, celebrar una vista oral. Si, por el contrario, un caso no lograra reunir los votos de tres magistrados a favor de la admisión del recurso, ello nada diría acerca de la pertinencia o fundamentación del mismo, sino que expresaría únicamente que no ha habido un mínimo de tres magistrados que consideraran que hubiera razones especiales e importantes que justificaran su tramitación. En caso de que en este procedimiento previo de admisión se permitiera formular votos particulares, la opinión pública tendría criterios para saber qué cuestiones tendrían a medio plazo posibilidades de integrar el orden del día de la correspondiente Sala.

Si tomamos como orientación el volumen de trabajo del *Supreme Court*, la adopción del modelo propuesto debería permitir a cada Sala del *Bundesverfassungsgericht* el debate a fondo y la resolución de unos cien recursos de amparo al año. Ello ya supondría un notable incremento sobre la cifra actual.

¿Cómo podría articularse este procedimiento desde el punto de vista interno del Tribunal? Casi todos los magistrados del *Supreme Court* se sirven de sus letrados a la hora de seleccionar los recursos a admitir. Éstos trabajan mayoritariamente en equipo, por lo que sus propuestas de selección llegan a varios magistrados. De ordinario se presentan en una página los hechos básicos que subyacen al caso y las cuestiones jurídicas que suscita, añadiendo una propuesta, brevemente motivada, acerca de la admisión o inadmisión a trámite. Cada magistrado tendría que decidir por sí mismo, si se contenta con la lectura de dicha síntesis, o desea consultar todo el sumario.

En el marco del proceso de admisión parece defendible un mayor protagonismo de los letrados, porque se trata únicamente del proceso de selección interno, y no de sentencias del Tribunal con eficacia *ad extra*. Además, la pregunta acerca de la especial relevancia de un caso es tendencialmente más fácil de responder que las con frecuencia complicadas cuestiones de si un recurso es pertinente y está fundado. En la actualidad, el estudio de tales cuestiones es el responsable de que incluso las resoluciones de inadmisión no motivadas no se dicten sino tras extensas deliberaciones en las que magistrados y letrados invierten mucho trabajo. Según el modelo descrito, por contra, los magistrados tendrían la facultad, pero también el deber, de elegir.

El control del acceso al *Bundesverfassungsgericht*, que hasta el momento es ejercido por las Secciones de una determinada Sala, se desplazaría a toda la

Sala, que obtendría así una visión de conjunto sobre las cuestiones jurídico-constitucionales de actualidad. Con independencia de un eventual régimen proporcional en las Secciones, y de la existencia de opiniones consolidadas acerca de las cuestiones objeto de la llamada jurisprudencia de Sección, todos los magistrados de una Sala tendrían así la posibilidad de determinar la agenda del gremio.

Ahora bien, la calificación como *procedimiento de libre admisión* no expresa de modo suficiente el contenido del instituto. Mediante este término se hace alusión, de modo correcto, a la desvinculación de la necesidad de estudiar las posibilidades que un determinado recurso tiene de prosperar, así como a la renuncia al principio de la tutela jurídica individual. En cambio, no se alude suficientemente, como aspecto positivo, a cuáles son las máximas que rigen la admisión de los recursos. Es frecuente la alusión al parámetro de la importancia fundamental de un determinado problema jurídico. Sin embargo, la práctica decisoria del *Supreme Court* trasciende este parámetro, en principio sólo jurídico-objetivo. Se percibe en ella que —por supuesto— también la relevancia de un caso para el individuo, para su tutela jurídica, juega un importante papel. La jurisprudencia sobre la legitimidad constitucional de la pena de muerte, v.gr., es constante desde hace tiempo; y, a pesar de ello, el *Supreme Court* ha admitido reiteradamente recursos de condenados a la pena capital, porque en este contexto naturalmente no sólo tiene relevancia la cuestión jurídico-objetiva, sino también la tutela subjetiva.

Por ello, la caracterización del modelo americano tiene que ser más diferenciada: desde el punto de vista jurídico, este procedimiento de admisión se distingue por la desvinculación de la idea de una tutela jurídica individual. Pero, en un principio, ello sólo significa que el Tribunal no se enfrenta a ningún *derecho* a la tutela subjetiva; cuestión bien distinta es qué uso hace el Tribunal de la libertad conferida. Por ello, no está excluido —sino que, antes al contrario, es precisamente lo que se observa— que el Tribunal manifieste en el interior de ese marco de libertad jurídica una práctica decisoria orientada también hacia los intereses de la tutela jurídica individual.

### 3. *Objeciones*

La propuesta de introducir un procedimiento de libre admisión, que ya fue realizada en el pasado, e influyó decididamente en la orientación de las reformas procedimentales del recurso de amparo, se enfrenta principalmente a la objeción de que es incompatible con el carácter de tutela de derechos sub-



jetivos que tiene el recurso de amparo (35). Conforme a esta idea, la facultad de interponer recurso de amparo, conforme al artículo 93.1, núm. 4a GG, no se agota en la posibilidad de convencer al Tribunal Constitucional de la especial importancia de una pretendida violación de derechos fundamentales, sino que otorga un derecho a que se decida sobre el fondo de la cuestión, siempre que el recurso de amparo sea pertinente. Y aunque se considere también, como parece inevitable, la dimensión político-constitucional de una eventual reforma de la Constitución, sigue en pie la cuestión central de todo el debate reformador: qué hacer con la tutela jurídica subjetiva en los recursos de amparo.

En las reflexiones de principio que por ello se imponen, deben tenerse en cuenta una serie de rasgos esenciales del recurso de amparo; en su modalidad de recurso dirigido contra sentencias judiciales, que es la única que aquí interesa, se caracteriza por lo siguiente:

— es jurisdicción tras haber recorrido una sucesión de instancias jurisdiccionales;

— es enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución y a los derechos fundamentales de una medida, después de que los tribunales pertenecientes a la jurisdicción ordinaria ya hayan enjuiciado esta adecuación a la Constitución y a los derechos fundamentales,

— es tutela jurídica frente a instituciones de tutela jurídica, y por ende tutela jurídica tras haber tenido ya acceso a la tutela jurídica (36).

En consecuencia, al hablar de la relación entre jurisdicción ordinaria y el *Bundesverfassungsgericht*, la cuestión no es si se otorga o no tutela jurídica (individual), sino cómo establecer una adecuada división del trabajo en el seno de la jurisdicción. Conviene tener presentes estos rasgos específicos; constituyen, en un sentido sustantivo-cualitativo, lo *extraordinario* del recurso de amparo como remedio. Esta calificación, bastante habitual, es mucho más que una categorización externa de los recursos. Al contrario, es portadora de contenido teórico y está plena de consecuencias. Si la tutela jurídica se concibe, en el caso del recurso de amparo, de la misma forma que

(35) SAILER: *ZRP*, 1977, págs. 303, 306 y sigs.; cfr. también BENDA y KLEIN (cit. nota 10), núm. marginal 321; UMBACH (cit. nota 10), §§ 93 a y sigs., núms. marginal 45 y sigs.

(36) BRYDE: *Verfassungsentwicklung*, 1982, pág. 317: «El control de los tribunales por el *Bundesverfassungsgericht* es, pues, un control de controladores, una tutela jurídica respecto de instituciones de tutela jurídica»; y podría continuarse: es tutela jurídica individual tras una tutela jurídica individual. Al respecto, véase también SCHLAICH (cit. nota 10), núm. marginal 317 (con referencias adicionales): «Se trata de la cuestión, mucho menos aguda, de una razonable división del trabajo entre ambas jurisdicciones.»

en la jurisdicción ordinaria, es imposible que el *Bundesverfassungsgericht* constituya o se convierta en otra cosa que no sea una tercera instancia jurisdiccional.

Si en la práctica estas peculiaridades no están completamente a la vista, ello se debe únicamente a los mecanismos de reducción —entre tanto consolidados, pero no justificables teóricamente— de los que el Tribunal se sirve a modo de freno de emergencia, pero que son ilegítimos desde el punto de vista de una estricta tutela jurídica individual. La práctica del Tribunal ha levantado barreras cada vez más altas a la admisión de recursos de amparo. Quien interponga hoy un recurso de amparo basándose únicamente en el texto de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, tendrá bien pocas posibilidades de superar tales barreras. El Tribunal utiliza los requisitos de admisibilidad como medio para controlar su volumen de trabajo. Si disposiciones como la que establece que cualquiera puede interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, aun careciendo de representación letrada, producen la impresión de una regulación abierta y generosa, el propio Tribunal, en su práctica decisoria, hace tiempo que se ha convertido en un bastión, al que no cabe acceder sino mediante un intenso esfuerzo profesional.

Existe, por tanto, una selección encubierta, que es previa incluso a las decisiones que se adopten en el procedimiento estricto de admisión conforme a los §§ 93a-93d *BVerfGG*. Que la aplicación de los requisitos de admisibilidad y el procedimiento de admisión otorgan al Tribunal un amplio espacio de maniobra para la selección, es algo que se revela como evidente con solo observar que el número de recursos de amparo que anualmente llegan a las dos Salas permanece constante, a pesar de que los asuntos que tienen entrada en el Tribunal se incrementan continuamente.

Resulta difícil de calibrar, y es objeto de debate tanto en el interior como a extramuros del Tribunal, el papel que pueda jugar en este proceso el procedimiento estricto de admisión conforme a los §§ 93a-93d *BVerfGG*, y si estas disposiciones permiten todavía entender la decisión sobre la admisión como jurídicamente vinculada, o más bien contienen ya un decidido paso hacia un procedimiento de admisión libre o más libre. Las expresiones que emplea la enmienda de 1993 —como todas las demás reformas, se ha introducido en consonancia con los planteamientos del propio Tribunal—, en buena medida necesitadas de interpretación, son expresión de un compromiso en el ámbito del Tribunal mismo y en la esfera política. En la decisiva disposición del § 93a *BVerfGG* se combinan elementos vinculatorios («*habrá de admitirse*») con otros orientados hacia la libertad de la decisión de admisión («*cuando esté indicado*»).

En correspondencia, cabe interpretar estas expresiones de distinta manera,

como distintas pueden ser también las prácticas a las que conduzcan (37), según se decanten más hacia la vinculación o hacia la libertad de la decisión de admisión. En el actual debate de política legislativa, tales formulaciones se pueden valorar de diversa forma; cabe sostener que con ellas se han brindado ya todas las oportunidades para un procedimiento libre. Sin embargo, mientras se utilicen fórmulas de compromiso como las señaladas, todo ello no acabará de estar claro.

Por lo que respecta a la práctica del Tribunal, cabe suponer que en último término primará el elemento de vinculación, en particular en el caso de la mayoría de magistrados y magistradas provenientes de las instancias supremas de las diversas jurisdicciones. La mentalidad antes mencionada, transida por la idea de la tutela jurídica subjetiva, parece desplegar aquí un efecto limitador. En cualquier caso, las disposiciones contenidas en los §§ 93a-93d *BVerfGG* no han llevado a un cambio decidido en la práctica admisoria, ni han proporcionado suficientes impulsos para que se produjera una cesura respecto de la actitud de admisión tradicional. Continúa invirtiéndose excesivo tiempo en el enjuiciamiento de si concurren los presupuestos de pertinencia de un recurso, más complicados de lo necesario, y de las posibilidades que éste tiene de prosperar. En consecuencia, el hecho de la sobrecarga permanece inalterado.

Con independencia de si el Derecho Constitucional procesal ha andado ya o no buena parte del camino, lo cierto es que, si nos regimos por el tenor literal, persiste el derecho a la tutela jurídica, puesto que el segundo apartado del § 93 a *BVerfGG* establece que un recurso de amparo *deberá* ser admitido a trámite cuando tenga alcance constitucional fundamental, o cuando su admisión esté indicada para asegurar la implantación efectiva de un derecho fundamental, v.gr. porque el demandante de amparo sufriría una pérdida especialmente grave en caso de inadmisión del recurso. El correlato de la obligación de admisión por parte del Tribunal es el derecho a la tutela del recurrente en amparo.

No obstante, esta construcción no permite fundamentar, ni siquiera en el plano teórico, un respeto estricto al principio que establece la existencia de un derecho subjetivo a la tutela jurídica por vía del recurso de amparo, puesto que no toda violación de un derecho fundamental lleva aparejada un correspondiente derecho a la admisión del recurso de amparo. En este sentido, una admisión libre no supondría introducir en el procedimiento de amparo una reforma de principio, sino que simplemente convertiría en regla general una tendencia ya implícita en la actual solución de compromiso.

Otra posibilidad de mantener el rasgo del carácter extraordinario del recur-

---

(37) La sentencia de la Sala Primera, *BVerfGE*, 90, 22, 24, ha intentado precisar estos conceptos y fundamentar con ello una cierta autovinculación.

so de amparo estaría dada si fuera el objeto de enjuiciamiento el que tuviera naturaleza extraordinaria, esto es, si —conforme a la idea originaria del recurso de amparo— la alegación de que una medida es contraria a los derechos fundamentales remitiera, desde el punto de vista de su contenido, a un parámetro extraordinario (suficientemente distinguible de la alegación de que se ha incurrido en ilegalidad), y este hecho dotara al procedimiento de amparo de un relieve específico. Ahora bien, como ello no es (en suficiente medida) el caso (38), según se expuso anteriormente, lo extraordinario del procedimiento de amparo tendrá que residir en algo distinto, so pena de terminar, en contra de todas las declaraciones de intenciones, en una duplicación de la tutela jurídica y en el establecimiento de una tercera instancia.

El mencionado carácter extraordinario podría basarse entonces en que el recurso de amparo supusiera un tipo de tutela jurídica distinta a la que otorgan los remedios ordinarios. Si se parte de esta idea, entonces el camino está ya despejado para ir pensando en:

— bien prescindir del carácter de tutela jurídica individual del recurso de amparo;

— bien dotarle de un contenido distinto, que no consista en una pretensión subjetiva del recurrente, sino que configure el recurso de amparo como tarea del Tribunal Constitucional, en un sentido institucional.

Esta última orientación es la que se va a desarrollar a continuación. La preferencia por esta alternativa, en detrimento de una renuncia explícita y plena al carácter de tutela jurídica individual, se debe a que esta opción facilita en mayor medida la integración e implantación del llamado procedimiento de libre admisión en el sistema jurídico alemán. Por lo demás, esa renuncia plena ni siquiera se da en los Estados Unidos, puesto que también allí el punto de vista de la tutela jurídica individual incide en la valoración de las *especiales e importantes razones* para la admisión de un caso.

La tesis que guía las reflexiones que a continuación se desarrollan es, pues, la siguiente: lo extraordinario del recurso de amparo como remedio estriba en su forma distinta de entender la tutela jurídica subjetiva. Si esta propuesta —incluyendo una reforma constitucional posiblemente necesaria, y en cualquier caso deseable desde una perspectiva de política constitucional— no fuera capaz de reunir el consenso suficiente, entonces en nuestra opinión ya sólo restaría optar por una renuncia expresa a toda tutela jurídica individual por vía del recurso de amparo.

---

(38) Con acierto, OSSENBÜHL: *FS für H.P. Ipsen*, 1977, pág. 137: Desde el punto de vista del Derecho material no hay ya «*asidero que pueda evitar el deslizamiento hacia una tercera instancia*».

#### 4. *La tutela jurídica del individuo en el procedimiento de libre admisión*

La idea rectora de la propuesta es que la tutela jurídica del individuo continúe siendo uno de los rasgos esenciales del recurso de amparo. Sin embargo, esta protección no se entiende ya como un derecho subjetivo individual, sino como encomienda general y como tarea institucional del *Bundesverfassungsgericht*. Junto a la relevancia jurídico-objetiva del recurso de amparo, también integra las tareas de la institución *Bundesverfassungsgericht* el servir a la protección jurídica del individuo. Como es natural, el Tribunal sólo puede desempeñar esta función en el marco de sus propias capacidades, es decir, tras una selección por él mismo realizada y que toma como parámetro de admisión la especial importancia de un determinado recurso de amparo para la tutela jurídica y la protección de los derechos fundamentales del individuo. Por tanto, el criterio ya no vendría dado, como en la práctica actual, por las posibilidades que tiene el recurso de prosperar —enjuiciamiento que exige siempre entrar en el fondo del asunto—, sino por su relevancia para la tutela jurídica de los individuos (39).

Sin embargo, entender la tutela jurídica individual no como un derecho subjetivo, sino como una tarea objetiva del Tribunal, implica naturalmente una reducción de tal tutela. Decirlo abiertamente y considerarlo además, pasando a la ofensiva, algo defendible y justificable, comienza a ser posible desde el momento en que —conviene recordarlo de nuevo— la tutela jurídica individual y la protección de los derechos fundamentales ha tenido ya lugar ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Tras cuarenta y cinco años de jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, no cabe duda de que se ha implantado ya una adecuada comprensión de los derechos fundamentales. La gran proporción de recursos inadmitidos pone precisamente de relieve que, tras la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, no existe ya la necesidad de correcciones masivas. En una situación así, la decisión acerca de si, en un caso concreto, el *Bundesverfassungsgericht* debe intervenir en defensa de los derechos fundamentales, bien puede quedar en manos del propio Tribunal, que debe guiarse por la encomienda general de velar por la tutela jurídica de los individuos, sin que esta encomienda reciba mayor concreción por el propio ordenamiento jurídico. Ello supone que la otorgación de tutela jurídica individual, en los casos, y en la me-

---

(39) Esta relevancia para la tutela jurídica *subjetiva* no queda abarcada por la dimensión adicional de la relevancia *objetiva* del recurso de amparo, cuyo objeto de atención viene dado por la importancia fundamental del caso y de la *quaestio juris* para el ordenamiento objetivo.

dida en que el Tribunal lo considere necesario para la implantación efectiva de los derechos fundamentales, constituye una tarea objetiva del Tribunal.

Se evidencia entonces como imprescindible una selección entre los diversos recursos que pretenden esa tutela jurídica, que debe regirse por los criterios de la importancia para el individuo y para el conjunto de individuos, así como por la proximidad a cuestiones centrales que planteen los derechos fundamentales. Sin embargo, esta proximidad, esta calificación de un litigio como de esencial para la tutela de los derechos fundamentales del individuo no es algo que quepa determinar, *a priori*, por su contenido. Se trata más bien de una cuestión que debería dejarse al criterio de los propios magistrados. La consecuencia necesaria que de ello se desprende es que el procedimiento de selección tendría que estar organizado de tal forma que todos los magistrados y magistradas de una Sala participasen en él.

Este modelo vincula al Tribunal en cuanto a las razones de su intervención, que deben residir en la tutela jurídica subjetiva. Pero otorga al propio Tribunal la decisión acerca de los casos en los que la implantación de los derechos fundamentales requiere la admisión de un remedio extraordinario como es el recurso de amparo. El modelo renuncia con ello a vincular normativamente las decisiones de admisión, dejando al *Bundesverfassungsgericht* —instituido como Tribunal Constitucional de carácter especial para la protección de los derechos fundamentales— la decisión responsable acerca de qué es, y en qué extensión, lo que considera necesario para la efectiva implantación de los derechos fundamentales, en el marco de su propia capacidad. Esta renuncia a parámetros normativos que vinculen la decisión de admisión debiera resultar tanto más fácil, por cuanto el *Bundesverfassungsgericht* constituye la cúspide de la jurisdicción, y, como tal, está exento de todo control judicial ulterior.

Cuando se trata de esta última instancia, que todo ordenamiento jurídico tiene que instituir por razones inherentes a la lógica de su objeto, resulta siempre en cierta medida ocioso el intento de establecer parámetros normativos —puesto que el Tribunal que con ello se trata de vincular está exento de control en su apreciación de cómo deben interpretarse y aplicarse tales parámetros. Convendría más bien ser consecuentes con este carácter de última instancia. El *Bundesverfassungsgericht* se ha instituido porque se tiene la confianza de que este específico y cuantitativamente exclusivo Tribunal va a proteger de modo especial la Constitución y los derechos fundamentales. Vive de la confianza depositada en él como institución, que ha de ganarse a través de su actividad decisoria —y ninguna regulación jurídica puede conseguir más. Pero, si se hace balance de la historia jurisprudencial del *Bundesverfassungsgericht*, ello sin duda resulta suficiente.

El punto de partida constitucional y político de toda reflexión ulterior es la

idea del recurso de amparo como remedio de carácter extraordinario. El contenido dogmático-sistemático de esta afirmación, generalmente aceptada y utilizada con frecuencia, no ha sido todavía suficientemente desarrollado. Difícilmente puede insistirse demasiado en que la tutela jurídica no empiece con el recurso de amparo, sino que por medio del mismo se añade a una plena tutela jurídica otra protección extraordinaria.

El recurso de amparo como tutela tras haber agotado ya un procedimiento de tutela, el control judicial del control realizado por los tribunales, y la tutela jurídica subjetiva tras la obtención de tutela jurídica subjetiva —todos estos rasgos esenciales del recurso de amparo tienen que configurar una tarea específica, *sui generis*, en el conjunto del sistema de tutela jurídica. De lo contrario, el remedio extraordinario únicamente supondría una reiteración de lo ya habido.

Debe definirse y precisarse una división del trabajo razonable entre los tribunales ordinarios y el *Bundesverfassungsgericht*, incluso bajo las condiciones de la imposibilidad teórica de distinguir entre Derecho ordinario y Derecho Constitucional prevalente, y la consiguiente (sobre) carga de recursos de amparo en principio pertinentes. Por su parte, los tribunales ordinarios ya han podido ejercer todos los deberes y competencias en relación con el cumplimiento y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales del individuo. Si existe una instancia adicional, el *Bundesverfassungsgericht*, a la que se accede mediante el recurso de amparo, entonces su función sólo puede determinarse cabalmente respecto de una tutela jurídica individual de los derechos fundamentales que ya ha tenido lugar.

Aunque, en el contexto que estamos tratando, el interés esté orientado hacia la protección jurídica del individuo, ello no debe impedir la percepción de que no se trata de una constelación de dos polos, el individuo demandante de tutela jurídica y el *Bundesverfassungsgericht* (buscando entonces una maximización de la tutela dentro de esta constelación), sino de una figura más compleja: la formada por el individuo demandante de tutela, los tribunales ordinarios y el *Bundesverfassungsgericht*. Dentro de esta constelación, la tarea del Tribunal Constitucional puede, y debería verse, en una supervisión tendente a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales en la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios.

Al ejercer su control sobre un determinado caso, en el que se suscita la cuestión de si se han cumplido o no adecuadamente las exigencias de estos derechos, ya sea corrigiendo o confirmando las actuaciones, la tutela jurídica subjetiva y de los derechos fundamentales es otorgada al demandante individual, pero al mismo tiempo, y de forma mediata o indirecta, también con respecto a una multitud de casos similares. Schlaich señala con acierto que la tarea del *Bundesverfassungsgericht* consiste en «ayudar a los demás tribunales

*a conseguir una realización óptima de los derechos fundamentales»* (40). Al desempeñar este cometido en sentencias concretas, surgidas a raíz del recurso de amparo como remedio extraordinario, habrá conseguido cosas importantes para la tutela jurídica individual en su conjunto.

En cuanto a la construcción dogmática y a la justificación de este modelo, hay que resaltar que el artículo 1.3 y el artículo 19.4 GG no obligan a incluir el recurso de amparo en el deber del Estado de garantizar el acceso a la justicia (41). Es a los tribunales ordinarios a quien corresponde cumplir con las exigencias del acceso a la justicia, y ello también cuando lo que hay en juego son derechos fundamentales. Como se señaló antes, la encomienda al *Bundesverfassungsgericht* tiene frente a este deber general un carácter especial. Las alternativas relevantes para el debate resultarán en función de cómo se interprete esta tarea.

En la tradición de la concepción de la tutela jurídica subjetiva, que se ha convertido en peculiar de Alemania, esta tarea del *Bundesverfassungsgericht* hasta el momento iba unida a una pretensión subjetiva del individuo de obtener tutela jurídica por vía del recurso de amparo. Sin embargo, cabe también interpretarla como mandato (jurídico-) objetivo al Tribunal. Conforme a esta concepción alternativa, éste conserva la tarea de asegurar la observación de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios. Y, con carácter general, este mandato abarca también la finalidad de garantizar una adecuada tutela jurídica individual. Sin embargo, lo que no aparece ya ordenado por el Derecho, es la forma de servir a tales fines, la determinación de qué recursos de amparo requieren de la intervención del Tribunal; y, en particular, tal cuestión no está ya regulada en el sentido de un derecho subjetivo de acceso al Tribunal.

Esta nueva interpretación no obliga a recortar el principio de la doble función del recurso de amparo en favor de una comprensión que se fije exclusivamente en la importancia de la *quaestio juris*. Como vía intermedia, digna de ser debatida, queda la de definir el carácter de tutela jurídica individual de ese remedio extraordinario que es el recurso de amparo en el sentido institucional señalado, como mandato al Tribunal. Con ello, se libera simultáneamente espacio y tiempo para ajustarse en mucha mayor medida de lo que viene aconte-

(40) SCHLAICH (cit. nota 10), núm. marginal 267, con referencia a la *BVerfGE*, 62, 230, 243 = *JZ*, 1983, pág. 341; también las demás reflexiones allí expuestas son acertadas.

(41) En este sentido, SCHLAICH (cit. nota 10), núm. marginal 266: «*En el campo de los derechos fundamentales, facilitar el acceso a la justicia es cosa de los tribunales ordinarios (incluyendo su deber de plantear cuestión de constitucionalidad conforme al art. 100 GG); merced a este hecho, los derechos fundamentales disfrutan de una tutela jurídica plena*»; cfr., también, núm. marginal 194.



ciendo a la máxima, indudablemente correcta, de *calidad antes que cantidad*, precisamente en el caso del recurso de amparo. Todo ello estaría al servicio de la principal finalidad de la reforma del procedimiento de admisión de los recursos de amparo, que no es otra que la de disponer del tiempo necesario para cumplir la tarea específica de tratar cuestiones jurídicas de relevancia constitucional fundamental y de avanzar en su solución.

En el modelo aquí propuesto se conservan importantes elementos de la tutela jurídica subjetiva. Hay que resaltar especialmente el carácter abierto del acceso al Tribunal. A diferencia de la situación actual, en la que el Tribunal se asemeja a un bastión, se podría incluso rescatar la idea originaria de un acceso lo más abierto y libre posible, con tal de que a continuación entrara en juego el igualmente libre y abierto proceso de admisión. En este marco, serían los propios magistrados quienes decidieran sobre el acceso definitivo.

Conforme al procedimiento de libre admisión propuesto, ciertamente se funcionaliza en alguna medida al recurrente individual como desencadenante de reflexiones más generales. Pero al menos tales reflexiones son las del Tribunal al que le ha sido específicamente confiada la protección de los derechos fundamentales. Y, a pesar de ello, el acceso al *Bundesverfassungsgericht* continúa estando regulado en el sentido de una tutela subjetiva, puesto que cualquiera puede interponer el recurso, sin traba alguna, y puesto que —y ello supone una importante ventaja de la solución propuesta— su petición tiene acceso a todos los magistrados de la Sala respectiva.

Simultáneamente, la limitada capacidad del *Bundesverfassungsgericht* se emplea de un modo razonable, y la jurisdicción constitucional se utiliza como un bien escaso que debe ser administrado del modo más eficiente posible. Y ¡quién mejor que los propios magistrados del Tribunal para administrar esta óptima utilización del bien escaso jurisdicción constitucional, puesto que son precisamente ellos quienes, con su trabajo, producen el bien!

El hecho de que los magistrados y magistradas del *Bundesverfassungsgericht* merezcan que se les otorgue un margen de confianza no excluye, sin embargo, que puedan darse a sí mismos —a modo de medidas complementarias generadoras de confianza— reglas sobre el adecuado uso de su limitada capacidad, así como reglas acerca de la forma de aparecer en público cuando no ejercen su función judicial.

