

Informe de los Estados Federados de Alemania. Tesis sobre los precedentes del Tribunal Constitucional* **

HELMUTH SCHULZE-FIELITZ

Catedrático de Derecho Público. Universidad de Würzburg

1. Las barreras lingüísticas de los fallos jurisdiccionales que constituyen precedentes se actualizan ante la interrogante del efecto vinculante de las sentencias jurisdiccionales para terceros. En la República Federal de Alemania, los fallos emitidos por jueces supremos sólo tuvieron efectos vinculantes efectivos para juzgados subordinados;¹ en tanto que las sentencias divergentes de instancias inferiores son legalmente admisibles en el resultado o en la fundamentación. Los problemas lingüísticos de un efecto de precedente prácticamente no tienen ningún papel. Las dificultades hermenéuticas con la fundamentación de jueces supremos son decididas por jueces sin riesgo en independencia jurisdiccional (artículo 97, inciso 1, GG) como si se consideraran correctas; los malentendidos lingüísticos se aclaran en la vía jerárquica.

2. La fundamentación de precedentes se convierte en un problema legal regido por el Derecho positivo donde las divergencias respecto a los fallos emitidos por jueces supremos están legalmente prohibidas. Esto se cumple en el estado federal en lo que respecta a las obligaciones de presentación de Juzgados Territoriales Superiores ante el Tribunal Supremo Federal cuando éstos desean apartarse de la jurisprudencia de otros juzgados territoriales de mayor jerarquía para acercarse al Derecho federal (véase § 121, inciso 2 GVG), a la divergencia entre las salas de justicia de las cortes superiores de la Federación o de los Estados Federados (véase por ejemplo §§ 132, incisos 2 y 3 de GVG, 11 inciso 2, 12 VwGO) o a la admisión de apelaciones o revisiones (véase por ejemplo §§ 124, inciso 2, Numeral 4, 132, inciso 2, Numeral 2 VwGO), pero sobre todo también a todos los tribunales y autoridades de la Federación y Estados Federados cuando éstos desean apartarse de los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional (§ 31, inciso 1 de BVerfGG) y para el Tribunal Constitucional mismo cuando una sala de justicia desea apartarse del criterio contenido en un fallo emitido por otra sala de justicia (§ 16 de BVerfGG).

3. En relación con el efecto vinculante legal de fallos emitidos por tribunales constitucionales, existe una amplia discusión sobre el alcance de este efecto vinculan-

* Traducción del alemán hecha por Erika Jess.

** El presente texto conforma la Parte III de la obra *El precedente y su lenguaje*. Nomos/Dike.

1 Fundamentos: Esfuerzo por la igualdad en la resolución de casos: exoneración individual de mayores requerimientos de fundamentación mediante la orientación a los precedentes; apelación a cortes superiores a modo de intensificación de la argumentación; evitación de los riesgos de costas para las partes al apartarse de los precedentes de cortes de mayor jerarquía.

te.² De conformidad con la jurisprudencia continua del Tribunal Constitucional, no sólo alcanza el resultado del fallo tal como se manifiesta en su tenor, sino también a los “fundamentos sustentadores” del fallo pero no a los obiter dicta como fundamentos no sustentadores. La gramaticalidad de los precedentes plantea el problema del deslinde de fundamentos sustentadores y no sustentadores.

4. Los fundamentos sustentadores para un fallo son los principios de derecho de la fundamentación que fueron decisivos para el fallo en su contenido objetivo, “pero también reconocible para los extraños” porque no se puede hacer abstracción de los mismos sin que el resultado concreto del fallo sea improcedente según el curso de razonamiento expresado en el fallo”; las afirmaciones no sustentadoras son “explicaciones legales brindadas con ocasión de una sentencia que quedan fuera de la relación de argumentación entre la regla jurídica general y el fallo concreto”³.

5. En medio del litigio para decidir sobre la clasificación correcta de fundamentos sustentadores y no sustentadores pueden hacerse valer reclamaciones válidas de interpretación y de dominio, y aplicarse conflictos positivos de competencia, incluso dentro del Tribunal Constitucional. Eso se hace evidente en la controversia de si los costos de manutención de menores que han nacido contra la voluntad de los padres debido a un mal tratamiento médico, deben ser contemplados como “daños” en el derecho de responsabilidad civil médica sujeto al Derecho Civil. En 1997, la Segunda Sala de Justicia del Tribunal Constitucional buscó, mediante un dictamen adoptado en mayoría (conforme al Derecho procesal aunque no previsto) de fecha 22 de octubre de 1997, los fundamentos de su fallo de fecha 28 de mayo de 1993 en el cual se consideró incompatible con el artículo 1, inciso 1 de GG, la calificación jurídica de la existencia de un niño como fuente de daño⁴, para calificar el resultado del fallo como “sustentatorio” y así sentar como precedente el fallo anterior inmediato de la Primera Sala competente en temas de responsabilidad civil médica de fecha 12 de noviembre de 1997⁵, y autorizar a la Sala de Justicia para convocar el pleno del Tribunal Constitucional⁶. La interpretación como “sustentatorio” depende evidentemente también de la identificación preliminar hermenéutica con la que se (re)construyen los contenidos del fallo: Únicamente hay precedentes interpretados.

6. Vistos en forma ideal, los fundamentos (sustentadores y no sustentadores) de un fallo y las reflexiones dogmáticas que le subyacen (= interpretaciones) pueden ser más orientados al pasado o más orientados al futuro. Una vista orientada al pasado principalmente tiene por finalidad resolver el caso en cuestión concreto, busca insertar la solución en la continuidad jurídico dogmática de la interpretación de la ley y/o la práctica de sentencias hasta la fecha y, por lo demás, se esfuerza por una limitación de lo necesario para el fallo y su fundamentación. Los argumentos funcionan más tenden-

2 Véase SCHULZE-FIELITZ, H. “Efecto y Cumplimiento de los Fallos del Tribunal Constitucional”. En: Badura, P. y H. Dreier (Editores). *Homenaje a los 50 años del Tribunal Constitucional*, Vol. 1. 2001, pp. 385 y ss. (pp. 388 y ss.) con más referencias.

3 BVerfGE 96, 375 (404)

4 BVerfGE 88, 203 (296); cinco de los siete jueces que decidieron en 1997 estuvieron presentes en el fallo de 1993 cuya fundamentación fue compartida.

5 BVerfGE 96, pp. 375 y ss.

6 BVerfGE 96, pp. 409 y ss; otro BVerfGE 96, pp. 375 (393 y ss. y pp. 403 y ss.)

cialmente que tópicamente, se desarrollan en forma inductiva, puntual, se orientan a las circunstancias del caso en cuestión histórico, se equilibran de manera pentadimensional y se desea dejar abierta la forma cómo se decidiría bajo otras circunstancias que rodeen el caso. Esta forma de vista más orientada al pasado y a la continuidad de una práctica de sentencias debe predominar en los jueces profesionales con experiencia de décadas en sentencias.

7. Sin embargo, los fundamentos de un fallo también pueden ser más orientados al futuro en tanto que al mismo tiempo esbozan respecto al caso en cuestión directrices generalizadoras y propuestas de solución para nuevas constelaciones de casos en el futuro a fin de presuntamente procurar más seguridad jurídica en la aplicación futura del derecho. Los argumentos funcionan tendencialmente en vez de sistemáticamente, deductivamente, buscan generalizar tomando por base un caso particular y vincular la decisión del caso en cuestión con una dogmática de ser el caso nuevo que también intente solucionar preventivamente otros casos conflictivos. La teoría dogmática es por lo menos tan importante como el resultado del fallo en el caso de partida. De esta forma, las normas demasiado abstractas, como aquellas contenidas en los textos constitucionales, se concretizan en un plano de abstracción intermedio. Los juristas más que los jueces profesionales tienden a otorgar un peso especial a la astringencia sistemática y a la coherencia dogmática también para casos conflictivos futuros concebibles.

8. Tal vez también bajo la influencia de juristas catedráticos sobredimensionados (50% de todos los jueces constitucionales fueron previamente profesores titulares en una universidad), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal tiende, en parte, a trasladar teoría dogmática científica con motivo de los casos pertinentes directamente a considerando sustentadores y hacer reflexiones generalizadoras respecto al objeto de la interpretación de la constitución. Aquí radica el peligro real de crear en vez de resolver más problemas a través de una generalización rápida, ya que la variedad de conflictos legales es imprevisible y más grande de lo que la línea jurídico dogmática levantada para la dogmática de la jurisprudencia con motivo del caso en cuestión está en condiciones de brindar.

9. Un primer ejemplo es la jurisprudencia respecto al concepto y el contenido de legitimación democrática que mediante transposición de las teorías científicas desarrolladas por el Juez Ernst Wolfgang Böckenförde⁷, persigue, entre otras cosas, para todos los fallos democráticos un determinado nivel de legitimación que personalmente por regla se determina mediante una cadena de legitimación ininterrumpida de actos de reconocimiento que reduce el fallo de la autoridad en el caso en cuestión a la voluntad parlamentaria del pueblo⁸. En su rigurosidad, varias partes de la autonomía funcional, incluso la creación de las Asociaciones del Agua y del Suelo como entidades autónomas con la participación preponderante de personas privadas resultarían con ello anticonstitucionales, debido a una contravención del principio democrático. En consecuencia, el Tribunal Contencioso Administrativo Federal sometió al Tribunal Constitucional Federal

7 E. -W. BÖCKENFÖRDE. "La Democracia como Principio Constitucional". En: *HSiR* 1. Primera edición de 1987, § 22 Rn. 11 y ss, 16 y ss. y *HSiR* II, Tercera edición 2004, § 24 Rn., 11 y ss., 16 y ss.

8 *BVerfGE* 83, 37 (53 y ss.) - Derecho a voto de Extranjeros I; 83, 60 (72 y ss.) - Derecho a Voto para Extranjeros II; 93. 37 (66 y ss.) - Ley de Gestión Conjunta Schleswig-Holstein.

la cuestión sobre el fallo⁹; en primer lugar, una modificación reflexiva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hizo posible preservar el contenido democrático indubitable de décadas de la creación de las asociaciones del agua y del suelo ante una declaración de inconstitucionalidad —al precio de una fundamentación a decir no precisamente consistente¹⁰.

10. Un segundo ejemplo todavía más actual es la jurisprudencia del Tribunal respecto al artículo 72, inciso 2 de GG recién promulgado en 1994; de conformidad con el mismo, la Federación tiene el derecho de legislar sólo en el marco de la legislación competente “siempre y cuando la creación de condiciones de vida igualitarias en el ámbito de la federación o la salvaguarda de la unidad jurídica o económica en el interés nacional requieran una reglamentación de legislación federal”. Al determinar cuándo la creación de condiciones de vida similares requiere leyes federales ante los cambios en la constitución, el Tribunal Constitucional Federal de nuevo tiene que introducir una línea interpretativa muy restrictiva en contraposición a su transcendental jurisprudencia fuera del tiempo¹¹. Desde el fallo sobre el Cuidado de Ancianos del 24 de octubre de 2002, los fórmulas de los fallos dicen: “Sólo en el caso de que el Derecho federal a condiciones de vida igualitarias esté amenazado y la Federación esté facultada para adoptar acción cuando las condiciones de vida en los Estados Federados de la República Federal de Alemania se hayan apartado de forma tan notable que influya en las estructuras sociales federales o perfilen concretamente un desarrollo similar¹². En el otro supuesto de “la salvaguarda de la unidad jurídica y económica en el interés nacional”, el Derecho federal únicamente se impone cuando se genera una variedad de Derecho interno “bajo circunstancias de inseguridades jurídicas notables y, con ello, impedimentos irrazonables para las relaciones jurídicas que trascienden los estados federados”¹³ o sino puede acarrear consigo “desventajas considerables para la economía general”¹⁴. Estas fórmulas buscan tendencialmente (y en tanto conforme a derecho) obedecer al legislador que modifica la constitución¹⁵, pero en su formulación concreta sigue disparando contra el blanco; dicho de otro modo, si una legislatura federal competente prácticamente apenas es posible,

9 BVerGE 106, 64 – Emschergerossenschaft; BVerwG NVwZ 1999, 870 – Asociación de Lippe.

10 BVerfGE 107, 59 (86 y ss.) – Asociación de Lippe; crit. JESTAEDT, M. “Legitimación Democrática – quo vadis?”. En: *JuS*. En: 2004, pp. 649 y ss.

11 Véase también HAIN, K.E. y S. UECKER. “El Fallo sobre las Tasas de Estudios (2 BvH 1/03 de fecha 26.1.2005)–Continuidad Conceptual en la Jurisprudencia Jurisdiccional del Tribunal Constitucional”. En: *Jura*. 2006, pp. 48 y ss; WALDHOFF, C. “Requerimientos del Tribunal Constitucional sobre el Ejercicio de las Competencias Legislativas (Artículo 72, inciso 2; Artículo 75, inciso 2; Artículo 175a, inciso 2 de GG) – Derecho Material de Atribución de Competencia como Elemento de una Reforma del Federalismo”. En: H.G. Henneke (Editores). *Reforma del Federalismo en Alemania*. 2005, pp. 55 y ss. (pp. 60 y ss.); LECHLEITNER, M. “la Cláusula de Necesidad del Artículo 72, inciso 2 GG”. En: *Jura* 2004, pp. 746 y ss.

12 BVerfGE 106, 62 (144) – Cuidado de ancianos.

13 BVerfGE 106, 62 (146).

14 BVerfGE 106, 62 (147).

15 Zust. ISPEN. *Derecho Público I*. Décimo séptima edición, 2005, Rn 558 y ss.; WALDHOFF. *Requisitos* (Fn. 11), p. 80; FASSBINDER. Una aclaración de intento de Karlsruhe sobre la

entonces: ¿En qué área jurídica se manejaron las condiciones de vida en una medida que influyó en dichas estructuras sociales del estado federal para separarse tanto? ¿En qué momento la variedad jurídica federal creó impedimentos irrazonables para relaciones jurídicas que trasciendan los estados federados? Las nuevas fórmulas ya varias veces constatadas en el interín¹⁶ por sí solas no conducen a una inseguridad jurídica (ni siquiera con las obligaciones de fundamentación para la burocracia ministerial en el proceso de legislatura ni a una arbitrariedad de competencia de numerosas tentativas de regulación de la ley federal¹⁷, sino más bien a una reforma del estado federal que de momento hace imposible leyes federales en el marco de la legislatura federal competente y por último invierte la polaridad de la competencia colectiva de la Federación a favor de los estados federados¹⁸. No por casualidad las conclusiones de ambos presidentes de la Comisión de Reforma del Federalismo (de diciembre de 2004) querían excluir expresamente 15 de los títulos de competencia mencionados en el artículo 74 de la GG de los requisitos del artículo 72, inciso 2, de GG; el convenio de coalición de la Gran Coalición de noviembre de 2005 contempla incluso 22 exclusiones en la Reforma de Federalismo prevista. Aquí prácticamente hay una revocatoria a la modificación de la constitución de 1994 —debido a la judicatura del Tribunal Constitucional Federal que se extiende al artículo 72, inciso 2 de GG.

11. Por lo tanto, detrás de las formulaciones de fundamentos sustentadores también pueden descubrirse intenciones que pueden cambiar permanentemente las relaciones jurisdiccionales entre la Federación y los Estados Federados, las mismas que de hecho pueden desplazar funcional y jurídicamente la preferencia entre el legislador y la administración por cuenta del legislador o entre la práctica estatal y el Tribunal Constitucional Federal a favor de una restricción del Tribunal Constitucional.

12. El desarrollo global de fallos del Tribunal Constitucional y de los fundamentos que los sustentan aumenta la probabilidad de que la jurisprudencia califique una cantidad de fundamentos y puntos de vista opuestos como fundamentos sustentadores que progresivamente no refuercen por sí solos la jurisprudencia constitucional. Por otro lado, también puede desembarazarlos “escogiéndolos” entre puntos de vista opuestos (fundamentos) que le agradan. Al desarrollo de los fundamentos para un fallo le corresponde un crecimiento de las posibilidades distintamente ponderadas de fallos que debilita más aun la previsibilidad de los fallos del Tribunal Constitucional.

distribución de jurisdicción legislativa en la Federación, JZ 2003, 332 (337); KENNTNER, el Federalismo (todavía) es justiciable; NVwZ 2003m 821 y ss.

16 BVerfGE 110, 141 (175 y ss.) – Perros Peligrosos; 111, 226 (253 y ss.) – Profesor Junior; 112, 226 (243 y ss.) – Derechos de Estudio.

17 Así como también para la legislación sobre universidades KRAUSNICK, D. “Fuera de lo Coriente: La Legislación sobre Universidades de la Federación ante la salida?”. En: DÖV. 2005, pp. 902 (905 y ss.).

18 WALDHOFF, A.A. *Requerimientos* (Fn. 11), 70 y ss. – Además cabe la exigencia de una posibilidad plena de revisión del tribunal constitucional porque aquí no existe ningún margen para evaluación de los legisladores. Véase BVerfGE 106, pp. 62 (135 y ss.); pp. 110, 141 (175).

