

SOBRE LA RELACION ENTRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. AMBITO DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL.—3. LA RELACION ENTRE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL: a) *Los puntos de contacto.* b) *Fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional:* a') Tratamiento de la cuestión en los debates parlamentarios. b') La judicialización del ordenamiento. c) *El recurso de amparo:* a') La cuestión en los debates parlamentarios. b') Recurso de amparo y *Verfassungsbeschwerde.* c') La subsidiariedad en el recurso de amparo.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no pretende hacer una apreciación de conjunto de la labor extensa que desde el comienzo de sus funciones ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional. Para ello, ni se dispone todavía de una perspectiva temporal adecuada ni soy yo, como miembro de la institución, el llamado a hacerla. Si creo poder hacer, aunque sea con la limitación que se impone a quien, siendo de alguna manera parte interesada, debe extremar la mesura del juicio, una reflexión sobre algunos problemas que la experiencia de año y medio permite detectar, sin más intención que la de prevenir riesgos que, como enseñan experiencias ajenas, podrían surgir, e incitar un debate, que creo indispensable.

La comparación puramente cuantitativa entre la labor realizada por el Tribunal Constitucional español y sus homólogos alemán e ita-

liano lo sitúa en un lugar intermedio (1), más cerca aparentemente del primero que del segundo, aunque, dado el ritmo creciente de la presentación de asuntos, parece probable que estas diferencias rela-

(1) La estadística que refleja la actividad del Tribunal Constitucional desde el 15 de julio de 1980 al 28 de febrero de 1982 es la siguiente:

	Asuntos ingresados	ASUNTOS RESUELTOS		
		A) Por sen- tencia	B) Por otras resoluciones	Pendientes
Recursos de amparo	660	30	479	151
Recursos de inconstitucionalidad	21	11	7	3
Cuestiones de inconstitucionalidad	12	4	3	5
Conflictos de competencia	23	3	6	14
Conflictos entre órganos constitucionales	0	—	—	—
Impugnaciones de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las CC. AA.	0	—	—	—
Control previo de inconstitucionalidad	0	—	—	—
TOTAL	716	48	495	173

Durante los dos primeros años de actividad, las cifras correspondientes de los Tribunales Constitucionales de Italia y de la RFA son las siguientes:

I T A L I A

	ASUNTOS INGRESADOS			ASUNTOS RESUELTOS					
				A) POR SENTENCIA			B) POR AUTO		
	1956	1957	Total	1956	1957	Total	1956	1957	Total
Cuestiones de inconstitucionalidad	349	105	454						
Recursos de inconstitucionalidad	50	19	69						
Conflictos de atribuciones	15	18	33						
TOTAL	414	142	556	22	102	124	12	27	39

Total asuntos ingresados	Asuntos resueltos	Pendientes
556	163	393

tivas se inviertan. Cualitativamente, hay, en cambio, diferencias significativas: el número de cuestiones de inconstitucionalidad presentadas en España [12] es enormemente inferior al de las presentadas no sólo en Italia [454], en donde no existe el recurso de amparo, sino también en la República Federal de Alemania [187], en donde este recurso absorbe la mayor parte de la actividad del Tribunal; de otra parte, los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas son entre nosotros mucho más frecuentes (2) que en cualquiera de estos dos países, tanto más si se considera que, en el caso de Italia, los conflictos de atribuciones engloban tanto a los que oponen al Estado con los regiones o a éstas entre sí como los que enfrentan a los distintos poderes del Estado (3). Esta última diferencia, de la que resultan para el buen funcionamiento del Tribunal Constitucional y para su adecuada inserción en la estructura del Estado riesgos que, por obvios es innecesario subrayar, es referible, sin duda, a peculiaridades de nuestra Constitución cuyo tratamiento no

REPUBLICA FEDERAL ALEMANA

(Excluidos los asuntos correspondientes a competencias de las que carece el T. C.)

	ASUNTOS INGRESADOS			ASUNTOS RESUELTOS					
				A) POR SENTENCIA			B) POR AUTO		
	1951	1952	Total	1951	1952	Total	1951	1952	Total
Conflictos entre órganos	3	4	7						
Recursos de inconstitucionalidad	1	4	5						
Conflictos de competencia	1	0	1						
Cuestiones de inconstitucionalidad.	36	151	187						
Recursos de amparo.	423	822	1.245						
TOTAL	464	981	1.445	208	416	624	23	139	162

Total general 784

Pendientes 661

(Las estadísticas oficiales de que disponemos no están realizadas con arreglo a los mismos criterios, por lo que son posibles algunas inexactitudes que no afectan, sin embargo, al orden de magnitudes.)

(2) Además de los 23 conflictos de competencia que figuran en la estadística recogida en la nota anterior, hay que considerar también como tales a la mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad de los que allí se da cuenta.

(3) Cf. Constitución italiana, artículo 34, y Ley número 87, de 11 de mayo de 1953, artículos 37-42.

es de este lugar (4). La primera de las indicadas, por el contrario, no me parece tanto resultado necesario de las normas constitucionales o legales españolas como de una defectuosa comprensión todavía existente entre nosotros de cuál sea la verdadera naturaleza de la jurisdicción constitucional o, dicho en otros términos, de la articulación necesaria que, en ejercicio de esta jurisdicción, debe existir entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios.

En el mismo sentido apunta otro dato, respecto del que no me es posible ofrecer comparaciones, por carecer del detalle suficiente las estadísticas en las que apoyo las que preceden. Se trata del hecho, por lo demás de pública notoriedad, puesto que se refleja en el *Boletín Oficial del Estado*, de que, de los 30 recursos de amparo resueltos mediante sentencia durante el período que estudiamos, 21 han tenido por objeto actos (u omisiones) de los órganos del poder judicial. Aun descontando la explicable propensión de los abogados a apurar hasta el límite las posibilidades que el ordenamiento ofrece para la defensa de los intereses que les están encomendados, el dato invita a reflexionar sobre la mecánica actual del amparo constitucional, que es también una estructura procesal que articula al Tribunal Constitucional con el Poder Judicial.

2. AMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Si, como distinción interna dentro de la unidad jurisdiccional que nuestra Constitución (art. 117,5) consagra, la diferenciación entre las diversas jurisdicciones (civil, penal, laboral, etc.) se hace en función de la distinta naturaleza de las normas que cada una de ellas ha de aplicar, siendo esta distinta naturaleza consecuencia o de la diversidad de materia o de la diversidad de destinatarios, es claro que sólo cabe hablar de jurisdicción constitucional a partir de un determinado concepto de Constitución que permita atribuir a las normas constitucionales una naturaleza distinta a la que es propia de los demás

(4) Sin duda, el Tribunal Constitucional puede y debe contribuir muy poderosamente a resolver las incertidumbres que hoy existen acerca de cuál sea el ámbito competencial propio de las distintas Comunidades Autónomas. Es también evidente, sin embargo, que, aun prescindiendo del efecto políticamente traumatizante que puede tener la conversión de toda Ley e incluso de todo Reglamento en objeto de litigio, la vía jurisdiccional, por la lentitud y la limitación *ad casum* de sus decisiones, no es la más adecuada para construir, con la celeridad que la cuestión exige, una doctrina completa del «Estado de las Autonomías».

sectores. Como es obvio que en la medida en que contienen regulaciones determinadas (aunque formuladas en términos muy generales y abstractos) de instituciones civiles, penales, administrativas, laborales, etc., las normas constitucionales no son diferentes, por la materia reglada, a las restantes normas de Derecho civil, penal, administrativo, etc., la diferencia de naturaleza sólo puede venir de ser distintos los destinatarios o, dicho de otra forma, de no estar dirigidas las normas que integran la parte dogmática de la Constitución a los ciudadanos, sino sólo al legislador. Esta es precisamente la concepción kelseniana a partir de la cual se construye la *Verfassungsgerichtsbarkeit* (5).

Para KELSEN, en efecto, Constitución material en sentido estricto es sólo aquel cuerpo de normas que se refieren a los órganos superiores del Estado (6), y aunque «en sentido amplio» la Constitución material incluye también las normas relativas a las relaciones de los súbditos con el poder estatal (7), estas normas son sólo prohibiciones o mandatos al legislador, pero no, en ningún caso, normas directamente aplicables por el juez, que las recibe siempre mediadas por la ley. «La Constitución prohíbe que las leyes tengan cierto contenido y ordena que posean tal otro; de modo que la ley es «ejecución» de la

(5) En su espléndido comentario al artículo 134 de la Constitución italiana, Alessandro Pizzorusso utiliza siempre el término alemán. Es, me parece, lo adecuado para no generar confusiones, pues la *Verfassungsgerichtsbarkeit* no es la jurisdicción constitucional, si por tal se entiende una jurisdicción que aplica la Constitución, sino una forma muy concreta y muy efímera de organizar esa jurisdicción, atribuyéndola a un solo Tribunal. Cf. *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA. *Garantie costituzionali*, artículos 134-139 (Bologna-Roma, 1981), especialmente páginas 2, 3 y 21, 27. En su contribución al libro homenaje a MORTATI (*Aspetti e Tendenze del Diritto Costituzionale*, Milán, 1977), A. LA PERGOLA («Un momento del federalismo statunitense: entra in scena el New Deal», en *op. cit.*, volumen I, pp. 661 y ss.) sugiere la idea de que la *Verfassungsgerichtsbarkeit* puede ser entendida como un intento de racionalización del régimen político propio de los Estados Unidos y otros países anglosajones. Esta interpretación, que es una nueva prueba de la excepcional agudeza de su autor, puede apoyarse, me parece, en textos del propio KELSEN, tanto en su estudio comparativo de la jurisdicción constitucional en Austria y en los Estados Unidos («Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», en *Journal of Politics*, mayo 1942, recogida en el vol. *La Giustizia costituzionale*, Milán, 1981, con Premessa de Le Pergola) como, en otra conexión, en su esfuerzo por construir un concepto pluralista de la representación política (así, por ejemplo, en *Esencia y valor de la democracia*). La inevitable frustración (parcial) del intento puede atribuirse, pienso, a la dificultad que KELSEN encuentra para zafarse de una tradición intelectual de la que fue crítico excepcional, pero también heredero.

(6) Cf. *Teoría General del Estado*, trad. de L. LEGAZ LACAMBRA, Ed. Nacional, México, 1979, p. 230.

(7) *Ibidem*.

Constitución de la misma manera que la sentencia es ejecución de la ley» (8). La repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación constitucional del contenido material de la ley, se evidencia en muchos lugares (9) y es prueba, me parece, de las dificultades de Kelsen para superar enteramente su concepción primera, para la que sólo la ley es expresión de la voluntad del Estado (10). La necesidad de que la Constitución sea algo más que un «deseo no vinculante» para los órganos del Estado, y especialmente para el legislador, obliga a arbitrar un procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes (11), pero ese control no puede ejercerlo el juez como «ejecutor» de la ley y vinculado a ella, sino un órgano distinto cuya naturaleza jurisdiccional no le impide ser realmente legislador, legislador negativo (12).

La vía procesal más adecuada al espíritu de esta construcción es, evidentemente, el recurso directo, mediante el cual unos órganos legitimados para la impugnación de las leyes [del mismo modo que éstos —u otros— están legitimados para su iniciativa] ponen en marcha un procedimiento para resolver en abstracto, sin referencia a ningún caso concreto, sobre la adecuación o inadecuación a la Constitución

(8) *Ibidem*, p. 306.

(9) Cf. por ejemplo, el célebre trabajo sobre «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», publicado originariamente en el Cuaderno 5 (1929) de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* y parcialmente reproducido en el vol. CDXCV de la colección «Wege der Forschung» edit. por F. Häberle y consagrado a la *Verfassungsgerichtsbarkeit* (Darmstad, 1979), especialmente páginas 97-98. La edición francesa (reordenada y precedida de una introducción) de este trabajo, fue publicada en el vol. XXXV (1928) de la *Revue du Droit Public et de la Science Politique* (pp. 197-257).

(10) Cf. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.^a ed., Tubinga, 1923, pp. 183 y siguientes. Esta concepción, en razón de la cual Kelsen se ve obligado a negar a los «factores legislativos» (Monarca y Parlamento) la calidad de órganos del Estado (*Ibid.*, pp. 467 y ss.), fue abandonada tras la primera edición de la obra, sustituyéndola por una concepción «dinámica» del Estado y del Derecho, en la cual, y merced a la idea de Constitución en sentido lógico-jurídico elaborada por Verdross, la Constitución jurídico-positiva puede ser entendida ya como norma y, en consecuencia, el Parlamento como órgano del Estado (*Ibid.*, Prólogo, páginas XIV-XVI). En la nueva concepción, el ordenamiento es entendido, sin embargo, necesariamente al modo de Meckl, como «ein genetisches System von Rechtsnormen... die in stufenweiser konkretisierung von der Verfassung über Gesetz und Verordnung und sonstigen Zwischenstufen bis zu den individuellen Rechtsakten der Vollziehung fortschreiten» (*Ibid.*, p. XV). El Parlamento, esto es, la Ley, sigue siendo mediación necesaria entre la Constitución y el ciudadano y, sobre todo, entre la Constitución y el juez.

(11) Cf. Kelsen: *Wesen und Entwicklung...*, cit., p. 102.

(12) *Ibid.*, pp. 79-82.

de un precepto legal. El paralelismo con el procedimiento legislativo es evidente. En el recurso directo hay incluso, como en el procedimiento legislativo, un juicio de oportunidad, en virtud del cual adopta el legitimado la decisión de iniciar el procedimiento. La operación del órgano que, una vez puesto en marcha el mecanismo, resuelve sobre la legitimidad o ilegitimidad constitucional de la ley atacada es, por el contrario, por su naturaleza intrínseca, específicamente jurisdiccional. El precepto impugnado, el texto legal, es el hecho que ha de ser subsumido en el supuesto contemplado por la norma constitucional.

Las características del sistema son, por lo demás, harto conocidas y no hay necesidad de insistir sobre ellas. Lo que sucede es que este sistema, cuyo espíritu queda perfectamente definido, a mi juicio, por la justificación puramente «orgánica», exclusivamente referida a la necesidad de mantener el equilibrio entre las distintas fuerzas políticas o los diferentes componentes territoriales del Estado que de él da el propio Kelsen (13), e incluso por la manifiesta incapacidad con que este excepcional jurista se encuentra para justificar satisfactoriamente que las resoluciones judiciales queden sustraídas al control de constitucionalidad (14), no es aplicado hoy en ningún sitio, ni siquiera en la propia Austria (15).

Como repetida y autorizadamente se ha indicado, tampoco en España (16). Nuestro sistema de control de constitucionalidad atribuye,

(13) *Ibid.*, pp. 103-107.

(14) El pasaje, enormemente expresivo, reza como sigue: «Was schliesslich die Frage betrifft, inwieweit auch *individuelle Rechtsakte* der Judikatur des Verfassungsgerichtes unterworfen sein sollen, so scheiden von vornherein alle *richterlichen Akten* aus. In der Tatsache, dass ein Rechtsakt durch ein Gericht gesetzt wird, erblickt man, wie bereits früher erwähnt, schon an und für sich eine hinreichende Garantie für seine Rechtsmässigkeit. Dass diese sich mittelbar oder unmittelbar als *Verfassungsmässigkeit* darstellt, ist im allgemeinen kein hinreichender Anlass, das Verfahren aus dem Bereich der Ordentlichen Gerichtsorganisation heraus an ein spezifisches Verfassungsgericht zu leiten» (*Ibid.*, pp. 89-90). Es muy evidentemente la premisa de la estructura «piramidal» del ordenamiento la que impide otra solución (como es esta misma premisa la que lleva a confiar al Tribunal Constitucional el control de los Reglamentos ejecutivos), pero, como también es obvio, esta premisa sólo puede construirse a partir de una concepción «jacobina» de la Constitución en la que el legislador (positivo o negativo) es *soberano*.

(15) Sobre la evolución y la actual configuración del sistema austriaco, véase el excelente trabajo de Enrique ALONSO GARCÍA, «El Tribunal Constitucional austriaco», en la obra colectiva publicada bajo los auspicios de la Dirección General de lo Contencioso del Estado *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981), vol. I, pp. 409-459, y la bibliografía allí citada. De especial interés para el punto aquí tratado son las Conclusiones, en pp. 451 y ss.

(16) Cf., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed. (Madrid, 1980), pp. 94-95.

ciertamente, como en el modelo de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, competencias exclusivas al Tribunal Constitucional, pero si por jurisdicción constitucional ha de entenderse la aplicación judicial de las normas constitucionales, la jurisdicción constitucional corresponde en España a todos los órganos judiciales y no sólo al Tribunal Constitucional.

Si el sistema italiano combina elementos de la *judicial review* con otros procedentes de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* y de la *Staatsgerichtsbarkeit* (17), el nuestro, mucho más próximo al alemán que al italiano, es resultado de la misma mezcla, aunque en distintas proporciones. Los ingredientes procedentes del modelo norteamericano de la *judicial review* son entre nosotros mucho más abundantes, no sólo porque (afortunadamente, a mi juicio, como la propia experiencia italiana demuestra) no se ha atribuido al Tribunal Constitucional competencia para conocer de los delitos cometidos por titulares de los altos órganos del Estado o del contencioso electoral (18), sino porque tanto la configuración de la cuestión de inconstitucionalidad como la creación del recurso constitucional de amparo, son claramente contradictorios con la concepción kelseniana (19).

Quizá no sea del todo correcto, sin embargo, hablar de elementos procedentes de distintos modelos, pues lo que opera en la configuración de los sistemas de control de constitucionalidad implantados en Italia, la República Federal de Alemania y España (e incluso en Austria, a partir de la reforma de 1975) no es la técnica organizativa

(17) «La Corte Costituzionale italiana..., esercita il controllo di costituzionalità delle leggi secondo un sistema di regole che fondono insieme elementi tipici del *judicial review* con altri propri della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, giudica dei conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato e fra lo Stato e le regioni... secondo criteri riconducibili alla tradizione della *Staatsgerichtsbarkeit*, e giudica dei reati presidenziali e ministeriali in base a criteri analoghi a quelli impiegati per realizzare la "giustizia politica" nell'ordinamento italiano al tempo della monarchia ed in altri di analoga struttura.» A. Pizzorusso, *op. cit.*, p. 3.

(18) Las competencias asimilables al modelo de la *Staatsgerichtsbarkeit*, es decir, aquellas que el Tribunal Constitucional ejerce en materia de conflictos, responden a una necesidad evidente en el tránsito de un Estado unitario a otro de estructura compuesta (regional o federal). Las experiencias del pasado, tanto extranjeras (piénsese, por ejemplo, en el *Staatsgerichtshof* de la República de Weimar) como nacionales, evidencian las limitadas posibilidades de una jurisdicción de este género y aconsejan, pienso, la conveniencia de no hacer de ella un uso inmoderado.

(19) No me parece que pueda argüirse frente a la afirmación del texto que en Austria el recurso de amparo exista nada menos que desde 1867, pues allí se trata simplemente de una vía alternativa del contencioso-administrativo. *Vide* sobre el tema las observaciones que se hacen más adelante en página 62, nota.

norteamericana, sino la recepción del concepto norteamericano de Constitución, que, en cierto sentido, se sitúa en los antípodas del dominante durante largo tiempo en Europa, basado en la omnipotencia del legislativo. La explicación histórica de la diferencia es muy simple. El Parlamento se afirma en Europa, en el origen de los regímenes constitucionales, como un órgano que *representa* al pueblo ante el soberano y al que, en consecuencia, se le puede encomendar sin temor la definición y la defensa de los derechos ciudadanos frente a quien, históricamente, aparece como la única amenaza potencial. La Constitución misma aparece incluso como un resultado de la transacción entre el poder del pueblo y el poder del Monarca, y ello no sólo en las basadas en la idea doctrinaria del pacto o de la «Constitución histórica», como las nuestras del siglo XIX, sino en la Constitución matriz del régimen constitucional del continente: la francesa de 1791 (20). La lucha por la democracia tiene, desde esta perspectiva, dos objetivos fundamentales: la ampliación del sufragio y la maximalización de los poderes del Parlamento. El triunfo del principio democrático implica, en consecuencia, el predominio absoluto del Parlamento y, por tanto, un sistema organizativo en el que el principio de división de poderes queda difuminado porque no hay división posible cuando hay un poder que no tiene de hecho más limitación que la temporal (21). No hay más órgano del Estado que el Parlamento mismo; se niega explícitamente la calidad de poder al que, en la frase famosa de MONTESQUIEU era todavía poder, aunque, paradójicamente, «*en quelque*

(20) Esta es la única explicación satisfactoria del célebre artículo 2.º del preámbulo del título III de la Constitución de 1791, según el cual «Les représentants (de la Nación) sont le Corps Legislatif et le roi». La cualidad de representante atribuida al monarca sólo puede explicarse como una aceptación de lo existente, resultado de un pacto implícito entre el poder del pueblo y el poder real, pues manifiestamente esta *representación*, que no es sino una proyección debilitada de la *representatio absorbtiva* propia del Antiguo Régimen, no guarda relación alguna con la *representación* que ostentan los diputados.

(21) La concepción monista del parlamentarismo que BAGEHOT difunde es absolutamente coherente. Resulta paradójico, sin embargo, que esta concepción, acuñada precisamente para explicar a sus conciudadanos británicos los riesgos de radicalismo democrático a que conducirían los proyectos de reforma electoral que plasmaron en el Reform Act de 1867, fuese asumida como teoría canónica por los radicales de la Tercera República Francesa. Cf. sobre el tema, M. J. C. VILE: *Constitutionalism and the separation of powers* (Oxford, 1967), especialmente pp. 224 y ss. y 243 y ss.

Es claro que todas las técnicas de racionalización del parlamentarismo ensayadas con distinto éxito en Europa desde 1919 son un intento de salvar el abismo entre una teoría política (la del parlamentarismo democrático) que conduce a la hegemonía absoluta de un solo poder y una teoría jurídica basada en el principio de división de poderes. La tensión entre política y Derecho que de ahí resulta no puede ser remediada, no obstante, con técnicas superficiales.

façon nul» (22), y la ley, expresión de la voluntad del pueblo que se manifiesta sólo a través de sus representantes, es, como manifestación de la soberanía popular, omnipotente e incontrolable.

En los Estados Unidos, en donde, por el contrario, el Estado se constituye originariamente, desde el comienzo, exclusivamente sobre el principio de legitimidad democrática, la Constitución es la emanación directa de la soberanía popular, que de alguna manera se agota en este acto y que, en consecuencia, se concibe como una norma que delimita *todos* los poderes y que consagra, de una vez por todas, los derechos que el pueblo no quiere abandonar (23). Todos los poderes están situados en el mismo plano, y el juez, como guardián del Derecho, ha de aplicar en primer lugar la Constitución, incluso frente a la ley. El legislativo no es simplemente el sucesor, más o menos representativo y temporalmente limitado, de un Monarca omnipotente (24), sino un poder constituido frente al que los ciudadanos pueden hacer valer los derechos que derivan de una norma más alta. La *judicial review* es la consecuencia necesaria de la supremacía de la Constitución (25).

La organización del control judicial de la constitucionalidad de las leyes no ofrece en los Estados Unidos ninguna dificultad (aunque encuentre algunas resistencias políticas), porque la Constitución es simplemente una ley más alta, pero no menos ley que la que todos los jueces han de aplicar. Si las ha encontrado en nuestro continente, por las razones antes dichas, y esto explica que el cambio profundo

(22) Cf. la defensa de ambas tesis en Carré de MALBERG: *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (Paris, 1922); reimpresión del CNRS (1962), vol. II, páginas 277 y ss. y 401 y ss.

(23) Cf., por ejemplo, la clásica obra de R. G. ADAMS: *Political Ideas of the American Revolution* (3.ª ed., New York, 1953), especialmente pp. 134 y ss. Por lo demás, la idea de la sumisión del legislativo a la Constitución es casi el *leitmotiv* de la obra de PAINE.

(24) Estructuralmente, la representación parlamentaria no es continuadora de la vieja representación estamental, sino, por el contrario, de la *representatio absortiva* del monarca, típica del absolutismo. Cf. sobre el tema. H. HOFFMANN: *Repräsentation* (Berlín, 1974), especialmente pp. 406 y ss., y sobre todo EBERHARD SCHMITT: *Repräsentation und Revolution. Eine Untersuchung zur genesis der Kontinentalen Theorie und Praxis parlamentarischen Repräsentation aus der Herrschaftspraxis des Ancien Regime in Frankreich* (Munich, 1969), y «Zur Zäsurideologie der französischen Revolution», recogida en la obra colectiva editada por J. BOSL, *Der moderne Parlamentarismus und seine Grundlagen in der ständischen Repräsentation* (Berlín, 1977), pp. 195-241.

(25) Sobre el concepto de Constitución en nuestro actual ordenamiento, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, 1981).

de la concepción de la Constitución haya ido acompañado de una honda modificación de la organización judicial, a cuya estructura tradicional ha venido a superponerse un Tribunal Constitucional (26). La articulación de este nuevo órgano con el sistema tradicional es, me parece, el problema más importante que la jurisdicción constitucional, o mejor, la jurisdicción en un sistema constitucional, plantea (27).

3. LA RELACIÓN ENTRE TRIBUNAL CONTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL

a) *Los puntos de contacto*

Este problema no surge del dato puramente episódico de que la regulación del Tribunal Constitucional y de los Tribunales ordinarios se haga en distintos títulos de la Constitución, como sucede en España e Italia, ni se resuelve con la regulación en un mismo título de los diversos órganos, como sucede en Alemania (28), porque es un problema de estructura. Por la misma razón tampoco puede ser resuelto por el simple expediente de incorporar al Tribunal Constitucional un número mayor o menor de jueces profesionales (29), sino sólo a par-

(26) Al hablar de nuestro continente se incurre en una evidente exageración, pues, aun dentro de la Europa Occidental, la resistencia se da sólo en aquellos países cuyo ordenamiento responde al modelo romano-canónico, no, por ejemplo, en los países nórdicos, que han aceptado pura y simplemente, como el Japón, el modelo norteamericano. Una curiosa fórmula intermedia es la utilizada allí, en donde, como en Australia y en la India, los Tribunales inferiores no están facultados para inaplicar la Ley, sino para proponer la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. Un intento de clasificación de los diversos sistemas puede verse en mi análisis comparativo sobre dieciocho países, de próxima aparición en *Informations constitutionnelles et parlementaires*.

(27) No es, naturalmente, el único problema. Para un análisis de otros problemas específicos, teóricos y prácticos, que la existencia del Tribunal Constitucional plantea, véase GARCÍA-Pelayo: «El status del Tribunal Constitucional», en el número 1 (enero-abril de 1981) de esta misma REVISTA.

(28) Cf., en el mismo sentido, K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II (Munich, 1980), p. 943.

(29) Algunos críticos de la regulación que de la composición del Tribunal Constitucional hacen tanto la Constitución como la propia Ley Orgánica han insistido en la idea de que en él está la magistratura profesional menos representada, que en Italia, en donde un tercio de los jueces son nombrados por las instancias supremas de las jurisdicciones ordinaria y administrativa (cf. Const. it., art. 135, y Ley 87/1953, de 11 de marzo, art. 2.º), o en Alemania, en donde seis de los 16 miembros (tres en cada Sala) han de proceder de alguno de los Tribunales Supremos y todos han de tener la cualificación necesaria para ser nombrados jueces (cf. Ley del Tribunal Constitucional Federal, arts. 2.º y 3.º).

Aunque personalmente pienso que el Tribunal Constitucional sólo beneficios puede obtener con la incorporación de jueces profesionales y que sería deseable

tir de una adecuada comprensión de la competencia que a los diferentes órganos corresponde en el ejercicio de una función jurisdiccional única.

Los jueces ordinarios son, en España como en Alemania, jueces de la constitucionalidad, no sólo porque deben inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución e interpretar las leyes en la medida en que su tenor literal lo permita, de acuerdo con ella, sino porque el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no procede entre nosotros, a diferencia de lo que sucede en Italia, cuando el juez no considera «manifiestamente infundada» la argumentación en la que las partes basan la excepción frente a la constitucionalidad de una ley, sino sólo cuando el juez mismo considere que la norma aplicable «puede ser contraria a la Constitución» (art. 163 CE, reiterado en el artículo 35,1 LOTC). Su juicio, que es decisivo cuando resulta positivo para la constitucionalidad de la ley, es, cuando resulta negativo, realmente un juicio de *manifesta fondatezza*. La facultad de analizar la ley, desde el punto de vista de su constitucionalidad, es, pura y simplemente, como el *prüfungsrecht* de que habla la doctrina alemana, el equivalente funcional de la *judicial review*. Lo único que se le sus trae al juez ordinario es la facultad de declarar por sí mismo la inconstitucionalidad, pues esta competencia, el *Verwerfungsmonopol*, si es exclusiva del Tribunal Constitucional (30). La unidad de la función jurisdiccional no resulta sólo, sin embargo, de la facultad que todos los jueces tienen de examinar la legitimidad constitucional de las leyes que han de aplicar, sino también de la correlativa facultad que el Tribunal Constitucional ostenta de interpretar estas mismas leyes y pronunciarse, en consecuencia, acerca de cuál sea la interpretación constitucionalmente admisible o rechazable.

Que esta facultad del Tribunal Constitucional para interpretar la ley ordinaria deriva necesariamente de su propia naturaleza, o, dicho de otra forma, es una facultad implícita en la competencia que la Constitución le atribuye, es cuestión sobre la que volveremos después. Lo que en este punto interesa destacar es que la existencia de

que cada una de sus Salas tuviera al menos dos miembros de esa procedencia, las críticas a las que me refiero pasan por alto datos (por ejemplo, cuál es la cualificación para ser juez en la República Federal o cuál es el modo de designación de los miembros de los distintos Tribunales Supremos) que a mi juicio las invalidan por entero.

(30) Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981, en *Cuestión* núm. 231/80 (BOE núm. 143, de 16 de junio de 1981, Suplemento, pp. 4-7, especialmente Fundamento Primero).

esta facultad y la fuerza vinculante de las interpretaciones que resultan de su ejercicio, en cuanto parecen ir contra el fundamental principio de que el juez ordinario está sometido sólo a la ley, constituye uno de los obstáculos aparentes que se oponen a la correcta articulación de los distintos órganos (el Tribunal Constitucional, de una parte, y, de la otra, los órganos del poder judicial, con el Tribunal Supremo a la cabeza) a los que está encomendada la función jurisdiccional.

De otra parte, y en razón justamente de que la Constitución es norma directamente aplicable por el juez ordinario, las resoluciones que éste produzca, en cuanto puedan vulnerar los derechos que la Constitución garantiza, han de estar necesariamente sometidas al control de constitucionalidad. Dado que estas resoluciones pueden ser también corregidas, sin embargo, por vía de recurso dentro de la propia jurisdicción ordinaria, la introducción (a mi juicio, indispensable para preservar la congruencia del esquema teórico del que se parte) del amparo constitucional frente a las resoluciones judiciales afecta profundamente a todo el sistema de recursos existente y, con él, a toda la estructura del poder judicial.

Estos son, entiendo, los dos puntos decisivos de la articulación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial que me parece indispensable hacer objeto de análisis *sine ira et studio*. Soy bien consciente de que este análisis exige un tratamiento más amplio y más hondo que el que estoy en condiciones de ofrecer aquí, pero también de la obligación en que todos estamos de ofrecer nuestra contribución, por modesta que ésta sea, a una empresa que, como casi todas, sólo puede alcanzar el éxito en la medida en que sea empresa común.

b) *Fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional*

a') *Tratamiento del problema en los debates parlamentarios*

Los debates constitucionales no arrojan, desgraciadamente, mucha luz sobre la cuestión decisiva de la vinculación de todos los jueces y tribunales a las decisiones del Tribunal Constitucional, que no se roza siquiera en la discusión del artículo 123, que define al Tribunal Supremo, y sólo se aborda, aunque nunca de manera plenamente, correcta, en dos puntos: el de la «cuestión de inconstitucionalidad» (artículo 163) y, sobre todo, el del control de constitucionalidad de la jurisprudencia, ambos resueltos de manera definitiva y, como en to-

dos los casos, en alguna medida enigmática, por la «Comisión Mixta» que estableció el texto final de la Constitución.

En lo que toca al primero de ellos, los constituyentes describen, en el tema que aquí nos importa, un círculo perfecto, para terminar, después de muchos cambios, en la misma posición de la que arrancan. Lo que aquí se discute es si la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad debe quedar abierta a todos los jueces y tribunales o, por el contrario, sólo a algunos de ellos. La solución inicial recogida en el primer proyecto de la ponencia (BOC 5 de enero de 1978, art. 154) es la primera, que la propia ponencia abandona, sin embargo, (por iniciativa propia, pues el cambio no estaba propuesto en ninguna enmienda, y sin explicación alguna) en su segundo proyecto (BOC 17 de abril de 1978, art. 156), en el que la posibilidad de cuestionar ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una ley queda reservada sólo a los Tribunales de apelación o de casación. La Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, a partir de una enmienda *in voce* del señor ALZAGA, vuelve a la solución inicial (BOC 24 de julio de 1978, art. 157), que de nuevo es modificada en la Comisión Constitucional del Senado, esta vez a propuesta del señor SÁNCHEZ AGESTA, para limitar a los Tribunales, esto es, a los órganos colegiados, la facultad de plantear la cuestión (BOC 6 de octubre de 1978, art. 162). Esta nueva fórmula es abandonada por el Pleno del Senado, que vuelve al enunciado inicial, mantenido por la Comisión Mixta (31).

La perplejidad que este largo camino suscita no resulta tanto de las muchas idas y venidas como de los argumentos en que unos y otros se apoyan, eludiendo siempre el problema central, que a lo más es intuido, pero nunca planteado en sus precisos términos teóricos, que en la ciencia del Derecho son también los precisos términos prácticos (32).

(31) El texto aprobado por el Senado—cf. BOC, Senado, 13 de octubre de 1978, artículo 162— reproduce la fórmula aprobada en Comisión que, sin embargo, había sido modificada para darle su forma definitiva, en virtud de una enmienda presentada por el señor VALVERDE MAZUELAS. Cf. Diario de Sesiones del Senado, sesión de 5 de octubre de 1978, pp. 4777 y ss.

(32) El señor ALZAGA (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión de 19 de junio de 1978, pp. 1719-1720) sostuvo que un sistema en el que «el juicio de constitucionalidad correspondería a los Tribunales y el de inconstitucionalidad requeriría el pronunciamiento conjunto y conforme de un Tribunal ordinario y del Tribunal Constitucional» no tiene precedentes «en parte alguna del mundo», y afirmó que una fórmula como la que proponía la Ponencia, y él combatía, conduciría «a la peregrina situación de la existencia de dos ordenamientos o, al me-

Esta misma intuición es la que subyace al largo y fatigoso debate sobre el problema que, para ser fieles a los términos en que se planteó, hemos de denominar como «problema del control de constitucionalidad de la jurisprudencia».

El problema en cuestión se plantea a partir de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso al primer proyecto elaborado por la ponencia de la Comisión Constitucional, en la que proponía la adición al artículo 154 de un segundo apartado redactado en los términos siguientes: «2. Las personas legitimadas según lo previsto en el artículo 153 a) podrán promover ante el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad de la jurisprudencia de los órganos judiciales cuyas resoluciones agoten la jurisdicción.» La enmienda, inspirada tal vez, cabe pensar, en los ecos, ya para entonces muy apagados, de la «guerra de las dos cortes» italiana, fue rechazada por la ponencia sin explicación alguna (33) y reproducida con una redacción debilitada en el debate de la Comisión Constitucional del Congreso, que la aprobó (34). La nueva fórmula, evidentemente «consensuada» y en la que se remitía a la ley, sin otras precisiones, la determinación de los supuestos «de revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad» (35), sufrió muchos avatares y dio lugar a no pocos debates, en los que, si bien ocasionalmente se apunta alguna idea interesante, abundan más las contradicciones, las argumentaciones ligeras y, con estreme-

nos, a que una norma fuese válida y obligatoria en aquellos casos en que el Tribunal actúe en instancia única o la apelación estuviera confiada a un juez unipersonal y, sin embargo, fuese anulable en otros supuestos».

Frente a él, ni el señor FRAGA IRIBARNE, al oponerse a esta fórmula, tanto en el momento de su adopción (*ibíd.*, p. 1721) como después, una vez ya adoptada ante el Pleno (Id. Sesión del 12 de julio de 1978, pp. 2493-4), ni el señor SÁNCHEZ AGESTA, cuando, con éxito transitorio, consiguió limitar a sólo los Tribunales la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad (Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Constitución, sesión del 14 de septiembre de 1978, pp. 4137 y siguientes), entraron en el problema, y limitaron su argumentación a la consideración, puramente pragmática, de que la atribución a todos los jueces del país de ese misma facultad podría inundar de asuntos al Tribunal Constitucional, impidiendo su funcionamiento y alargando indefinidamente los procesos ordinarios, aunque tanto el uno como el otro parecen atisbar que la cuestión tiene mayor trascendencia y que, en definitiva, no es posible superponer a la jurisdicción ordinaria un sistema de control de constitucionalidad sin acomodarlo a la estructura propia de aquélla, o modificándola.

(33) Cf. BOC, Congreso de los Diputados, de 17 de abril de 1978, p. 594.

(34) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión Constitucional, sesión de 19 de junio de 1978, pp. 1721 y ss.

(35) Cf. Dictamen de la Comisión, art. 157.2, en BOC, Congreso de los Diputados, de 1 de julio de 1978.

cedora frecuencia, de manera explícita o implícita, una concepción del Tribunal Constitucional como órgano político que hace difícil comprender cómo puede conjugarse, en las mentes de quienes así pensaban, su existencia misma con el principio del Estado de Derecho consagrado en el artículo 1.º de la Constitución (36).

Los dilatados debates condujeron, por último, a un resultado sorprendente. La Comisión Mixta Congreso-Senado abandonó las fórmulas aprobadas en una y otra Cámara y sustituyó la vía de acción

(36) La fórmula aprobada en la Comisión Constitucional del Congreso fue defendida por el señor PECES-BARBA con dos argumentos: de una parte, la necesidad de encontrar un término medio entre la figura del juez autómatas, que se limita a declarar la ley, y la del «juez que gobierna»; del otro, la conveniencia de no sustraer al control de constitucionalidad una fuente del Derecho, erigida como tal por el artículo 6.º del Código Civil (Cf. *Diario de Sesiones* de 19 de junio de 1978, pp. 1721-2). El señor FRAGA IRIBARNE, al oponerse, no cuestionó ni la concepción implícita en el primer argumento, de que el Tribunal Constitucional no era un auténtico Tribunal, un órgano jurisdiccional (en otro caso, como es obvio, toda potenciación del Tribunal puede ser entendida como un paso hacia el «gobierno de los jueces»), ni la equiparación, en la que descansaba el argumento segundo, entre la jurisprudencia y la ley como fuentes del Derecho, limitándose a ratificar su convicción de que era indispensable que el Tribunal Supremo siguiera siendo efectivamente supremo y, en consecuencia, no sometido a ninguna instancia (*ibid.*).

Esta misma convicción es la que fundamenta la postura que el mismo FRAGA IRIBARNE mantuvo en el Pleno del Congreso frente a la fórmula adoptada en Comisión, pero ahora ya acompañada de otras consideraciones importantes que, sin embargo, vuelven a soslayar el meollo del problema. A su juicio, la justicia ordinaria y la constitucional «son dos sistemas separados», y aunque sería lícito y razonable intentar su articulación, como se hizo en el segundo texto de la Ponencia, restringiendo sólo a ciertos Tribunales la posibilidad de presentar la cuestión de inconstitucionalidad, someter uno al otro, el Tribunal Supremo a otro Tribunal «de naturaleza muy distinta», ... «es contradictorio, equivocado, expuesto a gravísimos problemas y sobre todo absolutamente innecesario, porque el camino para cambiar una doctrina legal que no sea la pertinente corresponde a esta Cámara por vía de legislación, estableciendo normas nuevas y no sometiendo al Tribunal Supremo a otro Tribunal» (Id., sesión de 20 de julio de 1978, pp. 2493-4). PECES-BARBA le opuso, con innegable habilidad dialéctica, la contradicción implícita en su razonamiento, en el que los jueces profesionales eran, cuando se trataba de negarles la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sospechosos de incuria y lentitud, para convertirse en dechado de virtudes al llegar al Tribunal Supremo, convertido en institución modélica a la que sería agravio imperdonable someter a otra jurisdicción. Tampoco entró, sin embargo, en el fondo de la cuestión, limitándose a repetir también su anterior —e insostenible— argumento de la necesidad de someter a control la doctrina legal en cuanto fuente del Derecho, complementado ahora con el aún menos sostenible de que la sumisión del Tribunal Supremo al Constitucional resultaba inobjetable en razón de que eran sólo unos pocos y muy elevados los legitimados para iniciar el procedimiento (*ibid.*, pp. 2495-98).

En donde más cerca se estuvo del fondo del problema fue, sin duda, en la Comisión Constitucional del Senado, aunque el debate resultase enturbiado por el tratamiento no suficientemente diferenciado de cuestiones distintas y limitadas las consecuencias lógicas necesarias de algunas posturas por el acatamiento

directa contra la jurisprudencia por el enunciado que hoy recoge en su inciso final el párrafo 1 a) del artículo 161 de la Constitución. El único significado que a tal enunciado cabe atribuir es el de limitar la eficacia retroactiva de las declaraciones de inconstitucionalidad, frente a las que quedan a salvo las sentencias recaídas con anterioridad, pues, como es evidente, la jurisprudencia generada por la aplicación de tales leyes desaparece del orbe del Derecho vivo al desaparecer, por anulación, la ley misma. La alusión a la jurisprudencia sirve ahora como pretexto para regular una cuestión absolutamente distinta de la que originariamente la motivó.

El nulo resultado que se obtiene del estudio de los antecedentes parlamentarios fuerza, en consecuencia, a prescindir de ellos para intentar una construcción dogmática que, a partir de las normas, tanto de la Constitución como de la Ley Orgánica del Tribunal, sienta las bases para una solución.

resignado que quienes las mantenían prestan a lo que juzgan como una decisión consensuada e inmovible. Por de pronto, se elimina, a partir de una enmienda *in voce* del portavoz de UCD, la ambigüedad que el concepto de «revisión» introduce en esta vía de control de la jurisprudencia, que se extrae del artículo 157 para situarla, junto con la del control directo de constitucionalidad de las leyes, en el párrafo 1 a) del artículo 155. Esta aproximación entre los dos objetos posibles del recurso directo se hizo, inicialmente, sobre la base de considerar que la jurisprudencia es, como la ley, fuente del Derecho, según la tesis inicialmente expuesta por el señor PEGES-BARBA en el Congreso. Combatida esta identificación por los señores SÁNCHEZ AGESTA, VILLAR ARREGUI y PEDROL RÍUS, los enmendantes modificaron su fórmula, y de la «jurisprudencia en cuanto sea fuente del Derecho» se pasó a la «jurisprudencia en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico», con lo que si se eliminó una afirmación errónea, aunque condicionada, se privó realmente de toda razón de ser a la institución que se constitucionalizaba. En el curso de la discusión, como decíamos, se hicieron algunas alusiones, desgraciadamente poco desarrolladas, al fondo de la cuestión. Junto a quienes, como GUTIÉRREZ RUBIO, PEDROL RÍUS y SÁINZ DE VARANDA, entendían que no hay más jurisdicción auténtica que la jurisdicción ordinaria, cuyo sometimiento al Tribunal Constitucional implicaba, en consecuencia, un control político, OLLERO se refirió a la necesidad de prever los eventuales conflictos entre ambas jurisdicciones (para lo que proponía dar una mayor participación al Consejo General del Poder Judicial en la designación de los Magistrados constitucionales) y SÁNCHEZ AGESTA aludió a la dificultad de combinar un sistema de jurisdicción constitucional especializada con otro en el que el control de constitucionalidad es competencia de la jurisdicción ordinaria. Pese a tales atisbos, la fórmula antes citada fue aprobada por la Comisión (*Diario de Sesiones del Senado*, Comisión constitucional, sesión de 14 de septiembre de 1978, pp. 4115 y ss.) y ratificada por el Pleno, en donde el señor GUTIÉRREZ RUBIO, ya en solitario, reiteró en contra su anterior argumentación de que la constitucionalidad de la jurisprudencia, como complemento del ordenamiento, debe quedar asegurada a través del control de constitucionalidad de la Ley, sin hacer de ella un objeto diferenciado de impugnación ante el Tribunal Constitucional al que, lamentablemente, sigue considerando como un órgano parlamentario (*Diario de Sesiones del Senado*, sesión de 5 de octubre de 1978, pp. 4474-5).

b') *La judicialización del ordenamiento*

Es obvio que la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional no se presenta como problemática cuando tienen por objeto preceptos determinados. La declaración de su inconstitucionalidad los arroja fuera del ordenamiento y la de su legitimidad constitucional los mantiene en él en los mismos términos (y, en consecuencia, con la misma potencialidad para dar lugar a interpretaciones diversas) que tenían en el momento de su impugnación (37). El problema se plantea sobre todo cuando la decisión no se reduce a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto, de un enunciado legal, sino la de una o varias interpretaciones distintas del mismo, pues es entonces cuando la «doctrina» del Tribunal (que como emanada del «intérprete supremo» de la Constitución no es cuestionada en la medida en que se limita a precisar el sentido de los preceptos constitucionales) se incorpora al fallo, sea cual fuere la forma que éste adopte, y se convierte en vinculante para los tribunales ordinarios, cuya propia libertad de interpretación desaparece. Es frecuente justificar esta práctica, cuya licitud algunos niegan, en la consideración puramente pragmática de que, obrando de otro modo, se producirían vacíos normativos que el legislador no puede cubrir con la necesaria celeridad. Esta justificación es, no obstante, a todas luces insuficiente y la práctica sería inadmisibles si los Tribunales Constitucionales pudiesen considerar los preceptos legales cuya legitimidad se les somete como puros datos de hecho. Lo que sucede es que, al menos en la tradición continental, esto no es así. Los preceptos legales no cambian de naturaleza por el hecho de ser objeto del juicio, en lugar de fundamento del mismo; no son hechos, sino hipótesis normativas, susceptibles de interpretaciones diversas, pues los enunciados de la ley raramente son unívocos como partes que son de un sistema abierto y en cambio continuo. Es la naturaleza propia de la función jurisdiccional y no el buen deseo de los Tribunales Constitucionales de reducir al mínimo las lagunas del ordenamiento la que les obliga con frecuencia a dictar sentencias interpretativas en las que el pronunciamiento sobre la legitimidad constitucional no tiene por objeto

(37) La poco afortunada redacción del artículo 29,2 LOTC sí suscita, sin embargo, algunos problemas. Cfr. F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN REYES: «La jurisdicción constitucional», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por los profesores A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, páginas 870-72.

el precepto, el texto legal, sino una determinada interpretación del mismo, una norma.

Esta práctica, que viene a invalidar, dicho sea de paso, la concepción kelseniana del Tribunal Constitucional como «legislador negativo», ha dado lugar en todas partes a tensiones graves que en Italia llevaron a hablar incluso de una *guerra delle due Corti* (38). La tal guerra, por fortuna incruenta y según todos los síntomas conclusa (39), se suscitó con motivo de las llamadas sentencias interpretativas *di rigetto*, es decir, aquellas en las que la *Corte Costituzionale* rechazaba la cuestión de inconstitucionalidad planteada porque el precepto cuestionado no resultaba, en una determinada interpretación, contrario a la Constitución. En cuanto las resoluciones de ese género implicaban, de hecho, la imposición de una interpretación determinada a los tribunales ordinarios, la Corte de Casación, apoyada en los artículos 101 y 136 de la Constitución, que, respectivamente, consagran el principio de que «los jueces están sometidos sólo a la ley» y atribuyen eficacia *erga omnes* únicamente a las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de ley, se negó a aceptar la interpretación impuesta y planteó de manera reiterada la cuestión de inconstitucionalidad del mismo precepto, apoyándolo en una interpretación distinta, para forzar a la Corte Constitucional a resolver mediante una sentencia, también interpretativa, de inconstitucionalidad (40).

(38) La expresión acuñada por IEMOLO, en un trabajo («Pensieri di questi giorni —la legge dell'istruttoria sommaria») publicado en 1965 en *Astrolabio*, ha sido utilizada también como título de un libro por N. ASSINI: *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la «guerra delle due Corti»*, Milán, 1973, cuya construcción, basada en una hipotética distinción de la función de la Corte en los juicios principales y en los incidentales (cuestiones de inconstitucionalidad), es poco convincente. La literatura sobre el tema es extensísima, a partir del comentario de CRISAFULLI a la decisión número 11, de 19 de febrero de 1965 (Cfr. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pp. 85 y ss. y 91 y ss.).

(39) Esta es la opinión de J. ZAGREBELSKY: *La Giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, pp. 357-358, que alude a una conferencia de prensa del presidente BENIFACIO, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, pp. 679 y ss.

Como es obvio, la tesis que en el texto intentamos construir acerca de la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional es diametralmente opuesta a la de ZAGREBELSKY, para quien «...l'ampliamento della funzione della corte nel nostro sistema costituzionale non è affatto un dato ormai scontato e non dipende da ra teoriche astratte circa la funzione della giurisdizione costituzionale in quanto tale» (pp. 342-343).

(40) Sobre el problema puede verse, en castellano, A. Pizzorusso: «Las sentencias "manipulativas" del Tribunal Constitucional italiano», en *El Tribunal Constitucional*, cit. vol. I, pp. 275 y ss.

Pese a su aparente futilidad, el enfrentamiento pone de relieve el cambio fundamental que la introducción de la Constitución, como norma directamente aplicable, produce en el ordenamiento. Entre nosotros, el enfrentamiento es, creo, imposible, aunque no lo sea el recelo. Los artículos 38,1 y 40,2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no dejan lugar a dudas en cuanto a la eficacia vinculante de todas las decisiones del Tribunal e incluso, aunque con fórmula muy poco afortunada, de su doctrina (41). No faltan, ciertamente, quienes sostienen que estos preceptos son absurdos o resueltamente inconstitucionales (42), pero ni la inconstitucionalidad resulta en modo alguno del contraste entre la dicción del artículo 38,1 LOTC y la del artículo 164,1 de la Constitución, como se pretende, pues este último atribuye «plenos efectos frente a todos», tanto a las sentencias «que declaren la inconstitucionalidad de una ley o acto con fuerza de ley» (fórmula italiana) como a todas aquellas que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho»; ni es absurdo, sino lógicamente necesario, atribuir fuerza vinculante a la doctrina establecida, que es el único sentido que cabe conceder al enunciado del artículo 40,2 LOTC.

El absurdo se produce, y en ello tiene razón ELIZALDE (43), y se justifica el recelo, si se parte del supuesto de que la estructura del ordenamiento permanece inmutable pese a la creación de un sistema de jurisdicción constitucional, pero tal supuesto es falso. La recepción de un concepto de Constitución fundamentalmente distinto al imperante en Europa desde comienzos del siglo XIX implica necesariamente una transformación radical del ordenamiento, que se judicializa; las sentencias del juez de la constitucionalidad se convierten necesariamente en fuente del Derecho; la ley, como fuente privilegiada, com-

(41) Cfr. F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN REYES, *op. cit.*, pp. 849 y ss. Por esta razón, y a diferencia de lo que sucede en Italia, entre nosotros las sentencias se publican íntegramente, como en la República Federal. Sobre las propuestas para modificar en este sentido la normativa italiana, *vid.* ZAGREBELSKY, *op. cit.*, página 341. La solución adoptada entre nosotros es sustancialmente igual a la que recoge el artículo 31 de la Ley del Tribunal Constitucional federal alemán. Sobre el alcance de dicha solución, *vid.* el comentario a dicho artículo en MAUNZ, SCHMIDT, BLEIBTREV, KLEIN y ULSAMER: *Bunderverfassungsgerichtsgesetz*, Ed. C. H. Beck, Munich.

(42) Así, por ejemplo, S. DOMÍNGUEZ MARTÍN: «Análisis crítico sobre la juridicidad del Tribunal Constitucional español», en *El Tribunal Constitucional*, cit., volumen I, pp. 788-786, e incluso P. DE ELIZALDE AYMERICH, en su muy estimable trabajo sobre «El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia», en la misma obra, páginas 894 y ss.

(43) Cfr. *op. cit.* en nota anterior.

parte este puesto con la decisión judicial y el sistema basado en la ley se transforma en *case law* (44).

La afirmación, que hago deliberadamente en términos rotundos para resaltar el cambio, no porque no deba ser matizada, sí requiere alguna explicación. Como es bien sabido, en razón de una tradición histórica distinta a la continental europea, en los sistemas jurídicos anglosajones la ley, el *statute law*, ocupa como fuente del Derecho un lugar subordinado. La fuente primordial son las decisiones judiciales, vinculantes en razón del principio *stare decisis*. Esta relación entre ley y jurisprudencia (en el sentido continental del término) es un principio estructural y, en consecuencia, la diferencia fundamental entre aquellos ordenamientos y los de tipo continental no estriba tanto en el hecho de que en aquéllos existan normas (el *common law* y la *equity*, confundidas ya, en alguna medida, en un solo cuerpo) (45), que no tienen su origen mediato o inmediato en la ley, sino más bien en que la ley sólo tiene el contenido que las decisiones judiciales, como fuente prioritaria del Derecho, le atribuyen. Forzando la expresión cabe decir que la ley se convierte en Derecho sólo merced a su aplicación judicial y es por eso perfectamente congruente con el sistema la doctrina de la Corte Suprema norteamericana (hasta ahora inalterable y difícilmente comprensible para una mentalidad continental) de no enjuiciar la constitucionalidad de las leyes de los Estados hasta que los respectivos Tribunales no han dado una interpretación vinculante.

Esta estructura básica, en razón de la cual el juez anglosajón tiene, paradójicamente, una libertad interpretativa menor que el juez continental y que ha originado una técnica legislativa peculiar, muy casuística y definitoria, como destinada que está a obstaculizar precisamente la creación judicial, facilitó sin duda la introducción del control judicial de la constitucionalidad en los Estados Unidos de América e hizo innecesaria cualquier normativa destinada a asegurar la fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal Supremo, que se imponía en razón de la estructura misma. Esta fácil acomodación del Derecho anglosajón al control judicial de constitucionalidad ha dificultado también, sin

(44) La efectividad de la jurisdicción constitucional exige, en efecto, algo más que la simple «dilatación del principio de legalidad», a la que alude J. RODRÍGUEZ ZAPATA en su espléndido trabajo sobre «La Corte Constitucional italiana, ¿modelo o advertencia?», en *El Tribunal Constitucional*, cit., pp. 2415 y ss.

(45) Cfr. PH. S. JAMES: *Introduction to English Law*, 10.^a ed., Londres, 1979, páginas 35 y ss. Más rotundamente, D. BLUMENWITZ: *Einführung in das Anglo-Amerikanische Rechts*, 2.^a ed., Munich, 1976, pp. 11-12 y 21-22.

embargo, la comprensión de cuál sea la racionalidad propia de éste, que, sea cual fuere la estructura ordinamental en la que se inserta, lleva necesariamente a dotar de fuerza vinculante a la jurisprudencia emanada del órgano que asume ese control.

La norma constitucional, cuya abstracción y generalidad intrínsecas hacen absolutamente inaplicable respecto de ella el principio *exceptio est strictissimae interpretatio*, a que deben ajustar su actividad los jueces anglosajones, es por su propia naturaleza indisponible para el legislador ordinario; el juez facultado para interpretarla no está, por consiguiente, sujeto al legislador y sí, por el contrario, facultado para invalidar la ley que entienda constitucionalmente ilegítima, bien por el método simple y expeditivo de anular uno o varios de sus preceptos, bien por el más sutil, pero más práctico, de excluir algunas de las interpretaciones posibles (sentencias interpretativas de inconstitucionalidad) o todas ellas menos una, que se declara conforme a la Constitución (sentencias interpretativas de constitucionalidad). Las combinaciones posibles son naturalmente muy abundantes y complejas, pero en todo caso lo que aquí importa es que el órgano competente para interpretar y aplicar la Constitución y resolver, a partir de ella, sobre la legitimidad de las normas legales (lo que exige entender implícita la competencia del mismo Tribunal para interpretar los preceptos legales) no crea con su actuación un *common law*, paralelo y distinto al *statute law*, sino que opera directamente sobre éste, configurándolo (46). La vinculación de los Tribunales inferiores no se produce entonces en virtud del *stare decisis*, sino en razón de la capacidad nomotética del Tribunal que resuelve en última instancia sobre la inconstitucionalidad. El principio *stare decisis* hace innecesarias las normas contenidas en los artículos 38.1 y 40.2 LOTC, pero estas normas no son, en modo alguno, la introducción en nuestro sistema de control de constitucionalidad de ese principio, como un elemento ajeno y, en esa medida, prescindible, sino la consecuencia lógicamente necesaria del sistema mismo y a la que inevitablemente habría de llegarse, por unas u otras vías, aun en ausencia de toda regulación legal (47).

(46) La diferencia está aludida en el libro de I. H. ELY: *Democracy and Distrust. A Theory of judicial Review*, Harvard University Press, 1980, especialmente pp. 4 y ss. Es, en cierto sentido, el tema central de GUIDO CALABRESI en *A common Law for the Age of Statutes*, Harvard Univ. Press, 1982. Vid. especialmente los capítulos II («The Flight to the Constitution and to Equal Protection Clauses») y XII («The Role of Courts in a Age of Statutes»).

(47) L. LÓPEZ GUERRA, que ha sido, creo, el primero en tratar entre nosotros el tema, yerra por eso en su conclusión. Vid. L. LÓPEZ GUERRA: «El Tribunal Constitu-

Por la misma razón no tiene pleno sentido la distinción, que la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece en esos mismos artículos, entre la fuerza vinculante de sus decisiones y la de su doctrina, ni, menos aún, las posturas hostiles que algunos autores han mantenido frente al principio, ciertamente expresado en términos muy defectuosos, de la obligatoriedad de la doctrina legal establecida en los autos y sentencias del Tribunal. La relación entre decisión y *ratio decidendi* no es la misma en la actividad nomofiláctica que en la actividad nomotética, pues en esta última esa *ratio* no es simple fundamento de la decisión, sino que forma parte inescindible de la decisión misma, en cuanto que ésta es definición de una norma (48).

La ley a la que el juez está sujeto (art. 117,1 CE) es, en su caso, la ley definida por el Tribunal Constitucional que es órgano nomotético, no porque sea «legislador negativo», sino porque es juez creador de Derecho y cuya jurisprudencia, por tanto, no ha de considerarse incluida, junto a la del Tribunal Supremo, en el apartado 6.º del artículo primero del Código Civil, como ha sugerido ARAGÓN (49), sino en el apartado inicial de ese mismo artículo.

A la luz de todo esto resulta más fácil, creo, la comprensión del enunciado (art. 123,1 CE) según el cual el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. La primera y más imprescindible de estas garantías es, evidentemente, la destinada a asegurar

cional y el principio *stare decisis*», en *El Tribunal Constitucional*, cit., vol. II, páginas 1437 y ss., especialmente p. 1455. Por lo demás, como es sabido, el principio *stare decisis* como autovinculación del propio Tribunal Supremo a sus anteriores decisiones, abandonado por la propia Cámara de los Lores a partir de la declaración de Lord Chancellor de 29 de julio de 1886, fue expresamente declarado inaplicable a la jurisdicción constitucional por la Corte Suprema norteamericana ya en 1873, en el asunto *S. V. and O. K. R. P. versus Morgan County*. La Corte Suprema utiliza sin embargo, con parsimonia, la facultad de *over role* sus propias decisiones de la que en los primeros ciento cincuenta años de existencia sólo hizo uso en 91 ocasiones (Cf. BLUMENWITZ, *op. cit.*, p. 31, nota 55, que remite a un trabajo de BLANSTEIN y FIELD).

(48) Por eso, en la doctrina americana se habla de la «doble naturaleza» de la *ratio decidendi*, que es, de una parte, fundamentación de la decisión (*descriptive ratio*), y de la otra, norma (*prescriptive ratio*). Vid. sobre el tema I. STONE: «Ratio of the Ratio Decidendi», en *Modern Law Review* 22, 1959, pp. 597 y ss. Como es obvio, esta naturaleza propia de las decisiones del Tribunal Constitucional exige una modificación profunda en la técnica de las sentencias, que todavía no se ha producido. La cuestión, enlazada con la diferencia entre *Rechtskraft* y *Bindungswirkung*, ha dado lugar en Alemania a una abundante bibliografía, referida en el Comentario del MAUNZ, cit. en nota 41 *supra*.

(49) Cfr. M. ARAGÓN REYES: «Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia», en *El Tribunal Constitucional*, cit., especialmente pp. 570-573.

la inmodificabilidad de la Constitución por el legislador ordinario. La sujeción del Tribunal Supremo a las decisiones que en ejercicio de esta función de garantía adopte el Tribunal Constitucional anulando y, en su caso, interpretando de conformidad con la Constitución (y definiendo así la norma legítima) los preceptos establecidos por el legislador, no implica mengua alguna de su supremacía, como no es mengua de ella la sumisión a la ley. La actividad nomotética, aunque se produzca en forma jurisdiccional, no echa sombras sobre la actividad nomofiláctica. La fuerza vinculante de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional no tiene otra razón de ser que la fuerza vinculante de la ley, porque sólo es ley la norma conforme con la Constitución.

La judicialización del ordenamiento ofrece a los jueces, como es obvio, unas posibilidades de incidir directamente sobre su transformación inconmensurablemente mayores que aquellas de que disfrutaban en un sistema rígidamente ajustado al modelo romano-canónico. Las transformaciones operadas en el Derecho norteamericano por la Corte Suprema en la década de los cincuenta, tema al que dediqué un trabajo que no tiene más mérito que el de su fecha (50), son hoy bien conocidas en España. Más cerca de nosotros, en el espacio y en las circunstancias, los Tribunales Constitucionales alemán e italiano se han convertido en piezas esenciales de sus respectivos sistemas jurídicos y como agudamente señala ZAGREBELSKY con referencia al italiano, han hecho posible cambios que el legislativo, muy estrechamente dominado por la acción de los partidos, no estaba en condiciones de acometer (51). Estas posibilidades quedarán estériles, sin embargo, si los órganos del poder judicial no hacen uso de ellas a través de las cuestiones de inconstitucionalidad, en relación con las cuales el Tribunal Constitucional es hoy, como se señala al comienzo, un órgano infrautilizado. Está hiperutiliza-

(50) «La defensa de la igualdad política en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana» (Caracas, 1967).

(51) Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 358 y ss. Naturalmente, el papel activo de la jurisdicción constitucional no puede ignorar las exigencias del principio democrático. Los viejos y manoseados argumentos de C. SCHMITT contra la jurisdicción constitucional operaban dialécticamente a partir de un concepto de democracia (y de Constitución) hoy periclitado, pero también en la democracia pluralista la primacía corresponde al Parlamento—dentro de la Constitución—. El problema de la tensión entre jurisdicción constitucional y legislador democrático, sobre el se contienen muy agudas enseñanzas en los libros de ELY y CALABRESI, citados en la nota 46, no puede ser tratado aquí, y debe plantearse a partir de una noción del Estado democrático como Estado de partidos, para la que tampoco la doctrina decimonónica ofrece base suficiente.

do, en cambio, no sólo en lo que toca a los conflictos de competencia, que como también antes se indica no es problema incluido en el objeto de este modesto trabajo, sino en lo que respecta a los recursos de amparo, cuya abundancia y cuya naturaleza me parecen síntoma de un defectuoso planteamiento, originado igualmente en una errónea comprensión de la relación necesaria entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional.

c) *El recurso de amparo*

En términos absolutos, los recursos de amparo presentados ante nuestro Tribunal Constitucional no ofrecen todavía cifras tan abrumadoras como las que reflejan las estadísticas del *Bundesverfassungsgericht* (52), pero no me parece indispensable alcanzarlas para comenzar a preocuparse. La transformación de nuestro amparo constitucional en un recurso «sin coste, sin esfuerzo y sin esperanza», como humorísticamente se dice de la *Verfassungsbeschwerde* alemana (53) no es seguramente una meta deseable. Hay además el dato, al que al comienzo me refería, del enorme porcentaje en que los recursos de amparo correctamente planteados desde el punto de vista procesal y por ello admitidos a trámite, tienen por objeto actos u omisiones de los órganos judiciales. Tanto la necesidad de prevenir la inutilización práctica de esta vía de protección de los derechos por la inundación de recursos, como la conveniencia de no restar a los órganos superiores del poder judicial, y en especial al Tribunal Supremo, competencias que les son propias, aconsejan un examen en profundidad que aquí no puede ser más que esbozado.

(52) En el Comentario de MAUNZ a la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, citado *supra*, se señala —comentario al art. 90, pp. 32 d) y 33 e)— que entre 1951 y 1977 el Tribunal Constitucional recibió 36.000 recursos de esta índole. A su vez, el doctor ZEIDLER, vicepresidente de dicho Tribunal, en su ponencia al 5.º Coloquio Internacional sobre la Convención Europea de los Derechos Humanos (Frankfurt, 9-12 de abril de 1980), informó que sólo en 1979 se habían presentado 3.100 *Verfassungsbeschwerden*, con lo que la cifra total de los registrados desde 1951 pasaba ya de los 42.000. La cifra es tanto más inquietante cuanto que, según el propio ZEIDLER, la experiencia enseña, de una parte, que el ritmo de presentación es creciente (en los primeros veinte años de vida del Tribunal se presentaron 22.000 recursos; en los ocho siguientes, 20.000), y de otra, que las dos Salas del Tribunal producen anualmente entre 50 y 80 sentencias, de tal modo que para no incurrir en un retraso insostenible, más de 3.000 recursos de amparo deben ser rechazados por las Comisiones constituidas de acuerdo con el artículo 93 a) de la ley, según la modificación de 1970.

(53) La afirmación de que la *Verfassungsbeschwerde* es «*mühe-los, kostenlos und aussichtslos*» se basa en su informalidad, su gratuidad y el bajísimo porcentaje (1 por 100, según MAUNZ; exactamente, 1,13 por 100, según ZEIDLER) de estimaciones.

a') *Tratamiento de la cuestión en los debates parlamentarios*

Como es sabido, tanto la regulación constitucional del recurso de amparo como los debates de los que tal regulación resultó son en extremo sumarios. El artículo 53,2 se limita a aludir a él como vía utilizable «en su caso»; el 161, 1 b) se reduce a enumerarlo entre las competencias del Tribunal Constitucional «en los casos y formas que la ley establezca» y el 162, 1 b) establece las condiciones de legitimación activa.

El desarrollo del debate en las Cortes Constituyentes tampoco en este caso arroja luz sobre la concepción que subyace a la regulación constitucional, lo cual es tanto más de lamentar porque, a diferencia de lo que, como queda señalado, ocurrió en la discusión de los preceptos que afectaban más directamente al ensamblaje funcional y orgánico entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial, aquí sí hubo algún intento de ir al fondo de algunos de los problemas (54).

(54) Aunque frente al proyecto inicial (BOC 5 de enero de 1978) se presentaron, en relación con el actual artículo 53.2, algunas enmiendas cuyo debate hubiera permitido plantearse la cuestión de principio de la existencia o inexistencia del amparo constitucional, ni este artículo, aprobado por la Comisión en la famosa jornada del consenso (cf. Congreso de los Diputados, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión de 23 de mayo de 1978), dio lugar a debate alguno (en el Pleno es aprobado sin debate, junto con otros 11 artículos. Confróntese *Diario de Sesiones* de 12 de julio de 1978), ni ofrece interés el que en el Congreso tuvo lugar a propósito de los otros dos artículos que se refieren a la institución. Muy otro fue el planteamiento en el Senado, en donde, como antes se dice, se frustró un debate que al menos se intentó. A propósito del mismo artículo 53.2, el señor MARTÍN RETORTILLO defendió una enmienda de supresión del amparo constitucional de cuya necesidad duda a la vista del actual desarrollo de nuestra jurisdicción contencioso-administrativa y cuya eficacia cuestiona. Su intervención fue seguida, sin embargo, de otra del señor ANGULO MONTES, que pretende hacer del amparo constitucional una vía alternativa del amparo judicial, como residenciado que está ante una institución que no tiene empacho en calificar de «política». AZCÁRATE, a su vez, pretende puntualizar aquí, con una fórmula análoga a la utilizada en 1931, que el amparo constitucional sólo procederá cuando haya resultado ineficaz el ordinario. Nadie se opone a ninguna de estas enmiendas, pero a la hora de votar todas resultan derrotadas (cf. *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión Constitucional, sesión de 30 de agosto de 1978), y el texto aprobado por el Congreso seguiría sin más cambio que el que resulta de la introducción del inciso «en su caso», que abre el camino para que sea la Ley Orgánica la que determine cuándo procede el amparo constitucional, que el senador ANGULO MONTES, autor de la propuesta que, sin debate, se acepta, se obstina en seguir considerando como propio de una jurisdicción que, a diferencia de la «judicial» y «ordinaria», es «constitucional y política» (cf. Senado, *Diario de Sesiones*, sesión de 29 de septiembre de 1978).

También en la discusión del artículo 161.1 b) hay en el Senado (en el Congreso el precepto pasa sin más cambio que alguna ligera corrección de estilo y prácticamente sin debate) (cf. Congreso, *Diario de Sesiones*, sesiones de 19 de junio (comisión) y 20 de julio de 1978) algunos planteamientos que hubieran podido dar

Menos ilustrativos son aún los trabajos parlamentarios que condujeron a la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en los que prácticamente toda la regulación del recurso de amparo es aprobada sin debate alguno. Respecto del recurso de amparo como respecto del problema antes tratado del carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional, la construcción dogmática ha de intentarse, por tanto, sin el apoyo que siempre ofrece el conocimiento de la *mens legislatoris*.

Es claro que el modelo seguido en la configuración de nuestro actual recurso de amparo no es, pese a la identidad de la denominación, el creado por la Constitución de 1931, que quedó inédito por no haber llegado a funcionar nunca los Tribunales de Urgencia que preveía el artículo 105 y, menos aún el que funcionó en la práctica, organizado por la Ley de 14 de junio de 1933, según el cual el Tribunal de Garantías controlaba directamente la actuación de los órganos administrativos (55). La única analogía entre ese modelo y el actual está quizá, en lo que se refiere a la objeción de conciencia (art. 45 LOTC), materia respecto de la cual el Tribunal Constitucional conoce también directamente, sin mediación alguna, del acto de la Administración militar (56).

b') *Recurso de amparo y «Verfassungsbeschwerde»*

El modelo inspirador hay que buscarlo, en consecuencia, fuera de nuestras fronteras, en la *Verfassungsbeschwerde* y más precisamente

lugar a análisis en profundidad. OLLERO propuso que el amparo constitucional se diera sólo contra «actos de autoridad», y SÁNCHEZ AGESTA, aunque en términos no excesivamente claros, que se remitiese pura y simplemente a la futura Ley Orgánica la determinación de todo lo referente a este recurso. Ni una ni otra propuesta fueron aprobadas (ni discutidas), aunque quizá ambos distinguidos profesores hayan encontrado algún consuelo en el hecho de que tanto la una como la otra fueran recogidas más tarde (la del señor OLLERO, por la Ley Orgánica del Tribunal, y la del señor SÁNCHEZ AGESTA, en la propia Constitución, merced a la modificación introducida por la Comisión Mixta que debía resolver las discrepancias entre el Congreso y el Senado, aunque en éste, como en otros casos, se sintió autorizada para cambiar un texto respecto del que no había discrepancias) (cf. Senado, *Diario de Sesiones*, sesión de 14 de septiembre de 1978).

(55) Cf. J. L. GARCÍA RUIZ: *El recurso de amparo en el Derecho español*, especialmente pp. 59 y ss. y 110-112.

(56) El amparo frente a actos de las Cortes o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas es también, en principio, inmediato. Sin embargo, esta vía suscita un sin fin de problemas que no pueden ser tratados aquí.

en la regulación de esta institución en la República Federal Alemana (57).

La *Verfassungsbeschwerde* es creación de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Ley de 12 de marzo de 1951), no de la Ley Fundamental, aunque posteriormente haya sido introducida también en ésta mediante la modificación operada en 1969 que introdujo dos nuevos apartados (4 a y 4 b) en el artículo 93.

No puede pretenderse aquí, ni interesa a nuestro propósito, una descripción pormenorizada de esta institución (58), sino destacar únicamente algunos rasgos diferenciales entre ella y nuestro propio recurso de amparo. De una parte, en cuanto al objeto posible, a los derechos protegidos con este instrumento procesal y a los actos frente a los que tal protección se da; de la otra, en cuanto al carácter subsidiario que la *Verfassungsbeschwerde* y el amparo comparten, aunque no en los mismos términos.

Concebida fundamentalmente como una protección del ciudadano frente al Estado, la *Verfassungsbeschwerde* puede fundamentarse «en la afirmación de haber sido lesionado por el poder público en un derecho fundamental o en alguno de los derechos contenidos en el apartado 4 del artículo 20 o en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental» (59). Se trata, por tanto, de una protección suplementaria del principio de igualdad (art. 3 G. G.), de los derechos clásicos

(57) La *Verfassungsbeschwerde* existe también en Austria y en Suiza, pero con características muy distintas. En Austria, en donde fue introducida ya en 1867, fue configurada por la Constitución de 1920 como una vía alternativa de la contencioso-administrativa y mediante la cual se podían impugnar los actos de la Administración que lesionasen derechos garantizados constitucionalmente. Desde 1 de julio de 1978, y en virtud de la Ley de reforma de 15 de mayo de 1975, son impugnables también en esta vía, y siempre por lesión de los derechos constitucionales, los Reglamentos y las Leyes a las que se pueda imputar directamente, sin necesidad de acto de aplicación, una lesión de este género. En ningún caso puede darse, sin embargo, contra decisiones judiciales.

En Suiza, la *Verfassungsbeschwerde* surge con la reforma constitucional de 1874, pero su regulación actual resulta fundamentalmente de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Federal de 1943, modificada después en varias ocasiones. Aunque destinada primordialmente a la protección de los derechos políticos, ampara también a los demás derechos constitucionalmente garantizados, pero salvo en el caso de Leyes o Reglamentos federales que, por su sola vigencia, sin mediar acto de aplicación, vulneren esos derechos, sólo cabe contra actos de los poderes públicos (legislativos, ejecutivos o judiciales) de los cantones, de tal forma que ha podido ser definida por HUBER como «una forma peculiar de supervisión federal».

(58) Cf. en el Comentario de MAUNZ, cit. *supra*, artículos 90 a 98, y la abundantísima bibliografía allí citada.

(59) Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVGG), artículo 90.1.

de libertad (arts. 2.º a 17 G. G.), del paradójico derecho de resistencia (artículo 20.4 G. G.) y de los derechos básicos del ordenamiento penal y procesal (arts. 101, 103 y 104 G. G.). Aunque no hay una coincidencia completa, ni en el contenido, ni en la definición, entre los Derechos Fundamentales de la Constitución de Bonn y los enumerados en la sección 1.ª del capítulo II del título I de nuestra propia Constitución, la diferencia que me parece más relevante para la finalidad de este trabajo es la que media entre los artículos 101, 103 y 104 del texto alemán y los correlativos de nuestra carta fundamental. Hay un alto grado de paralelismo en el Derecho al juez legal (arts. 101.1 G. G. y 24.2 C. E.) y en la consagración del principio de legalidad penal (arts. 103.2 G. G. y 25.1 C. E.), y es también paralela la regulación de las detenciones, aunque mucho más concreta y operativa, a mi juicio, la normativa alemana (art. 104 G. G.) que la española (art. 17 C. E.), pero no contiene la Ley Fundamental de Bonn referencia alguna al derecho al proceso público y sin dilaciones indebidas. a la asistencia de letrado, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia que consagra nuestra Constitución (art. 24.2). No se trata, evidentemente, de que estos derechos no existan en Alemania, pero existen como derechos legales, no constitucionales, y, en consecuencia, no invocables en vía de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, que tiene declarado que el derecho a ser oído (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) que consagra el artículo 103.1 de la Ley Fundamental queda satisfecho con el cumplimiento de los preceptos procesales en cada caso aplicables (60), pues ese derecho garantiza sólo un mínimo de audiencia en todos los procedimientos judiciales (61). Aunque una gran parte de las *V-beschwerde* que han sido estimadas invocaban vulneraciones del artículo 103.1 (62), parece razonable suponer que el número de recursos apoyados en una argumentación de este género sería mucho mayor si, como entre nosotros sucede, la norma constitucional tuviese un contenido inconmensurablemente más amplio y más complejo.

En lo que toca al elenco de actos frente a los que cabe el amparo, la ley alemana es, por el contrario, más comprensiva que la nuestra, pues en la República Federal es posible el ataque directo a las le-

(60) Cf. en la Colección Oficial de Sentencias del Tribunal Constitucional Federal (BVerf. GE), sentencias 24,62; 36,92 y ss.; 47, 187 y ss.

(61) BVerf. GE 7,53; 36,330 y ss.; 42,252 y ss.

(62) Cf. MAUNZ, *op. cit.*, artículo 90, p. 72.

yes (63), aunque sólo en la medida en que el particular resulte directamente lesionado por ellas en sus derechos fundamentales, sin mediar ningún acto de ejecución (64), en tanto que en España sólo los actos de las Cortes sin valor de ley pueden ser objeto de impugnación directa (art. 42 LOTC). Esta mayor amplitud de la ley alemana no entraña, sin embargo, ninguna diferencia sustancial y, desde luego, no permite suponer que, en razón de ella, pudiera ser menor el número de recursos de amparo presentados ante el Tribunal Constitucional. La doctrina del *Bundesverfassungsgericht*, en efecto, ha hecho de la impugnación directa de las leyes a través de la *Verfassungsbeschwerde* una vía realmente excepcional, pues ha entendido que cuando la vulneración imputable a la ley se opera sólo, como normalmente sucede, mediante un acto de ejecución, la exigencia del agotamiento de las vías previas impone la necesidad de impugnar ese acto ante los Tribunales ordinarios y aducir en esa sede la invalidez de la ley, de manera que el juez ordinario tenga la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional Federal por la vía del procedimiento del control concreto (nuestra cuestión de inconstitucionalidad). Sólo en el caso de que el juez ordinario no tenga reservas sobre la legitimidad constitucional de la ley y no la someta a la decisión del Tribunal Constitucional Federal queda expedito para el particular el camino de la *Verfassungsbeschwerde* (65). Esta es, en definitiva, la misma solución que la que, obligado por la lógica interna del sistema, apunta el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 18 de diciembre de 1981 (66). La única consecuencia práctica que probablemente pueda derivarse de la inexistencia entre nosotros del amparo directo contra leyes será, en consecuencia, la del incremento en el número de amparos promovidos contra decisiones judiciales, puesto que también habrá de acudir a esta vía para obtener el resultado que en el sistema alemán cabe alcanzar sin agotar (ni iniciar) la vía judicial previa (67).

(63) Cf. Ley de Tribunal Constitucional Federal (BVGG), artículos 31.2, 93.2 y 3 y 95.3.

(64) BVGE 1.284, 2.237, 2.292, 3.1, 3.4, 3.19 y muchas otras, según una doctrina constante.

(65) Cf. MAUNZ, *op. cit.*, artículo 90, p. 88.

(66) *Vid.* sentencia de 18 de diciembre de 1981, en recurso de amparo números 55, 58 y 57/1981 (acumulados), en Suplemento al BOE núm. 12, de 14 de enero de 1982, especialmente Fundamento 1.º (p. 10).

(67) La LOTC contiene, como es sabido, dos únicas excepciones a esta regla general: el improbable amparo frente a decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cortes, etc. (art. 42, que tampoco excluye, en principio, la necesidad de acudir previamente al amparo judicial si las normas vigentes hacen posible

En razón de lo dicho, no parece aventurado sostener que, en principio, y atendidos sólo los factores que derivan de la estructura del sistema de jurisdicción constitucional instaurado en España, el número de recursos de amparo a que el Tribunal Constitucional habrá de hacer frente no será proporcionalmente menor, sino mayor, que el número (abrumador) de *Verfassungsbeschwerde* a que debe atender el *Bundesverfassungsgericht*.

c') *La subsidiariedad en el recurso de amparo*

Es claro, sin embargo, que aunque las posibilidades de incrementar la «productividad» de un Tribunal (y perdóneseme la brutalidad del término) mediante la mejora de la infraestructura también tienen un límite (68), el fundado temor de que el Tribunal Constitucional se viera paralizado por un excesivo número de recursos, o desprestigiado por la imposibilidad de resolverlos, no tendría razón de ser mientras esos límites no se hubiesen alcanzado, si no hubiese otras razones que obligaran a pensar que esa situación no debe producirse jamás.

Pienso que existen estas razones y que derivan, además, de la propia naturaleza de la jurisdicción constitucional y del lugar que, dentro de ella, ocupa el recurso de amparo. Este es, ciertamente, un instrumento destinado a proteger al ciudadano frente al Estado, pero no es el instrumento único ni, como medio de protección individualizado y concreto, el más importante.

A nuestro recurso de amparo le es aplicable, en efecto, el calificativo de remedio subsidiario, que la doctrina alemana aplica a la *V-beschwerde*, «que no es un recurso que pueda ser elegido en lugar de otros, sino al que sólo cabe acudir cuando, pese a haber agotado todas las posibilidades procesales ordinarias, se hace indispensable para impedir la vulneración de un derecho fundamental» (69); así está

residenciar ante los órganos judiciales estos actos o decisiones), y el amparo frente a eventuales violaciones del derecho a la objeción de conciencia (art. 45). En este último caso, la excepción sólo puede explicarse por razones coyunturales, ya que desde el punto de vista de los principios no hay razón alguna para excluir esos actos eventualmente violatorios del ámbito de la jurisdicción contenciosa. En este caso, el Tribunal Constitucional actúa realmente como órgano de esa jurisdicción.

(68) ZEIDLER (*op. cit.*, p. 18) indica que el Tribunal Constitucional Federal, que cuenta ya con 30 letrados, no puede continuar incrementando indefinidamente el número de éstos, pues es limitada la cantidad de colaboraciones que un juez puede aprovechar sin poner en cuestión su propia responsabilidad.

(69) BVerf. G. E. 1,97 y muchas otras. En el mismo sentido, muchos autos de nuestro Tribunal Constitucional, aún no publicados

concebido en la Constitución (art. 53.2) y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (arts. 43 y 44). En razón de este carácter subsidiario, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional debe ir siempre precedido de una acción ante los órganos del Poder Judicial, que es el protector inmediato y eficaz de todos los derechos y muy en primer lugar de los derechos fundamentales. Aunque ello no permita identificarlo como una especie de revisión excepcional, peligro que la Ley Orgánica del Tribunal ha intentado conjurar con los enunciados enérgicos de los artículos 44.1, b), y 54 (70), su situación lo identifica necesariamente como auténtico recurso, no como acción procesal independiente y autónoma, desligada de las actuaciones procesales que la han precedido. El objeto de la impugnación en el recurso constitucional de amparo es siempre (exceptuadas las excepciones teóricamente desdeñables a que me refiero en la nota 67) una decisión judicial previa que o bien no ha remediado la lesión de un derecho fundamental cometido por otro poder público o lo ha lesionado directamente con su propia actuación. Desde esta perspectiva, desde la que pierde, creo, alguna justificación, la polémica sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, la *Drittwirkung*, se desdibujan las diferencias entre el amparo frente a actos de la Administración (art. 43 de la LOTC) y el amparo frente a actos u omisiones de los órganos del Poder Judicial (art. 44). En ambos supuestos, la lesión producida puede ser reconducida a la aplicación de una ley inconstitucional, la defectuosa interpretación de una ley que en otra interpretación podría ser conforme a la Constitución, o una arbitrariedad, es decir, a decisiones que pueden ser normalmente corregidas dentro del propio Poder Judicial.

La concepción del recurso constitucional de amparo como el medio último de protección de los derechos fundamentales no debe ser obstáculo para advertir la imposibilidad de que un Tribunal único, al que sólo cabe llegar tras el agotamiento de todas las instancias, pueda proteger al ciudadano con la eficacia y la celeridad indispensables para hacer de esos derechos algo más que un lujo que queda sólo al alcance de los muy poderosos o de los absolutamente marginados. La realiza-

(70) En un trabajo inteligente y nostálgico («Violación de derechos y libertades por órganos judiciales», en *El Tribunal Constitucional*, cit., vol. III, pp. 2099 y ss.), PERA VERDAGUER hace consideraciones atinadas sobre estos preceptos. Sobre el riesgo de configurar el amparo constitucional como una superrevisión, confróntese MAUNZ, *op. cit.*, pp. 103 b) y c), y la bibliografía allí citada, especialmente el trabajo de PAPIER («spezifisches Verfassungsrecht» und «einfaches Recht»).

ción plena de esos derecho debe ser obra principalmente del Poder Judicial, al que hay que dotar de los instrumentos jurídicos necesarios para ello. No basta, en efecto, con que el Tribunal Supremo haga una interpretación más generosa de las normas reguladoras de la casación (71) para corregir por esta vía las lesiones de los derechos fundamentales producidas por actos u omisiones de los Tribunales inferiores si las decisiones de éstos no son recurribles en casación. Todo el sistema de recursos debe ser modificado para tener en cuenta la vigencia de los derechos fundamentales y la existencia del amparo constitucional al que ahora, paradójicamente, tienen más fácil acceso quienes se sienten lesionados por decisiones judiciales frente a las que, o por su carácter meramente incidental, o por la escasa trascendencia de los asuntos en que se producen, no cabe recurso ante el Tribunal Supremo, que aquellos otros a los que, por encontrarse en situación opuesta, les es forzoso acudir ante él para agotar todos los recursos.

Con ello, el recurso constitucional de amparo quedaría reducido a sus verdaderas dimensiones y desempeñaría su auténtica función, que es la de servir de instrumento para precisar, definir y, en cuanto sea necesario, redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales. El recurso de amparo no es, en cuanto a su función, sustancialmente distinto de la cuestión de inconstitucionalidad, que de hecho, en Italia, opera como equivalente funcional al amparo (72). De ello es buena prueba, me parece, el hecho de que tanto en la República Federal Alemana como en España se hayan podido introducir técnicas de control de admisibilidad que están muy próximas a la del *writ of certiorari* que utiliza la Corte Suprema de los Estados Unidos. El uso enérgico de estas técnicas sólo es posible, sin embargo, en la medida en que un sistema eficaz de recursos dentro del Poder Judicial garantice al ciudadano el ejercicio de los derechos fundamentales, pues esas técnicas sólo pueden ser utilizadas cuando, asegurado el correcto funcionamiento de los Tribunales y la unidad de criterio en la interpretación, el órgano constitucional pueda consagrarse a su tarea específica de depuración del ordenamiento, adecuándolo continuamente a los principios y a la realidad.

(71) Cf., en el mismo sentido, MAUNZ, *op. cit.*, p. 107.

(72) *Ibid.*, p. 32.

