

LA REVISION DE LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO
A TRAVES DEL
RECURSO DE AMPARO



TESIS DOCTORAL

presentada por:

D^a Rosario Serra Cristóbal

y dirigida por:

Dr. D. Joaquín García Morillo



DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y CIENCIA POLÍTICA Y DE LA ADMINISTRACIÓN

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

1997

UMI Number: U607231

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607231

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346



50000669838

Dret

Tsw 339

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAT DE DRET
BIBLIOTECA

Nº Registre 172 439

DATA 25.02.98

SIGNATURA BID. T 339

Nº LIBIS: 669 838

Nº Dobis 669 830

A Jose

ÍNDICE

Relación de abreviaturas utilizadas.....	9
1. INTRODUCCION.....	10
1.1. <u>Crónica de unas desavenencias entre el Tribunal</u> <u>Constitucional y el Tribunal Supremo.....</u>	11
1.2. <u>Planteamiento del tema.....</u>	20
2. LA LUCHA POR EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL PODER JUDICIAL.....	29
2.1. <u>La finalidad del control de la actividad jurisdiccional</u>	
2.1.1. La determinación del significado de los preceptos normativos a través de su aplicación.....	30
2.1.2. El poder judicial como un poder real y efectivo.....	36
2.2. <u>Los orígenes del poder judicial y su dependencia de los poderes</u> <u>ejecutivo y legislativo.</u>	
2.2.1. La administración de la justicia en nombre del Rey en el Antiguo Régimen.....	43
2.2.2. La concepción de Montesquieu: un poder judicial subordinado al poder legislativo. La desconfianza en la aplicación de la ley por los jueces.....	47
2.3. <u>El control interno de la actividad de los jueces.</u>	
2.3.1. La aparición de los tribunales de casación y su función originaria de control de la correcta aplicación de la Ley por los jueces.....	57
a) El <i>Tribunal de Cassation</i> francés del período revolucionario como el modelo originario.....	57
b) Los orígenes del la casación en España.....	63
c) La faceta nomofilática de la casación.....	66

2.3.2. La nueva función de la casación: la unificación en la aplicación de la ley	71
a) Los motivos de la introducción en la casación de la tarea de unificar la jurisprudencia.....	71
b) La casación y la igual aplicación de la ley por los jueces.....	77
c) El recurso de casación para la unificación de la doctrina.....	82
2.3.3. Las vías de control de la correcta y uniforme aplicación de la ley en los distintos sistemas judiciales europeos.....	86
a) El control de la uniforme interpretación de la ley en un Estado con organización judicial única.....	87
b) La diversidad de interpretaciones de una norma en un sistema judicial federal.....	90
3. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO CONTROLADORES DE LA ACTIVIDAD DE LOS JUECES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	96
3.1. <u>El nacimiento de la jurisdicción constitucional. Del conflicto Sentencia-Ley al conflicto Ley-Constitución.</u>	97
3.1.1. La normatividad de la Constitución.	97
3.1.2. El control de la supremacía de la Constitución sobre la ley.....	107
3.2. <u>El control por los tribunales constitucionales de la actividad jurisdiccional. La desconfianza en la aplicación de la Constitución por los jueces.</u>	121
3.2.1. Del conocimiento abstracto de la constitucionalidad de las normas al conocimiento de casos concretos por el juez constitucional.....	121
3.2.2. El Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional.	133

33. <u>Las controversias entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional en los modelos de justicia constitucional concentrada.</u>	
3.3.1. Especial conflictividad donde el Tribunal Constitucional ha pasado de ser sólo "juez del legislador" a ser también "juez de los jueces".....	136
3.3.2. El papel de la cuestión incidental de constitucionalidad en la relación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.....	145
a) La experiencia italiana de la "Guerra entre las dos Cortes".....	148
b) La cuestión de inconstitucionalidad como modo de hacer partícipe al juez en el proceso de control de constitucionalidad de las leyes.....	158
c) ¿Puede el juez constitucional utilizar la cuestión de inconstitucionalidad como un instrumento de revisión de la interpretación otorgada por el juez a la ley?.....	169
3.3.3. El control de la actividad judicial a través del recurso de amparo como origen de las controversias entre el poder judicial y el juez constitucional.	
a) La necesidad de asegurar la aplicación efectiva de la Constitución por los jueces.....	175
b) El juez constitucional como "órgano de casación especial" en España y Alemania. El Conflicto Sentencia-Constitución.....	183
c) Las divergencias en la interpretación de las leyes cuando el juez constitucional no puede revisar la constitucionalidad de la aplicación de la ley realizada por los jueces.....	195
3.3.4. La solución a las controversias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada.....	206

a) La "diplomacia constitucional" como forma de resolución de los conflictos en Alemania.....	207
b) Italia y "la paz de los sabios".....	211
c) La fórmula conciliadora belga: la prudencia constitucional.....	214

4. RELACION ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO EN ESPAÑA: DOS ORGANOS "SUPREMOS" EN UN MISMO ORDENAMIENTO.....219

4.1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la "doctrina" del Tribunal Constitucional.

4.1.1. El control de la jurisprudencia en el debate constituyente..... 221

4.1.2. El carácter vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional..... 227

a) La vinculación de jueces y tribunales a la Constitución..... 230

b) La vinculación de jueces y tribunales a la doctrina del Tribunal Constitucional..... 235

4.2. Mecanismos existentes para hacer prevalecer la doctrina del Tribunal Constitucional...... 242

4.2.1. El recurso de amparo como vía de revisión de la constitucional interpretación de la ley realizada por los tribunales ordinarios..... 243

a) La función propia del recurso de amparo constitucional..... 244

b) El recurso de amparo frente a decisiones judiciales: una decisión que trasciende el caso singular..... 248

4.2.2. La posibilidad de que del recurso de amparo se derive la declaración de inconstitucionalidad de una norma..... 254

4.2.3. La cuestión de inconstitucionalidad como mecanismo para asegurar la primacía de la doctrina constitucional..... 262

4.3. <u>La delimitación de las competencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional</u>	266
4.3.1. El control de la aplicación de la "legalidad ordinaria".	268
a) El Tribunal Supremo y su función de controlador de la interpretación de la ley realizada por los tribunales inferiores.....	268
b) El Tribunal Constitucional y su competencia en materia de garantías constitucionales. ¿Qué significa "Garantías constitucionales"?.....	272
c) Mecanismos utilizados por el Tribunal Constitucional para entrar a controlar la "constitucionalidad" de la aplicación de la ley por el juez.....	275
d) La selección de la norma a aplicar al caso.....	278
4.3.2. El conocimiento de los hechos y la valoración de la prueba por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.....	282
a) El conocimiento y la valoración de los hechos.....	283
b) La valoración de la prueba.....	291
4.3.3. El posible contenido de las sentencias de casación y amparo.....	294
a) Los posibles pronunciamientos de las sentencias de casación y amparo.....	294
b) Indicaciones sobre el modo en que debe resolverse posteriormente el caso impugnado.....	299
5. LA ARTICULACION ENTRE LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL	304
5.1. <u>El carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional</u>	305
5.1.1. La subsidiariedad en los precedentes de nuestro recurso de amparo.....	306
5.1.2. La opción originaria: un recurso de amparo con carácter alternativo.....	310

5.1.3. Razones que justifican el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional..... 313

 a) Razón de origen: El respeto a la jurisdicción ordinaria. Especial referencia al incidente de nulidad de actuaciones..... 313

 b) Razón cuantitativa: Evitar aglomeración de asuntos. La admisión de recursos por el Tribunal Constitucional..... 322

 c) Razón de supremacía: La subsidiariedad como medio de asegurar la prevalencia de la posición del Tribunal Constitucional sobre la de los tribunales ordinarios..... 330

5.2. La articulación de la subsidiariedad.

5.2.1. El amparo ordinario. La Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona. 334

 a) La utilización de la Ley 62/78 como norma procesal..... 334

 b) Las deficiencias del provisional "recurso de amparo ordinario"..... 339

5.2.2. El agotamiento de los recursos viables ante los órganos judiciales superiores. El Tribunal Supremo como instancia superior dentro del poder judicial. 346

 a) La interposición del recurso de casación por la infracción de un precepto constitucional..... 347

 b) El recurso de casación como vía jurisdiccional previa al recurso de amparo..... 351

 I. ¿Es necesario haber interpuesto el recurso de casación para solicitar el recurso de amparo? 351

 II. El derecho fundamental de acceso al recurso ante el Tribunal Supremo en la doctrina del Tribunal Constitucional..... 357

 III. Evolución tendente a limitar el acceso al Tribunal Supremo..... 363

- c) La posibilidad de convertir al recurso de casación en filtro del recurso de amparo.....372

6. LA REVISION DE RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO A TRAVES DEL RECURSO DE AMPARO.

-376
- 6.1. Los preceptos más alegados para denunciar ante el Tribunal Constitucional vulneraciones de derechos fundamentales producidas por órganos jurisdiccionales.....377
 - 6.1.1. El art. 24 CE como vehículo de control de la actuación de los jueces y tribunales.....379
 - a) El extenso contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y sus consecuencias.....379
 - b) ¿Vulnera el art. 24 CE la negativa de un juez a plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por un particular?.....390
 - c) La posible exclusión del art. 24.1 CE de la protección del recurso de amparo constitucional.....395
 - 6.1.2. El principio de igualdad y la discrepante interpretación de la norma por un juez.....401
- 6.2. La doble función del Tribunal Supremo: la función casacional y la función jurisdiccional de reintegrar a un particular en su derecho.....405
- 6.3. El recurso de amparo cuando la violación del derecho fundamental procede del Tribunal Supremo.....409
 - 6.3.1. Causas que pueden motivar la concesión del amparo contra una decisión del Tribunal Supremo.....410
 - a) Decisiones del Tribunal Supremo que confirman una sentencia de un tribunal inferior donde se produce violación de algún derecho fundamental.....410
 - b) Las lesiones de un derecho fundamental producidas en instancia casacional.....413
 - 6.3.2. ¿Extralimitación de funciones por parte del Tribunal Constitucional?.

a) Pronunciamientos del Tribunal Constitucional que exceden de lo previsto en la LOTC al revisar sentencias del Tribunal Supremo.....	424
b) El ejercicio del "autocontrol" del Tribunal Constitucional.....	430
6.3.3. Efectos producidos por las sentencias de amparo que conocen de resoluciones del TS.....	432
a) La vinculación del Tribunal Supremo a las decisiones de amparo.....	432
b) La determinación por el Tribunal Constitucional de la exacta y definitiva interpretación de la ley de acuerdo con la Constitución.....	440
c) El control por el Tribunal Constitucional de la evolución de la jurisprudencia ordinaria.....	443
7. CONCLUSIONES.....	447
ANEXO: JURISPRUDENCIA CITADA.....	467
BIBLIOGRAFIA.....	476
1. Obras sobre la relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.....	477
2. Obras sobre justicia constitucional	
2.1. Obras generales sobre justicia constitucional.....	481
2.2. Obras sobre el constitucionalismo histórico español.....	487
2.3. Obras sobre los derechos fundamentales y su protección.....	489
3. Obras sobre justicia ordinaria	
3.1. Obras sobre el poder judicial.....	499
3.2. Obras de carácter histórico sobre el poder judicial.....	503
3.3. Obras sobre el Tribunal Supremo y el recurso de casación.....	504
4. Obras de derecho comparado.	
4.1. Obras de generales de derecho comparado.....	508
4.2. Obras sobre el sistema alemán.....	509
4.3. Obras sobre el sistema austriaco.....	512
4.4. Obras sobre el sistema belga.....	513
4.5. Obras sobre el sistema estadounidense.....	514
4.6. Obras sobre el sistema inglés.....	516
4.7. Obras sobre el sistema italiano.....	516
4.8. Obras sobre el sistema francés.....	519
5. Otras obras consultadas.....	521

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BVerfGG	Ley del Tribunal Constitucional Austriaco
CBE	Constitución belga
CC.AA	Comunidades Autónomas
Cc	Código Civil
CE	Constitución española
CF	Constitución francesa
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CI	Constitución italiana
CP	Código Penal
GG	Ley Fundamental de Bonn
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCION.

"En esta cuestión soy optimista, creo que los roces entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se irán disipando con el tiempo. Hay que tener en cuenta que muchas de nuestras leyes procesales eran leyes heredadas de otras épocas, leyes que en ciertos casos eran interpretadas de manera contraria al mandato constitucional. Al principio, la función del Tribunal Constitucional no fue únicamente la de definir el ámbito de los derechos fundamentales, sino sobre todo, el ámbito de lo que era el derecho a un proceso justo. Se puso énfasis en analizar y revisar decisiones judiciales anteriores por vía del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional, a fin de no declarar inconstitucionales tantas leyes, venía a decir a los jueces cómo interpretarlas, sustituyendo en cierta forma su función" .*

* Entrevista realizada a Luis López Guerra en *Diario 16*, día 4 febrero de 1995, p. 11.

1.1. Crónica de unas desavenencias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

I. En todo trabajo existe una causa que motiva el inicio del mismo. En nuestro caso las razones que nos movieron a realizar esta Tesis doctoral son, en principio, las mismas que han llevado a gran parte de la doctrina a estudiar un tema candente en la realidad constitucional. Nos referimos a las difíciles relaciones que se producen entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, y más concretamente, entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Todas las manifestaciones y trabajos existentes sobre esta materia inciden más en el aspecto general, o si se refieren a las tensiones entre estos dos órganos en particular, lo hacen de un modo fraccionado. Por ello, vimos la necesidad de realizar un estudio que abarcara todas las causas, condicionantes y consecuencias del sistema constitucional que se instauró en 1978, y que vino a crear, junto a la jurisdicción ordinaria, un órgano *ad hoc*, el TC, concebido como el máximo garante de la Constitución y dotado de tal conjunto de competencias y facultades cognoscitivas, que ha llevado al surgimiento de conflictos entre la judicatura ordinaria y este último órgano constitucional.

Resulta claro que cuando se habla en este trabajo de "conflicto" entre órganos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y el TC no se está aludiendo al sentido técnico de "conflicto de competencias", sino a aquella situación de tensión, desavenencias,

controversias, reticencias, o como señala López-Guerra, fricciones¹ que se producen cuando el juez ordinario y el juez constitucional actúan en materias que son tangentes a ambos, esto es, en las esferas del Derecho donde es difícil delimitar cual es el ámbito de actuación de uno y de otro.

Hay que advertir que las lógicas discrepancias que se producen desde el momento en que conviven dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, no son exclusivas de nuestro ordenamiento, sino, más bien al contrario, constituyen una realidad común de todos aquellos sistemas que cuentan con una organización judicial y un juez constitucional que, perteneciendo a jurisdicciones diferentes, tienen que pronunciarse sobre idénticos preceptos normativos. España, pese al relativamente corto período de existencia del TC, no ha escapado a esa conflictividad existente en muchos de los países de la Europa continental; y las reticencias se han producido, en términos generales, entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, y en particular, entre el TS y el TC. Hay que señalar que este problema ya estuvo presente durante la Segunda República, donde, como ha demostrado Pérez Tremps, las citas que el TS hizo a la Constitución fueron puramente retóricas en la mayoría de los casos y las sentencias del Tribunal de Garantía fueron prácticamente ignoradas por el TS en las suyas².

1 LÓPEZ GUERRA, Luis: "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional", en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Ed. lit.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 29.

2 PÉREZ TREMP, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, CEC, 1985, pp. 72-73.

La larga trayectoria de este último como máximo intérprete del ordenamiento generó una posición de supremacía a su favor que sólo la creación del TC vino a perturbar, lo que condujo a una serie de reticencias por parte de los jueces y, en particular, por parte del TS, hacia la aplicación de la Constitución y de la doctrina constitucional. No hay más que remitirse a alguno de los ejemplos que cita Tomás y Valiente refiriéndose al período de la transición política española: "Pedirle a una Audiencia que distinguiera entre el valor normativo de una Constitución democrática y el carácter retórico de ciertas Leyes del anterior régimen autocrático, parecía en 1980 una ingenuidad. Exigir de la Sala Primera del Tribunal Supremo que considerase derogado, por contrario a la Constitución, nada menos que un artículo del Código Civil, parecía en 1982 una pretensión excesiva"³. De igual modo, algunas resoluciones del TS expresaron una concepción de la CE que entendía la norma fundamental como "irrelevante" judicialmente hablando, con meros efectos informativos o programáticos⁴. En este sentido también puede recordarse el Auto del TS en el que se declaraba que el art. 14 CE "... es un principio programático y como tal su normativa y su ámbito se desenvuelven a través de las leyes procedentes que le dan aplicación práctica" (ATS de 5 de noviembre de 1980)⁵.

³ TOMÁS Y VALIENTE, Franciso: "Poder judicial y Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, nº 11 (número especial), 1989, p. 23.

⁴ Joaquín GARCÍA MORILLO ilustra esta realidad con varios ejemplos, SSTs de 4 de marzo y de 3 de mayo de 1983, en su trabajo, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 48.

⁵ Pablo PÉREZ TREMPs también recuerda esa tendencia de la judicatura y del propio TS a permanecer fiel a la tradicional visión de la Constitución como normativa puramente dirigida al legislador, de carácter programático y

Por lo tanto, desde la creación del TC las fricciones se han producido en diferentes ocasiones. El mismo Tomás y Valiente señalaba que "para empezar a reducirlas, hay que empezar por reconocer su existencia", aunque, también admitía que "el recelo y el disgusto iniciales de muchos Jueces (nunca de todos) ante la creación *ex Constitutione* del Tribunal Constitucional han disminuido de manera notoria a lo largo de diez años. Pero en determinadas ocasiones se recrudecen"⁶. La última de ellas saltó a la luz en enero de 1994 cuando el TC anuló una decisión de la Sala Primera del TS (STC 7/1994, de 17 de enero)⁷. Hay que señalar que, pese a la trascendencia pública que tuvo esta decisión del TC, existían con anterioridad resoluciones similares que, sin embargo, no gozaron de tanta repercusión en la esfera de relaciones entre el TC y el TS. A este conjunto de sentencias del TC, que interfieren de algún modo en el ámbito competencial de la jurisdicción ordinaria, se hará referencia a lo largo de este trabajo, pero, por motivos didácticos, ahondaremos ahora en el supuesto de la STC 7/1994, al que nos acabamos de referir, pues ofrece una visión inicial del tipo

situada casi en un terreno metajurídico, en "Protección específica y protección general de los derechos fundamentales", en AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, p. 1771.

6 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "Poder judicial y Tribunal Constitucional", *op.cit.*, p. 28.

7 *Vid.* entre otros los artículos de prensa: DE LA CUADRA, Bonifacio: "El Tribunal Supremo apela al poder moderador del Rey contra un fallo del Constitucional", *El País*, 4 febrero 1994, p. 15; DE ESTEBAN, Jorge.: "La guerra de las togas", *El Mundo*, 6 febrero 1994, p. 4; RUBIO LLORENTE, Francisco: "Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero", *El País*, 9 febrero 1994; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "Juzgar, arbitrar, legislar", *El País*, 11 febrero 1994, pp. 13 y 14; Entrevista a MANZANARES, Jose Luis, publicada en *El Mundo*, 13 febrero 1994, p. 14; AGENCIA EFE: "Piñero niega que el Constitucional invada competencias del Tribunal Supremo", *Levante*, 15 de octubre de 1994.

de conflictividad que se produce entre el TC y TS, y nos introduce en la problemática que será objeto de este trabajo.

II. La sentencia del TS, de 30 de abril de 1992, había revocado en casación una decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, (de 26 de febrero de 1990), que consideró la negativa de un supuesto padre a someterse a las pruebas de paternidad como indicio y prueba suficiente de que tal persona era el progenitor. Por el contrario, el TS entendió que no podía obligarse a nadie a someterse a tal reconocimiento hematológico y que, ante la falta del mismo, “quedaba la demanda sin un soporte serio de prueba”. Como señaló el TC “la clave de la divergencia entre los Tribunales del orden civil estribaba en la valoración que efectuaron de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad: la resolución de la Audiencia entendió que esa negativa, sumada a las pruebas practicadas en autos, permitían alcanzar la convicción de que el demandado era padre de la menor, mientras que, por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo declaró que, en ausencia de la prueba biológica, dicha paternidad no había quedado probada”.

Recurrida en amparo la Sentencia de este último, el TC consideró que la práctica de las pruebas biológicas acordadas judicialmente en nada violaban el derecho a la intimidad o la integridad física del demandado, y entendió la negativa a su práctica como un negativa a colaborar con la justicia en la determinación de derechos de interés público, como son los de filiación. A su parecer, la sentencia del TS hacía recaer sobre la

demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba. Y, "al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE" (FJ 7°).

Hasta aquí no encontraríamos ningún problema, en cuanto que, como es sabido, al TC le está permitido enjuiciar si las actuaciones llevadas a cabo por los tribunales se ajustan a las exigencias del art. 24 CE, pero el fallo del TC no se limitó, de acuerdo con el razonamiento arriba recogido, a anular la sentencia del TS, sino que añadió: "con la consiguiente firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial". Precisamente esto es lo que el TS censuró del TC, el que, en lugar de haberse limitado a declarar nula su decisión, resolvió también declarar firme la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid. Con la sentencia del TC, el TS sintió que éste había invadido sus competencias y, en su malestar, redactó un escrito apelando al Rey "como máximo moderador del Estado"⁸, escrito que, con buen

⁸ Esta situación recuerda, en cierto modo, a la vivida en la Alemania de 1928. En aquella ocasión, y con motivo de un conflicto entre el Tribunal Supremo y el Gobierno del Reich, el Presidente del Tribunal Supremo solicitó la intervención del presidente del Reich. Éste no era competente para dar solución a tal conflicto y así lo reconoció, pero, pese a ello, emitió una respuesta favorable al Gobierno, aunque, al mismo tiempo, cordial con el Tribunal Supremo. Muchos consideraron que el Presidente del Reich debía haberse limitado a indicar al Tribunal Supremo cuáles eran los "trámites ordinarios" que debía seguir. No obstante, Schmitt entendió la actitud del Presidente del Tribunal Supremo muy justificable y la decisión del Presidente del Reich exenta de crítica, en cuanto que éste ostenta la función mediadora y reguladora del poder neutro, propia de quién representa el papel de defensor de la Constitución. *Vid.* SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución*, (1929), Madrid, Tecnos, 1983, pp. 222 y ss.

criterio, no fue finalmente enviado⁹. Pese a ello, el conocimiento de tal intención produjo un sinfín de opiniones y críticas entre la doctrina consiguiéndose reabrir el debate sobre unas controversias que han estado presentes desde que se inició la convivencia entre los dos órganos¹⁰.

III. Ese mismo año el Presidente del TS en su discurso de apertura del año judicial se refirió al recurso de amparo advirtiendo que éste "no era, única y exclusivamente, un medio de

9 Del ordenamiento español no se desprende la posibilidad de que el Rey, o cualquier otro órgano, puedan dirimir los conflictos que puedan suscitarse entre el TC y otro órgano constitucional. Como recordaba Tomás y Valiente, "La función arbitral o moderadora que el art. 56 de la Constitución atribuye al Rey es importantísimo, pero no está configurada en competencias concretas jurídicamente definidas, porque el Rey no ejerce un poder entre los otros poderes del Estado de Derecho, sino que está situado en otra esfera (...), siendo esto tan elemental, cuesta comprender cómo se ha podido apelar a él. El Rey, en el ejercicio de su función arbitral, puede hacer (y hace) muchas cosas, puede conjugar muchos verbos. Puede escuchar, consultar, informarse; puede, después, recomendar, sugerir, instar, aconsejar, moderar. No puede decidir por sí sólo. No puede, desde luego que no, juzgar, y de juzgar entre jueces parece el caso presente (...)", en "Juzgar, Arbitrar, Legislar", *El País*, 11 de febrero de 1994, pp. 13-14.

10 *Vid.* entre otros los artículos de prensa: a los que antes nos hemos referido y CHOCLAN MONTALVO, Jose Antonio: "Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional (A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 137, 17 febrero 1994, pp. 1-5; SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, Anselmo: "La investigación de la paternidad en las resoluciones del TC", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 143, de 31 de marzo de 1994, pp. 1-3; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria", *Estudios Jurisprudenciales*, año II, nº 12, septiembre-octubre, 1994, pp. 41-72; OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: "La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal", *Poder Judicial*, nº 36, 1994, pp. 107-151; ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Angel: "El alcance del fallo en el recurso de amparo (Comentario a la sentencia del TC 7/1994)", *Revista General del Derecho*, nº 598-99, 1994, pp. 7871-7902; DÍEZ-PICAZO, Ignacio: "Conflictos de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo", en *El recurso de casación, Studia Iuridica*, nº 9, 1994, pp. 147-166. (Este trabajo se reintegra en el punto 10 del trabajo DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO, Ignacio: *El Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1996.

control del juez"¹¹. Tal era su disconformidad con el papel que ha llegado a ocupar el TC que hemos querido reproducir sus propias palabras:

"Sin embargo --de ahí la perplejidad-- parece como si, pese a las cautelas adoptadas, al constituyente y al legislador ordinario les hubiera resultado un sistema de justicia constitucional de amparo completamente distinto al que previeron. En vez de «en su caso», «en los casos»¹², sería «en todo caso» cuando de no haberse otorgado el amparo en la vía judicial, procedería el amparo constitucional, que incluso podría convertirse en un «si acaso» en las providencias y autos de inadmisión. Y, además, todo ello con caracteres y en términos de práctica fatalidad, porque, en el sentir de una gran parte de la doctrina --no de toda, por supuesto-- poco o nada puede hacerse que no venga de la autorrestricción, autolimitación o *self-restraint* del propio Tribunal"¹³.

Otro indicio de la tensión existente entre los dos Tribunales durante este período tuvo lugar con ocasión del coloquio internacional organizado en Madrid los días 13 y 14 de octubre de

11 SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*, Discurso de apertura del año judicial pronunciado el 12 de septiembre de 1994, Madrid, Ministerio de Justicia, 1994, p. 25.

12 Con ello se está refiriendo a las expresiones que son utilizadas en el art. 53 de la propia Constitución y que revelan el claro carácter de excepción con que fue prevista la intervención del TC.

13 SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria...* *op.cit.*, p. 24.

1994 por el TC para celebrar el 15º aniversario de la LOTC. En el debate varios magistrados de la Sala de lo Civil del TS que asistían al acto se manifestaron en contra de la afirmación vertida por los ponentes de que, en materia de derechos fundamentales, el "tribunal supremo" es el Tribunal Constitucional y no el Tribunal Supremo¹⁴.

La crispación entre el TS y el TC, pese a lo que pudiera parecer, continúa latente, y prueba de ello es el reciente enfrentamiento que se ha producido a raíz de la no aprobación por el Pleno del Congreso de una modificación parcial LOPJ que preveía que las remuneraciones de los magistrados del TS se establecerían en cuantía similar "a las de los titulares de otros altos Órganos Constitucionales"¹⁵. El TS ha atribuido al TC el bloqueo del Proyecto de LOPJ que supondría la aprobación de ese estatuto especial para los magistrados del TS, y en respuesta a ello el 11 de junio de este año acordaron mayoritariamente apelar al Rey en su función de moderador y árbitro. Los miembros de tan Alto Tribunal parecen olvidar de nuevo que al Monarca no le corresponde velar por cuestiones de esta índole; tal vez, la finalidad de una medida de este tipo sea, de nuevo, forzar el conocimiento público del

14 ALBERTI, Enoch; BON, Pierre; y MODERNE, Franck: "Cronique à propos l'Espagne", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1994, p. 420.

15 Sobre la publicidad que se ha dado a esta nueva crispación entre el TS y TC, puede verse los siguientes artículos de prensa: "El Supremo pide la mediación del Rey para que se apruebe su estatuto", *El País*, 12 de junio de 1997, p. 21; "Bereijo y Delgado, obligados a un acuerdo que ponga fin al enfrentamiento entre el Constitucional y el Supremo", *ABC*, de 13 de junio de 1997, Portada; "Del Rey abajo", *Ibidem*, p. 15; "El Pleno del Congreso podría aprobar en pocas semanas el estatuto especial para los magistrados del Supremo", *Ibidem*, p. 19.

enfrentamiento real existente entre TC y TS. Por otro lado, no cabe duda de que la actual crisis abierta entre ambos órganos no es de naturaleza jurisdiccional, como sucedió en 1994, pero en el trasfondo palpita un problema semejante: el TS requiere para sí el mismo rango orgánico que ostenta el TC.

1.2. Planteamiento del tema.

Sin duda alguna bajo esa tensión que existe entre el TS y el TC subyacente una realidad que origina discrepancias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional: nos referimos a la posibilidad de que se realice un control externo de la actividad jurisdiccional, esto es, la existencia de un recurso de amparo por medio del cual el TC, órgano ajeno al poder judicial, revisa un porcentaje tan elevado de decisiones judiciales que ha llegado a convertirse en una especie de nueva instancia controladora de la actividad jurisdiccional. Esto es lo que ha generado más de una reticencia por parte de la judicatura, y concretamente por parte del TS que ve peligrar su papel de máximo controlador de la adecuada e igual aplicación de la ley por los jueces.

Esa avalancha de recursos de amparo presentados frente a decisiones jurisdiccionales tiene varias razones de ser. Hay que comenzar reconociendo que la extraordinaria amplitud del ámbito objetivo del recurso de amparo (la Sección 1ª del Capítulo II y el art. 30 de la CE) hace que no sea difícil encontrar una conexión con los derechos fundamentales en cualquier controversia que se

suscite ante los tribunales. Esta afirmación es doblemente aplicable respecto al art. 24 CE, cuya interpretación por el TC, como se verá en este trabajo, es tan amplia que se ha instrumentalizado su uso con dos objetivos: por una parte, justifica la revisión en amparo por el TC de un porcentaje elevadísimo de actuaciones judiciales, y por otra parte, permite a los particulares apelar a dicho art. 24 CE en un intento de encontrar una última "revisión" de su caso. Como decía el TS en una de sus sentencias, el afán de recurrir es una "ética cuando menos equivocada, pero tan frecuente hoy día que puede afirmarse, con benevolencia, que constituye simple y viciosa realidad social"¹⁶.

Todo ello produce en muchas ocasiones reticencias por parte de los tribunales que ven anuladas sus decisiones, tensión que, como recuerda De la Oliva¹⁷, no existe sólo entre el TC y el TS, pero sí se agudiza y tiene mayores consecuencias entre ellos, en cuanto que el TS es el máximo intérprete de la legalidad y órgano generador de jurisprudencia. El problema se encuentra, como muy acertadamente señala Xiol Rios, en que "las decisiones dictadas en amparo pueden constituir innecesariamente una fuente de descrédito para el tribunal cuyo criterio no es compartido por el TC. En ciertos casos, la situación puede resultar especialmente desairada para el tribunal ordinario, tanto más si es el TS, puesto que, por dudosa que sea la

¹⁶ STS 3 noviembre de 1987, Sala 1ª, citada por MUÑOZ SABATE, Luis: "Afán de recurrir", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1988, p. 1073, artículo en el que el autor denuncia el uso abusivo que los ciudadanos hacen de los recursos existentes en el ordenamiento.

¹⁷ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés.; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *El Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria...*, op. cit., p. 6.

solución del caso planteado, el criterio del TC cristalizará en la declaración de que el tribunal ordinario ha violado un derecho fundamental"¹⁸. Precisamente, las diferentes consecuencias que se derivan de la anulación en amparo de una decisión de cualquier órgano jurisdiccional y de una sentencia del TS serán puestas de relieve en este trabajo y justifican el que el objeto de estudio se centre particularmente en la revisión por el TC de las decisiones del TS y en las lógicas tensiones que ello genera entre ambos tribunales.

Pese a que el TC ha insistido en que su tarea no consiste en revisar el mayor o menor acierto de la aplicación del Derecho efectuada por los jueces, sino sólo su adecuación al texto constitucional, y ha realizado un esfuerzo por evitar convertirse en un legislador positivo o en un "tribunal supremo"¹⁹, lo cierto es que las consecuencias que se deducen de la resolución de los recursos de amparo conducen a ello. Esta realidad la describe De la Oliva Santos con estas palabras:

“En un plano práctico, no técnico, hay que admitir que los litigios y las causas judiciales ya no se acaban, con mucho, en el TS. En otro sentido, es necesario reconocer

18 XIOL RIOS, Juan Antonio: "Crisis de la jurisprudencia y Tribunal Constitucional", *Constitución y Derecho Público, Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, (Coord. MORENO CATENA), Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 538.

19 GASCÓN ABELLÁN, Marina: "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1994, nº 41, p. 68. *Vid.* también, por todas, la STC 37/1995, de 7 febrero, donde el TC señalaba: "el amparo no está configurado como última instancia, ni tiene una función casacional", (FJ 6º).

que, funcional o materialmente, el TC, al ejercer su alta misión en ciertos casos --nadie, insistimos, pretende que se esté comportando ilegal o inconstitucionalmente--, se constituye, por encima del TS, en una instancia de fiscalización de la actividad jurisdiccional, con enorme trascendencia práctica (directa o indirecta) sobre ésta. Y como esta fiscalización no se diferencia sustancialmente de la que al TS le corresponde en virtud del instituto de la casación (ya plenamente jurisdiccional, superada su originaria naturaleza política o jurídico-política), cabe afirmar que el TC, sin pertenecer al poder judicial y sin ser un órgano fundamental y constitutivamente dedicado a ejercer la función jurisdiccional (claramente no lo es), interviene decisivamente en el ejercicio de tal función y actúa en ocasiones, como actúan, también en ocasiones, muchos órganos jurisdiccionales y, singularmente, las Salas 1º, 2º y 6º del TS que sólo son Tribunales de Casación”²⁰.

Así pues, ha de realizarse un análisis de todos aquellos elementos que contribuyen o participan de la tensión existente entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional. En primer lugar, hay que estudiar cual es el origen, sentido y finalidad de controlar la aplicación de las normas por los jueces. A ello se refiere el segundo punto de este trabajo, ("La lucha por el control de la actividad del poder judicial"), en el que se realiza una descripción

20 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El Tribunal Constitucional como ultima instancia jurisdiccional", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n° 2-3, 1982, pp. 338-339.

histórica de las causas que han llevado a establecer, en todos los ordenamientos europeos, sistemas de control de la correcta aplicación de la ley por los jueces como modo de asegurar la eficacia del principio de legalidad. Se verá como la necesidad garantizar la efectividad de la ley llevó a la creación del recurso de casación de un modo generalizado en todos los ordenamientos; recurso que es resuelto por un tribunal supremo perteneciente al mismo poder judicial, con lo cual se ejerce un control interno de la actividad jurisdiccional.

En segundo lugar, se ha de poner de relieve la importancia que tuvo la sustitución del imperio de la ley por el imperio de la Constitución, que supuso la adquisición por las Constituciones no sólo de un carácter normativo *de facto*, sino además del *status* de "normas supremas" dentro del ordenamiento. Hay que recordar que esta supremacía constitucional exigió el establecimiento de mecanismos aseguradores del efectivo respeto de la Constitución, y dicha tarea se encomendó en la Europa continental a unos tribunales *ad hoc*, los tribunales constitucionales.

De todos modos, a los efectos de este trabajo, se estudiarán en concreto aquellos cambios que se introdujeron en la práctica totalidad de las cortes constitucionales europeas tras la Segunda Guerra mundial y que llevaron a la creación de instrumentos de control del efectivo respeto de los derechos reconocidos en las Constituciones. Se verá como los sujetos sometidos a dicho control constitucional no han sido los mismos en todos los ordenamientos: En aquellos Estados donde la actuación de la judicatura en el



período previo a la Segunda Guerra dejó un claro sentimiento de desconfianza hacia aquélla, el Juez constitucional tiene la posibilidad de controlar directamente el cumplimiento de los preceptos constitucionales por los jueces ordinarios a través del recurso de amparo; este es el caso de Alemania, y posteriormente España tras el período dictatorial. Sin embargo, en otros ordenamientos dicho control de la actuación judicial por la Corte Constitucional sólo se puede realizar de un modo indirecto, como es el caso de Italia a través de la cuestión de inconstitucionalidad, o ni siquiera existe esa posibilidad. A todo esto se dedica el tercer punto de este estudio, ("Los tribunales constitucionales como controladores de la actividad de los jueces en materia de derechos fundamentales"), y en él se quiere examinar la distinta conflictividad que se produce entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional según nos encontremos en unos sistemas u otros.

Lógicamente, una vez perfilado el marco general donde se ubican las controversias entre ambas jurisdicciones pasaremos a hacer un análisis de nuestro propio ordenamiento y de las facultades de que goza el TC para asegurar la primacía de la Constitución y corregir las actuaciones judiciales contrarias a la misma. Al Juez constitucional no le está permitido revisar la actuación del juez ordinario bajo cualquier criterio, pues también coexisten mecanismos internos de control de la actividad jurisdiccional. Por ello, hay que analizar el papel que desempeña la doctrina constitucional y la jurisprudencia ordinaria en el ordenamiento; la función que corresponde al recurso de amparo,

como vía para garantizar el respeto a los derechos fundamentales, y la que corresponde al recurso de casación; y los límites a la actuación del TS y del TC. (Punto 4: "Relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en España: dos órganos "supremos" en un mismo ordenamiento"). Como señala Rubio Llorente, es necesario el estudio de esta materia por la "conveniencia de no restar a los órganos superiores del poder judicial, y en especial al TS, competencias que le son propias"²¹, y por la necesidad de asegurar que la interpretación que los jueces y tribunales, y sobre todo el TS, hagan de las leyes sea acorde con el contenido de la Constitución y, principalmente, con los derechos fundamentales.

En este sentido, se hará especial referencia al principio de subsidiariedad que caracteriza al recurso de amparo, y por lo tanto, a la especial función que corresponde a los tribunales ordinarios, y sobre todo al TS, como garantes naturales de los derechos fundamentales. A ello se dedica el quinto punto de este trabajo ("La articulación entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional"), donde se exponen algunas de las medidas que podrían adoptarse en aras a dar la máxima efectividad al principio de subsidiariedad, evitando que el excesivo número de decisiones judiciales anuladas en amparo redunden, por un lado, en un sentimiento generalizado de que el mayor transgresor de derechos fundamentales es el poder

21 RUBIO LLORENTE, Francisco: "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº4, 1992, p. 59.

judicial, y por otro, en tal exceso de trabajo para el TC que acabe bloqueándolo.

Por último, en el sexto punto ("La revisión de resoluciones del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo"), tras haber puesto de manifiesto la dificultad que existe para discernir entre lo que corresponde al plano de la legalidad (cuyo máximo intérprete es el TS) y lo que atañe al ámbito de la constitucionalidad (cuyo máximo intérprete es el TC), se recuerda de qué modo esa indefinición de los ámbitos competenciales de uno y otro tribunal ha permitido que derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la igual aplicación de la ley, a los que antes hacíamos referencia, hayan sido utilizados para revisar en amparo prácticamente cualquier decisión jurisdiccional, incluso las del TS; lo que en este último caso supone decir que el "máximo intérprete de la ley" no la ha aplicado correctamente por incurrir en violación de algún derecho fundamental. A este respecto, veremos las especiales consecuencias que se derivan de la revisión por el TC de una decisión del TS, revisión que genera importantes controversias entre ambos órganos, sin que lleguen a alcanzar el nivel conflictivo que se produjo en Italia y que llevó a hablar de "Guerra entre las dos Cortes". Según Pedro De Elizalde, la misma no sería trasladable a España, porque la situación española actual no es comparable con la italiana de la posguerra, por lo que no es posible adoptar las cuestiones y soluciones surgidas en la

práctica italiana²². Podría decirse que en nuestro caso, en términos generales, se trata más de un problema de articulación de jurisdicciones, en la que cada tribunal debiera saber cual es su posición en el ordenamiento y a qué límites se encuentra sometido en cada momento. Para ilustrar esta idea resulta apropiado el extracto de la novela "Through the looking glass and what Alice found there":

"«When I use a word», Humpty Dumpty said, in a rather scornful tone, «it means just what I choose it to mean. Neither more nor less».

«The question is», said Alice, «whether you can make words mean so many different things».

«The question is», said Humpty Dumpty, «which is to be the master. That is all»²³.

22 DE ELIZALDE Y ALMÉRICH, Pedro: "El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia", en AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, vol. I, p. 891.

23 LEWIS CARROLL: *Through the looking glass and what Alice found there*, Londres, MacMillan, 1965, p. 130.

2. LA LUCHA POR EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL PODER JUDICIAL.

"Cuando los encargados de los poderes legislativo o ejecutivo actúan de forma contraria a la Constitución, se hacen responsables ante el pueblo. La exención de los jueces de este principio es muy peligrosa" (Thomas Jefferson, 1820).

2.1. La finalidad del control de la actividad jurisdiccional.

2.1.1. La determinación del significado de los preceptos normativos a través de su aplicación.

I. Entre las preocupaciones fundamentales del Estado de Derecho se encuentra el asegurar el cumplimiento del ordenamiento y, por supuesto, uno de los momentos en que se puede juzgar la correcta o incorrecta interpretación del Derecho es en el de su aplicación. Es entonces cuando el mandato establecido por el legislador adquiere virtualidad práctica, porque, como ya señalaba Tocqueville, "las leyes no pueden preveerlo todo y, aunque lo hicieran, no pueden ser ejecutadas más que por medio de agentes y con ayuda de una vigilancia continua de la que es incapaz un poder legislativo"²⁴.

En este sentido, resulta obvio que el juez tiene un enorme poder de determinar, en última instancia, qué es lo que ordena la ley²⁵, pues, como recuerda Calamandrei, el juez no está llamado a *ejercitar* la ley como un ciudadano particular, para el cual la ley es una regla de conducta; el juez debe *aplicar* la ley²⁶. Esto es, "la ley

24 TOCQUEVILLE, Alexis de: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 35.

25 "We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is" (Chief Justice Charles Evans Hughes, *Addresses*, New York, 1908).

26 CALAMANDREI en una Conferencia pronunciada en Bari el 20 de marzo de 1955 afirmaba que "la aplicación de la ley al caso práctico es, ante todo, interpretación de la ley, o sea, descubrimiento, dentro de la norma jurídica, que tiene por definición forma y valor de máxima (es decir, de proposición general y abstracta), de otras no mas más sutiles y circunstanciadas, pero también ellas formuladas a semejanza de la norma de la cual derivan, como máximas generales y abstractas". *Vid.* "La función de la jurisprudencia en el tiempo presente", *Estudios sobre el proceso civil*, III, Traducción de Santiago

no vale como mandato dirigido a él *in agendo*, sino como premisa ya formulada y para él vinculante de un silogismo a través del cual él debe *in iudicando* traducir en un mandato específico y concreto, que es la sentencia, aquel mandato general y abstracto que está ya en la ley"²⁷. Sin embargo, la individualización del mandato, que el juez lleva a cabo poniendo frente a los hechos reales el hecho específico formulado en la hipótesis de la norma, no constituye para Calamendrei propiamente una creación de Derecho por parte del juez: en su opinión, éste no hace otra cosa que poner en evidencia un Derecho que ya existía potencialmente en la norma formulada por el legislador. Solamente cabría hablar de pronunciamientos creadores de Derecho cuando no existe norma previa para regular el caso concreto y el juez tiene que resolver un caso determinado²⁸.

Es indudable que en los supuestos en los cuales no existe una norma previa para regular el caso concreto, el juez cuenta con mayores márgenes de discrecionalidad en ese proceso de traducción (*aplicación*) de la ley, pero también realiza una indudable tarea de creación de Derecho cuando aplica, y por lo tanto interpreta, una norma existente²⁹. Por ello, ha existido siempre un interés por

Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 231.

²⁷ *Ibidem*, p. 54.

²⁸ *Ibidem*, p. 202.

²⁹ De todos modos, como recuerda Mauro CAPPELLETTI (en *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 69), la interpretación del Derecho a la que los jueces deben dedicarse, y que lleva inevitablemente a éstos a moldear, transformar y completar el Derecho mismo, no significa que sean los legisladores. Hay, en efecto, diferencias fundamentales en el modo de proceder de uno y otro que los distingue. El juez se encuentra *super partes*, decidiendo en un proceso contradictorio que no puede ser iniciado por él,

controlar³⁰ la actuación de jueces y tribunales, y en general del poder judicial, porque si se controla la actividad realizada por el juez, esto es, el modo en que aplica las leyes, se asegura que el contenido y sentido con que se vaya a aplicar una norma corresponda con aquéllos que el legislador quiso otorgar a las mismas. De poco serviría dictar unas determinadas disposiciones normativas si en el momento de aplicarlas los jueces les diesen una acepción distinta a la conferida por aquél que las elaboró. Esa capacidad de la judicatura de interpretar los preceptos normativos resulta muy bien expresada en las palabras de Calamandrei:

"Le juge possède en effet, comme le mage de la fable, le pouvoir surhumain d'opérer dans le monde du droit les plus monstrueuses métamorphoses et de donner à des ombres les apparences éternelles de la vérité (...) Aussi l'Etat considère-t-il comme essentiel le problème du choix des juges. Il sait qu'il leur confie un pouvoir redoutable qui, mal exercé, peut faire passer pour justice l'injustice, contraindre la majesté de la loi..."³¹.

sino tras una denuncia previa, y en el que se enfrentan dos posiciones a las cuales dicho juez es ajeno completamente.

30 Hay que considerar al control, al que aquí nos referimos, en el sentido unívoco a que se refiere ARAGÓN REYES, como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones de poder. "Porque el delicado equilibrio de poderes que caracteriza al Estado constitucional no se apoya sólo en la compleja red de limitaciones que presta singularidad a esta forma política, sino también en la existencia de múltiples controles a través de los cuales las limitaciones se articulan", en "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, p. 86.

31 CALAMANDREI, Piero: *Eloge des juges écrit par un avocat*, (traducción del italiano al francés de M. Georges Petit), Bruselas, Dessart Editeur, 1939, p. 10.

II. Ésta razón es la que ha llevado a los creadores de la ley a intentar controlar los instrumentos de aplicación del Derecho, porque constituyen el modo asegurar el efectivo cumplimiento de sus designios. De hecho, el equilibrio entre los poderes del Estado ha ido cambiando a lo largo de la historia, y la diferente posición que el poder judicial ha ocupado respecto de los otros poderes han sido producidas, precisamente, por esa lucha por controlar la ejecución del Derecho. Como se verá en este trabajo, la posición del juez frente al resto de poderes ha sufrido muchas variaciones. Desde los tiempos de Montesquieu, con una concepción del poder judicial como "poder en cierto modo nulo" y con una primacía exacerbada del legislativo³², hasta la actualidad, con una judicatura activa, las diferencias son sustanciales³³. De ahí la frase de Foyer: "*Il n'est point sûr que la justice n'est pas devenue de nos jours ce pouvoir que la Revolution avait refusé*"³⁴, no puede decirse que la justicia no se haya convertido en nuestros días (precisamente) en aquello que la Revolución había rechazado que fuera. Es cierto, la Revolución Francesa configuró al poder judicial, por primera vez, como un poder independiente, pero lo hizo sin dotarle de ninguna

32 Montesquieu niega el carácter de auténtico poder al poder judicial, al considerar que no debe estar en manos de un "Senado permanente, sino que debía ser ejercido por personas del pueblo nombradas en ciertas épocas del año del modo prescrito por la ley, para formar un Tribunal que sólo durara el tiempo que la necesidad lo requiriera", véase sobre esto, BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, p. 74.

33 No obstante, no está de más recordar que esta situación no es extensible a todos los países. La tradición anglosajona del "Common Law" presentó, desde sus inicios, a un juez independiente de la Corona y con grandes dotes de interpretación de la ley.

34 FOYER, Jean: *Procedure Civile*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, p. 18

potestad más allá de la estricta aplicación de la letra de la ley y, por lo tanto, sin posibilidad alguna de interpretación de las normas elaboradas por la Asamblea legislativa. Sin embargo, la realidad actual es bien distinta. El poder judicial, lejos de ser un "poder nulo", constituye uno de los poderes más fuertes del Estado, y para comprobarlo no hay más que remitirse al protagonismo que ocupan los jueces hoy en día en la mayor parte de los países de nuestro entorno.

En efecto, el juez ha pasado de ser "juez *secundum legem*" o mero ejecutor de la ley a adquirir grandes poderes de interpretación de la ley y, por lo tanto, de creación de Derecho³⁵, pues, al mismo tiempo que aplica las normas vigentes, crea otras normas o adapta las existentes a las nuevas circunstancias. La decisión judicial no es actualmente una simple aplicación de las normas que las mantiene inalteradas, aunque tampoco es un acto meramente voluntarista. El juez individualiza el Derecho en el momento que aplica la norma al caso, interpretándola para ello³⁶, pero lo hace con convicción de que está aplicando la norma correctamente, no bajo juicios particulares. De todos modos, lo

³⁵ Vid. sobre ello BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 52-66.

³⁶ Esta posibilidad del juez de interpretar la norma cuando individualiza el Derecho se ve auspiciada por el Código Civil al establecer la toma en consideración de criterios, un tanto *sui generis*, como el espíritu de la norma, los principios generales del derecho, o la equidad, en la aplicación de las normas (art. 3 Cc.). En opinión de SANTOS BRIZ una jurisprudencia excesivamente basada en estos parámetros puede llevar a una tentativa de introducir el arbitrarismo en la jurisprudencia como medio para politizarla al servicio de determinadas ideologías, *vid.* "El Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior. Valor de la jurisprudencia", *Revista de Derecho Público*, nº 84-85, 1981, pp. 658-659.

importante es que esa interpretación supone, en muchas ocasiones, creación de Derecho, aunque, técnicamente, sólo constituyan jurisprudencia las sentencias del TS.

Cappelletti recuerda un hecho de vital importancia que ha auspiciado la creación del Derecho por los jueces y el aumento actual de esta creación: ésta ha sido, en gran medida, consecuencia del enorme crecimiento de las ramas políticas del Estado y de la necesidad, que de ello ha resultado, de no dejarlas libres de control³⁷. En el mismo sentido, Hernández Martín recuerda que "la justicia es y ha sido siempre el flanco débil del poder establecido. Los jueces son el refugio de las fuerzas desplazadas y de los individuos sometidos por el poder socialmente reconocido, y a la vez son el punto de desembarco de las nuevas tendencias sociales que preparan el asalto al poder"³⁸. Esto mismo es lo que sucedió durante el período prerrevolucionario de finales del S. XVIII. La burguesía liberal vio en la judicatura lo que Simon denomina "bastión de la libertad burguesa" contra los excesos del monarca³⁹, y, en su lucha por el Estado constitucional, hizo suya la causa de la justicia⁴⁰.

37 CAPPELLETTI, Mauro: *Le pouvoir des juges*, op. cit., p. 82.

38 HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano: *La independencia del juez y la desorganización judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia y Civitas, 1991, p. 42.

39 SIMON, Dieter: *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 5.

40 La burguesía necesitaba que la justicia fuese independiente del monarca, en el mayor grado posible, para que ésta pudiera cumplir su tarea de garantía de la libertad burguesa.

2.1.2. El poder judicial como un poder real y efectivo.

I. La noción originaria de juez, que surgió en el s. XVIII en Francia, como "la boca que pronuncia las palabras de la ley" se debió a que, a los ojos de los revolucionarios, la interpretación judicial del derecho habría constituido un peligro para los dos principios de la Revolución francesa: la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la separación de poderes⁴¹. Por ello, Montesquieu, pese a diseñar un poder judicial como poder independiente, lo vació prácticamente de funciones, configurando un poder judicial "en cierto modo nulo"⁴². Como consecuencia, entendió que no era necesario un poder regulador o controlador del mismo para atemperarlo⁴³, al contrario de lo que ocurría con las dos cámaras que formarían el legislativo y el ejecutivo, entre las cuales sí estableció unos mecanismos de control⁴⁴.

41 Estos principios base se encuentran en el art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución".

42 En el mismo sentido, REVENGA SÁNCHEZ recuerda que "justamente porque se capta el poder político del Poder Judicial es por lo que se adoptarán una serie de medidas tendentes a subyugarlo: elección popular de los jueces, institución de la casación como instrumento de policía en manos del legislativo, *référé*, etc.". Estas medidas, que serán estudiadas en este trabajo, tienden a vaciar los poderes de actuación del poder judicial. REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: "Función jurisdiccional y control político ¿Hacia una responsabilidad política del juez?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 29, 1990, p. 120.

43 BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución*, op. cit., p. 78.

44 En dicho reparto, correspondía al legislativo la facultad de examinar como eran cumplidas las leyes que había promulgado.

Desde entonces el poder judicial, marcado siempre por la desconfianza⁴⁵, ha intentado abarcar porciones, cada vez mayores, de competencias y de independencia frente al poder ejecutivo y legislativo, siendo a finales del s. XIX cuando el objetivo de la independencia judicial frente a las injerencias del poder político recibió su impulso más fuerte⁴⁶.

Sin embargo, el proceso de ampliación de funciones de los jueces no estuvo acompañado del establecimiento de controles paralelos a su actuación. Ello fue debido a que se tenía una idea de juez como "árbitro de resolución de casos concretos", sin más trascendencia que los efectos entre particulares. Sin embargo, como se ha dicho, la práctica ha demostrado lo contrario, y si bien las decisiones judiciales son controlables en sus márgenes de creación, únicamente lo son, en principio, por órganos asimismo judiciales, con lo que se deja sin resolver el problema suscitado por la

45 La crítica a la judicatura fue permanente a lo largo de todo el S. XIX. Un alto magistrado de la *Cour d'appel d'Orléans* manifestaba su desánimo respecto a la concepción que se tenía de la magistratura con las siguientes palabras: "Le peuple français a, par atavisme, l'horreur de gens de loi. L'impopularité de la magistrature est faite toutes les rancunes du passé. Le magistrat moderne paye pour les fautes qu'il n'a pas comises. Il paye même pour les vices de la loi", (M. PEYSSONIÉ, Audience solennelle du mercredi 16 octobre 1895, Cour d'appel d'Orléans, 1985, citado por CHARLE, Christophe: "Les magistrats en France du XIXème siècle", en la obra colectiva coordinada por SCHOLZ, Johannes-Michael, *El Tercer Poder*, Frankfurt-Main, ed. Vittorio Klostermann Frankfurt an Main, 1992, p. 119.

46 Las causas de esta tardanza se encuentran, según Hernández Martín, en: el interés de la burguesía liberal en la lucha por el Estado de Derecho, que llevará a un control judicial de los medios propios del gobierno monárquico y concretamente de la Administración; en un cierto acuerdo tácito entre grupos sociales y partidos políticos, según el cual, la judicatura debía convertirse en el elemento que aportara estabilidad en los conflictos sociales y en la sucesión de equipos gobernantes; y en una excesiva concentración de poder en manos del poder político que atrajo el deseo de frenarlo dotando al juez de la fuerza necesaria para que pudiera servir de defensa al ciudadano, en *Independencia del juez...*, *op. cit.*, p. 54 y ss.

efectiva creatividad normativa de las sentencias. Las consecuencias de la carencia de control de la actuación del poder judicial pueden ser peligrosas como bien señalaba Peces-Barba con las siguientes palabras:

"Este progreso, evidentemente, que desmiente ya aquella frase de Montesquieu de que el juez es la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, no debe llevarnos a caer en el extremo contrario es decir, el extremo en virtud del cual el único poder que quedaría absolutamente fuera de control sería el Poder Judicial"⁴⁷.

Y, efectivamente, así era, porque, como recuerda López Aguilar, "el constitucionalismo español se había entrenado tradicionalmente en el tratamiento de las instituciones clásicas del Estado, tales como el de la definición de las prerrogativas de la Corona o la institucionalización de la Jefatura del Estado, como el de la interrelación entre el Gobierno y Cortes o Cámaras Legislativas, o como el de la decantación de un modelo de responsabilidad política *more* parlamentario...Pero lo que desde luego no había cultivado nuestra tradición constitucional era un tratamiento normo-institucional mínimamente adecuado de la Jurisdicción en cuanto función del Estado, destinada a pronunciar el Derecho en el caso concreto"⁴⁸.

⁴⁷ PECES-BARBA, Gregorio, en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, Sesión de 19 de junio de 1978.

⁴⁸ LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 76-77.

Esa preocupación por la ubicación del poder judicial en el entramado constitucional y por el juego de equilibrios y controles entre los poderes estuvo presente, por supuesto, en el período constituyente español. La denominación misma del Título de la Constitución dedicado al poder judicial ("Del Poder Judicial") fue discutida, pues algunos diputados entendieron que denominar "poder" únicamente al poder judicial redundaba en una minusvaloración de los poderes ejecutivo y legislativo⁴⁹. Sin embargo, la idea que finalmente prevaleció fue la defendida por UCD que argumentaba así la denominación de "Del Poder Judicial" al Título constitucional dedicado al mismo:

“En esta Constitución, España es, antes que ninguna otra cosa, porque es en eso en lo que se constituye, un Estado social y democrático de derecho, y el Estado de derecho, cuyo primordial objetivo es el imperio de la ley o seguridad jurídica, tiene que reconocer como piedra clave de su arquitectura un poder judicial, una justicia poder, como pieza fundamental de los equilibrios y de los controles que, sustituyendo la doctrina de tratamiento que antes era la doctrina de distribución de poderes, haga descansar en la independencia de ese poder respecto de otros poderes --que aunque no se llamen poderes siguen

49 En este sentido puede verse la posición del senador Satrustegui (en el Diario de Sesiones nº 51, de 7 de septiembre de 1978, pp. 3821-3822, y nº 63, de 30 de septiembre de 1978, p. 4615), donde manifiesta que, en su opinión, el poder judicial "es el menor de los poderes (el verdadero poder es el parlamentario que emana del pueblo)", por lo que si se denominaba "Del Poder Judicial" al título relativo a la Administración de Justicia, el que lleva por nombre "De las Cortes Generales" debía pasar a llamarse "Del poder legislativo", y el correspondiente al Gobierno "Del Poder Ejecutivo".

siendo poderes-- la situación de garantía total, principio de nuestra Constitución". Además, había que evitar una vuelta a la antigua denominación de «Administración de la Justicia», "puesto que justicia es algo más, mucho más, que un servicio administrativo, porque es pura función del poder"⁵⁰.

Sin embargo, en ese afán por instaurar un poder judicial que gozase de la garantía de la independencia, como contraposición al régimen anterior, se olvidó el establecimiento de una serie de mecanismos específicos de "control de su actividad" interpretativa y, en muchas ocasiones, creadora de Derecho. La carencia de control de la actividad del poder judicial se ha hecho notar en el último período de tiempo, donde se han producido continuos "pronunciamientos de los tribunales que no sólo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto y que carecen de una directa vinculación con la ley"⁵¹. También se ha ampliado el marco de materias sometidas al conocimiento de los jueces y han comenzado a resolver sobre cuestiones de gran trascendencia política y social.

II. Por otro lado, es evidente que en el ejercicio de la función jurisdiccional se pueden producir supuestos de vulneración de

⁵⁰ Intervención del Senador Angulo Montés, de UCD, en la reunión de la Comisión de Constitución del Senado, celebrada el 7 de septiembre de 1978, Diario de Sesiones nº 51, de 7 de septiembre de 1978, p. 3822.

⁵¹ DÍEZ PICAZO, Luís M^a: "Constitución, Ley, Juez", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, 1985, p. 22.

derechos por parte de los tribunales. Sin embargo, la posibilidad de que los jueces violasen directamente derechos fundamentales no parece haber sido contemplada como tal en el momento de elaborarse la Constitución; cosa distinta es que existiese desconfianza hacia el modo de aplicar los nueva normativa democrática, esto es, hacia la interpretación judicial de las leyes, punto del que hablaremos más adelante. Cuando se pensaba en vulneraciones de derechos, en la mente de los constituyentes se estaba pensando en las producidas principalmente por el poder ejecutivo, pero no en las originadas por los órganos jurisdiccionales que, al contrario, se concibieron como los primeros garantes de los derechos fundamentales. De hecho, no existen recursos específicos contra actos judiciales vulneradores de tales derechos. Por este motivo, se han tenido que utilizar las vías legales existentes, que aunque originalmente previstas con otro fin, han servido de cauce para revisar las decisiones judiciales presuntamente atentatorias de derechos fundamentales⁵².

Esta transformación de alguna de esas vías jurisdiccionales constitucionalmente previstas puede observarse, por ejemplo, en el recurso de amparo. Con el establecimiento de un recurso de esta naturaleza ante el TC se pretendía solucionar casos particulares de violación de los derechos fundamentales por los poderes públicos, fundamentalmente por el poder ejecutivo; no obstante, las consecuencias desbordaron el objetivo inicial, pues, en la práctica,

⁵² En relación a esta cuestión estudiaremos el papel que han pasado a desempeñar el art. 24 CE, la Ley 62/1978, de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, y el recurso de amparo constitucional.

recursos como el de amparo se han convertido en una vía indirecta de control del poder judicial en su conjunto en manos del TC, bien sea creando una doctrina constitucional en los casos particulares con efectos *erga omnes*⁵³, bien revisando la doctrina de los órganos superiores del poder judicial, incluso la del TS. El artículo de la Constitución más invocado para recurrir en amparo una decisión jurisdiccional es, como ya se sabe, el art. 24 CE. El porcentaje de recursos de amparo fundados en este artículo es tan elevado que lo ha convirtiendo en "artículo puente" para habilitar al TC a revisar las decisiones judiciales⁵⁴.

Todo ello ha generado reticencias en el interior del poder judicial que ve de nuevo mermada su independencia e invadidas sus competencias. La elasticidad de la ley, la imprecisión de muchos preceptos constitucionales y la invocabilidad de principios tales como la igualdad, equidad, etc..., hacen que las interpretaciones de la ley que los tribunales y el TC practican no siempre coincidan, dejando en manos de los particulares una vía abierta (la vía del recurso de amparo)⁵⁵ para la impugnación de las decisiones de los

53 Lo que se consigue mediante los recurso de amparo contra la decisión de un juez es obtener una determinada interpretación de la ley que es aplicable al caso concreto, pero creadora de una doctrina sobre el modo en que se debe interpretar esa norma, doctrina que será utilizada en muchos otros casos.

54 Como se verá, aproximadamente en el 70 % de los casos que se presentan en amparo se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva.

55 Como señala ARAGÓN REYES, lo que otorga verdadero sentido al recurso de amparo es precisamente el libre acceso al Tribunal Constitucional que, por medio del recurso, se otorga a todos los ciudadanos. "Esto es, se establece una acción de carácter abierto, un recurso de inconstitucionalidad sin restricciones institucionales de la legitimación activa respecto de la materia que se considera fundamental dentro de la Constitución misma", en ARAGÓN REYES, Manuel: "Consideraciones sobre el recurso de amparo", *La tutela dei*

primeros que se aparten de lo que ha defendido el TC en otra ocasión. De este modo el TC se convierte en un "refugio" contra el poder efectivo de los jueces. Así lo ha afirmado Rubio Llorente, quien, a pesar de opinar que el TC se ha mantenido dentro de sus márgenes en su actuación, reconoce que "en el recurso de amparo el Tribunal Constitucional ha visto sobre todo un instrumento de control del Poder Judicial"⁵⁶.

2.2. Los orígenes del poder judicial y su dependencia de los poderes ejecutivo y legislativo.

2.2.1. La administración de la justicia en nombre del Rey en el Antiguo Régimen.

Antes de referirnos al legado que nos dejó la Revolución Francesa, origen de la actual concepción del poder judicial, es necesario hacer una mención, aunque sea breve, a la administración de Justicia en el Antiguo Régimen. La referencia a dicho período es inexcusable si se quiere entender bien el modelo revolucionario que surgió como reacción a aquel sistema.

En el Antiguo Régimen el Rey era el principio y referente de toda actividad de poder que se llevase a cabo. Por lo tanto, el poder de "hacer justicia" correspondía al supremo soberano, aunque la

diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali, Torino, G. Giappichelli Editore, 1994, p. 167.

⁵⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco: "El recurso de amparo constitucional", en AA. VV.: *La jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, (Coloquio Internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994), Madrid, CEC, 1995, p. 150.

administración de dicha potestad la delegase en determinados órganos, que no guardaban entre sí una clara estructuración. En Francia estos organismos recibían el nombre de *Parlements* y realizaban funciones jurisdiccionales. Dichos jueces estaban integrados en el campo de los funcionarios, donde, al igual que los soldados (y de forma análoga a éstos en lo que se refiere a organización y derecho disciplinario), se les sometía al "servicio del Rey"⁵⁷. En realidad los *Parlements*, administrando la justicia, no ejercían sino un poder delegado por el Rey.

Con el tiempo los *Parlements* empezaron a reclamar el poder de controlar la conformidad de la legislación con las leyes fundamentales no escritas del Reino⁵⁸. Se instauró, en general, en toda Europa la práctica de interpretar la ley hasta el punto de poder reducirla y neutralizarla⁵⁹. Tomás y Valiente recuerda también como "una organización judicial que miméticamente trataba de reproducir lo que la cúspide era, un monarca absoluto, tendiese a actuar, en ocasiones, como si pudiera permitirse licencias en el cumplimiento del Derecho". Este comportamiento de los *Parlements*, estaba auspiciado, además, por un lado, por la práctica de juzgar en numerosas ocasiones con arreglo a la doctrina del *ius commune*, técnica poco precisa, y por otro lado, por el hecho de que las

⁵⁷ HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano: *op. cit.*, p. 41.

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro: "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, pp. 65 y ss.

⁵⁹ Sobre ello puede verse, CLAVERO, Bartolomé: "Códigos y Jueces (Las puertas y los porteros de la Ley)", en *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, pp. 67-89.

decisiones judiciales no contenían más que las pretensiones de las partes y el fallo dictado por los magistrados, es decir, eran sentencias no motivadas, lo cual favorecía la arbitrariedad⁶⁰.

Por ello, en un intento de poner coto a los posibles desmanes de los *Parlements*⁶¹ se creó un *Conseil Privé* del Rey que le ayudaba en los menesteres políticos y judiciales. Dicho *Conseil* se dividió en 1578 en el *Conseil d'Etat*, para asuntos políticos, y en el *Conseil des Parties*, para los judiciales. Éste último asistía al soberano como supremo juez, pero también como supremo legislador, lo que acentuaba su naturaleza política. El *Conseil des Parties* tenía, en efecto, por función "mantener el orden de las jurisdicciones", pero no era un tribunal, ni una jurisdicción ordinaria o especializada, era un medio de control policial del Rey legislador sobre los jueces y Cortes que él había instaurado; en definitiva, un control de la justicia delegada⁶². Lo que el Monarca trababa de hacer era corregir con la nulidad el mal uso que se hiciera de esta autoridad delegada y con ello recuperar el poder que podía perder.

60 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "De la administración de justicia al poder judicial", en *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 19.

61 CAPPELLETTI cuenta como los *Parlements* surgieron arraigados al régimen feudal y con una ideología que, acorde con su *status* social, su educación y sus intereses, era altamente conservadora y reticente al más mínimo cambio. Mostraron su oposición a cualquier innovación liberal justificando sus razonamientos en vagos principios no escritos. Su oficio era hereditario y se podía comprar y vender, y su actividad debía ser pagada por cada litigante, como si fuese un privilegio el impartir justicia y no un deber. Todo ello hizo que los sentimientos de rechazo hacia los Tribunales en esa época y en el período revolucionario estuvieran más que fundamentados. CAPPELLETTI, Mauro: "¿Renegar de Montesquieu?...", *op. cit.*, p. 20.

62 HALPERIN, Jean-Louis: *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution 1790-1799*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 27 y ss.

Por lo tanto, los *Parlements* carecían de independencia, en el sentido de que sus resoluciones eran anuladas por el Monarca cuando resultaban contrarias a las ordenanzas, edictos y declaraciones regias⁶³. Ese control y rectificación de las sentencias hay que entenderlos como resultado del ejercicio práctico del poder absoluto del soberano. Se recurrió al arbitrio del Rey para revisar las sentencias contrarias a la normativa regia porque el que los *Parlements* tuvieran la facultad de resolver en última instancia los asuntos hizo pensar en el peligro que para el crédito del Monarca, en cuanto supremo organismo judicial, podrían producir esas extraordinarias atribuciones⁶⁴.

A finales del S. XVIII algunos *Parlements* reaccionaron frente a las anulaciones del Consejo real y reclamaron una reforma judicial. La consecuencia de ello fue que el instituto de anulación de sentencias por el Rey, que podría considerarse como una forma muy embrionaria e imperfecta de la casación, fuese asumiendo, poco a poco, un contenido judicial y alejándose de su origen exclusivamente político. No obstante, tal proceso se quebró bruscamente con la Revolución francesa, que creó sus propios medios para controlar la acción de los jueces⁶⁵.

63 La nulidad de las decisiones de los *Parlements* tomadas en contra de las decisiones reales estaba prevista en las Ordenanzas de *Blois* y otras de 1667.

64 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: "La función casacional y la unificación de la doctrina jurisprudencial", *Revista Jurídica La Ley*, nº 4, 1982, p. 1147.

65 CALAMANDREI, Piero: *La Cassazione Civile*, I, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1920, p. 771.

Durante el siglo XVIII, con la evolución económica y social y las dificultades de la Monarquía francesa, entre otros factores, surgieron nuevas concepciones políticas como crítica al despotismo. Simon recuerda que la consigna "libertad en vez de despotismo" exigía, desde el punto de vista teórico, la sustitución de la soberanía del monarca por la soberanía de las leyes. Es así como la actividad judicial del Rey cobró una perspectiva totalmente diferente⁶⁶.

2.2.2. La concepción de Montesquieu: Un poder judicial subordinado al poder legislativo. La desconfianza en la aplicación de la ley por los jueces.

I. Entre las nuevas doctrinas que aparecieron en el período revolucionario, la que arraigó con más fuerza en Francia fue la de Montesquieu, que propugnaba la necesidad de un sistema en el que la libertad fuera efectivamente garantizada a través de un mecanismo de distribución de los poderes. Su teoría, dirigida a evitar la concentración de los mismos en manos de un sólo órgano, le llevó a plantear la conocida separación y especialización de los poderes del Estado. Es la primera vez que se habla de la judicatura como un tercer poder, pues la concepción de Locke de la división de poderes no comprendía la idea de un "poder judicial", e incluía a la jurisdicción en el poder ejecutivo.

Todavía hoy existe una reminiscencia de esa confusión de poderes propia del sistema británico. Así, la Cámara de los Lores

66 SIMON, Dieter: *La independencia del juez, op. cit.*, p. 4.

realiza también funciones jurisdiccionales: es Tribunal de Apelación y actúa como Tribunal Supremo para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, y en el caso de Escocia sólo para la jurisdicción civil. No obstante, este Tribunal sólo estudia unos pocos asuntos al año (alrededor de 40 o 50) de considerable trascendencia por afectar en algún extremo a una norma jurídica. Las decisiones tomadas por esta instancia judicial vinculan a todos los tribunales inferiores y al mismo Tribunal, a no ser que concurran circunstancias especiales⁶⁷. Pese a que actualmente el Tribunal está compuesto por Lores juristas (el *Lord Chancellor*⁶⁸ y diez Lores, entre los cuales se encuentran *Ex-Lords Chancery* y *Law Lords*), durante los siglos XVII y XVIII los Lores legos también intervenían en los procesos; fue a partir de principios del siglo XIX cuando se empezó a prohibir la intervención de los mismos en beneficio de la autoridad del Tribunal⁶⁹. Por otro lado, hay que señalar que, el Lord Canciller es también Presidente del Comité Judicial del Consejo Privado (*Privy*

67 SHERIDAN, Maurice Y CAMERON, James: *EC Legal Systems, an introductory Guide*, London, Butterworths, 1992, p. 5.

68 Los poderes judiciales del Lord Canciller traen causa de siglos atrás. Por ejemplo, puede verse en el *Habeas Corpus Amendment Act*, de 26 de mayo de 1679, las competencias que tenía en el conocimiento de los procesos de "Habeas Corpus".

69 JENNINGS, Ivor: *Parliament*, Cambridge, Cambridge University Press, 1957, pp. 396 y ss.

Council)⁷⁰, del Tribunal de Apelación y de la Cancillería del *High Court (Chancery Division)*⁷¹.

De todos modos, la propuesta de Montesquieu fue la que se convirtió en fundamental para la configuración del constitucionalismo moderno. Sus ideas estuvieron presentes en la Francia revolucionaria que consideró como principios fundamentales la división de poderes y el reconocimiento de derechos (art. 16 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano). Pero el resultado de la Revolución, lejos de establecer un sistema de separación absoluta de poderes, se decantó hacia una preeminencia en favor del legislativo. Se estableció un modelo constitucional, plasmado en la Constitución de 1791, en el que se hacía prevalecer la voluntad del Parlamento expresada a través de la Ley.

Desde el momento en que la doctrina revolucionaria de la representación llevó a afirmar la identidad entre la voluntad expresada por la Asamblea de los diputados y la propia voluntad general, la consecuencia fue que a lo dispuesto por esa Asamblea se le reconoció absoluta superioridad sobre cualquier otro tipo de

⁷⁰ El Consejo Privado es la última instancia de apelación para ciertos territorios de la Commonwealth y para ciertos ciertos cuerpos del Reino Unido como el *General Medical Council* y el *General Dental Council*. Vid. SHERIDAN, Maurice Y CAMERON, James: *EC Legal Systems an introductory ...*, op. cit., p. 11.

⁷¹ Sobre todo ello vid. ADAMS, George: *Constitutional History of England*, London, Jonathan Cape, 1922; JACKSON, R. M.: *The machinery of Justice in England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1965; PEREIRA MENAUT, Carlos: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992, pp. 244 y ss.; DE LOLME, Jean Louis: *Constitución de Inglaterra*, (Estudio y Edición de Bartolomé Clavero), Madrid, CEC, 1992.

decisión procedente de otro poder público. La burguesía comenzó a ejercer su influencia a través de la Asamblea nacional de donde emanaban esas normas, las leyes, que ocupaban una posición superior en el ordenamiento por ser la expresión de la "voluntad general". Para no perder el control debía tomar precauciones con el otro poder, el judicial, que juzgando podía hacer efectivas o inútiles esas mismas leyes. Además, si se admitía que la ley era omnipotente, había que aceptar que era cierta y suficiente, y que, por lo tanto, el juez no tenía nada que suplir ni añadir a la misma. Existía una confianza absoluta en la Ley, lo que llevaba a considerar que todo el Derecho se encontraba en ella.

II. La primera manifestación fundamental del principio de la supremacía de la ley en el ámbito de las relaciones entre el poder judicial y el poder legislativo se concretará en la creación de un instituto jurídico conocido como *référé législatif*⁷². En virtud del mismo se "refería" (remitía) al poder legislativo la facultad última para interpretar el texto oscuro de una ley⁷³. Esta figura imponía a los jueces del Tribunal de Casación⁷⁴ la obligación de acudir al legislador a los solos efectos de que aclarara el sentido de una norma cuando estuvieran en presencia de una dificultad de interpretación de la misma. Como regla general, una vez el Tribunal

72 Creado por el Decreto de 16-24 de agosto de 1790 (*référé facultatif*) y Decreto de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790 (*référé obligatoire*).

73 BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución, op. cit.*, p. 229.

74 El mismo Decreto de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790 creó el *Tribunal de Cassation*, (llevando este nombre y no el de *Cour*), como un apéndice del poder legislativo y sin funciones jurisdiccionales, sino meramente políticas.

de Casación había dado la interpretación correcta a un texto normativo el caso se remitía al tribunal ordinario que debía conocer del fondo del asunto. Pero la existencia del *référé obligatoire* exigía que "*cuando el fallo haya sido casado dos veces, y un tercer tribunal haya juzgado en última instancia, de la misma manera que las dos primeras, la cuestión no podrá ser planteada al Tribunal de Casación hasta que haya sido sometida al cuerpo legislativo, quien, en este caso, emitirá un decreto declaratorio de la ley; y cuando este decreto había sido sancionado por el Rey, el Tribunal de casación se conformará a él en su fallo*"⁷⁵. En los mismos términos, el art. 256 de la Constitución Francesa de 1791 establecía que "*cuando después de una casación, el segundo fallo sobre el fondo sea atacado por los mismos medios que el primero, la cuestión no puede ser planteada nuevamente al Tribunal de Casación, sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que emite una ley a la que el Tribunal de Casación tendrá necesariamente que ajustarse*". El sistema había que entenderlo del siguiente modo: Si la ley se imponía a los tribunales y se consideraba que ésta era suficiente en si misma para que de ella se desprendiese el derecho, cuando un tribunal al resolver sobre el fondo del asunto la desconocía abiertamente el tribunal de casación estaba pensado para anular su decisión. Pero, si, pese a esta censura, la resistencia de los tribunales persistía hasta hacerse necesaria una segunda casación, había una presunción de que la ley no era suficientemente clara sobre el punto objeto del litigio, por lo que el Tribunal de Casación debía provocar una interpretación

⁷⁵ Art. 21 de la Ley de 27 de noviembre-1 de diciembre creadora del *référé* obligatorio, recogido por Roberto BLANCO VALDÉS, en *El Valor de la Constitución*, op. cit., p. 233.

oficial y obligatoria, que, por supuesto, no podía realizar él mismo, sino el legislador. El Tribunal de Casación debía presentar ante éste el *référé*, porque el legislador era el único capaz de señalar el significado preciso de la ley.

Junto al *référé* obligatorio existía el *référé facultatif*, recogido en el art. 12 del Decreto de 16-24 de agosto de 1790, donde se disponía que los tribunales "*no podrán en ningún caso hacer reglamentos; pero se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que creyeran necesario bien interpretar una ley bien hacer una nueva*".

Lo cierto es que la introducción de este instituto, el *référé législatif*, permitía, en definitiva, una introducción del órgano legislativo en la función jurisdiccional y le convertía efectivamente en el superior dentro de los tribunales⁷⁶. Desde luego, esta circunstancia no fue pasada por alto en la Asamblea Nacional francesa en el momento de instituirse el *référé*. Blanco Valdés⁷⁷, gran conocedor de este período, describe la concepción que se tenía acerca de la organización del poder judicial en dicha Asamblea: Se compartía la opinión de que el poder judicial estaría mal organizado si el juez gozaba del peligroso privilegio de interpretar la ley o de añadir algo a sus disposiciones. Por lo tanto, la aplicación de la misma debía ser supervisada, y no por un órgano del mismo poder

⁷⁶ Así lo recordaba BLANCO VALDÉS en "La supremacía de la ley y sus consecuencias en la teoría constitucional de la revolución francesa", *Anuario de Derecho Constitucional*, nº 6, 1994, p. 95.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 77-112.

judicial, sino por el legislativo que era quien precisamente había creado la ley⁷⁸.

La Constitución de 1795 fue más severa en cuanto al instituto del *référé*, pues, además, obligaba a someter la cuestión al legislativo después de una sola casación en el supuesto de que en una segunda vista de una causa se tomaran las mismas medidas contra las decisiones de fondo⁷⁹. Por su parte, el Directorio se atribuyó el derecho de filtrar los *référés* dirigidos por los tribunales al cuerpo legislativo, y, en la práctica, sólo consintió en dar traslado de los *référés* al legislativo en contadas ocasiones, incluso recurrió decisiones de *référé* de los tribunales ante el Tribunal de Casación. La respuesta de éste fue anular muchas de estas decisiones entendiendo que tales *référés* estaban infundados y que el sentido de la ley estaba lo suficientemente claro como para no necesitar ninguna interpretación posterior. Ello convirtió al Tribunal de Casación en juez de la oportunidad de utilización del *référé*⁸⁰.

El propio Tribunal de Casación, haciendo uso del *référé facultatif*, dirigió sus propios *référés* al cuerpo legislativo, pero éste no consiguió llegar a un acuerdo que diera contestación a los

78 El portavoz del Comité de Constitución (para la Constitución de 1791) defendió que "este derecho de vigilancia (de la ejecución de la ley) debía ser conferido por el cuerpo legislativo, porque al poder de hacer la ley le sigue naturalmente el de vigilar su observación, de tal manera que, si ello fuera posible, correspondería con auténticos principios que los fallos contrarios a la ley fuese casados por decreto". Citado por BLANCO VALDÉS, Roberto: *Ibidem*, p. 98

79 HALPERIN, Jean-Louis: *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous...*, *op. cit.*, p. 195.

80 *Ibidem*, pp. 256-259.

mismos. Esta inactividad del legislador produjo el declive del uso del *référé* hasta el punto de que puede decirse que en el momento del golpe de estado de brumario del año VIII (1800) estaba casi en desuso⁸¹. A ello se unió la existencia de la convicción entre los redactores del Código napoleónico de 1805 de que el *référé législatif* paralizaba el funcionamiento de la justicia⁸². No obstante, la figura del *référé* no fue suprimida hasta la Ley de 1 de abril de 1837, relativa a "la autoridad de las sentencias pronunciadas por el tribunal de casación, después de dos recursos"⁸³.

En suma, la función jurisdiccional fue entendida por la Asamblea Nacional como una función consistente en la mecánica de la aplicación de las leyes, función que colocaba al poder judicial en una posición subordinada al legislativo. Este tipo de subordinación terminó en Francia con el Código de Napoleón de 1804, que posibilitaba al juez la interpretación de la norma legal en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de la misma⁸⁴; de dicho cambio se encarga más adelante nuestro trabajo y al apartado pertinente nos remitimos.

81 *Ibidem*, pp. 265 y ss.

82 D'AMBRA, Dominique: *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le Droit et trancher les litiges*, Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 98.

83 BLANCO VALDÉS, Roberto: *El Valor de la Constitución, op. cit.*, p. 238.

84 El Código napoleónico decía así: "Las Leyes son ejecutivas en todo el territorio francés en virtud de su promulgación"; "el juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de la justicia".

III. Así pues, en el período post-revolucionario francés quedó clara la intención de llevar a cabo una profunda reorganización de todo el aparato judicial heredado del absolutismo debido a la desconfianza existente hacia el mismo. Surgió la necesidad de fijar límites precisos al peligroso predominio que los tribunales, bajo el control del Monarca, habían tenido en el Régimen anterior. No obstante, el ejecutivo también intentó utilizar sus mecanismos para controlar a los jueces, esto es, los nombramientos, suspensiones, traslados, etc.; Como recuerda Hernández Martín, "se había entablado, pues, la batalla entre el legislativo y ejecutivo por el control del poder judicial. Cada uno de los contendientes utilizaba sus armas naturales: el legislativo la ley, con la que pretendía atar al juez; el ejecutivo sus potestades organizativas, con las que pretendía someterlo y dominarlo"⁸⁵.

De todos modos, esta situación no resulta del todo ajena si observamos la realidad actual. Tanto el Gobierno como el Parlamento tienen positivo interés en que personas afines a una determinada ideología u otra sean miembros de aquellos Tribunales generadores de jurisprudencia, dígame TS o TC⁸⁶, ya que ambos

⁸⁵ HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano: *La independencia del juez, op. cit.* pp. 52 y ss.

⁸⁶ La propuesta de miembros del TC se realiza, según el art. 122.3 CE, "cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial". Por su parte, los miembros del TS se nombran discrecionalmente por el CGPJ distinguiendo en cada Sala cinco turnos, de los que cuatro se reservan para miembros de la carrera judicial. Según establece el art. 343 LOPJ (reformado 14 octubre 1994): "En las distintas salas del Tribunal, de cada cinco plazas de sus Magistrados, cuatro se proveerán entre miembros de la Carrera Judicial con diez años, al menos, de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de quince en la Carrera, y la quinta entre Abogados y otros juristas, todos ellos

sientan jurisprudencia respecto al modo en que han de interpretarse las leyes. Es lógico, por ejemplo, que el partido que está en el gobierno y que ha sido el promotor de una determinada normativa, prefiera que entre los miembros del TC se encuentren partidarios de su ideología, pues, sin poner en duda la independencia del TC en su actuación, en el supuesto de que se presente un recurso de inconstitucionalidad contra una de esas leyes, la presencia de magistrados de la misma ideología del gobierno favorecerá que entre las posibles interpretaciones acordes con la Constitución prevalezca la que propicia los intereses del partido en el poder. Lo mismo sucede con el TS, pues sus magistrados son los que determinan cuál es la exacta interpretación de una ley, y lógicamente, cada grupo parlamentario prefiere que la interpretación que prevalezca sea la acorde con sus convicciones. Esto es uno de entre los muchos motivos por los que el nombramiento de los miembros del CGPJ (quién nombra a los magistrados del TS) se realiza por el Congreso y el Senado.

de reconocida competencia". Y el art 345 LOPJ añade que "podrán ser nombrados Magistrados del Tribunal Supremo los abogados y juristas de prestigio que, cumpliendo los requisitos establecidos para ello, reúnan méritos suficientes a juicio del Consejo General del Poder Judicial y hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años...". Por ello también existe interés por parte de los partidos políticos en elegir a los miembros del CGPJ, porque el mismo nombra a los miembros del TS y propone a parte de los del TC. Bien conocida es la polémica que produjo el sistema de propuestas establecido por la LOPJ de 1985. A diferencia del sistema anterior, donde la propuesta de los doce miembros que la Constitución reserva a la regulación de dicha Ley orgánica y que en Ley 1/1980 encargaba a los propios Jueces y Magistrados, actualmente, queda reservada también al Congreso de los Diputados y al Senado. El art. 112 LOPJ establece que "1. los Vocales del CGPJ serán propuestos por el Congreso de los Diputados y por el Senado. 2. Cada Cámara elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro Vocales entre abogados y otros juristas de reconocida competencia...3. Además, cada una de las Cámaras propondrá, igualmente por mayoría de tres quintos., otros seis Vocales elegidos entre jueces y Magistrados ...".

2.3. El control interno de la actividad de los jueces.

2.3.1. La aparición de los tribunales de casación y su función originaria de control de la correcta aplicación de la Ley por los jueces.

a) El "Tribunal de Cassation" francés del período revolucionario como el modelo originario.

I. Durante el período revolucionario francés también se cuestionó la reforma judicial. Como se ha dicho, subyacía en las mentes de los constituyentes un objetivo: asegurar la preeminencia de la voluntad general y procurar la defensa de la Ley contra las trasgresiones que los tribunales pudieran hacer de las misma en el momento de aplicarla. Para tal fin existía acuerdo respecto a la necesidad de un recurso de casación, pero se mantenían discrepancias acerca del órgano encargado del mismo. El acuerdo al que se llegó en el debate constituyente se inclinó a favor de un tribunal que, pese a estar formado por verdaderos jueces, realizaba una función consustancial a la legislativa: vigilaba a los jueces ordinarios cuando trataban de sustraerse a la observancia de la legalidad revolucionaria. En las mentes de los redactores de la Constitución no cabía la idea de un tribunal de casación integrado dentro del poder judicial, porque la misión que le correspondía era, precisamente, la de vigilar la actuación de los jueces, y tal tarea de

vigilancia no podía encomendarse a un órgano del mismo poder⁸⁷. Este mismo razonamiento recuerda al que se produjo siglo y medio después en la mayoría de los países europeos cuando se crearon los Tribunales Constitucionales. La conversión de la Constitución en *Norma normarum* exigía el establecimiento de un mecanismo asegurador de la efectiva y correcta aplicación de la misma, y el tribunal encargado de éste no podía pertenecer a ninguno de los tres poderes existentes, pues ellos son los que tenían que ser controlados. Por esa razón se crearon tribunales *ad hoc*, los tribunales constitucionales, como órganos independientes de cualquiera de los otros poderes. No es el momento ahora de detenernos en esta cuestión, sobre la que se incidirá en este trabajo, sino de analizar las circunstancias que rodearon al nacimiento de los tribunales de casación.

Así pues, la idea de crear un controlador de la aplicación de la ley por los jueces llevó a la creación del primer *Tribunal de cassation* en Francia, ya antes citado, por acuerdo tomado por la asamblea constituyente el de 27 de noviembre de 1790⁸⁸(Ley 27

⁸⁷ En este sentido, las palabras de Robespierre vienen a ilustrar dicho razonamiento: "¿Este poder de vigilancia -se preguntaba Robespierre- deberá ser parte del poder judicial? No, porque es el propio poder judicial el vigilado. Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se convertiría en dueño de la ley. ¿Debe ser, en fin, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? No, porque yo no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este derecho de vigilancia es, por tanto, una dependencia del poder legislativo. En efecto, según los principios auténticamente reconocidos, es el legislador a quien corresponde la interpretación de la ley que él mismo ha hecho; incluso en el antiguo régimen estaba consagrado este principio", recogido por BLANCO VALDÉS, en *El valor de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 235-236.

⁸⁸ "Le Tribunal de Cassation ne pourra jamais connaître du fond d'aucune affaire; il sera tenu d'annuler tout jugement dans lequel les formes auraient été violées ou qui contiendren une contravention expresse au texte de la loi.

de noviembre-1 de diciembre de 1790, del *Tribunal de Cassation*). En la elaboración de la Constitución, aprobada finalmente en 1791, algunos miembros de la Comisión de Constitución consideraban que, dado que la función interpretadora de la ley era consustancial a la función legislativa, y puesto que el Tribunal de casación no debía ser sino una prolongación del Parlamento, éste debía encargarse de la elección de los miembros del Tribunal. Frente a esta posición, otros miembros entendieron que debían ser directamente elegidos por el pueblo, pues se trataba de verdaderos jueces, siendo ésta, finalmente, la opción que prevaleció⁸⁹.

En la configuración originaria del *Tribunal de cassation*, cuando se casaba una sentencia por motivo de contravención expresa al texto de la ley dicho tribunal no realizaba propiamente una función jurisdiccional, pues no podía motivar sus resoluciones, ni éstas vinculaban al tribunal de reenvío⁹⁰, esto es, no se sentaba ninguna jurisprudencia; sólo cuando, a través del *référé*, el legislador había determinado el significado de la ley, existía una vinculación hacia dicha interpretación. La función del Tribunal de Casación simplemente consistía en decir si se había trasgredido la

Et néanmoins jusqu'à la formation d'un code unique de lois civiles, la violation des formes de procédure désignées comme emportant peine de nullité et la contravention aux lois particulières aux différentes parties de l'Empire, donneront ouverture à la cassation" (Texto original del acuerdo tomado por la asamblea constituyente el 27 de noviembre de 1790, recogido por HALPERIN, Jean-Louis: *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous...*, *op. cit.*, 1987, p. 70.

89 BLANCO VALDÉS, Roberto: "La supremacía de la ley y sus consecuencias...", *op. cit.*, pp. 97-99.

90 ORTELLS RAMOS, Manuel: "Los medios de impugnación", en MONTERO, Juan; ORTELLS, Manuel y otros: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil 1º*, (3ª ed.), Barcelona, J.M. Bosch Editors, S.A., 1993, p. 407.

ley en su aplicación, lo cual implicaba la anulación de la sentencia, pero lo hacía sin argumentar en qué sentido se había conculcado la misma o cual debía ser su interpretación. El Tribunal de Casación simplemente velaba por que los jueces, a la hora de aplicar la Ley, no se separasen de la interpretación establecida por el legislativo⁹¹. La fuerza del poder legislativo dependía de la exacta observación de las leyes que emitía; si los magistrados podían sustituir su significado a través de su aplicación, o podían completarlas, se convertían en legisladores. Por ello era necesario establecer un mecanismo que mantuviese a los tribunales dentro de los principios legislativos. Los revolucionarios franceses eran conscientes del predominio que habían tenido los tribunales en el Antiguo Régimen y de la peligrosa influencia que éstos podían tener en la formación y desarrollo de la ley, por lo tanto, era necesario fijar unos límites al predominio que había tenido hasta el momento la judicatura. Por ello puede decirse, como apuntaba Martínez-Calcerrada, que la casación constituía, de este modo, el instrumento de freno al poder judicial⁹².

De 1791 a 1795 los diversos sucesos revolucionarios influyeron notablemente en la evolución del Tribunal de Casación, pues el Tribunal revolucionario que se creó en el período del terror llegó a tomar tanto protagonismo que ensombreció la figura de la casación,

⁹¹ Es más, según el art. 12 de la Ley de 16 de agosto de 1790, "los Tribunales no podían hacer reglamentos, sino que se dirigirían al cuerpo legislativo siempre que fuera necesario interpretar una Ley o hacer una nueva"; *Vid.* sobre ello, PÉREZ TREMPES, Pablo: *Tribunal Constitucional y...*, *op. cit.*, p. 38.

⁹² Véase la introducción histórica sobre la casación que realiza Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, en *La nueva casación civil, (Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril)*, Madrid, Civitas, 1993, p. 45.

incluso anuló muchas sentencias de éste Tribunal⁹³. No obstante la Constitución de 1795 restableció al Tribunal de Casación en su posición, e incluso le otorgó cierto grado de independencia respecto del legislativo⁹⁴. A partir de entonces el Tribunal de Casación empezó, en cierto modo, a navegar entre el poder ejecutivo y el legislativo para tratar de defender su independencia y de desarrollar su influencia sobre los tribunales⁹⁵. Por supuesto, otra de las circunstancias que también influyó en el resurgimiento del Tribunal de Casación fue el declive del uso del *référé*, al que ya se hizo mención anteriormente. Esto facilitó el reforzamiento del poder de interpretación del Tribunal y pasó a asumir el nuevo papel de regulador de todos los tribunales.

II. El *Tribunal de Cassation* nació, pues, con un claro tinte político, aunque, fue adquiriendo apariencia externa y tono jurisdiccional, que se materializó con Napoleón cuando pasó a denominarse *Cour de Cassation* en 1804⁹⁶. En ese proceso, como señala Fairén, se produjo una cierta "desnaturalización del sentido político de la casación" a partir de la inclusión de un nuevo motivo de casación por causa de un procedimiento en el que se hubieran

93 Sobre ello *vid.* HALPERIN, Jean-Louis: *Le tribunal de cassation et...*, *op. cit.*, pp. 148 a 168.

94 Los artículos del texto constitucional de 1791 que señalaban "Le Tribunal de cassation était établi auprès du Corps Législatif", fueron suprimidos en la Constitución de 1795.

95 HALPERIN, Jean-Louis: *Le tribunal de cassation et les...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

96 Véase el estudio que hace Juan MONTERO AROCA sobre los orígenes de la casación, en *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, II, Madrid, Civitas, 1993, p. 1125. *Id.* en HALPERIN, Jean-Louis: *Le tribunal de cassation et les ...*, *op. cit.*, p. 266.

violado las formas. En aquellos momentos no se era consciente de la diferencia que existe, desde el punto de vista político, entre la violación de ley cometida por el juez *in iudicando* y la cometida por él *in procedendo*⁹⁷; para entonces, el fundamento de la nulidad de una decisión judicial era el mismo: fuese una norma procesal o una material, el juez se encontraba vinculado por su contenido y si no lo hacía su decisión debía ser anulada. Sin embargo, la tutela de la legalidad formal o material de una norma no implica lo mismo. En el primer caso, cuando en un proceso de casación se determina que el juez ha violado normas formales (error *in procedendo*), la casación viene a establecer simplemente si el juez ha observado las formalidades procesales que le son exigibles. Por el contrario, si se determina que el juez ha cometido una violación *in iudicando*, lo que se realiza es un control de la equidad de la interpretación y aplicación de la ley efectuada por el juez, un control de su actividad jurisdiccional; desde este punto de vista, la casación cumple con la función de asegurar la sumisión de los jueces a la ley y consigue, en definitiva, desarrollar su faceta política al perfilar el contenido de la ley, pues al controlar el modo en que los jueces interpretan la ley se garantiza una determinada aplicación de la misma por la judicatura.

97 FAIRÉN GUILLÉN, Victor: "La recepción en España del recurso de casación francés", en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, Tecnos, 1969, p. 221.

b) Los orígenes de la casación en España.

I. Las ideas de la separación de poderes de Locke y Montesquieu, la primacía de la ley y la casación tuvieron también influencia en España a principios del s. XIX, y cristalizaron en las Cortes Constituyentes de Cádiz, aunque el aparato ideológico y político del Antiguo Régimen continuó presente⁹⁸.

De un modo paralelo a la *Cour de Cassation francesa*, se introdujo en nuestro sistema judicial un Supremo Tribunal de Justicia⁹⁹, aunque no tuvo una duración muy larga, pues un Decreto de 27 de mayo de 1814 vino a suprimirlo, restableciendo el anterior Consejo Real. En sus orígenes el Supremo Tribunal era un órgano más político que técnico, que tenía como misión fundamental, según su reglamento regulador (Decreto 13 marzo de 1814), "ser la inspección suprema sobre todos los jueces y tribunales encargados de la administración de justicia"¹⁰⁰.

98 Uno de los párrafos del discurso preliminar de la Constitución de Cádiz constituye muestra de ello: "Para que la potestad de aplicar las leyes a los casos particulares no pueda convertirse jamás en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de cualquier otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Cortes ni el Rey ejercerlas bajo ningún pretexto".

99 La creación de este Tribunal estuvo rodeado de polémica, pues, para muchos, dejar en manos de un tribunal supremo la vigilancia y conocimiento de la responsabilidad de magistrados era ineficaz, porque pensaban que el nombramiento de sus miembros correspondería al ejecutivo. Además, la creación de tal órgano suponía acabar con los Consejos existentes anteriormente de un sólo golpe. Finalmente, se aceptó su creación y fue regulado en los arts. 259 y ss. de la Constitución española de 1812, estableciéndose que sus miembros serían propuestos por el Consejo de Estado. *Vid.* MORENO PASTOR, Luis: *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989, pp. 51 y ss.

100 *Ibidem*, p. 82.

La opinión está dividida sobre si dicho Tribunal y las funciones que tenía encomendadas constituyen el precedente español de la actual casación, producto de la recepción de la casación francesa¹⁰¹. Así, para Fairén¹⁰² y Ortells Ramos el Supremo Tribunal español no era un verdadero Tribunal de casación; éste último señala que el recurso de nulidad del que conocía el Supremo Tribunal de Justicia nada tenía que ver con la casación configurada en Francia¹⁰³. El recurso de nulidad del que conocía el Supremo español en la Constitución de 1812 era un proceso para fiscalizar la responsabilidad disciplinaria de los jueces por falta de observancia de las leyes que reglaban el proceso¹⁰⁴. Al resolverse un recurso de

101 Puede verse la recopilación que hace FAIRÉN de las diferentes posiciones doctrinales sobre el tema en "La recepción en España del recurso de casación...", *op. cit.*, pp. 203 y ss.

102 FAIRÉN GUILLÉN, Victor: *Temas del ordenamiento...*, *op. cit.*, p. 214.

103 ORTELLS RAMOS, Manuel: "Los medios de impugnación", *op. cit.*, p. 407.

104 La responsabilidad disciplinaria jurisdiccional o procesal de jueces y magistrados, que atiende a la corrección de faltas u omisiones cometidas por los funcionarios judiciales con ocasión de los actos y procedimientos judiciales, estuvo también regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en términos similares. Con la Constitución de 1978 pareció introducirse un giro en dicho sistema de responsabilidades, pero se entregó la administración del régimen disciplinario sobre Jueces y Magistrados al Consejo General del Poder Judicial y a la futura Ley Orgánica del Poder Judicial que, promulgada en 1985, hizo partícipe de estas funciones disciplinarias a las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y a los Presidentes de estos Tribunales. (Arts. 405-427 LOPJ). En el ejercicio *strictu sensu* de la potestad jurisdiccional no cabe ninguna mediación en la relación entre el Juez y la ley, de modo que la potestad disciplinaria no puede expandirse para sancionar las diferencias surgidas entre tribunales sobre la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Esta regla, en opinión de J. M. Bandrés, no fue entendida en sus debidos términos por la STC 110/1990, pues de dicha sentencia se desprende que es posible exigir responsabilidad disciplinaria a jueces y magistrados derivada del ejercicio de su función jurisdiccional al margen de la regulación disciplinaria establecida en la LOPJ, y que es conforme a la Constitución que órganos jurisdiccionales puedan imponer correcciones a jueces por su debilidad en la aplicación del

nulidad, no se servía predominantemente al interés de la ley, lo único que se pretendía era dejar sin eficacia jurídica una decisión viciada por cualquier defecto de construcción. Por lo tanto, actuaba como otro tribunal cualquiera, aunque, con la particularidad de ser la suprema autoridad disciplinaria del ordenamiento judicial¹⁰⁵.

No obstante, el art. 261.10 de la Constitución de Cádiz otorgaba al Supremo Tribunal un instrumento preventivo que sí guardaba gran similitud con el *référé facultatif*. Al Supremo Tribunal de Justicia le correspondía, según dicho artículo, la facultad de "oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promoviera la conveniente declaración en las Cortes".

Las razones por las que no se instauró un *référé* obligatorio al estilo francés se encuentran en que la preocupación por la interpretación de la ley no fue primordial durante los debates constituyentes y no se hizo necesaria la introducción de un mecanismo de este tipo. La relajación sobre la cuestión de la interpretación de la ley fue debida a que, al contrario de lo que sucedía en Francia, los gaditanos se encontraron huérfanos de científicos e ilustrados procesalistas, y además el aparato institucional del Antiguo Régimen permaneció intacto, lo que evitó que se introdujera de un modo tan radical la concepción del juez

ordenamiento. Sobre ello puede verse el trabajo de José Manuel BANDRÉS: "La extensión indebida de la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados por el Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, nº 22, 1991, pp. 9-32.

105 FAIRÉN GUILLÉN, Victor: *op. cit.*, p. 225.

como "boca que pronuncia las palabras de la ley". A esto hay que añadir, que a diferencia de la Revolución francesa, en Cádiz la defensa de la ley se redujo a la defensa de la Constitución y los revolucionarios españoles entendieron que la anulación de una sentencia inconstitucional era un acto que, por su naturaleza, correspondía inequívocamente a las Cortes, que eran las defensoras de la Constitución. Con lo cual, al Supremo Tribunal se le reservaron únicamente las pocas atribuciones de control disciplinario y de control infracción de las normas procesales de las que antes se ha hablado, dejándolo, por supuesto, sin posibilidad de creación de jurisprudencia¹⁰⁶.

c) La faceta nomofilática de la casación.

I. Esta función originaria de la casación heredada del modelo francés es lo que se conoce como función nomofilática, entendiéndose por tal la orientada esencialmente a la individualización del significado propio de la norma en sí considerada. Bien es cierto que el análisis del caso particular en el que se produce la interpretación puede ser útil para establecer el correcto significado de la ley, pero la función nomofilática consiste siempre en la formulación, *en términos generales*, del significado de la norma. La nomofilaxis viene, pues, a configurarse como actividad de tutela del significado propio de la norma, como garantía de la

106 LORENTE SARIÑENA, Marta: "Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria", en la obra colectiva, *El Poder Judicial en el bicentenario ...*, op. cit, pp. 205-215.

"única interpretación verdadera" de la misma¹⁰⁷. La nomofilaxis no puede entenderse como simple función de defensa o conservación del Derecho, o de la ley, ya que ésta es una tarea que corresponde a todos los jueces y tribunales. La nomofilaxis en la casación no consiste sólo en controlar la correcta aplicación de la ley, sino en asegurar la única interpretación de la ley que es adecuada y verdadera. Con ello el TS realiza una depuración de nuevas interpretaciones o aplicaciones judiciales que pueden ser erróneas o que, aún ajustándose a derecho, no son las más exactas entre las posibles.

El establecimiento de la función nomofilática en un órgano, como es el Tribunal Supremo, situado en la cúspide de una organización piramidal ha sido visto como el triunfo de un modelo de justicia en el que "el poder desciende de un vértice que todo domina y que se convierte en el verdadero y principal garante del control político sobre la justicia"¹⁰⁸. Esto es, la casación en su vertiente nomofilática constituye un modo de control de la correcta aplicación de la ley por los jueces.

Pero, como señala Taruffo, puede añadirse otro significado a la función nomofilática. Con ella cabe referirse también a la función que el Tribunal de Casación realiza *ex post* de verificación de que el juez ha realizado una interpretación de la ley que cumple las

107 CALAMANDREI, Piero: *La casación civil, op. cit.*, pp. 108-111.

108 TARUFFO, Michele: *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, Il Mulino Ricerca, 1991, p. 48.

condiciones mínimas exigidas¹⁰⁹. Por así decir, la nomofilaxis atiende a la justeza del método interpretativo utilizado y a la adecuación de dicha interpretación al sentido dado en la norma. La Casación realiza así un test de admisibilidad de la adecuación de la interpretación realizada por el juez al iter normativo.

Con la actividad nomofilática se consigue, por lo tanto, salvaguardar el interés general de que la norma aprobada por el legislativo va a ser aplicada en los términos que éste ha establecido, y como consecuencia de ello se logra una certidumbre en la aplicación e interpretación del Derecho, obteniéndose una igualdad en la aplicación de la ley, pues si sólo uno es el correcto significado que puede darse a una norma, lógico es que a todos los individuos se les aplique esa determinada y correcta interpretación de la ley. No obstante, de la faceta casacional en cuanto control de la igual aplicación de la ley por los tribunales se hablará en el siguiente punto de este trabajo.

II. Este mismo fin es el que podemos encontrar en el recurso extraordinario de casación existente en el ámbito civil (art. 1718 LEC¹¹⁰) y contencioso (art. 102-b LJCA¹¹¹): La casación en interés de

109 *Ibidem*, PP. 13-14.

110 Art. 1718 LEC: "Podrá igualmente el Ministerio Fiscal, en interés de la Ley, interponer en cualquier tiempo el recurso de casación por el motivo 4º del art. 1692 en los pleitos en que no haya sido parte".

111 Art. 102-b LJCA: "El Abogado del Estado, así como las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter personal o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, podrán interponer recurso de casación en interés de la Ley contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de

ley¹¹². La peculiaridad de este recurso estriba en que el único objeto del mismo es sentar jurisprudencia en aquellos casos en los que tribunales inferiores han mantenido una doctrina errónea por haber infringido las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia aplicables al caso. Los efectos de la sentencia que se dicte en dicho recurso se limitan a la formación de jurisprudencia sobre el caso resuelto en la sentencia que dio pie al mismo, pero no incide en modo alguno sobre las consecuencias fácticas que dicha sentencia había producido¹¹³. La casación en interés de ley constituye, pues, "una figura anómala en cuanto que se aleja del núcleo de la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) al dejar intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida"¹¹⁴. El fundamento de este proceso se puede encontrar en ese interés general de asegurar la correcta aplicación de la ley del que se viene hablando, acercándose así a la finalidad más pura de la casación: la nomofilaxis. Ello justifica la legitimación establecida en la normativa para interponer el recurso: El Abogado del Estado, así como las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter personal o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, en el orden administrativo; y el Ministerio

Justicia no susceptibles de recurso de casación, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada".

112 Art. 1.718 LEC: "Podrá igualmente el Ministerio Fiscal, en interés de la Ley, interponer en cualquier tiempo el recurso de casación por el motivo 4º del art. 1692 en los pleitos en que no haya sido parte".

113 Segundo párrafo del art. 1718 LEC y cuarto del art. 102-b LJCA.

114 SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La unificación de la doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo: situación y funcionamiento de las salas y servicios...*, Madrid, CGPJ, 1993, p.42.

Fiscal en el civil. Pese a que a los particulares son emplazados para que intervengan en el litigio, si lo tuviesen por conveniente, no suelen estar especialmente interesados en promover recursos de este tipo, puesto que en nada va a incidir sobre su situación fáctica.

El propio TS, tras la reforma de la LEC de 1992, y con motivo de pronunciarse sobre la casación en interés de ley en la jurisdicción contenciosa, definía los fines de este recurso extraordinario en los siguientes términos¹¹⁵:

"El recurso de casación en interés de la ley que diseña el nuevo art. 102-b de la Ley de esta jurisdicción, lo mismo que el recurso de apelación extraordinario antes de la Ley de 1992, de 30 de abril, tiene como única y exclusiva finalidad *fijar la doctrina legal procedente*. (...) Cumple pues, este recurso excepcional, exclusivamente *una función nomofilática*, no tiene como objetivo la resolución de un conflicto, ni la tutela de un derecho o interés legítimo controvertido, persigue únicamente *velar por la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico*, complementando la obra del legislador, del titular del poder normativo, bien que con ocasión de un conflicto jurídico intersubjetivo resuelto, y cuya solución permanece cualquiera que sea la suerte del recurso de casación en interés de ley" (el subrayado es nuestro).

115 STS, de la Sección primera de la Sala Tercera, de 1 de diciembre de 1992 (FJ 1 y 2).

La finalidad en la casación en interés de ley es la misma en la jurisdicción civil y en la administrativa, esto es, la defensa del interés general, pero en este segundo orden el recurso de casación en interés de ley presenta una importante peculiaridad: sólo puede utilizarse cuando se estime que la sentencia recurrida, además de errónea, es "gravemente dañosa" para ese interés general (art. 102b LJCA). Por perjuicio "gravemente dañoso" no ha de entenderse un resultado de consecuencias económicas negativas para una de las partes del litigio derivado del fallo, sino que lo grave y dañoso se encuentra en el establecimiento de una doctrina incorrecta (STS de 5 de octubre de 1983). Por lo tanto, la gravedad del daño para con el ordenamiento se deriva de una aplicación o interpretación errónea de la legalidad llevada a cabo por el juez.

2.3.2. La nueva función de la casación: la unificación de la doctrina.

a) Los motivos de la introducción en la casación de la tarea de unificar la jurisprudencia.

I. Como consecuencia del cambio de ideas que surgió en la época de la codificación napoleónica, al cometido originario de la casación (función de nomofilaxis) se unirá, paulatinamente, el de regular la interpretación del derecho objetivo a través de la unificación de la jurisprudencia, función que, en palabras de Calamandrei, no es menos importante que la de la correcta

aplicación de la ley por los jueces¹¹⁶. Los redactores del Código civil napoleónico trabajaron para la creación de un Código aplicable en todo el territorio francés y en todos los ámbitos del Derecho, pero rechazaban la idea de regular todas y cada una de las necesidades de la justicia privada¹¹⁷, pues, como advertía Portalis, "por completo que pueda parecer un código, no queda bien concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado...Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos... al arbitrio de los jueces. La misión de la ley es fijar a grandes rasgos las máximas generales del Derecho, establecer principios fecundos en consecuencias, y no descender al detalle de las cuestiones que pueden surgir en cada materia. Es al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación"¹¹⁸. Por ello, el Código Civil obligaba al juez a decidir incluso en el caso de oscuridad, indeterminación o laguna legal¹¹⁹. Lo cual suponía, en definitiva, permitir al juez interpretar

116 CALAMANDREI, Piero: *op. cit.*, p. 771.

117 El discurso preliminar que redactó Jean-Marie-Etienne PORTALIS para el nuevo Código Civil napoleónico decía: "Las necesidades de la sociedad son tan varias, la comunicación entre los hombres, tan activa, sus intereses, tan múltiples, y sus relaciones, tan extendidas, que resulta imposible para el legislador proveer a todo", en *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*, (1801), traducción de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, editado en Valparaíso, Edeval, 1978, p. 35.

118 *Ibidem*, p. 36.

119 El Código de Napoleón no entiende que haya libertad o derechos previos a la determinación de un poder, del poder ante todo legislativos: sólo existen los derechos que el propio Código contemple o regule. Además, las Leyes son ejecutivas en todo el territorio francés en virtud de su promulgación, lo que obliga al juez a interpretar la misma incluso en caso de oscuridad o insuficiencia de la misma, si "el juez rehúsa juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia".

la ley. Pero, si se le otorgaba dicha facultad se corría el peligro de que las interpretaciones de los diferentes tribunales fueran divergentes, algo que no casaba con un sistema que giraba en torno a un Código único. Por lo tanto, era necesario instrumentar un modo de asegurar una interpretación uniforme de la ley, y con este fin se dispuso al *Tribunal de Cassation*. como órgano encargado de ello.

La facultad interpretativa de los jueces trajo como consecuencia la admisión de la casación, no sólo cuando una sentencia hubiese violado la letra de la ley, sino también cuando cuando hubiese vulnerado su espíritu, introduciéndose así la casación por dudosa interpretación de la ley¹²⁰. Con lo cual el Tribunal de Casación pasó de realizar únicamente la simple censura de las violaciones expresas de la ley a encargarse también del control de la interpretación de la misma, con la finalidad de asegurar la unidad y coherencia del conjunto de la jurisprudencia. No obstante, hay que señalar que el primer paso que facilitó la adquisición de esta tarea unificadora al *Tribunal de Cassation* ya se había dado con el Decreto de 24 de marzo de 1794, que obligaba a motivar las resoluciones de dicho Tribunal. Con ello la sentencia adquiría un valor de remedio positivo que, con el tiempo, fue ganando autoridad e influencia sobre los tribunales ordinarios. Pero, realmente, hasta la Ley de 1 de abril de 1837 no se produjo un

120 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: "La función casacional y la unificación de la doctrina ...", *op. cit.*, p. 1148.

reconocimiento de la existencia de la jurisprudencia y la necesidad de su unificación¹²¹.

El recurso de casación se instauró, pues, como un medio de velar por la defensa de la ley, pero con una finalidad publicista, la de mantener el sentido unitario de la justicia. De hecho, el sentido que hoy en día tiene el recurso de casación es el de proteger tanto el derecho material objetivo como el procesal, pero configurándose como vía procesal para homogeneizar la interpretación del ordenamiento.

Esta casación con la finalidad mixta de controlar la correcta aplicación de la ley y asegurar la uniformidad de la jurisprudencia fue la que se introdujo en España con la nueva regulación que se hizo del recurso de nulidad en el Decreto de 4 de noviembre de 1838¹²². El TS pasó a controlar el juicio o pronunciamiento del fondo de las sentencias de los tribunales inferiores, y ello le permitía uniformar el modo de interpretar el Derecho¹²³.

II. Pese a que se ha señalado que la casación fue adquiriendo con el tiempo una naturaleza más jurisdiccional y alejándose de su

121 MONTERO AROCA, Juan: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, op. cit., p. 1125.

122 Vid. sobre el Decreto de 4 de noviembre de 1838, LASO GAITE, F.: "Evolución histórica de la casación civil en España", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1971, p. 133.

123 MORENO PASTOR, Luis: *Los orígenes del Tribunal Supremo...*, op. cit., p. 258. El decreto de 1838 permaneció vigente hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855. Ésta reguló el recurso de casación bajo este nombre admitiendo su interposición "por infracción de ley o de doctrina legal y por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio" (Arts. 1010 y ss. LEC de 1855). También sancionó definitivamente la obligatoriedad de fundar los fallos.

origen político, la nueva finalidad de la misma, la uniformidad del ordenamiento, no ha contribuido a perpetuar la naturaleza jurisdiccional de la casación, más bien al contrario. De hecho, se ha afirmado que los tribunales de casación existentes en Europa, a través del recurso de casación, realizan una misión "más política que propiamente jurisdiccional"¹²⁴ de defensa de la ley y mantenimiento de su significado unitario¹²⁵. El fin político del dogma de "la unidad de la jurisprudencia" se observó durante el período liberal y, sobre todo, durante las dictaduras fascistas, donde la casación se utilizó por el poder político como un instrumento de control, que se ejercía a través de la administración de justicia¹²⁶.

III. En el Estado de Derecho, la finalidad básica de la casación consiste en en fijar y unificar la interpretación jurisprudencial de la leyes, a la par que asegurar el sometimiento del juez a la ley, garantizando así la aplicación uniforme de la misma en todo el territorio nacional¹²⁷. Pero, pese al intento del TS de cumplir con el

124 HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *Una nueva etapa de la Administración de Justicia y memoria sobre el estado funcionamiento y actividad del Tribunal Supremo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 33.

125 La doble función de los tribunales de casación de defensa de la ley y mantenimiento de su significado unitario es recogida por la generalidad de los países europeos. Así, en Italia, el 65 del RD de 30 de enero de 1941 dice: "El Tribunal Supremo de casación, como órgano jurisdiccional supremo, vela por la exacta observancia y por la interpretación uniforme de la ley, por la unidad del derecho objetivo nacional y por el respeto de los límites de las diferentes jurisdicciones...".

126 POGGI, Annamaria: *Il sistema giurisdizionale tra "attuazione" e "adeguamento" della Costituzione*, Napoli, Casa Editrice Jovene, 1995, p. 202. Igualmente, TARUFFO se refiere a la concepción política que el fascismo atribuyó a la casación, al concebirla como garante de "la unidad del derecho objetivo nacional", en *Il vertice ambiguo...*, op. cit, p. 63.

127 Así lo recordaba el TC en la STC 230/1993, de 12 de julio, FJ2°.

fin institucional de unificación de la jurisprudencia no siempre consigue garantizarlo, bien sea porque las sentencias que dicta el TS producen, a veces, un efecto meramente persuasorio, quedando abierta la posibilidad de que otros jueces dicten sentencias diferentes entre sí sobre casos similares; bien sea porque el propio TS en ocasiones no genera, por si mismo, jurisprudencia uniforme, pues, ante la avalancha de recursos que llegan al TS, la tendencia a buscar la justicia del caso concreto en una multitud de supuestos ha generado la existencia de pronunciamientos contradictorios que quedan muy lejos de esa función uniformadora de la casación.

Algunos autores se han aventurado a aportar alternativas que devuelvan a la casación su verdadera función. Este es el caso de Guzmán Fluja, que defiende la reducción de los motivos que permiten recurrir en casación a uno sólo: infracción de ley siempre que se dictara una resolución judicial que resultara contradictoria con otra resolución dictada por el mismo u otro tribunal de idéntico grado o por el TS, quedando sin acceso a la casación las infracciones de ley que no conllevaran discriminación ni alteración del principio de igualdad¹²⁸.

128 GUZMÁN FLUJA, Vicente: *El recurso de casación civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 35-36; Esta alternativa era propuesta por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO en *Apelación y casación civil*, Madrid, Colex, 1994, pp.182-183

b) *La casación y la igual aplicación de la ley por los jueces.*

I. El principio de igualdad era entendido, bajo el prisma revolucionario, en la práctica, como sinónimo del principio de legalidad. No se imponía a los jueces otra obligación que la de interpretar la ley correctamente, sin acepción de personas; y los ciudadanos no tenían más derecho que el de que la ley les fuera aplicada por un juez independiente. Si la interpretación de la ley era sólo una, los jueces siempre debían aplicarla de ese modo, pues no tenían capacidad de interpretarla; con lo cual, estaba asegurada la igual aplicación de la ley a todos los ciudadanos. Por todo ello, los cambios judiciales de criterio no suscitaban especial problema desde el punto de vista del principio de igualdad¹²⁹.

El cambio se generó con la autonomización del principio de igualdad respecto del principio de legalidad. Esto se produjo desde el momento en que el Código Napoleónico empezó a consentir que los jueces interpretasen las leyes. Con lo cual ya no se podía garantizar que la aplicación de la ley fuera única, pues la posibilidad de interpretación de la misma por sujetos diferentes conllevaba la inevitable probabilidad de que se produjeran lecturas diferentes de la norma. Como consecuencia de ello se empezó a exigir a los jueces que, además de aplicar la ley correctamente y de un modo independiente, lo hicieran atendiendo al principio de igualdad; lo cual implicaba que los supuestos similares fuesen

129 RUBIO LLORENTE, Francisco: "Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario...*, op. cit, p. 111.

resueltos de igual modo y que las distintas interpretaciones que se hiciesen de un mismo precepto legal respondiesen a situaciones fácticas diferentes. En ese sentido, la nueva faceta unificadora de la casación vino a garantizar la igualdad constitucional ante la ley uniformemente interpretada.

Este objetivo de la casación ha sido reconocido como principal por autores como Gimeno Sendra, quien señala que "la finalidad esencial de la casación, en último término, estriba en garantizar la igualdad en la aplicación de la ley en todo el territorio nacional (principio consagrado en el art. 14 CE), asegurando su interpretación uniforme, de tal suerte que los distintos juzgados y tribunales no mantengan criterios dispares en la aplicación de la ley"¹³⁰. Dicha opinión no es compartida por Montero Aroca, quién advierte que no cabe confundir igualdad en la aplicación de la ley, como derecho del art. 14 CE, con unificación de la jurisprudencia, y que, el recurso de casación no es el medio jurídico para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley, sino precisamente para unificar la jurisprudencia. Según su parecer, si el TS se convirtiese en conecedor de la igualdad en la aplicación de la ley en los casos concretos, tendría que estimar sin más un recurso de casación basado en la aplicación desigual de la ley en dos casos, independientemente de que la resolución recurrida aplicara correcta o incorrectamente la ley (tarea, ésta sí, propia del TS)¹³¹. A

¹³⁰ GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 34.

¹³¹ MONTERO AROCA, Juan: *Introducción al Proceso Laboral*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1994, p. 1204.

nuestro parecer; sólo si el TS comprueba que la distinta aplicación de la ley a supuestos idénticos por un mismo órgano jurisdiccional no está justificada y, conforme ha lo señalado en la doctrina del TC, con ello se vulnera el derecho a la igualdad, debería casar la decisión del juez o Tribunal, pues el TS como todo órgano jurisdiccional está llamado a la salvaguarda de los derechos fundamentales, y como órgano de casación debe asegurar la correcta aplicación del ordenamiento, incluidos los preceptos constitucionales. No obstante, sobre esta materia volveremos a incidir con más profundidad, pues ahora no corresponde analizarla con detalle.

II. En los países de la *Common Law*, el sistema que históricamente compite con el de la casación para alcanzar la previsibilidad de las decisiones judiciales es el sistema de *stare decisis* o del precedente¹³². La doctrina del *stare decisis* en EEUU es como la del precedente en el Derecho inglés, aunque con mayores grados de flexibilidad¹³³. El principio de precedente inglés, que implica, por un lado, que los jueces se hallan obligados a seguir los criterios dimanantes de sus propias decisiones, y por otro, que se encuentran vinculados por los principios derivados de las decisiones de los órganos judiciales superiores¹³⁴, es mantenido

132 XIOL RIOS, Jose Antonio: "Crisis de la jurisprudencia y Tribunal...", *op. cit.*, p. 527.

133 Véase, MATTEI, Ugo: *Il valore del precedent giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1988.

134 LÓPEZ GUERRA, Luis: "El Tribunal Constitucional y el principio de *Stare Decisis*", en *El Tribunal Constitucional*, II, *op. cit.*, pp. 1439 y ss. Contrastar esta opinión con la mantenida por Enrique ALONSO GARCÍA, para quien el principio de *stare decisis* implica sólo y exclusivamente la idea de que un

en Norteamérica con ciertos matices. Los jueces estadounidenses no se encuentran estrictamente obligados por sus decisiones anteriores, no se entiende como un deber inexorable. Aunque los tribunales inferiores se consideran obligados por las decisiones de los tribunales de apelación intermedios y de los superiores; los tribunales superiores de los Estados, así como el Tribunal Supremo Federal, se reservan el derecho de apartarse de una regla previamente establecida por ellos¹³⁵. El *stare decisis* supone que, como regla general, deben seguirse los precedentes porque interesa que el Derecho sea estable y uniforme, pero el tribunal es libre y está incluso obligado a separarse del precedente si, como consecuencia de un cambio de circunstancias sociales, la adhesión al precedente sería perjudicial a los intereses públicos que, en un determinado momento, pueden ser más importantes que la estabilidad del Derecho¹³⁶. Las causas de esta diferencia entre la vinculatoriedad del precedente en el Derecho inglés y en el norteamericano se encuentra en la gran cantidad de precedentes existentes en este segundo país, que cuenta con una estructura jurisdiccional federal y una diversidad de tribunales estatales¹³⁷, y

tribunal debe seguir el precedente en el caso análogo, advirtiéndolo que el que un tribunal siga o no la jurisprudencia del órgano jurisdiccional superior es un tema totalmente diferente, que tiene su explicación en el fenómeno de la fuerza vinculante de la jurisprudencia ordinaria o constitucional como fuente, Vid. su trabajo *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 165 y ss.

135 Sobre ello puede verse, BRENNER, Saul: *Stare decisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

136 ITURRALDE SESMA, Victoria: *El precedente en el Common Law*, Madrid, Diputación Foral de Gipuzkoa: Civitas, 1995, pp. 138-139.

137 La existencia de cincuenta sistemas judiciales estatales independientes junto a un sistema federal, y la fuerte tradición de localismo e

con una evolución de la economía y del Derecho mucho más rápida, lo que hace que la estricta adhesión al precedente sea muy difícil. No obstante, hay que distinguir los precedentes obligatorios de los persuasivos. Los primeros, los establecidos por los tribunales jerárquicamente superiores respecto de los inferiores dentro de una misma jurisdicción, suponen un grado mayor de vinculatoriedad que los segundos, que incluyen las decisiones de los tribunales de otras jurisdicciones o de una jurisdicción concurrente¹³⁸. Entre los precedentes obligatorios conviene hacer una especial referencia a aquéllos que proceden del Tribunal Supremo de los EE.UU.. A este respecto, sus decisiones son obligatorias para todos los tribunales federales, y también para los tribunales estatales, aunque sólo en cuestiones federales (sobre la interpretación de la Constitución, de las leyes federales y de los tratados internacionales)¹³⁹.

Ciertos rasgos de este sistema están incorporados, en cierto modo, al nuestro. En primer lugar, en cuanto a la obligatoriedad de los tribunales de no apartarse de las decisiones dictadas con anterioridad por ellos mismos, ésta ha sido exigida por el TC al advertir que las decisiones judiciales que se aparten de su precedente no responda a criterios arbitrarios o carentes de base

independencia judicial, tiene importantes consecuencias, pues el número de precedentes se multiplica de un modo muy considerable.

138 El grado de persuasión de los precedentes depende del si el mismo ha sido seguido en otras jurisdicciones, de la importancia del tribunal que ha decidido la cuestión y del juez que redacta la sentencia y de la semejanza del derecho aplicable en ambas jurisdicciones.

139 ITURRALDE SESMA, Victoria: *El precedente en el Common Law, op. cit.*, p. 155.

objetiva y razonable¹⁴⁰. Tal vez la flexibilidad en nuestro sistema sea mucho mayor, pero, como se ha dicho, en el ámbito anglosajón no constituye tampoco una regla rígida y permite sus excepciones. En segundo lugar, el principio *stare decisis*, en su faceta de vinculación de los tribunales a la doctrina de la Corte Suprema, tiene un doble desarrollo, pues no existiendo un único tribunal supremo como en EEUU, sino uno para la esfera constitucional (el TC) y otro para la jurisdicción ordinaria (el TS), el juez se ve obligado por los precedentes de uno y otro. Por una lado, la doctrina del TS es vinculante y complementadora del ordenamiento, y por otro lado, se obliga a los tribunales ordinarios a interpretar las leyes y reglamentos de conformidad con lo que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de casos (art. 5.1 LOPJ).

c) El recurso de casación para la unificación de la doctrina.

I. Para armonizar esas resoluciones contradictorias a las que nos acabamos de referir, se creó un recurso en el ámbito de la jurisdicción laboral que entronca con el fin de la casación de unificación de la jurisprudencia. Éste se denomina recurso de casación para la unificación de la doctrina¹⁴¹ y tiene como objeto

¹⁴⁰ GARCÍA MORILLO, Joaquín: "La cláusula general de igualdad", en AA. VV., *Derecho Constitucional*, vol. I y II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 175-176. Sobre la evolución doctrinal del TC acerca de la separación de un órgano jurisdiccional de su precedente puede verse también, GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: "La igualdad en la aplicación de la ley y su tratamiento en la jurisprudencia", en AA.VV: *XI Jornadas de Estudio. El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia, 199, pp. 321 y ss,

¹⁴¹ Sobre el recurso de casación para la unificación de la doctrina puede verse: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: "La función casacional y la

principal la unificación de la jurisprudencia cuando se produzcan contradicciones entre dos o más sentencias dictadas por órganos judiciales superiores del orden social¹⁴², sin perjuicio de que al mismo tiempo se atienda a la tutela de los derechos subjetivos de las partes.

La introducción de este recurso de casación trae causa de la organización de los tribunales laborales que diseñó la LOPJ en 1985. El sistema que se estableció produce como resultado que la mayor parte de los procesos laborales finalicen su tramitación ante los Tribunales Superiores de Justicia¹⁴³, por lo que el Tribunal Supremo no iba a conocer de la mayoría de ellos, no consiguiendo, de este modo, su finalidad de unificar la doctrina. Por este motivo, al promulgarse la Ley de Procedimiento Laboral se creó este recurso de casación "especial" para la unificación de la doctrina.

De hecho, La Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de abril de 1989 justificaba la existencia del recurso de casación para la unificación de la doctrina del siguiente modo: "La planta de los Tribunales Superiores de Justicia y la atribución a los mismos de

unificación de la doctrina jurisprudencial", *op. cit.*, p. 1152.; ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo: "El recurso de casación para la unificación de la doctrina", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1992, pp. 733-746; SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La unificación de la doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo...*, *op. cit.*; ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: "El recurso de casación civil para unificación de doctrina según el proyecto de ley de Arrendamientos Urbanos", *Actualidad Civil*, nº 3, 1994, pp. 875 y ss.

¹⁴² Son recurribles en esta casación especial "las sentencias dictadas en suplicación por las salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia" (art. 215 LPL).

¹⁴³ La mayor parte de los procesos laborales finalizan su tramitación ante los Tribunales Superiores de Justicia porque en la jurisdicción laboral existe una primera instancia ante los juzgados de lo social y un recurso de suplicación ante la sala de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia.

los recursos de suplicación ha de ordenarse de modo tal que quede asegurada la unificación de la jurisprudencia que el respeto a los principios de unidad jurisdiccional y de igualdad en la aplicación de la ley exigen. A ello responde el recurso especial de casación para la unificación de doctrina"¹⁴⁴.

Este mismo recurso está previsto también en el orden contencioso-administrativo (art. 102-a LJCA¹⁴⁵) y la justificación de su existencia es similar: ante la presencia de gran número de órganos jurisdiccionales en el orden administrativo que dictan sentencias que no son recurribles se intenta evitar la disparidad de resoluciones con doctrina contradictoria¹⁴⁶.

II. Por lo tanto, la función de la casación en este recurso no es otra que la de uniformar las interpretaciones dadas por diferentes órganos sobre un mismo precepto legal. Con ello, el TS viene a determinar cual de entre todas las posibles es la interpretación correcta de la ley; aunque, en diversas ocasiones, el TS ha dictado sentencias resolviendo recursos para la unificación de la doctrina cuyo fallo recoge una solución innovadora fuera de las aportadas

144 Véase en, MONTERO AROCA, Juan: *Introducción al Proceso Laboral*, op. cit., p. 251.

145 Art. 102-a LJCA: "Serán recurribles en casación para la unificación de la doctrina las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos sin existir doctrina legal sobre la cuestión".

146 ORTELLS RAMOS, Manuel: "El proceso administrativo", en *Derecho Jurisdiccional II*, 2º (Coord. Juan MONTERO AROCA), Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1993, p. 700.

por el recurrente como argumento de su demanda¹⁴⁷. Lo cual ha llevado al particular a interponer un recurso de amparo basándose en el art. 24 CE y el derecho a una sentencia congruente con la demanda. Ello ha planteado si el recurso de casación para la unificación de la doctrina, en cuanto enfrenta diversas sentencias que contienen doctrinas discrepantes, ha de resolverse necesariamente en favor de una de las soluciones en presencia (es decir, una de las aportadas por el recurrente en su demanda), o puede prescindir de esas posturas. La respuesta del TC ha sido la de decir que el TS no está condicionado por el planteamiento del recurso, "no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los tribunales inferiores"¹⁴⁸.

Ello no es más que el reconocimiento de que tras esa tarea unificadora de la casación se encuentra la faceta de nomofilaxis de la que antes se ha hablado. El TS debe uniformar la doctrina discrepante, pero, ante todo, su función consiste en *velar por la correcta interpretación de la ley*, y ello sólo puede hacerlo señalando cual es la única interpretación posible de la ley, que es, en definitiva, la correcta. Tal interpretación puede que se encuentre entre las planteadas por las partes en el recurso de casación para la unificación de la doctrina, o haya sido realizada en alguna de las

147 STS 22 de noviembre de 1991.

148 STC 172/1994, de 7 de junio. En la línea misma línea, el TC ha reconocido la posibilidad de que el órgano jurisdiccional invoque fundamentos jurídicos diversos de los alegados por las partes, SSTC 88/1992; 369/1993; 87/1994; etc.

sentencias denunciadas como contradictorias, pero si no es así, el TS debe ser fiel a su objetivo principal que, como se ha dicho, es el de esclarecer el exacto y único significado de la ley.

2.3.3. Las vías de control de la correcta y uniforme aplicación de la ley en los distintos sistemas judiciales europeos.

Pese a habernos referido casi exclusivamente a la casación española que, como se ha comprobado, tiene su modelo en la casación que nació con la Revolución francesa, hay que señalar que, en general, todos los países de la Europa continental han sentido la necesidad asegura que la interpretación de la ley se haga de un modo uniforme, evitando con ello que del entramado de juzgados y tribunales que configuran la organización judicial de un Estado se desprenda una pluralidad de interpretaciones sobre un mismo precepto legal, siendo así que, en principio, sólo existe una única y correcta aplicación de la ley.

El objetivo de asegurar la uniforme interpretación de las normas se persigue en todos los sistemas judiciales, ya exista una única organización judicial, o ya nos encontremos en un sistema judicial federal, aunque, como es obvio, en un modelo de corte federal dicha uniformidad debe arbitrarse no sólo en un sentido vertical, sino también horizontalmente; es decir, además de garantizar que los tribunales inferiores apliquen la ley conforme a lo establecido por el supremo interprete de la misma, al existir un órgano jurisdiccional superior en cada territorio federado, se ha de asegurar que lo establecido por cada uno de ellos guarde el mismo principio unitario, asegurando así una igual aplicación de la ley en

todo el Estado Federal. Por ello es importante analizar, desde el punto de vista comparado, las peculiaridades que la casación presenta en cada uno de estos sistemas judiciales; y con esta finalidad, empezaremos por referirnos al sistema judicial unitario, pues en él se ubica España y, en definitiva, el instituto de la casación surgió junto a una estructura judicial única. De todos modos, habida cuenta de las páginas que ya hemos dedicado a la originaria casación francesa y al desarrollo que la misma ha tenido en España, sólo destacaremos las diferencias que la casación presenta en otros países con una única estructura judicial, como son Italia y Bélgica, a pesar de que ésta última presenta una estructura político-territorial federal.

a) El control de la uniforme interpretación de la ley en Estados con organización judicial única.

La casación italiana, heredada igualmente del homólogo instituto francés, se encuentra regulada por el RD de 30 de enero de 1941, que instituyó una casación similar a la española, y por la reforma de tal RD en 1990¹⁴⁹. Esta reforma introdujo una novedad no existente en nuestro país, cual es la concesión a la *Corte di Cassazione* del poder de resolver de un modo definitivo y sin reenvío de la causa en determinados supuestos¹⁵⁰. Esto se produce "cuando la *Corte* entiende que el juez del cual se impugnan la

¹⁴⁹ Reforma introducida por la Ley 532/1990.

¹⁵⁰ SATTÀ, Salvatore y PUNZI, Carmine: *Diritto Processuale Civile*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1992, p. 527.

decisión y cualquier otro juez carecen de jurisdicción, o cuando considera que la causa no podía haber sido propuesta o el proceso seguido"¹⁵¹. En estos casos la *Corte di Cassazione* anula la sentencia impugnada sin reenviar la causa a otro juez(*cassa senza rinvio*)¹⁵². Pero, además, existe un supuesto en el que la *Corte di Cassazione* no sólo resuelve sin reenvío, sino que decide sobre el fondo de un modo definitivo. Ello es posible cuando la Corte admite un recurso fundado en el motivo previsto en el art. 360.3 del Código Procesal Civil, esto es, por la violación o falsa aplicación de una norma de derecho, y reconoce que no son necesarios ulteriores conocimientos de los hechos (es lo que se ha denominado *Cassazione sostitutiva*). En ambos casos, y sobre todo, en este último, la *Corte di Cassazione*, negando la jurisdicción o la posibilidad de promover o proseguir el juicio, o conociendo sobre el fondo, resuelve el recurso de un modo definitivo como un órgano jurisdiccional más, convirtiéndose, de hecho, en una tercera y última instancia, algo que se aleja del sentido originario de la casación.

Otra diferencia importante respecto de nuestro sistema se encuentra en la distinta motivación que se exige para poder recurrir en casación según el tribunal que la dictó la sentencia o la ley que se aplicó en la resolución del caso. En términos generales,

¹⁵¹ Art. 382 Código Procesal Civil.

¹⁵² Según la doctrina y la jurisprudencia, la casación sin reenvío tiene lugar por determinados errores in procedendo, como son el exceso de poder, el pronunciamiento ultra o extra petita o sobre un aspecto de la sentencia de primera instancia no alegada en apelación, la inadmisibilidad del derecho de apelación, la el defecto de los presupuestos establecidos por la revocación, etc. SATTA, Salvatore y PUNZI, Carmine: *Diritto Processuale Civile, op. cit.*, p. 560.

los motivos de impugnación son¹⁵³: los relativos a la jurisdicción; la violación de las normas de competencia; la violación o falsa aplicación de la norma de Derecho; la nulidad de la sentencia o del procedimiento; y la omisión, insuficiencia o contradicción en la motivación sobre un punto decisivo de la controversia. Pero el art. 111 CI establece una especialidad al señalar que "contra las sentencias y contra las disposiciones sobre la libertad personal, pronunciadas por órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales, es siempre admitido recurso de casación por violación de ley", y añade, "contra las decisiones del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas, el recurso de casación es admitido sólo por los motivos inherentes a la jurisdicción".

Dichas peculiaridades no se encuentran en el sistema casacional belga, que guarda más similitud al nuestro. En Bélgica el control de la legalidad ordinaria reside también en la *Cour de Cassation*, único tribunal supremo para todo el Estado¹⁵⁴ encargado de asegurar la unidad en la interpretación que los jueces y tribunales hacen de las reglas del Derecho. Pero, como ocurre en España, y a diferencia de Italia, esta función unificadora la realiza absteniéndose siempre de conocer del fondo de los asuntos y de las cuestiones de hecho¹⁵⁵. Sus competencias se limitan a realizar un control de derecho de las

¹⁵³ Art. 360 Código Procesal Civil.

¹⁵⁴ Art. 147 CBE.

¹⁵⁵ Excepción hecha del enjuiciamiento de los Ministros, función que también corresponde al Tribunal de Casación y que queda fuera de lo que es la función casacional. Art. 147 CBE: "Il y a pour toute la Belgique une Cour de Cassation. Cette Cour ne connaît pas du fond des affaires, sauf le jugement des ministres et des membres des Gouvernements de communauté et de région".

decisiones judiciales contrarias a la ley o de aquéllas que infrinjan las formas prescritas. De este modo, la Corte de Casación puede conocer sobre la correcta aplicación de una ley por un tribunal inferior, pero, por supuesto, no sobre la presunta inconstitucionalidad de la misma¹⁵⁶.

b) La diversidad de interpretaciones de una norma en un sistema judicial federal

Si, como se ha visto, en los ordenamientos con una única organización judicial para todo el Estado es preciso establecer mecanismos como el de la casación para asegurar la uniformidad de las interpretaciones de la ley realizadas por los jueces, esta necesidad se multiplica en un Estado de corte federal. En sistemas jurisdiccionales como el austríaco y el alemán se produce una duplicidad de instancias judiciales: las correspondientes a la Federación y las formadas por los órganos judiciales propios de cada uno de los Estados federados. Ello supone, indudablemente, la necesidad de garantizar una unidad doctrinal no sólo en el marco de cada uno de los Länder, sino también a nivel Federal. En este sentido, valga como ejemplo el ordenamiento alemán, donde, según lo establecido en el art. 92 de la ley Fundamental de Bonn (GG): "El poder judicial estará confiado a los jueces, siendo ejercido por el

156 Únicamente es competente para conocer, como todo tribunal, de la inconstitucionalidad de un reglamento u orden que, habiendo sido aplicado por un juez o tribunal, no debiera haberlo sido precisamente por concurrir un vicio de inconstitucionalidad en dicho precepto. Dicha obligación de los tribunales de no aplicar las órdenes y reglamentos generales, provinciales o locales si no son acordes con las leyes se encuentra en el art. 159 CBE

Tribunal Constitucional Federal¹⁵⁷, así como por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los *Länder*".

La administración de la justicia se reparte, por lo tanto, entre los Tribunales Federales¹⁵⁸ y los Tribunales de los *Länder*¹⁵⁹. Este hecho, junto a la pluralidad de jurisdicciones existentes (ordinaria, contencioso-administrativa, social, de hacienda y de trabajo), supone la existencia de una variedad de instancias diferentes que aplican el ordenamiento jurídico, lo que conlleva la inevitable consecuencia de que puedan producirse interpretaciones distintas sobre un mismo precepto legal. Por ese motivo, el sistema alemán

157 La ubicación del Tribunal Constitucional a la cabeza del poder judicial en el art. 92 GG se debe, en opinión de MANZANARES SAMANIEGO, a una decisión de dotar al Tribunal Constitucional de una naturaleza jurisdiccional y no política. Su misión es juzgar e interpretar la norma fundamental; en "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", *El Tribunal Constitucional, op. cit.*, T. II, p. 1557.

158 Existen unos Tribunales Federales previstos en la GG y de obligada creación (art. 95 GG) que son: El Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) para la Jurisdicción ordinaria, el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) para la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Financiero Federal (*Bundesfinanzhof*), el Tribunal Federal del trabajo (*Bundesarbeitsgericht*), y el Tribunal Social Federal (*Bundessozialgericht*). Junto a ellos existen otros tribunales federales permitidos constitucionalmente, aunque no de obligada existencia (art. 96 GG), y son: El Tribunal Federal para las cuestiones referentes a la tutela de la propiedad industrial (*Bundespatentsgericht*), los tribunales penales militares para las Fuerzas Armadas (*Bundestruppengerichts*), estos tribunales no tienen eficacia actualmente, y los tribunales federales disciplinarios para las personas ligadas a la Federación mediante una relación funcional (*Bundesdisziplinargericht*).

159 A diferencia del Bund, los Länder pueden crear otros tribunales sin necesidad de una previsión constitucional al respecto. Los Tribunales de los Länder existentes son: los tribunales locales (*Amtsgericht*), los tribunales de los Land (*Landgericht*), y el Tribunal(es) Superior(es) del Land (*Oberlandesgericht*). Por último, existen otras jurisdicciones como la administrativa, financiera, del trabajo, social y otras.

se ha procurado una serie de mecanismos tendentes a mantener una uniformidad en la aplicación del Derecho.

El primer Estado alemán en realizar un paso en dirección a establecer un recurso supremo tendente a la unificación de la doctrina fue Prusia, en 1833¹⁶⁰. Posteriormente, tras la instauración de la unidad alemana se produjeron cambios importantes en la organización judicial, creándose en 1879 un Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) con la misma finalidad de garantizar la unidad del derecho¹⁶¹. De igual modo, durante la República de Weimar existió el Tribunal Supremo del Reich que se ocupó, entre otras cuestiones, de la correcta y uniforme aplicación de la ley por los tribunales. En la Constitución de Bonn, esa uniformidad en la aplicación del Derecho, está auspiciada de dos modos: por un lado, por la jurisprudencia, principalmente la originada en los recursos de casación, y por otro lado, por los mecanismos unificadores de esa jurisprudencia previstos en la Ley Fundamental.

a) Respecto al primero de los factores, hay que señalar que las decisiones de los tribunales superiores, siempre que se trate de una jurisprudencia constante relativa a una determinada cuestión, juegan un papel muy importante al ejercer una influencia sobre los tribunales inferiores en el modo de interpretar la ley y generar una continuada vinculación. Esta obligatoriedad de seguir los precedentes establecido por los tribunales superiores no se

160 Decreto relativo al Recurso de Revisión y a la Demanda de Nulidad de 14 de diciembre de 1833.

161 FERRAND, Frédérique: *Cassation française et Révision Allemande*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p. XV.

encuentra recogida en ninguna norma del modo que lo hace el art. 31 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional respecto de las sentencias de éste, que, como se ha dicho, son vinculantes para cualesquiera tribunales y autoridades. No obstante, es indudable el amplio seguimiento que los tribunales ordinarios dan a la jurisprudencia que produce, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*)¹⁶².

El Tribunal Supremo Federal, creado en 1950, abarca mayor número de competencias que nuestro TS, entre otras cosas porque puede actuar como un instancia jurisdiccional más en determinadas ocasiones¹⁶³. Además, tiene encomendado el examen en casación de sentencias dictadas por Tribunales Superiores de Justicia de los Länder (*Oberlandesgerichte*) en segunda instancia o, excepcionalmente, de las sentencias dictadas en primera y única instancia por los tribunales regionales (*Landgericht*)¹⁶⁴. Este recurso, pese a recibir el nombre de *revision*, es la figura más similar a nuestro recurso de casación, aunque con una diferencia importante: en Alemania puede constituirse en recurso de plena jurisdicción, entrando en el conocimiento de los hechos.

162 Hay que recordar que el *Bundesgerichtshof* es el Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles y causas penales, existiendo Tribunales Supremos Federales para el resto de jurisdicciones igualmente.

163 *Vid.* Título IX de la Ley Orgánica de los Tribunales de 9 de mayo de 1975 (modificada por Ley de 20 de diciembre de 1984), dedicado al Tribunal Supremo Federal. Del articulado de la ley se desprende que el Tribunal Supremo Federal puede conocer como una instancia más, esto es, como una tercera instancia de demandas jurídicas surgidas en procesos sin debate oral previo, de recursos en materia de patentes, y de ciertos litigios de derecho de familia (arts 133 y ss. L O de los Tribunales).

164 Arts. 133 y 135 de la Ley orgánica de los Tribunales.

Por otro lado, conviene precisar que el recurso de casación (*revision*) no es monopolio exclusivo de los Tribunales Supremos Federales de cada una de las jurisdicciones, pues, atendiendo al reparto de competencias entre los Tribunales del Bund y de los Länder, los Tribunales Superiores de los Länder (*Oberlandesgericht*) conocen también de la casación de las sentencias de los tribunales inferiores del Land¹⁶⁵.

b) Con la *revision* el ordenamiento jurídico alemán cuenta con un medio de unificar las diferentes interpretaciones que los tribunales inferiores realicen de un mismo precepto legal. No obstante, ello no evita que las interpretaciones que realicen cada uno de esos Tribunales superiores, tribunales capaces de generar jurisprudencia¹⁶⁶, puedan ser dispares entre sí. Para ello existe un mecanismo de unificación de criterios entre tribunales superiores, que es diferente según se pretenda la unidad jurisprudencial dentro de una misma jurisdicción o la unificación de criterios entre los Tribunales Supremos de cada jurisdicción.

Para el primer caso se ha creado dentro de cada uno de dichos tribunales, además de las salas ordinarias, las Grandes Salas

165 Ya desde antaño (Ley del Reich de 2 de febrero de 1911) se estableció como principio esencial que la unidad jurídica del Derecho en el ámbito federal corresponde al Tribunal Supremo Federal, mientras que esa misma función, cuando comprenda el derecho propio del *Land*, corresponde al Tribunal Supremo de dicho *Land*. Éstos son competentes, a tenor del art. 121.1.1 de la Ley orgánica de los Tribunales: de la casación contra las sentencias del Juez de lo penal no impugnables en apelación, de las sentencias de apelación de las Pequeñas y Grandes Salas de lo penal, y de las sentencias del Tribunal del *Land* en primera instancia, cuando la casación se basare exclusivamente en la violación de una norma jurídica contenida en la legislación del Land.

166 Arts. 132 de la Ley orgánica de los Tribunales.

y unas Grandes Salas Comunes, compuestas éstas últimas por el Presidente y por todos los miembros de las Grandes Salas¹⁶⁷, que tienen como única función resolver sobre cuestiones de Derecho (art. 138 de la Ley Orgánica de los Tribunales). Así, cualquier Sala, al dictar sentencia "en una cuestión de importancia fundamental, podrá provocar la resolución de la Gran Sala, si en su opinión lo exigiera el perfeccionamiento del Derecho o el aseguramiento de una Jurisprudencia Unitaria"¹⁶⁸. Para el segundo caso, y como desarrollo del citado art. 95.3 GG¹⁶⁹, se creó por Ley de 19 de junio de 1968¹⁷⁰ una Sala especial cuyo cometido consiste en decidir sobre cuestiones de derecho en las que los Tribunales superiores de distintas jurisdicciones discrepen respecto de la doctrina a aplicar¹⁷¹.

167 Art. 132.4 Ley Orgánica de los Tribunales

168 Art. 137 Ley Orgánica de los Tribunales.

169 El art. 95.3 GG establece que para salvaguardar la unidad de la jurisprudencia deberá constituirse una Sala conjunta (*Gemeinsamer Senat*) de los Tribunales supremos federal.

170 Ley sobre Garantía de la Uniformidad de Jurisprudencia de los Tribunales Supremos de la Federación de 19 de junio de 1968.

171 ARMENTA DEU, Teresa: "El Tribunal Supremo de Baviera en la organización jurisdiccional de la República Federal de Alemania", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1989, nº 1, p. 69.

3. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO CONTROLADORES DE LA ACTIVIDAD DE LOS JUECES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

"Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código...Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer...¿Pensáis, acaso, que la magistratura civil ordinaria podría desempeñar tan alta misión?". (SIEYÈS: Escritos y discursos de la Revolución, (Estudio y traducción de Ramón Maíz), Madrid, CEC, 1990, p. 276)

La posición de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales frente a los jueces no ha evolucionado de forma simétrica. Mientras los tribunales supremos nacieron con un fin, controlar la correcta actuación de los jueces respecto de la ley, y posteriormente adquirieron la facultad de regular la interpretación del derecho objetivo a través de la unificación de la jurisprudencia, con los tribunales constitucionales ocurrió el fenómeno contrario. La tutela del derecho objetivo expresado en la Constitución fue el núcleo originario de competencias de la jurisdicción constitucional, y posteriormente, y no en todos los sistemas, pasó a conocer de la observancia de las normas de la Constitución por parte de todos los poderes públicos. Por lo tanto, entró a controlar si los jueces cumplían o no con los contenidos constitucionales, ejerciendo así una función muy similar a la de la casación, el control de la correcta aplicación de la ley por los jueces, aunque en relación a un parámetro diferente: la Constitución.

3.1. El nacimiento de la jurisdicción constitucional: Del conflicto Sentencia-Ley al conflicto Ley-Constitución.

3.1.1. La normatividad de la Constitución.

I. La cuestión de la articulación de un sistema de garantías de la Constitución ya estuvo presente en el período revolucionario, aunque como algo secundario. En aquel momento la Constitución, entendida en su sentido actual, descansaba en dos textos distintos:

La Declaración de los derechos del Hombre de 1789 y la Constitución de 1791. No obstante, los derechos y principios en ellos recogidos se formulaban como grandes principios revolucionarios, pero sin efectividad jurídica directa. Toda la construcción doctrinal de la Revolución tenía su base en la supremacía de la ley y en la negación de la supremacía jurídica de la Constitución¹⁷². De hecho, como bien señala Díez-Picazo, fue "la Ley, como expresión de la voluntad general, la que se erigió en la primera de todas las fuentes del derecho y en el valladar de defensa de todos los derechos de los ciudadanos"¹⁷³.

Pese a ello, no faltaron propuestas de creación de una institución encargada de asegurar el cumplimiento de la Constitución y de fiscalizar jurídicamente la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos. Esta preocupación quedó manifiesta en el discurso que Sieyès pronunció en la Convención Nacional del 18 de Thermidor, año III de la República¹⁷⁴:

"¿Cómo, en efecto, la previsión del legislador podría admitir la idea de una Constitución abandonada, por así decirlo, a sus propias fuerzas desde el momento mismo de su

172 Roberto BLANCO VALDÉS recuerda que "la supremacía de la ley, tal y como fue concebida por los revolucionarios, no admitía por lo tanto, ningún tipo de excepción, ni siquiera -y ahí radica la razón fundamental de su portentoso efecto irradiador en el terreno de los principios constitucionales- la excepción de la norma suprema del Estado, es decir, de la Constitución". BLANCO VALDÉS, Roberto: "La supremacía de la ley y sus consecuencias...", *op. cit.*, pp. 78-79.

173 DÍEZ-PICAZO, Luis, en el Prólogo a *La Nueva Casación Civil*, *op. cit.*, p. 15.

174 SIEYÈS: *Escritos y discursos de la Revolución*, (Estudio y traducción de Ramón Maíz), Madrid, CEC, 1990, p. 276.

nacimiento?. Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código...Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer...¿Pensáis, acaso, que la magistratura civil ordinaria podría desempeñar tan alta misión? Pensad, sin embargo, en el sabio decreto por el que habéis prohibido a los jueces citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones; con mayor razón no podréis concederles la potestad de citar ante ellos a los primeros cuerpos políticos del Estado".

Como consecuencia de su argumentación, Sieyès propugnaba la creación de un *Jury Constitutionnaire*, configurado como "Tribunal de casación en el orden Constitucional"¹⁷⁵, situado fuera del poder judicial y con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución por los poderes públicos¹⁷⁶,

175 Sieyès consideró al Tribunal Constitucional "como Tribunal de Casación en el orden constitucional, órgano de proposiciones para las reformas que, con el tiempo, exigiría el texto de la Constitución, y suplemento de la jurisdicción natural a los vacíos de la jurisdicción positiva". Para él, el Tribunal Constitucional, desde los dos primeros puntos de vista, sirve a la Constitución, y desde el último, a los derechos del hombre. En *Escritos y discursos de la Revolución, op. cit.*, p. 277. BLANCO VALDÉS también se refiere en la concepción casacional de este tribunal en *El Valor de la Constitución, op. cit.*, p. 295 y ss.

176 Para Sieyès la violación de la Constitución por un ciudadano, en cuanto ser libre que es, le hacía responsable de un delito, y como tal, debía ser juzgado por los jueces ordinarios, sin ser pertinente la intervención del Tribunal Constitucional. Por el contrario, un funcionario perteneciente a un poder público, además de las responsabilidades personales en las que pueda incurrir actuando contra la Constitución, deviene culpable "actuando

incluidos los producidos por el legislativo o por el Tribunal de Casación¹⁷⁷. Las sentencias del *Jury* que declaraban la inconstitucionalidad de un acto implicaban la nulidad de pleno derecho del mismo¹⁷⁸.

Este discurso refleja con claridad una posición que parece un anticipo de lo que posteriormente configuró el sistema constitucional continental, aunque Sieyès no fundamentaba su postura en el principio de supremacía constitucional, sino en el de supremacía de la ley y en la necesidad de que la Constitución, en cuanto una ley más, se cumpliera. No obstante, esta idea no prosperó en ese momento y, como se ha visto, el revolucionario francés encomendó la salvaguarda de la Constitución al legislador¹⁷⁹. La Constitución liberal no desplegó su condición normativa en plenitud, debido al equilibrio inestable que generaba la imposición de la sociedad burguesa con el mantenimiento de la monarquía y de ciertos residuos estamentales¹⁸⁰.

no sólo de un modo directo contra la Ley, sino, asimismo, permitiéndose el menor acto oficial más allá o fuera de lo establecido por la Ley", es lo que Sièyes denomina actos "personalmente irresponsables". Estos actos irresponsables sí es necesario que se controlen por el Tribunal Constitucional, pues importa extraordinariamente que la Constitución sea observada en las Asambleas primarias, en las reuniones electorales, por el Consejo de los Quinientos y el de Ancianos, etc., en *Escritos y discursos*, *op. cit.*, p. 278.

177 En el artículo VI de su propuesta establecía claramente que "el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre las violaciones de la Constitución que sean denunciadas contra actos de: El Consejo de Ancianos, el Consejo de los Quinientos, las Asambleas electorales, las Asambleas Primarias, o el Tribunal de Casación". *Ibidem*, p. 291.

178 Art. VIII de la propuesta de Sieyès: *Ibidem*, p. 291.

179 PÉREZ TREMP, Pablo: *Tribunal Constitucional y ...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

180 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: *Fuentes del Derecho*, T. II, Madrid, Tecnos, 1992, p. 16.

II. Sin embargo, el proceso revolucionario que se vivió en el mismo período en Norteamérica no siguió semejantes pautas, lo que llevó a la formación de un constitucionalismo post-revolucionario diferente en ambos continentes. El naciente Estado norteamericano partía de una realidad estructural totalmente distinta de la francesa; no había que romper con una sociedad estamental, ni luchar por la igualdad ante la ley, ni vencer la resistencia de poderes como el de la iglesia, los nobles, los *parlements*, etc., ni existía un monarca absoluto al que hubiera que ubicar en el nuevo esquema constitucional de los poderes estatales. La preocupación de los revolucionarios norteamericanos estaba en lograr un sistema de control y equilibrio de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, pero sin darle preeminencia al primero, como había sucedido en Francia. Al contrario, la nación americana veía más peligro para la libertad en el exceso de facultades del legislativo que en el poder ejecutivo, pues la experiencia histórica así lo había demostrado. Por ese motivo, los padres fundadores de la Constitución vieron en ésta un instrumento para poner límites a los posibles excesos del legislativo¹⁸¹. Esta concepción de la Constitución hizo posible que la misma adquiriera desde el principio el valor jurídico de Norma suprema superior a la ley.

Lógicamente, y al igual que ocurrió respecto a la ley en Francia, la cuestión del control de la observancia de la Constitución estuvo

181 Sobre el valor de la Constitución en el período revolucionario norteamericano puede verse el trabajo de Roberto BLANCO VALDÉS: *El valor de la Constitución...*, op. cit., pp. 87-177.

presente en la aprobación de la Constitución¹⁸², pero no se encargó al poder legislativo tal función, puesto que, precisamente éste era el poder que más se quería limitar, sino que existía una opinión mayoritaria favorable a otorgar la tarea de control de constitucionalidad de las leyes al poder judicial. Entre los diferentes autores fue Hamilton el más predispuesto a ver en el poder judicial una barrera excelente contra las invasiones y opresiones del cuerpo legislativo, criticando la concepción del poder judicial de Montesquieu¹⁸³. No obstante, el sistema de control de constitucionalidad no quedó definido de forma expresa en la redacción final de la Constitución, y tan sólo se estableció que: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado deberán conformarse a ella, no obstante cualquier disposición contraria de la Constitución o de las leyes de cualquier Estado" (Art. VI , sección II de la Constitución de Estados Unidos).

Este principio de supremacía de la Constitución fue el que sirvió al Juez Marshall en el conocido caso *Marbury v. Madison* (1803)¹⁸⁴ para declarar inconstitucional, por primera vez, no una

182 Incluso puede decirse que ya antes de la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos de América algunas Cartas Constitucionales de los futuros Estados miembros de la Unión (la de Pennsylvania y la de Vermont, exactamente) llegaron a disponer la creación de órganos especiales destinados a vigilar la observancia de la Constitución: los Consejos de Censores. Sobre ello, *vid.* BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución, op. cit.*, p. 123.

183 HAMILTON, Alexander: *El Federalista*, Edición de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 1987, p. 78.

184 En dicha decisión del Tribunal, *Marbury v. Madison*, se anuló una ley federal porque era incompatible con la Constitución, pues para Marshall, el

ley estatal, como se preveía en la Constitución, sino una ley aprobada por la asamblea legislativa federal por contrariar a la Norma Suprema federal. Hasta el momento el principio de supremacía de la Constitución había estado claro, pero la cuestión estribaba en determinar quién debía decidir cuándo una ley era contraria a la Constitución, ¿debían ser los tribunales, el legislador mismo, el Presidente, o, tal vez, el pueblo?. Esta incertidumbre fue aprovechada por Marshall, que entendió que una ley contraria a la Constitución, en virtud del principio de supremacía de la misma, debía entenderse nula y, por lo tanto, no podía aplicarse, y que de esta tarea debía encargarse el poder judicial pues el art. III de la Constitución establece: "El poder judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad"¹⁸⁵. Las manifestaciones del juez Marshall en esta decisión de la Corte Suprema convirtieron a la *judicial review*,

principio que debía suponerse esencial en todas las Constituciones escritas era que una Ley que repugna a la Constitución es nula. Literalmente decía: "The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable. Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, the theory of every such government must be, that act of the legislature, repugnant to the constitution, is void. This theory is essentially attached to a written constitution...". (*Marbury v. Madison*, 5 US. 137, 2 L.Ed. 60 (1803)).

¹⁸⁵ Puede verse sobre la justificación de la *Judicial Review*, BICKEL, A. M.: "Establishment and General Justification of Judicial Review", en *The least dangerous branch, the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University Press, 1986.

entendida como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, en pieza clave todo el sistema constitucional norteamericano y con una proyección hacia el futuro inimaginable en esos momentos¹⁸⁶.

III. Sin embargo, como se ha visto, esta concepción de la Constitución como la norma suprema no penetró en Europa con los postulados de la Revolución francesa. Por el contrario, la Restauración monárquica europea "hizo del monarca una fuente pre-constitucional del poder y de la Constitución poco más que retórica"¹⁸⁷, sin interés alguno. Fue a partir de la segunda mitad del s. XIX cuando se abrió en Europa la polémica sobre los instrumentos de defensa constitucional, aunque hasta la primera postguerra no fraguó la jurisdicción constitucional¹⁸⁸. Las circunstancias históricas (caída de las monarquías, la consolidación de los partidos políticos,

186 El mandato de Marshall supuso un cambio radical en la doctrina de la Corte Suprema norteamericana, imprimiendo su propio sello ideológico, e influyó en el desarrollo del sistema constitucional federal norteamericano como ningún otro juez de la historia de la Corte norteamericana con el impulso que dio al principio de supremacía de la Constitución y el *Judicial Review*. Vid. ABRAHAM, Henry: *Justice and Presidents*, Nueva York, Oxford University Press, 1985, pp. 80 y ss.

187 La causa principal por la que la Constitución no consiguió ocupar el lugar que encontró en Norteamérica, situándose en ese plano inferior a la ley, se encuentra en la prevalencia del principio monárquico como fuente formal de la Constitución que supuso una degradación de ésta a un simple Código formal de articulación de los poderes del Estado, sin otra trascendencia general. Sobre ello puede verse: GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 55. *Id.* en su trabajo "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, IEF, 1981, pp. 32 y ss. (también publicado en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, 1981, pp. 35-131).

188 Un trabajo excelente sobre la formación del sistema europeo de control de constitucionalidad es el realizado por Pedro CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.

cambio tradicional del equilibrio de poderes demasiado asentado en una unión entre el ejecutivo y legislativo, etc.) trajeron como consecuencia que los principios de separación de poderes y de primacía de la Ley resultaran insuficientes¹⁸⁹, lo que conllevó la sustitución de éste segundo principio por el de supremacía de la Constitución. Si, como se ha dicho, hasta el momento, la Constitución era mera retórica y la norma suprema era la ley, a partir de entonces la Constitución pasó a ocupar el primer lugar en el sistema de fuentes.

La lectura de la Ley debía hacerse, a partir de entonces, teniendo como parámetro las reglas y derechos constitucionalmente establecidos. Por lo tanto, al igual que hasta entonces había sido imprescindible asegurar el cumplimiento de la Ley, en ese momento, con la evolución hacia una supremacía de la Constitución, surgió la necesidad de establecer mecanismos que garantizaran el cumplimiento de los principios constitucionales. Schmitt recuerda como, mientras en el s. XIX se pensaba ante todo en una protección frente al Gobierno, en el período posterior a la Primera Guerra Mundial se piensa en la defensa contra la legislación impuesta por la mayoría parlamentaria pero contraria a la Norma fundamental¹⁹⁰. En el mismo sentido, conviene citar las palabras de Mauro Cappelletti:

"Nuestro siglo, sin embargo, no enseña otra lección: que la idea de Rousseau de infalibilidad de la ley votada por el

189 BLANCO VALDÉS, Roberto: *El Valor de la Constitución, op. cit.*, p 312.

190 SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución, op. cit.*, p. 61.

Parlamento no es más que una ilusión, pues el poder legislativo también, y no sólo el poder ejecutivo, puede abusar de su poder. La posibilidad de abuso por parte del poder legislativo ha aumentado considerablemente con el desarrollo histórico de la legislación en los Estados modernos. (...) Por ésta razón, (...) se han vuelto hacia la justicia constitucional, como se ha dicho, para crear un nuevo tipo de control al lado del control más tradicional que ejercía la justicia administrativa"¹⁹¹.

La nueva situación en la que se encuentra el legislador, como recordaba Calamandrei, se asimila muy bien a la del juez en el momento de aplicar la ley. En palabras de este autor, "así como el juez para llegar a formular aquel concreto y específico mandato que es la sentencia, debe necesariamente arrancar de la ley abstracta respecto de la cual la sentencia es una especificación, así el legislador, cuando encuentra en la Constitución la enunciación de los criterios generales en los cuales la legislación ordinaria debe inspirarse, se ve obligado a ajustar a ello su voluntad normativa, de modo que la ley ordinaria venga a ser como una prosecución y una especificación de la voluntad genérica contenida en la disposición constitucional, y como consecuencia lógica de aquella necesaria premisa"¹⁹².

Cascajo describe muy bien esta nueva situación cuando recuerda que "frente al instituto de la *Cour de Cassation* que sirvió

191 CAPPELLETTI, Mauro: *Le pouvoir des juges*, op. cit., p. 263.

192 CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el proceso civil*, III, op. cit., p. 54.

para el control de legalidad de los actos jurisdiccionales y después el *Conseil d'Etat* para el de los actos de la Administración pública, se hacía necesario encontrar el instrumento adecuado para controlar la legitimidad constitucional de los actos del poder legislativo"¹⁹³. Precisamente García Pelayo incide en esa necesidad de encontrar un garante de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, al recordar que el modo en que podía hacerse efectivo el Derecho Constitucional era a través del establecimiento de "limitaciones normativas al ejercicio de las distintas funciones (políticas); por ejemplo, mediante la referencia a los derechos individuales"¹⁹⁴. Así, la nueva concepción constitucional dio lugar a sistemas de división de funciones entre los distintos poderes supremos del Estado, se recogieron listados de derechos en las Constituciones y se crearon sistemas de control del cumplimiento de todos esos contenidos.

3.1.2. El control de la supremacía de la Constitución sobre la Ley.

I. El camino escogido para hacer efectiva la supremacía de la norma constitucional fue diferente en los continentes europeo y norteamericano, e incluso dentro del primero la solución no fue unánime. En Norteamérica se impuso un sistema de control difuso

193 CASCAJO CASTRO, Jose Luis: "La Jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de Estudios Políticos*, nº 199, 1975, p. 161.

194 GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial Textos, 1991 (1ª ed. 1950), p. 112.

de la Norma Suprema¹⁹⁵, mientras que en Europa, aún percibiéndose algunos atisbos de establecer un sistema de control difuso de la constitucionalidad de las normas¹⁹⁶ acabó triunfando una organización de la justicia constitucional concentrada en manos de unos Tribunales *ad hoc*, los tribunales constitucionales. Así por ejemplo, con el establecimiento de la República austríaca de 1920 surgieron concepciones diferentes acerca del control de las leyes que debía establecerse en la nueva Constitución¹⁹⁷. Por un lado, se planteó el optar por el modelo de control de constitucionalidad norteamericano, pero, por otro lado, existía también el temor a que dicho sistema produjese una divergencia de interpretaciones entre los tribunales y, en consecuencia, un riesgo de inseguridad jurídica. Por ello, la decisión final fue la de crear un Tribunal Constitucional que, pese a concebirse como la institución garante de la Constitución, no nació como un órgano controlador de normas. En la

195 Para el sistema norteamericano, la supremacía de la Constitución como "Fundamental Law" no sólo autoriza al juez a la interpretación y configuración del sentido y contenido de las leyes, incluida la Constitución, sino que también lo obliga, si el caso lo requiere, a enjuiciar la compatibilidad de las leyes con normas de rango más elevado.

196 Nos referimos al sistema de control de constitucionalidad que se dio durante la República de Weimar.

197 Hay que señalar que en Austria el problema del control judicial de la constitucionalidad de las leyes estaba resuelto antes de la Primera Guerra Mundial: los jueces y tribunales carecían de competencia para conocer de la validez de las leyes correctamente promulgadas. Así se establecía en el art. 7 de la Ley de 21 de diciembre de 1867, reguladora del poder judicial en el Imperio Austríaco. Hay que señalar, además, que incluso el Tribunal del Imperio, previsto en la Constitución austríaca de 1867 y cuya evolución posterior constituirá el germen de el Tribunal Constitucional de 1920, no disponía del poder de controlar la constitucionalidad de las leyes, sólo podía controlar la regularidad de la publicación de las mismas. Sobre ello vid. ÖHLINGER, Theo: "L'evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria", en Giorgio LOMBARDI: *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, Rimini, Maggioli, 1985, pp. 38 y ss.

materia de control de constitucionalidad, la situación seguía siendo la misma que bajo el Imperio: prohibición absoluta del control judicial de las leyes correctamente promulgadas. El único instrumento de control de normas que se otorga al Tribunal Constitucional es el art. 15 de la Ley constitucional de 14 de marzo de 1918, que permitía al Gobierno del Estado impugnar ante el Tribunal Constitucional proyectos de ley de los *Länder*, cuando los considerase inconstitucionales¹⁹⁸. Posteriormente, como

198 La atribución al Tribunal Constitucional austríaco de la competencia para conocer de la constitucionalidad de las leyes del *Land* o de la Federación por vulneración del reparto de competencias establecidos en la Constitución fue una práctica generalizada en los países con estructura federal. De hecho, ya el primer modelo de "control de constitucionalidad" autónomo en Europa se encuentra en la Constitución Helvética de 1874, aunque, dista mucho de lo que fue el establecimiento del que conocemos como constitucionalismo europeo. El sistema helvético de control de constitucionalidad estaba tan vinculado a la existencia de la organización federal, que Cruz Villalón indica que podría decirse que no se trataba tanto un control de constitucionalidad como un control de "federalidad", pues lo que existía era un control de la adecuación de los ordenamientos cantonales al ordenamiento federal (CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo*, op. cit., p. 50). El constitucionalismo que surgió tras la Primera Guerra Mundial vio en el control concentrado de constitucionalidad la solución a la necesidad de regular las relaciones entre el Estado Federal y los Estados federados. La lógica del Estado federal descansaba sobre el principio del reparto de poderes establecido en la Constitución y el juez que debía velar por el respeto de estas reglas de reparto debía ser, obviamente, un juez constitucional, por lo que resultaba necesario otorgar el control de la constitucionalidad de dichas actuaciones a ese órgano *ad hoc*, el tribunal constitucional. Así sucedió en Alemania con la creación del Tribunal de Justicia Constitucional (*Staatsgerichtshof*) durante la República de Weimar, cuyas competencias se ceñían primordialmente a conflictos constitucionales entre el gobierno central y los Estados miembros. Y en Bélgica, pese a tratarse de un sistema federal que no empezó a desarrollarse hasta la reforma Constitucional de 1971, la justicia constitucional también se introdujo de forma paralela a la instauración de ese Estado de corte federal. Entre proceso dio lugar a la inclusión en la Constitución (CBE) del art. 107ter por la Ley de 29 de julio de 1980, donde se establecía la creación de una Corte Constitucional, la *Cour d'arbitrage*, encargada de resolver, por un lado, los conflictos entre una Ley (de la Federación) y un decreto (de una Comunidad o de una Región), y por otro, los conflictos de decretos entre sí, causados por el desconocimiento de las reglas constitucionales de reparto de competencias (Sobre la evolución del sistema federal belga y la reciente modificación en este terreno introducida por la reforma constitucional de 1993 puede verse, entre otros, CEREXHE, Etienne: *La Réforme de l'Etat Belge*, Bruselas, E.Story-

consecuencia de una propuesta de Kelsen, principal artífice de la Constitución, la Constitución de 1920 recogió la facultad del Tribunal Constitucional de conocer *a posteriori* de la inconstitucionalidad de las leyes de la Federación y de los *Länder*, estableciéndose el inicio de la justicia constitucional concentrada que se difundirá por la mayor parte de la Europa continental¹⁹⁹.

Pese a que la nueva doctrina constitucional europea se desarrolló fundamentalmente a partir del modelo establecido en la Constitución austríaca de 1920, Cruz Villalón recuerda que, aunque sólo fuera unos meses antes, Checoslovaquia fue el primer Estado que introdujo en su ordenamiento un sistema de control de constitucionalidad como el que acabó implantándose en la Europa continental²⁰⁰. Además, lo hizo estableciendo un modelo puro de control concentrado de constitucionalidad al crear un Tribunal *ad hoc* que conocía de forma exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, a pesar de la pronta constitución del Tribunal, ninguno de los legitimados para impugnar leyes lo hizo durante el período de existencia de dicho órgano, por lo que, realmente, nunca realizó

Scientia, 1993; DELPÉRÉE, Francis (Coord.): *La Constitution Fédérale du 5 mai 1993*, Bruselas, Bruylant, 1993; DELPÉRÉE, Francis (Coord.): *La Belgique Fédérale*, Bruselas, Bruylant, 1994).

¹⁹⁹ Sobre las facultades del Tribunal Constitucional austríaco puede verse el trabajo de PERYROU-PISTOULEY, Silvie: *La Cour Constitutionnelle et le controle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, 1993, pp. 63 y ss.

²⁰⁰ De hecho, la Constitución Checoslovaca de 29 de febrero de 1920 proclamaba en su primer artículo el principio de supremacía constitucional, con la consiguiente invalidez de las leyes que se opusieran a ella, y el segundo artículo atribuía la garantía del principio de supremacía a un Tribunal Constitucional.

dicha función de control²⁰¹. Por el contrario, el modelo de justicia constitucional diseñado por la Constitución austríaca sí funcionó y es el que sirvió de referencia al resto de los Estados del continente europeo.

Por lo tanto, la Constitución austríaca, cuyo inspirador fue Kelsen, atribuía a un tribunal constitucional el control de la constitucionalidad de las normas. No obstante, hay que advertir que, aunque, como se ha dicho, existía un interés en aquel momento por poner coto a los excesos que podía cometer el legislativo, la teoría de Kelsen, verdaderamente, no tenía por fundamento una actitud de recelo hacia el legislador²⁰². La doctrina de Kelsen pretendía, sobre todo, afianzar la idea de supremacía de la Constitución, y también de la Ley, en un contexto en el que ésta aparecía amenazada por una judicatura sumamente activista y, por otro lado, dibujar una figura de juez constitucional capaz de recuperar, hasta donde fuera posible, los ideales positivistas de la interpretación lógica y controlable, es decir, objetiva²⁰³. Se buscaba

201 Véase CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de...*, *op. cit.*, pp. 277-299.

202 Así por ejemplo, señalaba que "el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes que debe dictar", KELSEN, Hans: "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)", en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988, p. 131.

203 *Vid.* GASCÓN ABELLÁN, Marina: "La justicia constitucional: entre legislación y...", *op. cit.*, p. 85.

El propio KELSEN nos ilustra sobre la actividad jurisdiccional en el período anterior a la Constitución austríaca de 1920. En aquellos momentos las jurisdicciones austríacas tenían el poder de verificar la constitucionalidad de las leyes sólo en la medida de la regularidad de su publicación, la apreciación sobre la legalidad o constitucionalidad de las mismas estaba muy

un juez constitucional encargado de realizar un juicio abstracto de compatibilidad entre una ley y la Constitución (como norma superior). Por ello, Kelsen, en su modelo de justicia constitucional, dejó fuera del parámetro de constitucionalidad principios tales como la equidad, justicia, igualdad, etc. Cuanto más se guardase la jurisdicción constitucional de erigirse como árbitro de principios tales, tanto mejor protegida se hallaría frente a las acusaciones de suplantación de los políticos. Por ello señalaba:

"La Constitución no ha querido al emplear el término de justicia (constitucional)...hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante -ciertamente no querido por la Constitución y completamente conraindicada políticamente- del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede

limitada y, además, tal conocimiento sobre la constitucionalidad de una norma suponía la inaplicación de la norma al caso, no la expulsión de la misma del ordenamiento. En la aplicación de las leyes confluían, en muchas ocasiones, las jurisdicciones administrativa y ordinaria, con las consecuentes contradicciones a que ello podía conllevar. Además, el hecho más importante es que las decisiones que el Tribunal superior de la jurisdicción ordinaria (*Oberster Gerichtshof*) pudiera hacer sobre la constitucionalidad de una Ley o de un reglamento no vinculaban a las jurisdicciones inferiores. Nada les impedía a éstas aplicar una ley que el *Oberster Gerichtshof* había declarado inconstitucional y había renunciado a aplicar. Incluso el mismo *Oberster Gerichtshof* no estaba vinculado por la regla del *stare decisis*. De tal modo que la ley que él había declarado inconstitucional en un caso, podía reconocerla como constitucional y aplicarla en otro caso. Por ese motivo, una centralización del control de la constitucionalidad de las leyes era francamente deseable en interés de la autoridad de la Constitución. *Vid.* KELSEN, Hans: "Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine" (Trad. Louis Favoreau), *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 1, 1990, p. 19.

transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible"²⁰⁴.

Kelsen vio también en la justicia constitucional un medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría, advirtiéndole que "únicamente una ley inconstitucional, por haber sido aprobada por mayoría simple, podría invadir la esfera de los intereses constitucionalmente garantizados de la minoría contra su voluntad. Cualquier minoría -de clase, nacional o religiosa- cuyos intereses se encuentran protegidos de cualquier forma por la Constitución tiene, por consiguiente, un interés muy grande en la constitucionalidad de las leyes" ²⁰⁵.

En definitiva, Kelsen, consciente del pluralismo de valores, de intereses y de frentes políticos que había visto surgir de una manera vigorosa en el ámbito político-constitucional de la Alemania de Weimar, había ideado el modelo de tribunal constitucional capaz de garantizar la supremacía y eficacia de la aplicación de la Constitución asegurando el respeto de la jerarquía de fuentes del derecho.

²⁰⁴ *Vid.* KELSEN, Hans: "La garantie jurisdictionnelle de la Constitution...", *op. cit.*, p. 143.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 152.

II. Pese al triunfo del sistema kelseniano, no se puede dejar de reconocer la importante aportación que la Constitución de Weimar (1919) supuso para la teoría del control de constitucionalidad de las leyes. Ésta no establecía claramente un sistema de control de constitucionalidad²⁰⁶, ante lo cual, la práctica jurisprudencial y doctrinal dio como resultado un sistema complejo de control de constitucionalidad repartido entre varios órganos judiciales supremos. En efecto, en la Alemania de Weimar, en principio, el juez ordinario no era considerado el defensor de la Constitución, como sucedía en el sistema estadounidense, sino que tal función era propia de un tribunal *ad hoc*, el Tribunal de Justicia Constitucional (Staatsgerichtshof), pero que, en realidad, tenía encomendadas sólo algunas competencias relativas a conflictos constitucionales entre el gobierno central y los Estados miembros. Además, el propio Tribunal afirmó su incompetencia para conocer de las imprecisiones, dudas y diferencias de opinión acerca de un precepto constitucional, quedando la defensa de la Constitución, por lo tanto, exclusivamente dentro de la esfera de competencias del legislador²⁰⁷.

La falta de precisión en la Constitución de Weimar acerca del control constitucional de la legalidad trajo consigo más de una

206 En la Constitución de Weimar se establecía la posibilidad de que los jueces controlasen: los reglamentos, la constitucionalidad federal de las leyes de los *Länder*, (es decir, la conformidad de las leyes de los *Länder* con la Constitución Federal, no con arreglo a las constituciones de cada *Land*), el derecho preconstitucional, y la correcta promulgación de las leyes del Reich. Con lo cual, la cuestión polémica, y no resuelta por el texto constitucional, se centraba en decidir si los jueces podían controlar las leyes del Reich postconstitucionales, (y correctamente promulgadas, claro).

207 SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución*, op. cit., p. 99.

confusión en la distribución de competencias en esta materia entre los tribunales supremos del Estado. El silencio constitucional en tales temas llevó a la maleabilidad de ciertas vías judiciales y al intento de los órganos jurisdiccionales superiores de acaparar mayores parcelas de control en este terreno. Así, junto al Tribunal de Justicia Constitucional se encontraba el Tribunal Supremo del Reich (Reichsgericht), quien desde la sentencia de 5 de noviembre de 1925 se declaró competente para establecer la concordancia existente entre las leyes simples y la Constitución del Reich²⁰⁸. Incluso afirmó que, "en principio, los tribunales estaban autorizados a examinar la validez formal y material de las leyes en relación con la Constitución y el ordenamiento"²⁰⁹, lo que suponía la introducción de un sistema difuso de control de constitucionalidad. No obstante, se trataba de un control incidental e *inter partes* que consistía en la no aplicación de la norma del Reich al caso porque tenía preferencia la aplicación de un precepto constitucional. Pese al poco uso que hicieron los tribunales alemanes de esta facultad, lo que importa es que disponían de ella, y eso suponía la existencia de una amenaza de control continuado para el legislador acostumbrado a olvidar los límites que la Constitución le imponía y, por lo tanto, aficionado a abusar de su poder²¹⁰. De hecho, sólo la Constitución de Baviera autorizó expresamente a la jurisdicción ordinaria a revisar

208 *Ibidem*, pp. 43-44.

209 KOMMERS, Donald P.: *The constitutional jurisprudence of the Republic of Germany*, Durham and London, Duke University Press, 1989, p. 7.

210 *Vid.* CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de ...*, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

la adecuación de las leyes a la luz de la Constitución del *Land* y de la Constitución Federal²¹¹.

Por otro lado, junto al control difuso coexistía un control concentrado sobre la compatibilidad entre el derecho de los *Länder* y el derecho del Reich en manos del mismo Tribunal Supremo del Reich, cuya función consistía en obtener un pronunciamiento definitivo y con efectos vinculantes para todos²¹². Y también se encontraba el tribunal *ad hoc* que antes hemos citado, el Tribunal de Estado del Reich (*Staatsgerichtshof*), también denominado Tribunal de Justicia Constitucional²¹³, encargado exclusivamente de los conflictos constitucionales entre órganos del Reich²¹⁴, y los

211 La Constitución Bávara de 14 de agosto de 1919 contempló en su artículo 70, la formación de una Corte Judicial del Estado de Baviera competente para el conocimiento de las prestaciones frente a Ministros y Parlamentarios, así como cuestiones constitucionales hasta entonces no previstas. Basándose en esta previsión constitucional se creó en 1920 un Tribunal de Estado formado por el Presidente del Tribunal Supremo bávaro, 8 jueces y 10 miembros más, elegidos por el Parlamento del *Land*. De esta manera, el ámbito de competencias del Tribunal Supremo bávaro se extendió también al ámbito constitucional. *Vid.* ARMENTA DEU, Teresa: "El Tribunal Supremo de Baviera en la organización jurisdiccional de la República Federal de Alemania", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 1, 1989, p. 77 y ss. En el mismo sentido, KOMMERS, Donald P.: *The constitutional jurisprudence of the Republic...*, *op. cit.*, p. 8.

212 Este control concentrado en el Tribunal del Reich tuvo su origen en el art. 13.2 de la Constitución de Weimar: "Cuando surjan dudas o diferencias de opinión acerca de si un precepto del derecho de los *Länder* es compatible con el derecho del Reich, la autoridad central del Reich o del *Land* puede recabar el pronunciamiento de un tribunal supremo del Reich en los términos contenidos en una ley del Reich", y la Ley del Reich que desarrolló este art. 13.2 determinó que fuera el Tribunal del Reich.

213 Este Tribunal ha sido también denominado Tribunal de Justicia Constitucional del Reich, o Tribunal Constitucional.

214 Art. 19 Constitución de Weimar: "El Tribunal de Estado del Reich decide a instancia de una de las partes sobre los conflictos constitucionales en el interior de un land en el que no haya un tribunal con competencia respecto de los mismos".

conflictos *Reich-Länder*. Éste era un control concentrado e incidental, lo que dejaba poco clara la cuestión de los efectos del fallo sobre la norma sometida a control.

No faltaron los intentos de introducir en Alemania un sistema de control constitucional concentrado en manos de un tribunal constitucional como el que triunfó posteriormente, en general, en Europa. Pero esa iniciativa fracasó²¹⁵, tal vez, porque el control difuso, en realidad, no se ejerció demasiado por los tribunales ordinarios²¹⁶; tal vez, porque ciertos sectores opinaban que el control por un único tribunal constitucional suponía concentrar en un sólo órgano toda la difusa actividad de control ejercida por el estamento judicial entero, "organismo que, además resultaría políticamente fácil de captar e influir"²¹⁷; o, por último, puede que la razón se encontrase en la posición que adquirió el Presidente del Reich, que le consolidó como defensor de la Constitución, haciendo innecesaria la búsqueda de la defensa de la constitución en un Tribunal Constitucional.

Si él inspirador de la Constitución austríaca fue Kelsen, el propulsor de la Constitución de Weimar fue Schmitt. Éste no compartía la misma idea de Constitución, como norma fundamental, de Kelsen, más bien la entendía como la situación de concreta

215 Ver el Proyecto de control de constitucionalidad que se intentó llevar a cabo en CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema...*, op. cit., pp. 171-222.

216 Comparte esta opinión Cruz Villalón.

217 Esta idea fue defendida por algunos sectores en la comisión constitucional de la Asamblea Nacional de Weimar. Vid. para ello, SCHMITT, Carl: *La defensa...*, op. cit., p. 58.

unidad del pueblo²¹⁸. Para Schmitt, se trataba de investir a un órgano de plenos poderes, para permitirle afrontar, en caso de crisis de la Constitución, un poder ilimitado frente a los enemigos de la unidad del pueblo. El órgano llamado a ocupar este puesto fue el cabeza del Estado, plebiscitado por el pueblo y dotado de poderes excepcionales (Así se recogía esta idea en el art. 48 de la Constitución de Weimar)²¹⁹. Para Schmitt, que lanzó su crítica contra la idea de Kelsen del tribunal constitucional como guardián de la constitución, el Presidente del Reich se erige como defensor de ésta porque representa ese poder neutral, mediador y tutelar, resultado de la elección de una nación entera²²⁰.

III. Las razones por las que triunfó en Europa esta idea de tribunales especiales encargados de garantizar la Norma fundamental, y de que no triunfara el sistema de control difuso de la Constitución de EEUU, fueron varias. En primer lugar, no hay que olvidar que, como se ha visto, la experiencia histórica constitucional americana y europea fue diferente. En Norteamérica, desde un principio, la aplicación de la Constitución fue una práctica común

218 SCHMITT señala que, "la constitución vigente en el Reich afirma la idea democrática de la unidad homogénea e indivisible de todo el pueblo alemán, que, en virtud de su poder constituyente, se ha dado a sí mismo esta constitución, mediante un acto unilateral", en *La defensa de...*, *op. cit.* p. 113.

219 *Vid.* ZAGREBELSKY, Gustavo: *La giustizia Costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988, pp. 28 y ss.

220 SCHMITT, Carl: *La defensa de...*, *op. cit.*, p. 220. De hecho, para Schmitt, si se consideraba que "la misión de un tribunal de justicia constitucional consiste en resolver de modo indiscutible las dudas referentes al contenido de un precepto constitucional, lo que dicho tribunal realiza...no es ya justicia, sino una turbia asociación de legislación y labor de asesoramiento" (*Ibidem*, p. 96). Con lo cual, se dejaba la defensa de la Constitución en manos de un órgano de naturaleza más bien legislativa, idea que no se podía compartir.

para los jueces. En EEUU el reconocimiento efectivo de derechos en la Constitución, la aplicación de la misma por jueces y tribunales dotados de importantes garantías de independencia con respecto a los grupos políticos y, por lo tanto, el cumplimiento del contenido constitucional, formaba parte de la realidad norteamericana mucho antes de que la justicia constitucional enraizara en el continente europeo²²¹. Por el contrario, dicha tradición no existía en Europa, donde la judicatura se mostraba más reacia a aplicar los preceptos constitucionales²²². Por ello, con la creación de tribunales constitucionales que velaran por la aplicación de la Norma Suprema se intentaba evitar un gobierno de los jueces²²³. En segundo lugar, con la creación de un tribunal constitucional se buscaba una protección más eficaz de los valores constitucionales²²⁴. Por último,

221 Esta idea está apoyada por otra realidad que nos recuerda TOUCHARD: "La declaración de derechos (contenida en la diez primeras enmiendas de la Constitución norteamericana) difiere de las declaraciones europeas en el sentido de que sus prescripciones son aplicables por los tribunales. Aporta por tanto una garantía efectiva y no una declaración de intenciones", en *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Ed. Tecnos, 1964, p. 355. No obstante, Cappelletti, recuerda que, a pesar de ello, incluso en EE.UU, hasta la segunda postguerra la sentencia constitucional no adquirió la importancia que hoy día tiene. *Vid.* sobre ello, CAPPELLETTI, Mauro: "¿Renegar de Montesquieu?...". *op. cit.*, pp. 14 y ss.

222 Esta desconfianza hacia el juez ordinario la recuerda PÉREZ TREMPs, en *Tribunal constitucional y...*, *op. cit.*, p. 56; Igualmente puede verse, FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, Antonio: *Derecho Judicial y Justicia Constitucional: una aproximación al tema*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, p. 26.

223 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "La posición jurídica del Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, p. 35. En el mismo sentido, CASCAJO CASTRO, Jose Luis; y GIMENO SENDRA, Vicente: *El recurso de amparo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 22.

224 Ésta es una de las razones esgrimidas por Jose Luís CASCAJO CASTRO en "La jurisdicción constitucional de la libertad", *op. cit.*, pp. 151 y ss. En el mismo sentido, PÉREZ ROYO señala que "la incorporación de la justicia constitucional junto a los tres poderes tradicionales...ha tenido lugar en aquellos países que tuvieron que pasar por la dramática experiencia de la destrucción del propio Estado constitucional y del sistema de libertades antes

como indica Cappelletti, la creación de un órgano especializado en los países de tradición romana, con ausencia de un principio como el *stare decisis*, evitaba posibles conflictos orgánicos y situaciones de inseguridad jurídica²²⁵. Porque, mientras un control de constitucionalidad *ad casum* en manos de la judicatura dejaba abierta la posibilidad de dispersar entre varios órganos judiciales la legitimidad constitucional de una ley y generaba interpretaciones diversas de los casos constitucionales²²⁶, el sistema de control concentrado, con sede en un tribunal constitucional, resolvía de un modo unívoco y con efectos *erga omnes* las cuestiones de constitucionalidad que se planteasen²²⁷.

de alcanzar la plena democratización del Estado, en tanto que no se ha producido dicha incorporación -con la excepción de la Francia de la V República- en aquellos otros que pudieron manejar el tránsito al Estado democrático manteniendo el orden constitucional con sus derechos fundamentales, libertades públicas y división de poderes", en PÉREZ ROYO, Javier: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 39.

225 CAPPELLETTI, Mauro: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Milan, Giuffrè, 1979, p. 62 y ss. Esta misma idea era compartida por Hans Kelsen en "Le contrôle de constitutionnalité des lois...", *op. cit.*, pp. 17-30.

226 Hay que pensar que, en nuestro continente, con una falta de tradición judicial como la anglosajona, la declaración de ilegitimidad de una ley por un juez, que no supone que la norma deje de estar en vigor, llevaría a la posibilidad de que otro juez, en otra controversia, la mantuviera legítima y la aplicase.

227 Kelsen en su estudio comparado entre el control de la constitucionalidad de las leyes en Austria y Norteamérica puso de manifiesto que tras la anulación de una ley se creaba una situación de seguridad jurídica mayor en el sistema austríaco que en el norteamericano. Pues en Austria la decisión del Tribunal Constitucional de anular una ley, además de hacerla desaparecer del ordenamiento, suponía la automática entrada en vigor de la ley anterior que había sido derogada por ésta nueva. Por el contrario, en Norteamérica si un tribunal declaraba una ley inconstitucional y rechazaba su aplicación al caso, no tenía la posibilidad de aplicar la ley precedente a tal caso. Únicamente si la ley había sido declarada nula *ab initio* (con efectos retroactivos) por la Corte Suprema, podía aplicarse la ley o la regla de *common law* anterior al caso. Hans Kelsen: "Le contrôle de constitutionnalité des lois...", *op. cit.*, pp. 28-29.

Así pues, los tribunales constitucionales nacieron con la misión de actuar como órganos que examinan la adecuación de las normas a la Constitución. Se convirtieron en "legisladores negativos", eliminando las leyes no compatibles con la misma.

3.2. El control por los tribunales constitucionales de la actividad jurisdiccional: La desconfianza en la aplicación de la Constitución por los jueces.

3.2.1. Del conocimiento abstracto de la constitucionalidad de las normas al conocimiento de casos concretos por el juez constitucional.

I. No obstante, en la concepción de Kelsen el TC no era propiamente un tribunal, pues no enjuiciaba sino que se limitaba a controlar la compatibilidad entre dos normas: la ley²²⁸ y la Constitución. No era, pues, un auténtico tribunal porque no conocía de situaciones concretas o hechos específicos, sino que limitaba su función a resolver el problema de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la Norma suprema²²⁹. La concepción kelseniana del TC como mero "legislador negativo", vedándole el conocimiento de casos singulares, intentaba

228 Kelsen entendía por leyes a los "actos así denominados de los órganos legislativos, es decir, en las democracias modernas, de los Parlamentos", incluyendo también los actos que pretenden valer como leyes, pero que no lo son (reglamentos con fuerza de ley, tratados internacionales...). *Vid.* KELSEN: "La garantía jurisdiccional de la Constitución...", *op. cit.*, pp. 132 y ss.

229 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "La posición jurídica del Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, p. 34.

evitar que el TC enjuiciase la constitucionalidad de las normas viciado por hechos, apreciaciones e intereses que son inevitables en el conocimiento de casos concretos. Ese monopolio del TC sobre el control de constitucionalidad de las normas, traía como consecuencia la prohibición a los jueces de la inaplicación de las leyes cuando éstos las consideraran contrarias a la Constitución. Con ello se pretendía reforzar los mecanismos de sumisión del poder judicial a la ley y a la Constitución en un momento en que los jueces tendían a valorar negativamente el acceso a las Cámaras de nuevas fuerzas sociales y políticas²³⁰.

En cuanto a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pudiera controlar las actuaciones de los tribunales contrarias a la Constitución, Kelsen entendía que, "en efecto, el mero hecho de que un acto jurídico emane de un tribunal constituye una garantía suficiente de su regularidad. Que esta regularidad consista inmediata o mediatamente en una constitucionalidad no es, de manera general, un motivo suficiente para sustraer estos actos a las jurisdicciones de Derecho común y encomendar su conocimiento a un tribunal constitucional especial"²³¹.

Sin embargo, la presunción de regularidad de los actos provenientes del poder judicial quebró con la experiencia de los regímenes autoritarios que surgieron en el período anterior a la Segunda Guerra Mundial y que condujeron al estallido del conflicto

230 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y ...*, op. cit., p. 58.

231 KELSEN, Hans: "La garantía jurisdiccional de la Constitución...", op. cit, p. 137.

bélico. En Alemania en menos de dos años, entre 1933 y 1934, y haciendo uso de las disposiciones constitucionales de Weimar, se implantó un régimen totalitario que acumuló todos los poderes en manos del *Führer*²³². El Estado de Derecho del nacionalsocialismo alemán llegó a considerar legales muchas violaciones flagrantes de derechos que llegaban al asesinato masivo. El gobierno se convirtió en el juez de su propia causa, constituyéndose en "supremo mandatario judicial del pueblo alemán", y desde ese momento obligó también a la Justicia a la aprobación del Régimen y le impidió emprender por si misma cualquier acción contra sus actividades²³³. De hecho, Hitler manifestó en repetidas ocasiones su intención de eliminar el orden jurídico y los juristas, en el caso de que no se dejaran politizar incondicionalmente²³⁴. Por lo tanto, el papel meramente instrumental de jueces y tribunales fue trazado desde el inicio y "la Justicia alemana se convirtió en cómplice del sistema de la injusticia"²³⁵. Principios como el de *nulla poena sine lege*, o el de presunción de inocencia fueron erradicados desde el comienzo, y se crearon tribunales especiales y tribunales populares que no vinieron sino a agravar la lamentable actuación de la Justicia.

232 Carl Schmitt cuenta como el art. 48 de la Constitución de Weimar, que establecía la posibilidad de suspender temporalmente la vigencia de los derechos y libertades para el restablecimiento de la seguridad y orden públicos, fue utilizado por Hitler para, en definitiva, suspender indefinidamente la misma Constitución. SCHMITT, Carl: *La dictadura*, (publicado por primera vez en 1931), Madrid, Alianza Editorial, Edición de 1985, p. 258.

233 BRACHER, Karl Dietrich: *La dictadura alemana*, vol. I, Madrid, Alianza Editorial, 1973, pp. 322 y ss.

234 *Ibidem*, vol. II, pp. 106 y ss.

235 *Ibidem* vol. II, p. 109.

En lo que toca al fascismo italiano, como es sabido, la dictadura no fue ejercida de un modo tan total y exclusivo como lo hizo Hitler en el Tercer Reich. Mientras este último mantuvo todos los poderes en su mano, Mussolini tuvo siempre a su lado y por encima de él al Rey, por poca importancia que tuviera éste, dejó intacta la organización jurisdiccional preexistente²³⁶, y las violaciones masivas de derechos que se llevaron a cabo en el Reich alemán no tuvieron parangón en el nacionalsocialismo italiano.

II. Precisamente, la constatación de la vulneración de principios fundamentales de la Constitución y, en particular, de los derechos fundamentales de los ciudadanos, durante la época nacionalsocialista y fascista influyó en el Estado de Derecho posterior a la Segunda Guerra Mundial, que empezó a replantearse el problema de la constitucionalidad de la ley; la Constitución, en tanto que norma fundamental, debía vincular a todos los poderes públicos, incluido el legislador, que en el caso alemán había hecho de la Norma suprema un instrumento para legitimar actuaciones lesivas de derechos. Lo que interesaba era asegurar la primacía constitucional, y ésta resultaba jurídicamente imperfecta si carecía de garantía jurisdiccional²³⁷. El guardián de la constitucionalidad de

236 DE MARISCO, Alfredo: *Legislazione e giustizia nel fascismo*, Milano, Mondadori, 1939.

237 GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: "El *status* del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, 1981, p. 11-34. En el mismo sentido, Kelsen ya apuntaba que, "una constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una constitución plenamente obligatoria", KELSEN, Hans: "La garantie juridictionnelle de la Constitution...", *op. cit.*, p. 50.



los actos de los poderes públicos, el tribunal constitucional, tal como lo define Bergasse, debía ser:

*"Una institución que desprovista de toda actividad contra el régimen político del Estado, y no teniendo ninguna influencia sobre las voluntades que concurren a formar este régimen o mantenerlo, dispone, para proteger a todos los individuos y a todos los derechos, de una fuerza tal que, siendo todopoderosa para defender y socorrer, deviene absolutamente nula tan pronto como, cambiando su finalidad, se intenta hacer uso de ella para oprimir"*²³⁸.

La barbarie de la guerra había puesto en tela de juicio todo el sistema constitucional preexistente, y se hizo necesario el establecimiento de mecanismos de salvaguarda efectiva de los preceptos constitucionales. Se trataba de una carencia propia de la mayor parte de los Estados constitucionales europeos, pues las vulneraciones de derechos se habían producido de un modo generalizado en la práctica totalidad de los Estados. Por ello, se hacía necesario un nuevo constitucionalismo que pusiese como garante de las diversas Constituciones, no a la judicatura, que había demostrado su incapacidad para ello, sino a unos tribunales *ad hoc*, como los que ya existían, pero dotados de una funciones mucho mayores en el control de la actuación de los poderes públicos con respecto a la Constitución. Por supuesto, los mecanismos constitucionales establecidos no fueron iguales en todos los Estados, y el papel que se otorgó a los jueces en el nuevo diseño

238 Recogido por PÉREZ ROYO, Javier: *Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 20.

constitucional dependió de la actuación que los mismos habían ejercido en cada Estado durante el período dictatorial y bélico. En el mismo sentido, Steinberger recuerda que las particularidades históricas de cada nación y la estructura política de cada Estado generaron un desarrollo constitucional diferente, pero, "en todos fue una reacción al sistema político anterior. En Alemania fue una reacción al régimen nacionalsocialista; en Italia, al régimen fascista; en España, al régimen franquista, e incluso en Francia, el Consejo Constitucional fue establecido como reacción al sistema parlamentario de la IV República"²³⁹. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán, creado tras la nueva Constitución del 1949, ostenta facultades mayores para la salvaguarda de los derechos fundamentales que el Tribunal Constitucional italiano, al ser el primero competente para conocer del recurso de amparo contra los actos de todos los poderes públicos. La existencia de este recurso, y la posibilidad de interponerlo también frente a las actuaciones judiciales, no es más que un reflejo de la necesidad de garantizar que ninguno de los poderes vuelva a repetir lo realizado durante el período fascista.

Por lo tanto, tras la experiencia de Italia y Alemania, en las que el legislador, asumiendo el papel de "defensor de la Constitución" se había convertido en un peligro por su arbitrariedad y el juez en un instrumento de aquél, los modelos de tribunales constitucionales que aparecen en la segunda postguerra se configuran como

²³⁹ STEIMBERGER, Helmut: "Algunos rasgos fundamentales de la Justicia Constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, nº 51, 1986, p. 8.

verdaderos tribunales jurisdiccionales, (no como la anterior concepción kelseniana de "legisladores negativos"). A partir de ese momento, los tribunales constitucionales no sólo entienden de un modo abstracto la constitucionalidad de las normas, sino que empiezan a estudiar casos concretos, bien a través de la cuestión de constitucionalidad (por ejemplo, en Italia y Alemania), bien mediante el recurso de amparo de protección de los derechos fundamentales (por ejemplo, en Alemania y Austria).

Por el contrario, en aquellos países como Francia, donde la violación de los derechos no se acusó tanto²⁴⁰, el sistema de justicia constitucional no se involucró en esa nueva corriente. El *Conseil Constitutionnel* fue concebido como guardián de la Constitución frente a los amplios poderes del ejecutivo, y no se impuso como órgano independiente, casi judicial hasta 1971, cuando asumió la función de revisar la legislación parlamentaria que violase los derechos fundamentales. No obstante, se trata de un control de constitucionalidad previo a la promulgación de la norma y, por supuesto, abstracto, lo cual implica la imposibilidad de cualquier persona, grupo, organismo, etc., de acudir a él para denunciar que un derecho fundamental le ha sido violado, bien sea en el curso de un juicio, bien sea directamente.

Ese mismo fenómeno de desconfianza hacia los jueces por el papel desempeñado en el pasado se reprodujo en España durante el período constituyente. En los cuarenta años de dictadura la

240 Los excesos del régimen de Vichy durante la segunda Guerra Mundial habían sido menores que en otros países, y ciertamente más cortos.

judicatura se mantuvo cercana a los mandatos del poder central y sus sentencias, mas que salvaguardar los intereses de los ciudadanos, vinieron a justificar la ejecución de muchas medidas transgresoras de derechos. A este respecto, resulta enormemente interesante el trabajo de Francisco Bastida, "Jueces y Franquismo", donde se demuestra, a través del estudio de la jurisprudencia elaborada por el TS entre 1964 y 1974, la adhesión de éste a los principios del Régimen franquista. El autor señala que el TS, a pesar de reiterar que su obediencia a la ley le impedía entrar a enjuiciar si las normas eran buenas o malas, oportunas o no, justas o injustas²⁴¹, utilizó en sus decisiones una noción de Derecho enraizada en planteamientos iusnaturalistas de origen ético-religioso, que le permitieron hacer observaciones ajenas a la normativa que debía aplicar. En palabras de Bastida, "a la hora de concretar la premisa mayor que fundamentaba el fallo, el TS, valiéndose de la amplitud y vaguedad de la norma a aplicar, introdujo criterios de determinación basados en creencias, juicios y valores metajurídicos (que, en general, coincidían con los principios del Régimen) y que contribuyeron a formalizar un contenido extenso de la norma en la que luego se subsumían los hechos"²⁴². Esta actitud fue especialmente lesiva en el ámbito de derechos tan fundamentales hoy en día como el derecho de reunión y

²⁴¹ SSTs 25 de marzo de 1965; 28 de febrero de 1967; 13 de febrero de 1971.

²⁴² El trabajo de BASTIDA, *Jueces y Franquismo*, Barcelona, Ariel, 1986, está ilustrado con una exhaustiva jurisprudencia del TS, a lo largo de la cual se observa como el TS recogió en sus sentencias todos y cada uno de los principios del Régimen franquista (unidad espiritual, unidad religiosa, unidad social, unidad sindical, unidad nacional, unidad política, el orden como haz de principios unitarios...).

manifestación, la libertad de expresión, el derecho a la tutela judicial efectiva en todas sus manifestaciones, la libertad religiosa, etc. La jurisprudencia con sus constantes presunciones de ilicitud de la mayoría de actuaciones que no estuvieran autorizadas hizo parecer que sólo entraba dentro de la legalidad el ejercicio de aquello que estaba autorizado. En el trabajo de Bastida se plantea la cuestión que surgió durante el período constituyente, de si el Estado democrático podía confiar la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos a quienes, desde la más alta instancia judicial de un régimen político anterior tuvieron ocasión de razonar y sentenciar su represión.

Esa cercanía del poder judicial al régimen franquista era descrita por Martín-Retortillo durante el periodo constituyente con las siguientes palabras: "En el período anterior abundaron los jueces o fiscales que gustaron las mieles de los cargos políticos y de designación: delegados periféricos y procuradores en Cortes...Y muchos de aquéllos...no sólo pueblan todavía los descansillos del escalafón sino que están bien situados en las alturas, en los sillones mullidos y en las *Chaise-longes*, en los tresillos, en los tronos. ¿Llegarán incluso al Consejo General del Poder Judicial, o les entrará el escrúpulo, les dará el palpito democrático y se detendrán ante los umbrales?"²⁴³. Pese a que Martín Retortillo acierta a describir lo que pensaba la amplia mayoría de los políticos y de la sociedad acerca de los jueces, hay que aclarar que él, personalmente, creía

243 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Materiales para una Constitución*, Madrid, 1984, pp. 306 y ss.

que en aquel momento la magistratura podía enriquecerse de una salvia nueva democrática.

Lo cierto es que el sentir mayoritario de recelo hacia la judicatura hizo mella en el sistema de protección de derechos que se estableció. El naciente régimen democrático, en el cual las leyes eran elaboradas por unos representantes elegidos por el pueblo, no podía dejar la aplicación de las mismas sin control alguno. En ello se encuentra el por qué de la instauración del recurso de amparo también contra las decisiones judiciales que vulneren un derecho fundamental. La desconfianza existente hacia la magistratura, y el ejemplo que la misma había dado en el anterior Régimen, hizo dudar a los constituyentes sobre si la ley democráticamente aprobada sería ejecutada en los términos que había querido el legislador. Es decir, se buscó una fórmula de justicia constitucional que garantizara el contenido y la eficacia de los derechos de la forma más amplia posible y frente a todos los poderes públicos, y además, que se salvaguardasen del modo en que los constituyentes y el legislador habían determinado. Por ello se estableció el recurso de amparo como garantía de que también los jueces mantendrían la efectividad del contenido constitucional. Esa misma intención de consagrar la competencia del TC en la garantía e interpretación de los derechos fundamentales es la que llevó al Raúl Morodo a presentar una enmienda al art. 45 del Anteproyecto de Constitución (actual 53.2), proponiendo que la salvaguarda de los derechos

fundamentales correspondiese en exclusiva al TC a través del recurso de amparo²⁴⁴.

Sin embargo, a pesar de que a lo largo de la gestación del texto constitucional apenas hubiera dudas acerca de la instauración del recurso de amparo constitucional, no podemos dejar de hacer referencia a una posición minoritaria que se mantuvo reacia a la inclusión del recurso de amparo. Tal recurso sólo fue cuestionado por el senador Martín-Retortillo en las diversas enmiendas que presentó al Anteproyecto de Constitución. A su parecer, “el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional era, en la época de la II República, una exigencia perentoria dada la situación de indefensión en que se encontraban los titulares de tantos derechos y libertades. Hoy, en cambio, parece mas efectiva la vía de los tribunales ordinarios, apurando todas las exigencias necesarias y cuidando los principios de preferencia y sumariedad que el propio precepto consagra. Cuidando también, por supuesto, el grado de apelación. Si se cumplen esas exigencias, el recurso de amparo no sólo no parece necesario, sino que podría resultar aun inconveniente desde el prisma de la seguridad jurídica, dada la prolongada duración que podrían alcanzar los litigios. Aparte de que parece razonable no sobrecargar al Tribunal Constitucional”²⁴⁵. En otra ocasión del debate constituyente añadió: “Si esto es así, ¿sigue teniendo sentido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional? ¿Sigue

244 Boletín Oficial de las Cortes, Sesión del 29 de enero de 1978, *Trabajos Parlamentarios de la Constitución Española*, T. I, Madrid, Cortes Generales, 1980, pp. 329-330.

245 Boletín Oficial de las Cortes, nº 46, Sesión del Senado, de 3 de agosto de 1978.

justificándose una tercera o cuarta oportunidad de enjuiciamiento para litigios que han sido conocidos por jueces de tribunales independientes? ¿No dejamos muy mal parado al poder judicial, que algún día habrá de ser democrático?"²⁴⁶. Martín-Retortillo ponía de este modo de manifiesto la concepción que en ese momento se tenía de la judicatura ligada al Régimen dictatorial. Así pues, las palabras de Martín-Retortillo constituían en el período constitucional ese voto de confianza, al que antes nos hemos referido, hacia una judicatura que podía implicarse en la rueda de la naciente democracia²⁴⁷. De hecho, Martín-Retortillo mantuvo hasta el último momento su propuesta de que se eliminasen del actual art. 53.2 CE las palabras "y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional"²⁴⁸.

En términos generales, puede decirse que la posición minoritaria contraria a la instauración del recurso de amparo partía principalmente de los administrativistas²⁴⁹. En la actualidad apenas existen voces que aboguen por la desaparición del recurso de amparo. La supresión del mismo supondría residenciar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales únicamente en los

246 Boletín Oficial de las Cortes, nº 62, Sesión del Senado, de 29 de septiembre de 1978.

247 Esta opinión se recoge ahora en "Contra el Recurso de amparo", *Materiales para una Constitución, op. cit.*

248 Boletín Oficial de las Cortes, nº 157, Sesión del Senado, de 6 de octubre de 1978, p. 3478. Martín-Retortillo justifica y recuerda su postura acerca del recurso de amparo en el proceso constituyente en: "Contra el recurso de amparo", *op. cit.*, pp. 193-199.

249 GARCIA MANZANO, Pablo: "Las vías judiciales previas al recurso de amparo constitucional", en la obra colectiva *EL Tribunal Constitucional*, T. II, *op. cit.*, p. 1673.

tribunales ordinarios. El primer problema que ello plantea es, como ha señalado el propio Presidente del TS, el de su constitucionalidad²⁵⁰, pues si la nota distintiva de los derechos fundamentales es su especial protección, privarles de ésta sería ir en contra de los principios con que nació nuestra Constitución.

3.2.2. El TC como órgano jurisdiccional.

La adquisición de estas nuevas funciones por los tribunales constitucionales ha llevado a la doctrina a la discusión sobre si el TC es un órgano jurisdiccional o político. En este sentido, se dijo en la doctrina italiana que "era un hecho el que la aparición en escena de la Corte Constitucional se ha entendido un poco como la introducción de un *terzo incomodo* entre el poder legislativo y el poder judicial, advirtiendo el primero que algo se le había quitado, y el segundo que no le era dado lo que, en hipótesis, hubiera podido dársele"²⁵¹.

Lo cierto es que para determinar la naturaleza del TC es necesario analizar diferentes elementos. Por un lado, si atendemos al contenido material que constituye el objeto de control del TC, podemos observar que ciertas de sus decisiones tienen necesariamente carga política. Nos referimos, en concreto, a los supuestos en los que el TC conoce de recursos de inconstitucionalidad. Es indudable que la parcialidad es inherente a

250 SALA SÁNCHEZ, Pascual: "La delimitación de funciones entre...", *op. cit.*, p. 35.

251 CASCAJO CASTRO, José Luis: "Aproximación al tema de las funciones del Tribunal Constitucional", en *El Tribunal constitucional*, vol. I, *op. cit.*, p. 639.

un proceso de este tipo, iniciado por órganos de carácter político, o por fracciones de esos mismos órganos, esto es, por sujetos que protagonizan el debate político²⁵², y el juez constitucional tiene que evaluar intenciones, proyectos y políticas, desde la óptica de la Constitución²⁵³. Ello ha llevado a Schmitt a entender que cuando el TC realiza un trabajo de interpretación de leyes de acuerdo con la Constitución, lo que hace no tienen nada de jurisdicción, sino que es materialmente legislación. Por lo tanto, para Schmitt, en esos casos la actuación del TC es de naturaleza política, lo que se comprueba contraponiendo una decisión judicial característica, que presupone una ley previa de la cual esa decisión ha de deducirse, a las decisiones que realiza un TC, que se deducen, no de cualquier norma, sino de la norma suprema, la Constitución, y que se asimilan más a la actuación que realiza el legislador. Sin embargo, para este autor cuando el TC conoce de los que en nuestro sistema llamamos recursos de amparo está realizando una mera actuación de justicia administrativa²⁵⁴.

Y es que hay que distinguir entre la materia objeto de análisis por parte del TC y las funciones y naturaleza de la actividad que

²⁵² Así lo recuerda JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "Control de la constitucionalidad", en GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y CLAVERO, Manuel: *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997, p. 574.

²⁵³ Martínez Sospedra destaca como el TC participa en el proceso de formación de la voluntad política del Estado desde el momento en que puede declarar la nulidad de los preceptos o normativa que se impugna y puede acotar el campo de acción legítima de los poderes públicos. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: "El Tribunal Constitucional como órgano político", en AA.VV.: *El Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 1806 y ss.

²⁵⁴ Citado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: "La posición jurídica del Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, pp. 58 y ss.

realiza, pues, precisamente lo característico de los tribunales constitucionales, frente a las resoluciones políticas, es que la resolución de los conflictos se hace atendiendo a criterios y métodos jurídicos²⁵⁵. Como se ha señalado, "el juez constitucional es un auténtico juez, es decir, no sólo actúa según fórmulas y procedimientos judiciales, sino que también en los aspectos de fondo se comporta como un órgano jurisdiccional"²⁵⁶, y todo ello es lo que induce a Pérez Tremps a calificar al juez constitucional de jurisdiccional, pues lo que hace que un órgano sea jurisdiccional son sus funciones²⁵⁷.

Por último hay que atender a los efectos de las decisiones del TC para determinar su naturaleza política o jurisdiccional, y en este sentido, Ignacio De Otto señala que la única nota que diferencia la jurisdicción de cualquier otra función de aplicación del derecho es la irrevocabilidad de la decisión con que la jurisdicción se ejerce. Irrevocabilidad que consiste en la "imperatividad inmutable", esto es, el efecto de cosa juzgada, en el carácter inalterable de la decisión, cosa que no debe confundirse con la irrecurribilidad²⁵⁸. Si atendemos a este criterio, no cabe duda de que la actividad que realiza el TC debe calificarse de jurisdiccional.

255 *Ibidem*, p. 76.

256 GASCÓN ABELLÁN, Marina: "La justicia constitucional...", *op. cit.*, p. 87.

257 PÉREZ TREMPs, Pablo: *Tribunal Constitucional y...*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

258 DE OTTO, Ignacio: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1989, p. 20.

Por todo lo señalado hay que concluir que el TC se configura en nuestra CE como un órgano de carácter jurisdiccional, en cuanto que está sometido, en el estricto cumplimiento de sus deberes, a lo establecido en la Constitución, y en consecuencia actúa bajo los principios de independencia y unidad jurisdiccional que son los pilares de la organización judicial²⁵⁹.

3.3. Las controversias entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en los modelos de justicia constitucional concentrada.

3.3.1. Especial conflictividad entre el poder judicial y el juez constitucional en los sistemas donde éste ha pasado de ser sólo "juez del legislador" a ser también "juez de jueces".

I. La introducción de un órgano como el TC en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales europeos, que supone el surgimiento de una jurisdicción constitucional, ha provocado inevitablemente fricciones con la jurisdicción preexistente, la jurisdicción ordinaria. Estas controversias entre el poder judicial y un tribunal constitucional, por el contrario, no pueden producirse en un sistema como el norteamericano donde no existe un órgano *ad hoc*, e independiente del poder judicial, encargado de la defensa constitucional. El mecanismo de control de constitucionalidad estadounidense está colocado en el plano de la interpretación y aplicación judicial de las leyes; es el mismo Tribunal Supremo de los

²⁵⁹ En este sentido puede verse, DOMÍNGUEZ MARTIN, Salvador: "Análisis crítico sobre la juridicidad del Tribunal Constitucional español", en AA. VV.: *El Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 755-756.

EEUU el supremo intérprete de la Constitución, las leyes federales y los Tratado internacionales ratificados. El que éste sea el supremo intérprete no significa que sea el único, bien al contrario, el sistema difuso norteamericano permite a todos los jueces la interpretación de la legalidad y de la Norma suprema hasta tal punto, que posibilita a un juez el no aplicar una norma cuando sea contraria a la Constitución. Como indica Calamandrei, esta facultad que tienen los jueces no es un poder excepcional que ponga a los jueces por encima de la ley, sino que se trata del poder que normalmente tienen todos los jueces de encontrar cuál es la ley aplicable al caso, y de escoger, cuando hay contraste entre dos normas, aquélla que debe prevalecer, esto es, la Constitución²⁶⁰. Como señaló Marshall, los jueces se encuentran obligados a salvaguardar la Constitución por mandato del art. 6 de esta Constitución²⁶¹.

Por lo tanto, en Estados Unidos se otorga, de forma evidente y expresa, un papel al poder judicial en la defensa de la Constitución, aunque la decisión última sobre la adecuación de la actuación de los poderes públicos se ubica en un único tribunal, el Tribunal Supremo, que efectúa tanto el control de legalidad como el de constitucionalidad²⁶². El Tribunal Supremo ha reconocido que el

260 CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el Proceso civil...*, op. cit., p. 101.

261 Art. 6 Constitución Estados Unidos: "Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se hagan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contra que se encuentre en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado".

262 El art. 3 de Constitución EEUU señala en su primer párrafo que "el poder judicial de los Estados Unidos residirá en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya o establezca en lo sucesivo"

stare decisis representa un importante elemento de continuidad del derecho, y está basado en la necesidad sociológica de satisfacer las expectativas razonables, pero ha admitido también la posibilidad de autocorregirse²⁶³.

Hay que advertir, además, que existen técnicas que permiten a los tribunales inferiores apartarse de las decisiones del Tribunal Supremo. Una de ellas es la derogación implícita, que supone la pérdida de autoridad de un precedente por el simple transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias; y otra, la de predicción, que permite a un juez argumentar que no sigue un precedente del Tribunal Supremo, porque se puede *predecir* que éste no lo seguiría²⁶⁴. Esta flexibilidad del *stare decisis* es mucho mayor en el ámbito del Derecho Constitucional. Así, en el *Caso Connecticut General Life Insurance Co. v. Johnson, Treasurer of State of California*²⁶⁵, el Juez Black dijo: "La doctrina del *stare decisis*, aunque apropiada e incluso necesaria en ocasiones, tiene sólo una aplicación limitada en el campo del Derecho constitucional". Como argumento en favor de la legitimidad de la derogación de precedentes en el derecho constitucional se aduce la lentitud de los cambios constitucionales; además, porque se considera que ahí es

y el segundo párrafo añade: "El poder judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebre bajo su autoridad..."

²⁶³ *Helvering, Commissioner of Internal Revenue v. Hallock, et al.* 60 sup. Ct 444 (1940).

²⁶⁴ ITURRALDE SESMA, Victoria: *El precedente en el Common Law*, Madrid, Diputación Foral de Gipuzkoa: Civitas, 1995, pp 159-160.

²⁶⁵ 303 U. S. 77, 85, 58, Sup. Ct. 436 (1938).

especialmente importante mantener el Derecho de acuerdo con el desarrollo del orden social, y porque la corrección de decisiones constitucionales a través de la legislación es prácticamente imposible.

En los casos constitucionales, como sucede en otros supuestos, los precedentes guían y estructuran las decisiones judiciales²⁶⁶, pero no las controlan. No existe, propiamente, un control del no seguimiento de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, sino que viene a ser el último árbitro de las controversias que puedan surgir sobre la interpretación de la Constitución y de las Leyes Federales y Tratados internacionales. Por lo tanto, todo ello hace que no sea posible hablar de la conflictividad a la que nos estamos refiriendo en este trabajo, e innecesario el incidir más en el sistema constitucional norteamericano.

II. Tampoco se producen especiales controversias entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional en un sistema como el francés. La razón se encuentra, en primer lugar, en que el esquema constitucional francés no rompe con la tradición de Tribunal Constitucional como "juez de la ley", más cercano a la idea kelseniana de tribunal constitucional, dejando una clara diferenciación de objetivos entre la jurisdicción ordinaria y la

266 No hay que olvidar la evidente importancia que las decisiones del Tribunal Supremo, como cabeza del poder judicial, tienen en las decisiones posteriores de los tribunales y en la conformación del ordenamiento jurídico. Sobre ello, véase, GARRO, Alejandro: "Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992, pp. 85-95.

constitucional. En Francia el *Conseil Constitutionnel*²⁶⁷ funciona como "juez de la ley" (conformidad de la ley con la Constitución), mientras los tribunales ordinarios lo hacen como "jueces de la aplicación de la ley" (juzgan los casos particulares de aplicación de la ley). En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, no existe posibilidad alguna de revisión de las sentencias de los jueces ordinarios por el *Conseil Constitutionnel*, no se ha establecido un recurso de amparo, por lo tanto, difícilmente puede decirse que en Francia se produce la conflictividad entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional existente en España.

La plasmación de la diferenciación entre los objetivos de la jurisdicción ordinaria y la constitucional en Francia procede del espíritu de los constituyentes de 1958. En aquel momento no cabía otra idea de control de constitucionalidad de la ley que la realizada por un apéndice del Parlamento²⁶⁸. Se concebía al *Conseil Constitutionnel* como un "perro guardián" de las prerrogativas establecidas en favor del legislador en los arts. 34 y 37 de la

267 Sobre el Consejo constitucional francés pueden verse, entre muchos otros los siguientes trabajos, AMIRANTE, Domenico: "Il Conseil Constitutionnel fra diritto e politica", *Quaderni Costituzionali*, 1989, pp. 299-327; BONN, Pierre: "Le Conseil Constitutionnel français et le modèle des Cours Constitutionnelles européenne", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991, pp. 45-72; CASCAJO CASTRO, Jose Luis: "El Consejo constitucional francés", en la obra colectiva, *El Tribunal Constitucional, op. cit.*, pp. 645-669; FAVOREAU, Louis: *Le Conseil Constituionnel*, Paris, Presses universitaires de France, (5ª ed.) 1991; LAVROFF, Dimitri Georges: "El Consejo Constitucional francés y la garantía de las libertades públicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3, 1981, pp. 43-61; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: "Derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional", en *Boletín Informativo de Ciencia política*, nº 9, 1973, pp. 57-83; ROUSSEAU, Dominique: *Droit du Contentieux Constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1992.

268 Hay que pensar que este fenómeno es clásico en Francia donde surgió la Cour de Cassation, también como un apéndice del cuerpo legislativo.

Constitución²⁶⁹. Es decir, actuaba más como vigilante de que el legislativo se atuviese a las competencias allí establecidas que como ejecutor de la supremacía de la Constitución. No obstante, tras la desaparición del General De Gaulle, el Consejo Constitucional se independizó del legislativo, afirmándose más como jurisdicción, y ensanchó su campo de acción. En 1971 el *Conseil* reclamó para sí la facultad de controlar la conformidad de las leyes no promulgadas no sólo con los arts. 34 y 37, sino con toda la Constitución y los principios jurídicos de carácter constitucional²⁷⁰.

En cuanto a la relación del *Conseil Constitutionnel* con el poder judicial²⁷¹, la no intromisión del uno en la esfera del otro se produce desde ambos flancos. Por un lado, la fórmula de control de constitucionalidad francesa no choca con la tradición de "jueces como meros intérpretes de la ley que no deben recusar la validez de la voluntad suprema del parlamento", porque la supervisión de la ley es previa a su promulgación, lo cual supone que desde ese momento es irrecusable por ningún tribunal²⁷²; y además, en

269 BON, Pierre: "Le Conseil Constitutionnel français et...", *op. cit.*, pp. 45-72; CAPPELLETTI, Mauro: "El formidable problema del control judicial y la contribución ...", *op. cit.*, pp. 70 y 71; FAVOREAU, Louis: "Le Conseil régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics", *Revue Droit Public*, 1976, pp. 5-120.

270 BON, Pierre: "Le Conseil Constitutionnel français et le modèle ...", *op. cit.*, pp. 53

271 Véase, RENOUX, Thierry: *Le Conseil Constitutionnel et l'Autorité Judiciaire*, París, Económica, 1984.

272 No obstante, se planteó en 1975 un caso sobre la aplicabilidad o no por parte de los jueces de la normativa francesa contraria al derecho comunitario. El Tribunal de Casación sentenció (Sentencia de la *Cour de Cassation-chambre mixte*, 24 mayo 1975) diciendo que tal normativa debía ser inaplicada por el juez, y aclaró que ello no era una forma de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, sino una mera interpretación,

segundo lugar, incluso en el momento previo de revisión, esa ilegitimidad constitucional no puede ser invocada por ningún juez o tribunal; tal potestad está restringida al Presidente de la República, al Primer Ministro, a los Presidentes de las Cámaras del Parlamento y a 70 miembros de cada Cámara. De este modo, se separa al juez de cualquier intromisión en la esfera propia del *Conseil Constitutionnel*, quedando éste como único órgano jurisdiccional competente para conocer de la adecuación de las normas a la Constitución.

Por otro lado, y como ya se ha dicho, el Consejo Constitucional no puede conocer ni directa ni incidentalmente de los actos de un juez o tribunal. No existe ni la cuestión de inconstitucionalidad ni el recurso de amparo, de modo, que no hay ninguna vía practicable para una posible "revisión" de la actuación de los jueces ante el Consejo Constitucional. Además, no cabe olvidar que la Constitución francesa reserva expresamente al juez ordinario la competencia en el aseguramiento del respeto a las libertades individuales (art. 66 Constitución Francesa)²⁷³, por lo que, el Consejo Constitucional no

típica función de los jueces. Al fin y al cabo, las leyes de la Comunidad Europea eran leyes superiores, pero no de rango constitucional. Por lo tanto, las leyes francesas son inatacables por los jueces aunque éstos consideren que son contrarias a la Constitución, pero sí pueden ser inaplicadas si el juez entiende que contradicen la normativa de un tratado internacional: el Tratado de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos humanos, etc. Sobre esto vid. BON, Pierre: "Le Conseil Constitutionnel français et le modèle ...", *op. cit.*, pp. 45-72; CAPPELLETTI, Mauro: "El formidable problema del control judicial...", *op. cit.*, pp. 74 y 75; y CHARTIER, Yves: "La Cour de Cassation et l'évolution du Droit", *Gazette du Palais*, 1994, pp. 650-654.

273 La Constitución francesa no tiene prácticamente ninguna disposición relativa a la protección de los derechos individuales, se limita a hacer proclamar la vinculatoriedad de los principios liberales de la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 y de los principios económicos y sociales del preámbulo de la Constitución de 1946. Ha sido realmente la jurisprudencia del Consejo Constitucional la que ha llevado a

debe invadir tal reserva. Ello no quiere decir que, a pesar de los múltiples esfuerzos de éste por evitar toda intromisión, dicha reserva se haya mantenido siempre²⁷⁴.

Cosa bien distinta es que la doctrina del Consejo Constitucional pueda influir, como de hecho sucede, en las decisiones de los jueces y tribunales, pues dichas decisiones son vinculantes para todos los poderes públicos, tal como se establece en el art. 62 de la Constitución francesa: "Les décisions du Conseil Constitutionnel s'imposent de manière absolue et sans recours possible à toutes les autorités administratives et judiciaires". De hecho, aunque en los primeros años de funcionamiento del Consejo Constitucional las jurisdicciones administrativa y ordinaria se mostraron reacios a aplicar escrupulosamente las decisiones de aquél, progresivamente la jurisprudencia constitucional ha sido incorporada en las argumentaciones judiciales, consiguiéndose de tal modo una unificación del ordenamiento en lo relativo a la interpretación constitucional. El Consejo Constitucional, sin ser una Corte Suprema, y sin disponer de un medio jurídico que le permita obligar a la judicatura a respetar sus decisiones, consigue que su doctrina se aplique, sobre todo no manteniendo una doctrina radicalmente contraria a la del juez administrativo y del juez ordinario²⁷⁵. Por

término una revolución en materia de protección de los derechos fundamentales de los individuos.

274 RENOUX, Thierry S.: "Le Conseil Constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France et dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois. De la diversité des institutions à l'unité du droit", *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 3, 1994, p. 898.

275 ROUSSEAU, Dominique: *Droit du Contentieux Constitutionnel*, Paris, Ed. Montchrestien, 1992, pp. 141-145.

otro lado, no ha sido raro el que el Consejo Constitucional, al juzgar sobre la constitucionalidad de una norma, más que declararla contraria a la Constitución, la haya rodeado de prescripciones directivas para el juez ordinario, es lo que se denomina "l'interpretation directive"²⁷⁶.

III. Hay que reconocer que en todo sistema jurídico que cuenta con dos jurisdicciones, una ordinaria y otra constitucional, se producen las inevitables desavenencias entre dichas jurisdicciones, pues la pluralidad de instancias jurisdiccionales conlleva la posibilidad de que se produzcan interpretaciones diferentes de un mismo precepto legal. Sin embargo, la conflictividad, en el sentido propio del término, se genera cuando existen vías para hacer que la interpretación realizada por el juez constitucional se imponga a la realizada por la instancia ordinaria, dejando a ésta última sin valor alguno. Es decir, cuando existe un modo de que el juez constitucional se convierta en revisor de la actuación de los jueces. Ello sucede, principalmente, en aquellos sistemas constitucionales

²⁷⁶ Ello se demostró en decisiones como las de 15 de enero de 1975, sobre la interrupción del embarazo (GD n° 23); la de 30 de diciembre de 1976, sobre la elección de los diputados europeos por sufragio universal directo (GD n° 25), o la de 16 de enero de 1982 relativa a las nacionalizaciones (GD n° 33). Ejemplos citados por FAVOREAU, Louis y LOIC, Philip: *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978, p. 7. Otros ejemplos posteriores son los citados por ROUSSEAU, Dominique, en *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 126; así en la Decisión de 28 de julio de 1989, el Consejo señaló que par que una determinada ley sobre delitos financieros mantuviese su constitucionalidad era preciso que en el supuesto de que se dieran un cúmulo de sanciones penales y administrativas, la sanción tope fijada por un juez no podía exceder de una cantidad "x". Otros ejemplos citados son las Decisiones del Consejo Constitucional de 19-20 de julio de 1983, (CC n° 162), de 17 de julio de 1985 (CC n° 260), de 10-11 de octubre de 1984 (CC n° 181), etc.

que cuentan con un órgano *ad hoc*, el juez constitucional, que de forma incidental, conoce, bien sea *a priori* de la constitucionalidad de la norma que va a aplicar un juez, como sucede con la cuestión de inconstitucionalidad, bien sea *a posteriori* de la adecuación de la actuación judicial a la Constitución, como ocurre con el recurso de amparo.

3.3.2. El papel de la cuestión incidental de constitucionalidad en la relación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.

La cuestión de inconstitucionalidad implica un control "abstracto" de la norma, que se produce en el seno de un litigio o proceso real y conlleva necesariamente un juicio de constitucionalidad "en el que pesa la dialéctica del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia"²⁷⁷. La cuestión de inconstitucionalidad es pues un instrumento que asegura la depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, pero dicha depuración trae causa de una duda de constitucionalidad que se origina en un proceso concreto y con motivo de la aplicación de una ley a un supuesto determinado. Aquí se produce la primera

²⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, pp. 138 y ss. Así lo ha establecido el TC al señalar que la cuestión de inconstitucionalidad "no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución" (STC 17/1981, de 1 de junio).

aproximación entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional²⁷⁸, pues, aunque el planteamiento de esta cuestión no supone transferir al órgano constitucional la decisión del litigio concreto, sí hace que éste se acerque a la interpretación de la norma aplicable al caso concreto de un modo que antes (en la concepción kelseniana) sólo era permitido a los tribunales ordinarios.

Lo fundamental es que la interpretación de la ley que realiza el TC cuando desestima una cuestión de inconstitucionalidad vincula no sólo al juez que tiene que aplicar esa norma sobre la que recaía una presunción de inconstitucionalidad, sino que tal sentencia constitucional tiene efectos *erga omnes*²⁷⁹, esto es, el resto de jueces que tengan que aplicar en el futuro dicha ley deberán hacerlo tal y como ha sido interpretada por el TC, porque constituye la única interpretación acorde con la Constitución.

Esta repercusión general se ve auspiciada por el hecho de que la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad se publica en el Boletín Oficial del Estado. Desde ese momento ya no queda en el estricto ámbito de conocimiento del caso particular, sino que cualquier persona y cualquier juez puede ser conocedor de que sobre esa norma pesa una duda sobre su constitucionalidad, lo cual ejercerá una indudable influencia en las decisiones de aquellos

²⁷⁸ Para Fernández Segado, la cuestión de constitucionalidad es el resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del Poder Judicial y el TC. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 1086. En el mismo sentido, vid. STC 17/1981.

²⁷⁹ Art. 38.1 LOTC "Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación oficial en el Boletín Oficial del Estado".

jueces que se encuentran con que tienen que aplicar tal norma a supuestos similares. Pues, como señala Calamandrei, "una vez elevada una cuestión de inconstitucionalidad que no sea manifiestamente infundada, basta esto para lanzar sobre la ley sospechosa de inconstitucionalidad una sombra de descrédito, que hace surgir el interés público de una decisión *erga omnes* de la cuestión. Ésta tienen tal relevancia de orden general que, una vez aparecida, no puede quedar limitada al estricto círculo del juicio incidental"²⁸⁰.

Como recuerda García Morillo, y como ya se ha mencionado, "cualitativamente, recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad, tienen diferente objetivo. Sin embargo, la función real, de fondo, que las decisiones del Tribunal Constitucional tienen no es muy diferente en ambos casos. Ello explica, probablemente, que en aquellos ordenamientos -como el italiano- en los que no existe el recurso de amparo constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad haya desarrollado, en parte una virtualidad funcional semejante a la del recurso de amparo"²⁸¹. El recurso de amparo surge con el objetivo principal de reparar la violación de un derecho fundamental en un caso determinado. Sin embargo, en Italia no existe esta posibilidad; lo esencial es la eliminación de la norma inconstitucional a través del mecanismo incidental de la cuestión de constitucionalidad, lo que conduce,

280 CALAMANDREI, Piero: *Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria*, (Conferencia celebrada en Roma el 10 de febrero de 1956), Roma, Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori, 1956, p. 18.

281 GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La justicia en la jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. XX

indirectamente, a la protección de la situación particular que estaba dañada por dicha norma. Ambos recursos, cada uno con un objetivo diferente, vienen a consagrar el principio de primacía de la Constitución en un supuesto concreto, y los resultados de los mismos generan efectos, no sólo para el caso en particular, sino que repercuten de un modo generalizado a terceros.

a) La experiencia italiana de la "Guerra entre las dos Cortes".

I. El constituyente italiano, tras la segunda Guerra Mundial, tuvo como modelos a seguir el norteamericano de control de constitucionalidad difuso y el austríaco, prototipo de control concentrado. La opción mixta, recogida por el art. 134 de la Constitución italiana de 1947, fue la de crear un Tribunal Constitucional, la Corte Costituzionale, encargado de conocer del juicio sobre la legitimidad constitucional de las leyes y actos con fuerza de ley, pero en vía incidental: Excepto en el supuesto de que una región considere que una ley o un acto con fuerza de ley de la República invade su esfera de competencias o, cuando viceversa, una ley regional sea impugnada por incompetencia legislativa por el Gobierno de la República, la Corte Constitucional no puede conocer de la legitimidad constitucional de una ley si un juez, en el momento de aplicar una norma en un juicio principal, no le plantea una cuestión sobre la posible inconstitucionalidad de la misma²⁸². Por lo tanto, como recordaba Calamandrei, se trata de un instituto

282 Arts. 1 y 2 Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, n.1, aprobada de conformidad con el art. 137.1 de la Constitución italiana.

muy similar al *référé législatif* de la Revolución francesa que, ante la prohibición que tenían los jueces de interpretar las leyes, les obligaba a suspender el proceso y dirigirse al órgano legislativo si se encontraban con una ley oscura que tenían que aplicar a un caso, con el fin de obtener una interpretación oficial²⁸³. Salvando las distancias, el juez italiano también se encuentra con la prohibición de determinar la constitucionalidad o no de una ley, y cuando le surja una duda de este carácter debe detener el proceso y plantear la cuestión ante la Corte Constitucional, la cual aclarará oficialmente su duda. La iniciativa de plantear la cuestión de inconstitucionalidad puede provenir de una de las partes en el proceso o *ex officio*, pero es el juez ordinario quien, en última instancia, decide sobre el planteamiento de la cuestión ante la *Corte Costituzionale*.

II. Desde la promulgación de la Constitución al momento en el que empezó a funcionar la Corte Constitucional existió un período transitorio de ocho años (1948-1956) en el cual el conocimiento de la constitucionalidad de las leyes quedó en manos de los jueces comunes, con un claro control de la Corte de Casación de la interpretación realizada por éstos. La existencia de un sistema legislativo de continuidad con el anterior a la Constitución²⁸⁴ y la escasa sensibilidad de los jueces hacia los valores constitucionales y su significado innovador llevaron a éstos a ejercitar la cuestión de

283 CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el Proceso civil*, III op. cit., p. 94.

284 La continuidad derivaba no sólo de la supervivencia de viejas leyes, sino también del hecho de que las nuevas, más que sustituir, integraban o modificaban las precedentes, quedando siempre en el ámbito de los principios y reglas de aquéllas.

constitucionalidad con extrema timidez al principio. Sin embargo, la doctrina era consciente de que, con el establecimiento de la cuestión incidental de la cuestión de inconstitucionalidad, la judicatura contaba con un instrumento eficaz para favorecer la persistencia de determinadas leyes en el sistema jurídico, o por el contrario, para impulsar su expulsión del sistema por contradecir la Constitución. Hay que pensar que el juez ordinario es el que decide, finalmente, si eleva una cuestión de ilegitimidad constitucional a la Corte Constitucional. El juez funciona, utilizando la expresión de Calamandrei, como "introducción necesario" del juicio de legitimidad constitucional ante la Corte, viniendo a ser como la "*Chambre des requets*" en la *Cour de Cassation* francesa que se encarga de tamizar los asuntos que lleguen a dicha Corte.²⁸⁵

La existencia de la posibilidad de uso de las cuestiones incidentales de constitucionalidad con un fin, más bien, político no escapó al conocimiento de algunos autores. En este sentido, Calamandrei planteaba que, si en un momento determinado un gobierno consiguiese aprobar un sistema de leyes con el cual una parte de la opinión pública no estuviese de acuerdo, (por entender que no concordaba con el espíritu de la Constitución), y tampoco lo estuviera la magistratura, ésta podría negarse sistemáticamente a aplicarlas, elevando una y otra vez la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, es decir, cada vez que se le plantease un caso en el que fuese de aplicación tal ley, produciendo un bloqueo de la ley a través de la cuestión de

285 CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el proceso civil*, III, *op. cit.*, p. 64.

inconstitucionalidad. Del mismo modo, si la judicatura fuera favorable a dicho conjunto de leyes, por conformidad con la dirección del gobierno, podría rechazar sistemáticamente la interposición de la cuestión de inconstitucionalidad, dejando pasar la instancia para hacerlo. Esto supondría una aplicación de dichas normas sin la posibilidad de que la Corte Constitucional hubiese conocido de la constitucionalidad de las mismas²⁸⁶. Está claro que siempre se podría recurrir ante la instancia superior hasta llegar a la Corte de Casación, pero el problema surge cuando ésta mantiene el mismo parecer que los tribunales y jueces inferiores y, por lo tanto, en una actitud corporativista, actúa del mismo modo. Entonces es cuando se produce un grave confrontación entre ambas jurisdicciones, la ordinaria y la constitucional.

III. Esto es, precisamente, lo que sucedió en Italia en la primera década de vigencia de la Constitución. La *Corte Costituzionale* italiana se encontró en un principio con una actitud reacia por parte de la judicatura, concretamente del Tribunal de Casación, a aceptar la doctrina contenida en las sentencias de aquélla²⁸⁷. El conflicto giraba en torno a la autonomía del poder judicial en la función de interpretación de las leyes y, en particular, con la función uniformadora del ordenamiento jurídico, típica de los tribunales de casación. La actitud de la magistratura perseguía no

286 CALAMANDREI, Piero: *Corte Costituzionale e Autorità ...*, op. cit., p. 29.

287 Sobre la actitud reacia de la judicatura hacia el magisterio de la Corte Constitucional vid. también ONIDA, Valerio: "L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte Costituzionale", en *Libro homenaje a Mortati*, Roma, Giuffrè Editori, 1977, pp. 510 y ss.

apartarse sustancialmente de la dirección de la mayoría parlamentaria y de gobierno.

La polémica se suscitó, concretamente, 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, si se interpretaba de un determinado modo, contrario a la Constitución. Las resoluciones de ese tipo suponían la obligación de los tribunales ordinarios de adoptar esa misma interpretación en el caso concreto donde había surgido la duda constitucional, algo a lo que también la *Corte di Cassazione* estaba obligada si planteaba una cuestión de constitucionalidad. La Corte de Casación, basándose en los arts. 101 y 136 de la Constitución, que determinan que los jueces están solamente sometidos a la ley y atribuye eficacia *erga omnes* únicamente a las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de una ley o acto con fuerza de ley, se negó a aceptar la interpretación impuesta por la *Corte Costituzionale*²⁸⁸. El modo de mostrar su oposición fue plantear de un modo reiterado la cuestión de constitucionalidad sobre una norma basándose en interpretaciones distintas para forzar así a la Corte Constitucional a resolver mediante una sentencia declarativa de inconstitucionalidad²⁸⁹.

288 En definitiva, el problema estaba en decidir si se podía admitir o se debía negar un autónomo poder a la Corte Costituzionale, análogo a aquél del juez ordinario, de interpretar la ley sometida a su juicio. Vid. ASSINI, Nicola: *L'oggetto del giudizio di costituzionalità e la "guerra delle due Corti"*, Milano, Giuffrè Editore, 1973, p. 8.

289 RUBIO LLORENTE, Francisco: "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción

Un caso que ilustra esa confrontación entre la Corte de Casación y la Corte Constitucional se encuentra en la sentencia de 4-19 de febrero de 1965²⁹⁰. La Corte de Casación, con jurisprudencia consolidada de varios años había declarado que los apartados 3 y 4 del art. 304 bis del Código Procesal Penal concernían sólo a la instrucción formal y no se aplicaban a la instrucción sumaria. Un Tribunal entendió que de tales preceptos se derivaba una disparidad de tratamiento del derecho a la defensa y que ello contrastaba con el art. 24 de la Constitución, por lo que consideró "no manifiestamente infundado" el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y la elevó ante la *Corte Costituzionale*. La respuesta de ésta en la sentencia mencionada fue la de rechazar la ilegitimidad constitucional de los preceptos si se interpretaban tal como razonaba el tribunal en la motivación de la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, entendiendo que los apartados 3 y 4 del art. 304 bis CPP debían ser aplicados también a la instrucción sumaria. Es decir, la Corte Constitucional no entró realmente a examinar si la limitación a la sola instrucción formal estaba en contradicción con la Constitución y, por lo tanto, los preceptos debían ser declarados inconstitucionales. En la sentencia se dedicó a criticar los motivos que habían llevado a la Corte de Casación a inaplicar los apartados 3 y 4 de tal art. 304 bis a la instrucción sumaria

constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4, 1982, pp. 53 y ss.

290 Sobre este caso vid COLLI, Giovanni: "Corte di Cassazione e Corte Costituzionale", *Il Foro Padano*, nº 10, 1965, pp. 61 y ss.

y a defender las causas por las que no debía hacerse. Con lo cual, lo que hizo la Corte Constitucional fue declarar inconstitucional, no unos determinados preceptos o normas, sino un tipo de interpretación de los mismos, precisamente aquélla que había estado siendo mantenida por la *Corte di Cassazione*.

El que se declare infundada una cuestión de constitucionalidad no impide que se pueda volver a plantear una nueva cuestión relativa al mismo precepto, aunque no bajo idénticos argumentos. Efectivamente, poco después de la sentencia 4-19 de febrero, la Corte de Casación volvió a afirmar que del tenor literal del art. 304 bis apartados 3 y 4 no podía desprenderse otra cosa que la inaplicabilidad a la instrucción sumaria. Como consecuencia de esa actitud persistente de la Corte Suprema de Casación, y ante la nueva cuestión de ilegitimidad planteada, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de entrar a conocer sobre la declaración de la compatibilidad de dichos preceptos con la Constitución. La respuesta a la cuestión planteada fue afirmativa y los susodichos preceptos fueron eliminados del ordenamiento. La doctrina entendió que la Corte Constitucional, en su primera sentencia, se había extralimitado en sus funciones, ya que con ella se había obtenido el mismo resultado que si en el ordenamiento italiano se hubiese consentido un recurso ante la

Corte Constitucional contra las sentencias de la Corte de Casación o de otros tribunales que violaren la ley²⁹¹.

Esta especie de "oposición" generalizada al modo en que había actuado la Corte Constitucional en este caso y en otros similares, obligó a la misma a revisar sus propios instrumentos decisorios y a partir de los años 70 se llegó a un acuerdo consensuado por el cual la *Corte Costituzionale* aceptaba la interpretación mayoritaria y dominante de las leyes y, en concreto, la del Tribunal de Casación. En esta línea, la Corte Constitucional en la sentencia 133/1984 excluyó la posibilidad de dictar sentencias desestimatorias de la cuestión en los casos en los que la interpretación "conciliadora o compatibilizadora con la Constitución" no fuese conforme a la universalmente aceptada o a la jurisprudencia mayoritaria representada por la *Corte di Cassazione*²⁹².

Como señala Colli, a la Corte Constitucional no le está permitido interpretar la ley ordinaria, aunque sea para contrastarla con la Norma Constitucional, prescindiendo de la interpretación que ya hayan dado los magistrados²⁹³, o peor aún, en abierta oposición a

291 *Ibidem*, p. 62.

292 GAMBINO, Silvio: "La jurisdicción constitucional de la leyes: La experiencia italiana en la perspectiva comparada", en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Ed. lit.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, (Ponencias del Curso organizado por la Universidad de Jaén y el Consejo General del Poder Judicial en marzo de 1995), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 277.

293 La misma Corte Constitucional en una de sus primeras sentencias (STC 15 junio de 1956) había afirmado que ella "no puede dejar de tener la debida cuenta de una constante interpretación jurisprudencial que confiere al precepto legislativo su efectivo valor en la vida jurídica, si es verdadero, como lo es, que las normas son no las que aparecen propuestas en abstracto, sino las que son aplicadas por la labor cotidiana del juez, interesada en dotarle de concreción y eficacia".

ella. Asimismo, la Corte Constitucional no puede, por medio de sentencias interpretativas, hurtar a la Corte de Casación su función de guía de la dirección jurisprudencial que le ha atribuido el ordenamiento²⁹⁴. Por el contrario, cuando no existe una jurisprudencia consolidada sobre una norma la Corte Constitucional podrá y deberá proceder a la verificación del contenido y alcance de la norma acusada de inconstitucionalidad valiéndose de los habituales medios hermenéuticos²⁹⁵. Advertía el mismo autor que "si el precedente de dicha sentencia se hubiese consolidado, con el consiguiente afianzamiento de una situación en la cual la Corte Constitucional pudiese sobreponerse a la magistratura y conocer de la violación de las leyes estableciendo la exacta interpretación de éstas,...todo el edificio construido por el constituyente vendría a transformarse y se produciría la sustitución del Estado previsto en la Constitución por otro totalmente diferente"²⁹⁶.

IV. Por otro lado, hay que señalar que existía también una parte minoritaria de la judicatura favorable a la doctrina del Tribunal Constitucional que, curiosamente, utilizaba el mismo

294 Se entendió que, si se aceptaba en toda su extensión el contenido de la sentencia de 4 de febrero de 1965, sentencia de la que se viene hablando, "la Magistratura no sería más un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder como nuestra Constitución ha establecido en el art. 104, y la Corte de Casación no sería más el orden supremo de justicia que asegura la absoluta observanza y la uniforme interpretación de la ley". POLIMENO: "La Cassazione rivendica l'interpretazione delle leggi", *Il Tempo*, 24 de febrero de 1965, p. 10.

295 COLLI, Giovanni: "Corte di Cassazione e Corte Costituzionale", *Il Foro Padano*, n° 10, 1965, pp. 66-68.

296 *Ibidem*, p. 63.

sistema de reposición de cuestiones de ilegitimidad para hacer prevalecer definitivamente la tesis mantenida por la Corte Constitucional frente a la de la Corte de Casación. La presentación de cuestiones incidentales, por parte de estos jueces, solicitando el pronunciamiento de la *Corte Costituzionale* sobre la inconstitucionalidad de una ley no era más que un intento de buscar una interpretación definitiva de la misma, que sustituyera a las sentencias interpretativas anteriores dictadas por la *Corte di Cassazione* sobre dicha norma, creando así una alianza con la Corte Constitucional contra la Corte de Casación. Se usaba, pues, la cuestión incidental como instrumento para contraponer una interpretación a otra interpretación, esto es, para sustituir la doctrina casacional, acusada, no sin razón, de insensible a las exigencias y valores constitucionales, por la labor paralela y antagónica de nomofilaxis de la Corte Constitucional, cuyos pronunciamientos podían conseguir efectos más consistentes que la "rebelión" de los propios jueces inferiores a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Casación²⁹⁷.

A partir de los años setenta, los jueces empezaron a emplear más la vía de la interpretación *adeguatrice* a la Constitución, sin abandonar por ello la de la cuestión de inconstitucionalidad, constituyendo dos modos de hacer valer los valores constitucionales²⁹⁸. Las razones de ello se encuentran en la propia evolución histórica: en la crecida notable de conciencia

297 ONIDA, Valerio: "L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte Costituzionale", *op. cit.*, pp. 547 y ss.

298 *Ibidem*, pp. 555 y ss.

constitucional entre la mayor parte de los jueces, en el descubrimiento por parte de éstos de que la cuestión de constitucionalidad no es el único medio para hacer efectivos los valores constitucionales, en la consolidación de determinados comportamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, etc.

b) La cuestión de inconstitucionalidad como modo de hacer partícipe al juez en el proceso de control de constitucionalidad de las leyes.

I. La incorporación de la figura incidental de la cuestión de constitucionalidad en muchos de los países europeos (Alemania, Austria, Bélgica, Italia, España...), constituye, en definitiva, un modo de hacer partícipe a la jurisdicción ordinaria en el proceso de control de constitucionalidad concentrado que se impuso en la Europa continental. La existencia de la cuestión prejudicial supone, como se demostró en Italia, dejar en manos de la judicatura un instrumento "de filtro", que le permite decidir sobre la pertinencia de iniciar el proceso de control de constitucionalidad de aquellas normas aplicables al caso.

La discrecionalidad del juez a la hora de decidir si somete la cuestión al Juez constitucional o, por el contrario, aplica la norma al supuesto concreto, varía en los diferentes ordenamientos. Mientras en Italia basta con que la cuestión "no sea manifiestamente infundada" para que pueda elevar la cuestión ante la *Corte Costituzionale*, es decir, no es necesario que esté convencido de que la norma denunciada por la parte es inconstitucional, en Alemania

no es suficiente con que exista una mera duda de constitucionalidad, como también sucede en España, sino que además es necesario que el juez tenga un convencimiento de que existe tal inconstitucionalidad en la Ley. Como ya se ha dicho, el juez italiano puede elevar una cuestión de legitimidad constitucional ante el Tribunal Constitucional cuando, de oficio o a instancia de parte, considere que existe una contradicción entre una norma que va a aplicar o puede ser aplicada en la resolución del caso y algún precepto de la Constitución, contradicción que debe ser constitucionalmente relevante para el caso, y no "manifiestamente infundada" (la denominada *manifesta infondatezza*). Pero, en todo caso, es el juez ordinario el que tiene la competencia exclusiva sobre el "juicio preliminar" de relevancia constitucional de la cuestión: si considera que la ley es legítima, la aplicará *inter partes*; si no lo entiende así, elevará la cuestión. Este mismo juicio previo de constitucionalidad corresponde al juez alemán, pero, éste planteará la cuestión, como se establece en el art. 100.1 GG, sólo "cuando un tribunal considere que una ley, de cuya validez dependa el fallo, es inconstitucional... y si juzga que la Constitución de un Estado federado es violada, buscará la decisión del Tribunal del Estado federado competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal²⁹⁹ (si se trata de una infracción de la presente Ley Federal). También regirá esta norma cuando se trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Estado federado o de la incompatibilidad de una ley de un Estado federado con una ley federal".

299 *Das Bundesverfassungsgericht*, abreviadamente, BVerfG.

II. La obligatoriedad del juez de elevar la cuestión es mayor en algunos ordenamientos, como es el caso, por ejemplo, de Bélgica, donde el art. 26.2 de la Ley especial de la *Cour d'arbitrage* dice que "desde el momento en que se plantea una cuestión de constitucionalidad delante de una jurisdicción, ésta debe solicitar de la Corte de arbitraje que se pronuncie sobre la misma"³⁰⁰. A continuación establece una serie de causas que eximen al juez de la obligación de elevar dicha cuestión ante la *Cour d'arbitrage*: si la Corte ha resuelto anteriormente sobre una cuestión similar, si la respuesta a la misma no es indispensable para la resolución del litigio, si la norma impugnada no viola manifiestamente una regla de reparto de competencias entre el Estado, Comunidades y Regiones o el derecho a la igualdad, no discriminación, o la libertad de enseñanza. Pero, la particularidad del sistema belga estriba en que dichas causas que eximen al juez de elevar la cuestión prejudicial no son alegables por aquellas instancias jurisdiccionales no susceptibles de recurso de apelación, casación o anulación, con lo cual la obligación de presentarla es prácticamente absoluta.

Ello significa que los tribunales que resuelven en última instancia, como son el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación, están obligados a elevar la cuestión prejudicial desde el momento en que la duda constitucional sea, por ejemplo, solicitada por una

³⁰⁰ En el sistema comunitario sucede algo similar, pero sólo respecto de las instancias sin recurso posterior. El art. 177 del Tratado de la Comunidad Europea señala que "cuando se plantee una cuestión de este tipo (de carácter prejudicial) en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia".

parte. Y esta obligación persiste aunque el Tribunal de Casación considere que la cuestión no es indispensable para la resolución del caso. Tal precepto pone de manifiesto la desconfianza que el legislador guardaba hacia ambas instituciones, y tiene como fin evitar que tanto el Tribunal de Casación como el Consejo de Estado, aferrándose a su histórico papel de máximos intérpretes del ordenamiento, sustraigan determinadas normas del control de constitucionalidad de la *Cour d'arbitrage*. Con ello el legislador ha querido asegurar el monopolio de ésta en el conocimiento de la constitucionalidad posterior de las normas con fuerza de ley. Además, la Corte de Casación y el Consejo de Estado están obligados a plantear la cuestión incluso en el caso de que la Corte de Arbitraje ya haya resuelto con anterioridad en un caso similar. Ello ha sido previsto así por el legislador para permitir que la *Cour d'arbitrage* tenga la oportunidad de cambiar o completar su doctrina si lo considera pertinente³⁰¹.

De todos modos, pese a la obligación que existe sobre el Consejo de Estado y la Corte de Casación de plantear la cuestión incidental cuando esta surja en el proceso, la *Cour de Cassation* ha conseguido, en determinadas ocasiones, encontrar una vía para no elevar una cuestión ante la *Cour d'arbitrage*.

Valga como ejemplo la causa criminal seguida contra un grupo de funcionarios y altos cargos políticos, por determinadas actuaciones delictivas que situaban a una

301 RASSON-ROLAND, Anne: "La question préjudicielle", en *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, (Coord. Francis Delpérée), Paris, Economica, 1991, pp. 43 y ss.

antiguo ministro federal como responsable principal. El conocimiento del caso era seguido por la *Cour de Cassation*, en virtud de la solicitud que había realizado la Cámara Federal siguiendo lo señalado en el art. 103 CBE³⁰², artículo que encomienda al Tribunal de Casación el conocimiento de la responsabilidad criminal de los ministros. Por el principio de conexión procesal establecido en determinados preceptos del Código Procesal Criminal, la causa contra el resto de los acusados quedó también en la esfera de competencia de la *Cour de Cassation*. Esta circunstancia, en opinión de los mencionados acusados, violaba su derecho a la igualdad y a la no discriminación (arts. 10 y 11 CBE) en cuanto que, no siendo ministros, se veían privados de un conocimiento de su causa por los tribunales ordinarios, de un doble grado de jurisdicción, así como de la posibilidad de un recurso de casación posterior. Por ello, solicitaron a la *Cour de Cassation* que elevase una cuestión prejudicial por la presunta inconstitucionalidad de los preceptos del Código Procesal Criminal que establecían el principio de conexión procesal anteriormente citado. La *Cour de Cassation*, pese a estar obligada, en principio, por el art. 26 de la Ley especial de la *Cour d'arbitrage* a no eximirse de plantear la cuestión, utilizó un curioso y discutible argumento para hacerlo. La Corte de Casación se limitó a decir que no procedía el planteamiento de

302 Art. 103 CBE: "La Chambre des représentants a le droit d'accuser les ministres et de les traduire devant la Cour de Cassation, que seule a le droit de les juger, chambres réunies, sauf ce que sera statué par la loi, quant à l'exercice de l'action civile par la partie lésée et aux crimes et délits que des ministres auriert commis hors l'exercice de leurs fonctions".

la cuestión, pues lo que solicitaban las partes excedía del objeto del art. 26 de la Ley de la *Cour d'arbitrage*, puesto que, la circunstancia por la que se encontraban bajo la jurisdicción de la Corte de Casación no traía causa de los preceptos del Código Procesal Criminal que alegaban las parte, sino del propio art. 103 CB, con lo cual, no se podía plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra un precepto constitucional y no procedía elevar la cuestión. (Sentencia de la *Cour de Cassation*, de 13 de febrero de 1996, Asunto n° R.G.A. 94.0002.F).

III. Por último, hay que señalar que no en todos los ordenamientos la cuestión de inconstitucionalidad sobre una norma de rango legal puede ser planteada por cualquier juez. Este es el caso de Austria, donde tal facultad compete en exclusiva a la Corte Administrativa, la Corte Suprema de Justicia o una jurisdicción de apelación. Mientras que los tribunales de primera instancia sólo pueden plantear dudas ante la Corte Constitucional sobre la conformidad de un reglamento a la Constitución³⁰³. Fue una reforma de la Constitución en 1929³⁰⁴ la que concedió al Tribunal

³⁰³ El art. 89 Constitución austríaca establece que "1. Salvo en disposición en contrario de este artículo los Tribunales no serán competentes para examinar la validez de las leyes, reglamento y tratados internacionales promulgados del modo y en la forma establecida. 2. Si un tribunal duda de la constitucionalidad de una ley que deba aplicar presentará una demanda de anulación ante el Tribunal Constitucional".

³⁰⁴ La Constitución de 1920 fue modificada por la Ley Federal de 1929 (BGB N° 1/1930) de tal modo que, aunque formalmente se trató de una modificación, en la práctica constituyó una modificación casi completa del texto de 1920 y, de hecho, la fecha que se otorga a la Constitución Austríaca es la de 1929.

Supremo de Justicia y al Tribunal Administrativo Supremo el derecho a impugnar las leyes por inconstitucionalidad. Así se veía ampliada la posibilidad del ciudadano individual de intervenir en la declaración de nulidad de una ley, pues en sus procesos contra un acto administrativo o en un proceso ante el Tribunal Supremo podían manifestar sus reservas respecto a la ley que les era aplicable al caso, petición que, por supuesto, no obligaba a dichos Tribunales a entrar a estudiar la alegada inconstitucionalidad de una norma³⁰⁵. El poco uso que el Tribunal Supremo de Justicia hizo de la facultad de presentar cuestiones prejudiciales, no aceptando recurrir al juez consitucional mas que en aquellos supuestos en los que existía una "cuasi-certeza" de la inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso, llevó a una ampliación de los legitimados para interponer cuestiones de constitucionalidad en 1975³⁰⁶. Dicha reforma constitucional habilitó a los tribunales que resuelven en segunda instancia a elevar una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para compensar, mediante una actitud más conforme a la letra de la Constitución, el desuso que el Tribunal

305 Sobre ello vid. ÖHLINGER, Theo: "La giurisdizione costituzionale in Austria", *op. cit.*, pp. 542 y ss; y PEYROU-PISTOULEY, Sylvie: *La Cour Constitutionnelle en Autriche*, *op. cit.*, p. 278.

306 Art. 140.1: "El Tribunal Constitucional entenderá de la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional a instancias del Tribunal Administrativo, del Tribunal Supremo, de una jurisdicción de apelación o de una sala administrativa independiente y de oficio en el caso en que deba aplicar tal ley a un asunto en trámite ante él...El Tribunal conocerá igualmente de la inconstitucionalidad de las leyes a instancia de cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en su derechos por dicha razón, cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni resolución administrativa individual".

Supremo de Justicia había hecho de la cuestión de constitucionalidad³⁰⁷.

IV. Otra especialidad la constituye la cuestión prejudicial del sistema belga, que, aunque puede ser planteada por cualquier juez, sólo procede si la disconformidad de una ley, decreto u *ordonnance* se produce respecto de las reglas constitucionales de igualdad, no discriminación, libertad de enseñanza, o de las reglas constitucionales de reparto de competencia entre el Estado, Comunidades o Regiones³⁰⁸, y no, como sucede en el resto de sistemas, si la duda proviene de la posible contradicción entre la norma aplicable al caso y otro precepto constitucional.

V. En definitiva, en términos generales, cuando surge la duda sobre la constitucionalidad de un precepto legal el juez es el único competente, en mayor o menor grado, para decidir si lo aplica o, por el contrario, plantea la cuestión sobre su constitucionalidad ante el juez constitucional. Por lo tanto, si entiende que la norma es constitucional, y según el ordenamiento no procede interponer obligatoriamente la cuestión prejudicial, la aplicará sin acudir al juez constitucional. Ahora bien, en caso contrario, esto es, si el juez plantea su duda ante este último, deja una vía abierta para que el órgano constitucional controle la interpretación que el juez va a

³⁰⁷ PEYROU-PISTOULEY, Sylvie: "La Cour Constitutionnelle...", *op. cit.*, p. 285.

³⁰⁸ Las cuestiones prejudiciales han sido planteadas, en su mayor parte, por los jueces de primera instancia, mientras un porcentaje muy reducido lo ha sido por la Cour de Cassation, principalmente, porque es muy raro que la duda sobre la validez constitucional de una norma surja por primera vez precisamente en la instancia de casación. (VAN COMPERNOLLE, Jacques: "La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire", en *Régards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Coord. Francis Delpérée, Bruselas, Bruylant, 1995, p. 192).

hacer de la ley. Es decir, el balance negativo del juicio previo de constitucionalidad que realiza el juez constituye el requisito necesario para que el juez constitucional pueda determinar cual es la interpretación que debe darse a la ley para que resulte acorde con la con la Constitución, o si, por el contrario, no cabe interpretación constitucional alguna de la misma, y debe ser expulsada del ordenamiento.

No obstante, en este segundo supuesto, el sistema belga constituye una excepción, pues, cuando la *Cour d'arbitrage* establece en una cuestión prejudicial que la norma aplicable al caso es inconstitucional, ello no supone que la misma devenga nula; lo que produce es una obligación del juez *a quo* de no aplicar la norma al caso concreto, y la reapertura de un plazo de 6 meses para que el Primer Ministro y los Presidentes de los Gobiernos, según los casos, y no los particulares, puedan presentar un recurso de anulación contra dicha norma³⁰⁹. El problema se encuentra en que no existe una obligación de hacerlo por parte de los sujetos legitimados, se trata de una potestad discrecional, y su inactividad hace que permanezca en el ordenamiento normas viciadas de inconstitucionalidad, produciendo una situación de inseguridad jurídica³¹⁰. Mientras no se produce la derogación definitiva de la

309 Art. 4.2 Ley especial de la *Cour d'arbitrage*.

310 Un ejemplo de ello lo tenemos en el art.319.3 del Código Civil belga que ha sido declarado inconstitucional dos veces por la *Cour d'arbitrage* con ocasión de la resolución de sendas cuestiones prejudiciales (sentencias 39/1990, de 21 de diciembre; y 63/1992, de 8 de octubre). La *Cour d'arbitrage*, además, ha precisado exactamente en qué sentido vulnera ese precepto los arts. 10 y 11 de la CBE, sin embargo, el legislador todavía no ha hecho nada al respecto, y ningún recurso de anulación ha sido planteado contra el citado artículo del Código Civil. Pueden verse varios comentarios a estas sentencias:

norma, a través del procedimiento de anulación, si se plantea otro supuesto similar en el que se tiene que aplicar la misma norma, el juez *a quo*, en virtud del art. 26 Ley especial de la *Cour d'arbitrage*, no está obligado a plantear de nuevo la cuestión sobre la que ésta ya resolvió anteriormente, pero sí se encuentra vinculado por la solución a la cuestión que la *Cour* dio en el caso precedente³¹¹. Por ello, Francis Delpérée dice que las sentencias que resuelven cuestiones de inconstitucionalidad tienen "autoridad de cosa juzgada relativa y reforzada"³¹²: "relativa", puesto que no elimina la norma del ordenamiento, y "reforzada", en cuanto que obliga, no sólo al juez *a quo*, sino a todos los jueces y tribunales en casos futuros que versen sobre el mismo objeto.

Ahora bien, lo que es común a todos los ordenamientos es que, desde el momento en que el juez constitucional declara esa ley válida, dándole una determinada interpretación, los tribunales ordinarios no pueden hacer otra aplicación de la misma, pues la realizada por el Tribunal Constitucional es la única constitucionalmente correcta y posible³¹³. La técnica empleada por

BARTHOLOMEE, V. y SOSSON, J.: "La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation: les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990", *Journal du Travail*, 1990, pp. 709 y ss.; PIRE, D. : "La Cour d'arbitrage au secours des pères non mariés", *JLMB*, 1991, pp. 110 y ss.; RENAULD, B.: "La Cour d'arbitrage et l'égalité des père et mère en matière de filiation", *Journal du Travail*, 1993, p. 309 y ss.

311 Así se establece, como ya se vio, en el art. 28 Ley especial de la *Cour d'arbitrage*.

312 DELPÉRÉE, Francis: "Les effets des décisions du juge constitutionnel", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1994, p. 19.

313 Así se deduce del art. 136 Constitución italiana: "Cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o de un acto con fuerza de ley, la norma deja de tener eficacia desde el día siguiente al de la publicación de la decisión". En el mismo sentido, el art. 31 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal alemán señala que las

los jueces constitucionales de inadmitir la inconstitucionalidad de una norma, alegando que cabe otra interpretación de la misma acorde con los principios constitucionales, fue una práctica inicialmente utilizada, como se ha visto, por la *Corte Costituzionale* italiana, pero que ha sido empleada posteriormente por el resto de tribunales constitucionales que conocen de cuestiones de constitucionalidad. A este respecto, Pizzorusso establece una clasificación de las sentencias interpretativas, distinguiendo entre: decisiones interpretativas de desestimación o sentencias *adequatrici*, mediante las cuales se afirma que la disposición impugnada no es inconstitucional si se le atribuye un significado compatible con los principios constitucionales; sentencias "manipulativas", que establecen dos interpretaciones de un mismo texto para expulsar del ordenamiento jurídico una de ellas; las sentencias "acumulativas" o "aditivas", en las cuales, se declara la inconstitucionalidad de normas no escritas en la ley, pero deducibles del texto de la misma en vía de interpretación, y que traen como consecuencia la creación de una norma positiva; sentencias "sustitutivas", en las cuales la *Corte Costituzionale* ha señalado que otra norma debe ponerse en lugar de la contenida en el texto de la ley para que el principio constitucional por ella violado resulte, en cambio, respetado; y "sentencias-delegación", que declaran la ilegitimidad constitucional de una determinada

decisiones del BverfG obligan a los órganos constitucionales de la Federación y de los *Länder*, así como a todas las jurisdicciones y autoridades nacionales, y añade que, en ciertos casos, cuando declara la inconstitucionalidad de una norma, sus decisiones adquieren fuerza de ley. De este modo, la Corte Constitucional ejerce una influencia considerable sobre el modo en que han de interpretarse las leyes, usurpando así parte de las funciones propias de la jurisdicción ordinaria.

norma e indican una serie de principios que la nueva ley reguladora de la materia habría debido contener para resultar compatible con los principios constitucionales³¹⁴.

c) *¿Puede el juez constitucional utilizar la cuestión de constitucionalidad como un instrumento de revisión de la interpretación dada por el juez a la ley?*

En la cuestión prejudicial el problema principal se encuentra en trazar la frontera entre el ámbito de actuación que corresponde al juez ordinario y el que es propio del juez constitucional. En principio, éste debe rehuir de todo conocimiento del fondo del litigio *a quo*, y de la determinación de las reglas aplicables al mismo, al igual que de conocer sobre un conflicto de normas en el tiempo. Lo que a efectos de este trabajo interesa es ver cómo el juez constitucional crea Derecho a través de la interpretación que realiza de las normas sobre las que se ha presentado una cuestión de inconstitucionalidad³¹⁵, si en esa tarea interpretativa está vinculado por la interpretación dada por el juez ordinario al plantear la

314 PIZZORUSSO, Alessandro: "Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano", en la obra colectiva: *El Tribunal Constitucional*, vol I, *op. cit.*, pp. 275-296. Puede verse también el trabajo de Mario MONTELLA: *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*, Dogana, Maggioli Editore, 1992.

315 En este sentido, respecto al sistema italiano, Antonino SPADARO señalaba: "La Corte non solo «crea» norme di rango legislativo, attraverso le sue ben note sentenze «interpretative/legislative», ma --e si tratta di profilo assai più rilevante-- «crea», piaccia o no, le stesse norme costituzionali (si se preferisce, ma non cambia: estrapola queste ultime dalle disposizioni costituzionali vigenti)", en "Le motivazioni delle sentenze della Corte comme «tecniche» di creazione di norme costituzionali", *Nomos*, nº 3, 1993, p. 88.

cuestión, y si debe tener en consideración la doctrina de Juez de casación, como máximo interprete de la legalidad, o por el contrario, la resolución de una cuestión de inconstitucionalidad conlleva una revisión de la jurisprudencia de este último. En definitiva, hay que determinar si a través de la resolución de cuestiones de inconstitucionalidad el juez constitucional sustituye al juez de la casación en su función nomofilática.

En Italia la cuestión ya fue tenida en cuenta por Pizzorusso cuando surgió el problema del conflicto "fra due Corti" en el que, como hemos visto, se producía un enfrentamiento entre la actividad interpretativa de la *Corte Costituzionale* y la nomofilática de la *Corte di Cassazione*, pues ambas producen el mismo efecto respecto al resto de jueces y tribunales. Pizzorusso ponía de manifiesto que el problema se manifiesta fundamentalmente en el momento en que entran en conflicto las interpretaciones realizadas por cada una de ellas sobre la misma norma jurídica con las siguientes palabras:

"Sorge il problema di stabilire se la funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione svolga la sua descritta influenza anche nei confronti della Corte Costituzionale, o se invece le interpretazioni adottate da quest'ultima siano destinate ad incidere anche su quelle della Corte di Cassazione, o se infine esistano ragioni che consentano di individuare un criterio di repartizione della competenza tra i due organi, tale che le

loro attività possano svolgersi contemporaneamente senza recciproche interferenze"³¹⁶.

Como ya se ha visto, la guerra entre las dos Cortes italianas se saldó con la decisión del Tribunal Constitucional de resolver las cuestiones de inconstitucionalidad, si bien no acogiéndose estrictamente a la interpretación de la norma realizada por el juez al elevar la cuestión, sí excluyendo cualquier sentencia interpretativa por su parte contraria a la jurisprudencia mayoritaria existente sobre esa norma. Sin embargo, ello fue una actitud que decidió mantener la *Corte Costituzionale*, no significa que se encuentre obligatoriamente vinculada por la interpretación de la ley realizada por el juez ordinario. La *Corte Costituzionale* no debe utilizar tan sólo los argumentos del juez *a quo*, ni se encuentra vinculada por ellos; es más, si sólo pudiese dedicarse a controlar si la interpretación del juez *a quo* es acorde o contraria a la Constitución, se habría convertido simplemente en un juez del razonamiento del juez, y no en un juez de la legitimidad constitucional de las leyes como es su función. De hecho, existen las denominadas "sentencias correctoras", que advierten al juez de que ha interpretado incorrectamente la ley, no teniendo en cuenta la Corte Costituzionale ni siquiera la doctrina sentada por el Tribunal de Casación, y las "sentencias interpretativas desestimatorias", que son aquellas en las que la Corte estima que existe una forma de

316 PIZZORUSSO, Alessandro; "La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: comandi o consigli?", *Rivista di Diritto Pubblico*, nº 2-3, 1960, pp. 396 y ss.

interpretación de la ley, distinta de la señalada por el juez a quo, acorde con la Constitución³¹⁷.

Por su parte, la *Cour d'arbitrage* belga, refiriéndose al efecto vinculante que la interpretación dada por el juez ordinario genera respecto a ella, ha manifestado que no le corresponde conocer sobre los errores que el juez *a quo* pueda cometer en la identificación de la norma aplicable a los hechos del conflicto³¹⁸. Pero, ¿debe la *Cour d'arbitrage* aceptar la interpretación dada por aquél incluso en el supuesto de que quepa otra acorde con la Constitución? Surge aquí el problema de siempre: el inevitable conflicto que se produce entre la jurisdicción ordinaria y constitucional cuando ambas tienen que decidir sobre un mismo precepto legal.

Para Van Compernelle, no se puede desoir siempre la interpretación dada por el juez ordinario a la norma, pues ello supondría ignorar la autonomía de la jurisdicción ordinaria. Pero, también el respeto escrupuloso de las atribuciones del juez de reenvío puede conducir, en ciertos casos, a reducir sensiblemente el efecto útil que la decisión de la Corte de Arbitraje puede tener sobre el litigio ordinario³¹⁹.

³¹⁷ Sobre ello vid. GAMBINO, Silvio: "La jurisdicción constitucional de las leyes...", *op. cit.*, pp. 303 y ss.

³¹⁸ De esta misma opinión es Anne RASSON-ROLAND, en "La question préjudicielle", en *Le recours des particuliers devant ...*, *op. cit.*, p. 47.

³¹⁹ VAN COMPERNOLLE, Jacques: "La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire", en *Régards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Coord. Francis Delpérée, Bruselas, Bruylant, 1995, pp. 199-201.

En este sentido, la solución adoptada por la *Cour d'arbitrage* ha sido la de admitir que la norma, interpretada del modo que lo ha hecho el juez al elevar la cuestión prejudicial, es inconstitucional, pero advirtiendo en el mismo pronunciamiento que la misma norma, interpretada de otra forma, sería constitucional (es lo que se ha denominado "interpretación conciliadora")³²⁰. Otra posible solución que aporta Melchior sería que la *Cour d'arbitrage* afirmara en su motivación que, con el planteamiento de la cuestión, el juez *a quo* ha constatado la inconstitucionalidad de una posible interpretación de la ley, pero que otra interpretación de la misma estaría de acuerdo con las exigencias constitucionales³²¹.

No obstante, en ocasiones la *Cour d'arbitrage* se ha encontrado con cuestiones prejudiciales que se plantean sin que el juez *a quo* sugiera ninguna interpretación previamente. En estos casos no es posible hablar de interpretación conciliadora, pues la *Cour d'arbitrage* resuelve la cuestión dando una interpretación a la norma totalmente autónoma.

Si nos referimos al ordenamiento constitucional español, hay que señalar que, al igual que en los sistemas anteriores, en el origen de la cuestión de inconstitucionalidad hay una apreciación jurídica llevada a cabo por un órgano jurisdiccional de que determinada disposición de la ley que tiene que aplicar en un cierto pleito puede ser incompatible con la Constitución. Si bien es cierto que el art. 5.3

320 MELCHIOR, Michel: "De quelques aspects des questions préjudicielles a la Cour d'arbitrage", *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, nº 1, 1995, pp. 66 y ss.

321 *Ibidem*, p. 68.

LOPJ establece que procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación del enunciado legal a los mandatos de la Constitución, ello ha sido interpretado por el TC en el sentido de entender que si cabe una interpretación de la ley conforme a la Constitución, el juez puede optar por dicha interpretación y no promover la cuestión, pero ello no es impeditivo para la viabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad³²². Por lo tanto, siempre cabe la posibilidad de que el juez, dotando a la norma de una determinada interpretación, considere que la misma aplicada al caso es inconstitucionalidad. Esa interpretación de ningún modo vincula al TC, y perfectamente puede, como ha hecho, hacer uso de las sentencias interpretativas desestimatorias de la cuestión, que suponen señalar una determinada interpretación de la ley que sería acorde con la Constitución, rechazando, de este modo, la interpretación otorgada por el juez ordinario a tal norma. Ello genera, en ocasiones, cierto descontento por parte del juez *a quo*, pues su interpretación de la norma se ve revisada por la propuesta por el TC, interpretación que, además, vinculará a otros órganos jurisdiccionales que tengan que aplicar la misma ley a un supuesto similar, como se desprende del art. 5.1 LOPJ.

³²² JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España", en RUIZ-RICO, Gerardo (Ed. lit.), *La aplicación jurisdiccional...*, *op. cit.*, pp. 103-106.

3.3.3. El control de la actividad judicial a través del recurso de amparo como origen de las controversias entre el poder judicial y el juez constitucional.

a) La necesidad de asegurar la aplicación efectiva de la Constitución por los jueces.

Hay que señalar que el recurso de amparo tampoco es un elemento típico de la justicia constitucional kelseniana, sino, más bien, una singularidad de varios ordenamientos constitucionales surgidos tras la Segunda Guerra Mundial como los de Alemania, Suiza, Austria, y posteriormente, España. El recurso de amparo, como un recurso directo en manos de los particulares por violación de determinados derechos constitucionales, se impuso precisamente en aquellos sistemas donde las violaciones de derechos habían sido más flagrantes, como en Alemania, Austria, y con posterioridad, en España. Ello suponía establecer una garantía reforzada de que los derechos constitucionalmente reconocidos no se convertirían en "letra muerta", sino que recibirían efectivo cumplimiento por los poderes públicos. Ahora bien, los poderes sometidos a control no fueron los mismos en todos los países; mientras Alemania, incluyó al poder judicial entre los órganos estatales sometidos al control de constitucionalidad, Austria optó por un recurso de amparo no invocable frente a actuaciones judiciales.

Desde luego, no era la primera vez que se introducía un recurso "de amparo" en Europa. El propio sistema austríaco ya incluía en su Constitución de 1867 un recurso directo en manos de los

particulares ante el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*)³²³ por la violación de los derechos políticos, teniendo en cuenta, además, que en el término "derechos políticos" se comprendían casi todos los derechos fundamentales y libertades recogidos en la "Ley Fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos" de 21 de diciembre de 1867³²⁴, todavía en vigor. No

323 En la Constitución austríaca de 1867 estaba prevista la existencia de el Tribunal del Imperio cuya evolución posterior constituirá el germen de el Tribunal Constitucional de 1920. De hecho, al Tribunal del Imperio le estaban atribuidas las funciones de: Conflictos de competencia entre tribunales y la autoridad administrativa, entre el Parlamento y un Land y las máximas autoridades gubernamentales, como también entre los entes locales autónomos de los diversos Länder; Igualmente, se ocupaba de las confrontaciones entre el Reich y los Länder; y finalmente, conocía de los recursos de los ciudadanos contra la violación de los "derechos políticos" garantizados en la Constitución. Sobre ello vid. ÖHLINGER, Theo: "L'evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria", en Giorgio LOMBARDI: *Costituzione i Giustizia Costituzionale...*, op. cit., pp. 38 y ss.

324 En la República austríaca los fundadores de la Constitución de 1920, modificada en 1929, no incorporaron un nuevo catálogo de derechos fundamentales a la misma, adquiriendo una fórmula de compromiso que consistía en la asunción del catálogo de derechos de la Constitución de 1867 integrado con una larga serie de decisiones nacionales e instrumentos internacionales. De hecho, los derechos constitucionales garantizados hoy por la Constitución no están codificados en un capítulo único, sino que continúan apareciendo dispersos en numerosas fuentes. El Tribunal Constitucional, con el objetivo de clarificar la situación, ha dicho que los derechos "garantizados por la Constitución", invocables ante él, son todos los contemplados por las disposiciones de derecho constitucional formal que conceden determinadas prerrogativas a los particulares. En este sentido, constituyen disposiciones de rango constitucional en materia de derechos fundamentales: La Constitución Federal austríaca de 1929, La Ley Fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos de 1867, la normativa protectora de la libertad individual y de protección del domicilio de 1862, el decreto de la Asamblea Nacional provisional, de 1918, prohibiendo la censura y pronunciando la restitución total de libertades de asociación y de reunión, los Tratados internacionales ratificados por Austria, entre ellos el Convenio Europeo de Derechos del Hombre, etc. Sobre esto vid ÖHLINGER, Theo: "Tribunal Constitucional Austríaco. Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales", en Louis Favoreau y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, (Traducción de Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas), Madrid, CEC, , 1984, pp. 477 y ss. Véase, asimismo, ERMACORA, Félix: "Diritti umani e giurisdizione Costituzionale in Austria", en Giorgio LOMBARDI, *Costituzione i Giustizia Costituzionale...*, op. cit., pp. 61-71.

obstante, las decisiones del Tribunal del Imperio eran exclusivamente declarativas, no pudiendo anular los actos administrativos vulneradores de derechos³²⁵. También la Constitución federal suiza de 1874 contaba con el "recurso de derecho público" como una de las competencias del Tribunal Federal. Dicho recurso directo fue recogido en la Constitución austríaca de 1920, y ha perdurado hasta la actualidad, cosa que no hizo su contemporánea alemana. En efecto, el recurso de amparo no existió durante la República de Weimar, pese a que Cruz Villalón ha hecho una interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Constitucional de la República que le lleva a entender que existió una figura muy similar a la del recurso de amparo. En su opinión, la enorme amplitud con la que el Tribunal Constitucional admitió la legitimación para ser parte en un "conflicto constitucional" en el interior de un *Land*³²⁶, hizo que, "de hecho, se estuviera no muy lejos de convertir al «conflicto constitucional» en un sucedáneo del recurso de amparo"³²⁷. Se consideraba parte de un conflicto constitucional: a una minoría de un Parlamento de un Land, a un grupo parlamentario, a un partido político, a corporaciones, ayuntamientos, etc., e incluso a un diputado individual. Con ello se permitía que estos sujetos, al ver

325 ÖHLINGER, Theo: "L'evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria", en Giorgio LOMBARDI: *Costituzione e Giustizia Costituzionale...*, op. cit., 1985, pp. 38 y ss.

326 El Tribunal Supremo del Reich no limitó la legitimación a los órganos constitucionales de los *Länder*. Consideró parte a todos aquellos sujetos que, de un modo u otro, colaboraban en la formación de la voluntad política del Land, y en la medida en que colaboraban en la misma.

327 CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema de control...*, op. cit., p. 145.

individualmente afectados sus derechos, acudieran al Tribunal del Estado del Reich. Es más, se intentó defender el que un ciudadano aislado, en la medida en que cooperaba en la formación de la voluntad política, podría estar legitimado para ser parte, alegando un conflicto entre una norma y sus derechos de participación política. Desde luego, esto último no se admitió, pues si hubiese sido así, se hubiera convertido ciertamente en un recurso de amparo de derechos fundamentales³²⁸. Sea como fuese, lo cierto es que no puede decirse que durante la República de Weimar existiese un recurso de amparo tal como lo entendemos actualmente. Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales en la legislación de los *Länder* se encauzó hacia el Tribunal Supremo del Reich (*Reichgericht*). De hecho, la mayoría de las sentencias que dictó este Tribunal juzgaban la compatibilidad entre las leyes de los *Länder* y los artículos de la Constitución de Weimar relativos a derechos y deberes fundamentales³²⁹.

En España la Constitución republicana sí contó con un recurso de amparo, que introducía una novedad respecto al existente en Austria. La diferencia fundamental estribaba en que, mientras el recurso de amparo austríaco no permitía utilizar la vía del amparo frente a actuaciones del poder judicial, pues el art. 144.1 de la Constitución austríaca señala que "el Tribunal Constitucional conocerá de los recursos *contra las decisiones de la autoridades administrativas*, incluyendo las de las salas administrativas

328 *Ibidem*, pp. 146 y ss.

329 *Ibidem*, pp. 104-105.

independientes, en la medida en que el demandante pretenda haber sido lesionado por la violación de un derecho que le esté garantizado por la Constitución, o por la aplicación de un reglamento no conforme a la ley, de una ley inconstitucional o de un tratado internacional no conforme a derecho"³³⁰, la Ley orgánica de 14 de junio de 1933, reguladora del Tribunal de Garantías español, establecía que el recurso de amparo podía interponerse siempre que existiera un "*acto concreto de autoridades gubernativa, judicial o de cualquier otro orden que...hubiera infringido...*" un derecho fundamental³³¹. No obstante, hay que reconocer que en la legislación que desarrollaba el recurso de amparo no existía ningún

330 Los motivos de impugnación en amparo contra un acto administrativo pueden ser de dos tipos: la vulneración de un derecho constitucionalmente reconocido, o la lesión de un derecho debido a la aplicación de una ley inconstitucional, reglamento ilegítimo o tratado internacional ilegal.

Art. 82 Ley del Tribunal Constitucional austríaco, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (BVerfGG), publicada originariamente en 1951 :
"1. Se podrá interponer recurso de amparo del art. 144 .1 de la Constitución Federal, contra una resolución administrativa únicamente después de agotada la vía administrativa y dentro de un plazo de seis semanas desde la notificación de la resolución dictada en última instancia".

2. El Recurso expondrá los hechos e indicará si el recurrente se considera o no lesionado en algún derecho constitucionalmente garantizado o en sus propios derechos por aplicación de un decreto ilegal, de una ley inconstitucional o de un tratado ilegal. Se deberá asimismo especificar el precepto que se considere inconstitucional o ilegal.

3. Se acompañará el original, copia exacta o copia simple de la resolución recurrida, con indicación en todo caso del día en que se haya notificado."

De entre los actos administrativos hay que distinguir aquéllos formales adoptados de acuerdo con un procedimiento particular de los actos de dirección y ejecución, pues los primeros sólo pueden ser recurridos en amparo si antes se han agotado los recursos previos pertinentes, mientras los segundos pueden ser impugnados directamente ante el Tribunal Constitucional, (art. 82.1 BVerfGG).

331 PERYROU-PISTOULEY, Silvie: *La Cour Constitutionnelle...*, op. cit., pp. 75 y ss.

precepto específico para el supuesto de que el causante de la violación de un derecho fundamental fuese una autoridad judicial. De hecho, de los aproximadamente 40 recursos de amparo que se resolvieron, todos ellos fueron contra autoridades administrativas, no hubo ni uno sólo contra un órgano judicial³³². Por lo tanto, se puede decir, que la virtualidad práctica de dicho recurso frente a la judicatura fue nula.

No puede afirmarse, sin embargo, que la generalizada ausencia de control de la actuación del poder judicial fuera la causa por la que los integrantes de éste no pudieron evitar las trasgresiones de derechos que se produjeron de un modo paralelo al surgimiento de los regímenes dictatoriales en Europa, pues, aunque hubiese existido, por ejemplo, en Alemania o en Austria, un recurso de amparo frente a la actuación de los jueces, el régimen dictatorial naciente suspendió indefinidamente la Constitución y vació de poderes al Tribunal Constitucional alemán, y posteriormente, al Austríaco³³³. Con lo cual, la judicatura no se dedicó más que a aplicar la nueva legalidad, el nuevo Estado de derecho, y en las ocasiones que no lo hizo, una Corte Constitucional sin competencias nada hubiese evitado. Lo que quedó patente es la maleabilidad y fragilidad del sistema de garantía constitucional existente. Por ello, tras el conflicto bélico, la República Federal Alemana introdujo el recurso de amparo como un modo de asegurar que los derechos

332 GUAITA MARTORELL, Aurelio: "El recurso de amparo contra tribunales", *Revista de Derecho Político*, nº 16, 1982-83, p. 68.

333 ERMACORA, Félix: "El Tribunal Constitucional austríaco", en Louis Favoreau y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y...*, *op. cit.*, p. 277.

constitucionalmente reconocidos no pudiesen ser de nuevo trasgredidos impunemente³³⁴. Pero, a diferencia de Austria, que restableció la Constitución de 1929, donde ya hemos dicho que se preveía un recurso de amparo sólo frente a actuaciones administrativas, Alemania no podía dejar la salvaguarda de los derechos fundamentales en exclusiva a los jueces, pues su actuación durante la dictadura había demostrado que la judicatura podía ser fácilmente utilizada para aplicar como legal cualquier tipo de normativa. Por ese motivo, en la República Federal Alemana el recurso de amparo³³⁵, que fue previsto por la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal en 1951³³⁶, aunque su reconocimiento constitucional no se produjo hasta que la Ley de 29 de enero de 1969 integró en la Constitución el art. 93.1.4a)³³⁷, que

334 En la Constitución de Bonn se sometieron todos los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de la federación y de los *Länder* a un único y supremo tribunal, el Tribunal Constitucional, en aras a la defensa objetiva de la Constitución. Con el mismo fin, se estableció el recurso de amparo único en manos de ese mismo Tribunal, para garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos y hacerlo de un modo general e igual en todo el Estado.

335 Sobre el recurso de amparo en Alemania vid. VON MÜNCH, Ingo: "El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, pp. 269-289.

336 No es de extrañar que el hecho de que el recurso de amparo estuviera legislado en una ley simple y no en la Constitución llevara a muchos autores a no defender, en un principio su creación, y a defender la conveniencia de su derogación posteriormente. Sobre ello, *Ibidem*, pp. 279-280.

337 Pese a que el recurso de amparo como hoy lo conocemos no se instituyó sino tras la Ley Fundamental de Bonn, Hans J. FALLER recuerda que durante la Constitución de 28 de marzo de 1849, sancionada en el curso de la revolución alemana de 1848-49 por la Asamblea Nacional reunida en Francfort, se había previsto una acción que hoy se denominaría recurso de amparo constitucional, con la cual el ciudadano podía interponer ante el Tribunal del Imperio una queja por violación de los derechos otorgados por la Constitución. Vid. FALLER, Hans Joachim: "Defensa constitucional por

señala: "El Tribunal Constitucional Federal conoce de los recursos que pueden ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el orden público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en el art. 20, párrafo 4; o en los arts. 33, 38, 101, 103 y 104". Lo mismo sucedió en España, donde, como ya se ha recordado en este trabajo, la desconfianza hacia el efectivo cumplimiento de los contenidos constitucionales por el poder judicial llevó a establecer un recurso de amparo también frente a actuaciones de órganos jurisdiccionales.

En todos estos países, la existencia del recurso de amparo permite a los jueces constitucionales conocer de un procedimiento que surge como consecuencia de un agravio concreto a un derecho fundamental y que busca restablecer la situación jurídica perturbada. Lo destacable es que esa judicialización del juez constitucional conlleva inevitables roces con la justicia ordinaria, pues junto a la interpretación que un juez o tribunal hace de la ley aplicable a un caso se puede producir una interpretación diferente de la misma ley por el juez constitucional que resuelve un concreto supuesto de violación de derechos fundamentales. Precisamente esa duplicidad de interpretaciones genera inevitables desavenencias entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, pero los verdaderos conflictos se producen cuando, además, como sucede con el recurso de amparo en Alemania y España, la interpretación realizada por el juez constitucional se constituye en revisora de la practicada por el juez ordinario. Conviene, pues, realizar un estudio

separado de los ordenamientos constitucionales donde el recurso de amparo cabe contra decisiones judiciales (Ej.: Alemania y España) y de los ordenamientos donde, a pesar de que el juez constitucional puede conocer de la violación de derechos fundamentales por ciertos poderes públicos, no puede hacerlo cuando dicha violación procede de una resolución judicial (Ej.: Austria y Bélgica).

b) El juez constitucional como "órgano de casación especial" en España y Alemania. El conflicto sentencia-Constitución.

I. Como se ha dicho, en aquellos países donde la trasgresión de derechos fundamentales fue notable y donde la judicatura sirvió de instrumento para ello (Alemania, y posteriormente España) se estableció un sistema para controlar también la actuación de los jueces y asegurar el cumplimiento efectivo de los preceptos constitucionales. Este mecanismo es el recurso de amparo, y constituye el único medio que tiene el juez constitucional de garantizar la aplicación efectiva de la Constitución a los casos concretos por los jueces, asegurando su interpretación uniforme. De hecho, tanto el TC como el Tribunal Constitucional alemán, cuando resuelve un recurso de amparo, al seleccionar cual de las interpretaciones hipotéticamente extraíbles de la ley es la constitucionalmente admisible, determinando si el juez ha actuado correctamente, no actúa sólo como intérprete de la Constitución sino también como intérprete de la ley, supliendo al juez de la casación en su función de creador de doctrina legal y unificador de la jurisprudencia.

En España el TC realiza ese papel de intérprete de la ley a través de diferentes mecanismos cuando resuelve cuestiones y recursos de inconstitucionalidad. A este respecto hay que señalar que, en primer lugar, y al igual que en Italia y en Alemania, el Tribunal ha hecho uso de las sentencias interpretativas³³⁸, en las que el Tribunal se limita a efectuar un juicio para precisar el significado constitucional de la ley³³⁹; pero, junto a éstas, el TC también ha emitido otras sentencias en las que, por vía también interpretativa, procede a la reconstrucción de un precepto suplantando al legislador, o incluso introduce recomendaciones o mandatos al mismo. Un ejemplo de lo primero lo encontramos en la la STC 341/93, donde, ante un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de Seguridad Ciudadana, el concepto de "flagrante delito" contenido en el art. 21.2 de dicha Ley fue interpretado y definido por el TC³⁴⁰. De igual modo, cuando se planteó la inconstitucionalidad de la Ley 7/85, de derechos y libertades de los extranjeros en España, el TC reconoció la ambigüedad del art. 26.2 de la misma, precepto referido al internamiento preventivo de un extranjero, pero no por ello lo

338 Puede distinguirse entre sentencias interpretativas parcialmente desestimatorias, en las que se desestima la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal en tanto sea interpretado en el sentido que especifican los fundamentos de la sentencia, y las sentencias interpretativas parcialmente estimatorias, en las que se declara la inconstitucionalidad de un precepto legal entendido en determinado sentido.

339 Puede verse, entre otros, GUTIERREZ ZARZA, M. Angeles: "Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español", *Revista de Derecho Procesal*, nº 3, 1995, pp., 1003-1040.

340 Puede verse una referencia a este caso en GARCIA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 99 y ss y 162 y ss.

declaró inconstitucional, estableció que podría serlo "según se aplicara", e interpretó el precepto legal entendiendo que era necesaria la intervención judicial para el internamiento de un extranjero cuando estaba incurso en un proceso de expulsión del territorio (STC 115/87, de 7 de julio)³⁴¹. En cuanto a las recomendaciones al legislador efectuadas por el TC en sus sentencias, podemos citar como ejemplo la cuestión de inconstitucionalidad que se presentó contra el art. 170 de la Ley de Procedimiento Laboral, a la que el TC respondió señalando que "sería conveniente que el legislador para superar la excesiva rigidez de la norma, reformara el artículo 170 y anexos" (STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 5º)³⁴². Y en cuanto a los mandatos al legislador que el TC ha establecido en sus decisiones, cabe citar el recurso previo que se planteó contra el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal sobre despenalización del aborto, donde el TC justificó determinados mandatos impuestos al legislador diciendo: "Como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero sí lo es, de acuerdo con el art. 79.4, B) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio permitirán la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente".

³⁴¹ Un estudio de esta sentencia puede verse en, FLORES GIMÉNEZ, Fernando: "La normativa para los extranjeros no comunitarios en España", *Revista General del Derecho*, nº 585, 1993, pp. 5775 y ss.

³⁴² Sobre las recomendaciones efectuadas por el TC al legislador puede verse también, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador", *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, pp. 101-111.

Pero, de entre todos los tipos de recursos de los que conoce el TC, especialmente a través del recurso de amparo es cuando realiza una función casacional en el sentido clásico del término. Como bien señala Xavier Pibernat, "en el amparo contra actos jurisdiccionales el TC actúa como si fuese un tribunal de casación, pues su objeto no es el acto originario sino la actuación del órgano judicial, que se enjuicia en relación a la violación de los derechos susceptibles de amparo, pero sin entrar a conocer de los hechos"³⁴³.

II. Formalmente, el TC ha negado en repetidas ocasiones el ser órgano casacional³⁴⁴, como ya lo hizo en la STC 11/1982, de 29 de marzo: "El Tribunal Constitucional no es una tercera instancia a la que le corresponde revisar, con carácter general, los hechos declarados probados y el derecho aplicado en la resolución judicial impugnada". Sin embargo, pese a esta regla general de actuación, también ha añadido en otras ocasiones que "...ello no obsta para que, en determinados supuestos, pueda estar justificado el análisis mismo del razonamiento judicial en esta vía de amparo constitucional, porque la inadecuación o el error en tal razonamiento pueda traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental", (STC 184/1992, de 16 de noviembre, FJ 2º)³⁴⁵. Con lo cual el principio general de que al TC no le

343 PIBERNAT DOMENECH, Xavier: "La sentencia constitucional como fuente de derecho", *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, p. 74.

344 Véase, entre otras, también: SSTC 105/1983, de 23 de noviembre; 41/1986; 15/1987; 174/1987.

345 *Idem.* en las SSTC 46/1983, de 27 de abril; 201/1987, de 16 de diciembre; 36/1988, de 3 de marzo; 63/1990, de 2 de marzo; 138/1992, de 13 de octubre ; 55/1993, de 15 de febrero, 63/1993, de 1 de marzo, 37/1995, 7 febrero.

corresponde controlar la motivación o razonamiento judicial deja de funcionar como una regla absoluta y acaba permitiéndose al TC tal actuación cuando concurra un requisito tan poco preciso como el que tal razonamiento vulnere un derecho fundamental.

Efectivamente, la práctica ha demostrado que, en multitud de ocasiones, es muy difícil establecer cuál es la esfera de competencias del TC y cuándo el conocimiento por su parte del razonamiento judicial tiene justificación. Al fin y al cabo, es el propio TC quien determina, en última instancia, si puede controlar la interpretación realizada por los jueces ordinarios en la sentencia porque entienda que de la misma se deriva la lesión de un derecho fundamental. El propio criterio del TC es el que acaba determinando en qué casos puede entrar a conocer de la argumentación y motivación realizada por el juez ordinario y en cuales no, porque el TC es el máximo encargado de determinar cuándo se ha vulnerado un derecho fundamental, y por lo tanto, el único competente para determinar que con ese razonamiento judicial se ha violado un derecho.

Este mismo fenómeno se produce en Alemania³⁴⁶; el problema se encuentra en que es muy difícil no hallar un nexo de unión entre

³⁴⁶ De entre las sentencias judiciales alemanas revisadas en amparo, nos interesa especialmente destacar la revisión de aquellas sentencias que generan jurisprudencia, es decir, las dictadas por los Tribunales Superiores. En este sentido, de las sentencias de amparo dictadas por el Tribunal Constitucional Federal, un tercio son contra decisiones de los Tribunales Federales Superiores, porcentaje en el que no se incluyen las decisiones de las Grandes Salas o de las Grandes Salas Unidas de los Tribunales Supremos, que no pueden ser recurridas en amparo. Éstas, como se vio, únicamente resuelven cuestiones de derecho sobre la interpretación del texto de la ley, con el fin de garantizar la unidad de la jurisprudencia o de desarrollar el Derecho, por lo tanto, escapan a la esfera de actuación del recurso de

cualquier cuestión jurídica que se esté debatiendo en un proceso y un derecho fundamental o cualquier otro precepto constitucional, lo cual hace que la reconducción de tales casos al recurso de amparo no resulte difícil³⁴⁷. Si a este factor se añade la complejidad que entraña diferenciar los ámbitos de competencia de la jurisdicción ordinaria y la constitucional, no es de extrañar que el resultado práctico de todo ello sea que el juez constitucional entre a conocer, en muchas ocasiones, del derecho ordinario y de su aplicación e interpretación, modificando con su doctrina definitiva y obligatoria decisiones que habían tomado los tribunales ordinarios.

¿Podría entonces afirmarse que, al igual que la casación francesa constituía un freno al poder judicial, el TC actúa como un órgano de la misma naturaleza frente al poder judicial, aunque, en

amparo. Por el contrario, sí es posible someter a revisión en amparo ante el Tribunal Constitucional Federal las sentencias dictadas por las Salas ordinarias de los Tribunales Federales, que resuelvan en última instancia, cuando se entienda que no han reconocido un derecho fundamental o no han realizado la elección adecuada entre dos o varios derechos fundamentales.

Es más, el Tribunal Constitucional Federal, en los procesos de amparo, no se contenta simplemente con verificar si, por ejemplo, un Tribunal Supremo ha interpretado o analizado correctamente la normativa relativa a los derechos fundamentales, sino que examina también si la interpretación o aplicación de la ley (o el resultado de ello) es conforme a la Ley Fundamental en su conjunto. (FERRAND, Frédérique: *Cassation Française et Révision....*, *op. cit.*, p. 258.)

347 Pese a la facilidad con que un particular puede acogerse al recurso de amparo en Alemania, el 95 por ciento de los procedimientos que se presentan no prosperan por existir un procedimiento abreviado previo ante una sección integrada por 3 magistrados que actúa como tamiz. (Vid. WEBER, Albrecht: "La Jurisdicción Constitucional en Europa: una comparación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, p. 75). Precisamente la última reforma de la Constitución alemana, de 11 de agosto de 1993 pretende hacer frente al problema de la superabundancia de recursos de amparo. Sobre ello puede verse: RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Jose Luís: "Seleccionar lo importante. la reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pp. 139-148.

este caso, asegurando la correcta aplicación de la Constitución? Si atendemos a la definición que hace Calamandrei de la casación;

*"Un istituto giudiziario consistente in un organo unico nello stato (Corte di Cassazione) che, per mantenere la esattezza e la uniformità della interpretazione giurisprudenziale data dai tribunali al diritto obiettivo, riesamina nella sola decisione delle questioni di diritto le sentenza dei giudici inferiori"*³⁴⁸.

¿Acaso no recuerda esta definición al recurso de amparo, con la salvedad de que el TC revisa si esa interpretación dada por los jueces al derecho objetivo respeta los derechos fundamentales?. En este sentido, Xiol Rios, se ha referido al TC como un órgano "cuya función, a semejanza de los viejos tribunales de casación respecto de la ley, es también la de garantizar que los tribunales ordinarios adecúen sus decisiones a la Constitución"³⁴⁹. De igual modo, García Morillo afirma que "la función real del Tribunal Constitucional puede considerarse semejante a la que fuera la función originaria de los Tribunales de Casación"³⁵⁰. Las mismas causas que condujeron a la preponderancia del TS sobre los restantes órganos judiciales, coinciden para atribuir una relevancia especial a la doctrina del TC. Éste vigilará la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos y, por lo tanto, también de los Tribunales.

348 CALAMANDREI, Piero: *La Cassazione Civile, op. cit.*, p. 770.

349 XIOL RIOS, Juan Antonio: "Crisis de la Jurisprudencia...", *op. cit.*, p. 534.

350 GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La Justicia en la Jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. XXII

Estas afirmaciones han sido matizadas por Gimeno Sendra, al considerar que "es forzoso reconocer que su naturaleza jurídica (la del TC) no difiere en mucho de la de un Tribunal Supremo", y ha querido remarcar una diferencia fundamental entre ambos, señalando que la función del TC "estriba en asegurar la aplicación uniforme de la ley (defensa del *ius constitutionis*), si bien con una importante especialidad y es la de que no debe obtener dicha uniformidad ni inmiscuirse en la aplicación de la legalidad ordinaria (función ésta sí propia del Tribunal Supremo), sino única y exclusivamente en la de la Ley Fundamental"³⁵¹. Por ello, ha defendido que, ciñéndose a lo establecido en los arts. 53.2 y 123 de la CE, no debiera darse conflicto alguno entre el TC y el TS, porque ambos conocen sobre ámbitos jurisdiccionales completamente distintos³⁵².

III. Por lo tanto, tal vez sería mejor hablar de la naturaleza del TC como un órgano de "casación especial", en el sentido de que sí realiza en la práctica un control de la aplicación de la ley por los jueces, aunque no de toda actuación que lleven a cabo éstos, como tampoco lo hace el TS, sino de casos específicos: Controla la aplicación que los jueces hagan de la ley o de la Constitución y que afecte a los derechos fundamentales³⁵³.

351 GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., p. 163.

352 GIMENO SENDRA, Vicente, en el Coloquio internacional celebrado en Madrid en los días 13 y 14 de octubre de 1994 y publicado en *La jurisdicción constitucional en España...*, op. cit., p. 184.

353 Parece interesante traer a colación aquí unas palabras de Luis M^a DÍEZ PICAZO: "Hay, me parece, un cierto parecido entre la función que a principios del s. XIX se asigna a los tribunales de casación y la función que

Tal como advierte Salas, "si el TC se erigiese en fiscalizador a ultranza de las decisiones judiciales convirtiéndose en una nueva instancia revisora de aquéllas sin freno ni límite alguno no se conseguiría, probablemente, otra cosa que socavar gratuitamente la confianza que los justiciables han de tener en los tribunales ordinarios"³⁵⁴.

Se podría decir, pues, que la diferencia entre el TC y el TS, en cuanto a su función "casacional" se encuentra en que "los valores en que ha de buscar su juicio el primero (TC) son, en primer término, los valores políticos decididos por el constituyente, en tanto que el segundo (TS) son valores civiles, penales, laborales, etc., configurados por el legislador ordinario y respecto de los cuales tanto su distinto nivel de decisión como el tráfico ordinario en que se aplican corrientemente han borrado ya su carácter de valores políticos originarios para convertirse en púramente técnicos"³⁵⁵. Pero, a pesar de que esto es cierto, a veces se olvida que los jueces ordinarios también deben aplicar la Constitución. De hecho, el art. 5.4 LOPJ contempla la posibilidad de interponer un recurso de

hoy se asigna a los tribunales constitucionales como tribunales de defensa de la Constitución...De algún modo, hay algo que dice que la Constitución sustituye a la ley en el papel de fundación y defensa de los derechos del individuo", en "Constitución, Ley, Juez", *op. cit.*, p. 14.

354 SALAS HERNÁNDEZ, Javier: "El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1982, nº 6, p. 170.

355 Para establecer esta diferencia entre el TC y el TS se ha utilizado la que García de Enterría establece entre un juez ordinario y juez constitucional, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y ...*, *op. cit.*, pp. 178 y ss.

casación por infracción de un precepto constitucional³⁵⁶. Tal vez, la distinción fundamental entre el TS y el TC radica en el parámetro de referencia que utilizan uno y otro a la hora de determinar si un juez ha actuado o no con corrección. El TS tiene como parámetro el ordenamiento jurídico, incluyendo también la Constitución, pero el TC sentencia teniendo por parámetro exclusivo a ésta.

IV. Si admitimos que el TC, cuando resuelve recursos de amparo, puede estar desempeñando una función similar a la de casación, aunque con la especialidad de tener como parámetro exclusivo la Constitución, debemos comprobar si también aquí se reproducen las dos facetas propias de la casación: por un lado, la función casacional pura u originaria, esto es, la determinación de la inadecuada interpretación realizada por el juez a la ley, que suponía la nulidad de dicha actuación y la remisión del asunto al mismo juez para que volviera a sentenciar, y por otro lado, la faceta de unificación de la doctrina que adquirió posteriormente la casación.

a) La primera de las funciones tiene una clara plasmación en el recurso de amparo. En él el TC realiza una función nomofilática, en cuanto máxime intérprete de la Constitución, al determinar cual es el exacto significado que debe darse a los preceptos constitucionales y establecer si la decisión tomada por el juez se adecúa o no a la misma. En caso negativo, y al igual que en la casación, en último extremo el TC anula la sentencia y reenvía la cuestión al juez *a quo* para que vuelva a resolver ajustándose a la Constitución. No se puede desconocer el hecho de que esto no

356 Nos remitimos al apartado 5.2.2 a) de este trabajo.

siempre es así; la existencia de supuestos como el caso *Soria Semanal* o el de la *investigación de la paternidad*, que ya tendremos ocasión de analizar más detenidamente, ponen de relieve que no siempre el TC actúa dentro los cánones establecidos.

b) En cuanto a la faceta unificadora de la casación, ésta no es una característica propia del recurso de amparo, pues el objetivo es determinar si en un supuesto concreto se ha vulnerado o no un derecho fundamental. Sin embargo, y como se verá más ampliamente en este trabajo, las consecuencias que se derivan de las sentencias de amparo tienen una repercusión similar a las de la unificación en casación: Hay que tener en cuenta, por un lado, que la interpretación que el TC otorga a un precepto constitucional cuando resuelve un recurso de amparo constituye la única interpretación constitucionalmente válida en supuestos similares (consecuencia de la función de nomofilaxis), y por otro lado, que las sentencias de amparo establecen una interpretación de los derechos fundamentales seguida obligatoriamente por el resto de tribunales en virtud del art. 5.1 LOPJ; por ello, no es de extrañar que una decisión del TC tomada en un recurso que está pensado para la protección de derechos en supuestos concretos adquiera una eficacia *erga omnes*, y que se consiga con ello que los tribunales ordinarios en decisiones posteriores adopten la misma interpretación que la establecida por el TC. No obstante, esta materia, al igual que la consecuencias de una desobediencia por parte de los tribunales a lo prescrito en el art. 5.1 LOTC, merece un estudio más pormenorizado, que tendrá lugar al estudiar la vinculatoriedad de la doctrina del TC y el efecto revisor de las sentencias de amparo.

Por otro lado, el TC también coadyuva al mantenimiento de una jurisprudencia uniforme a través de los recursos de amparo por quebrantamiento del principio de igualdad. El TC entiende que "el principio de igualdad en la aplicación de la ley implica que un mismo órgano jurisdiccional no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable"³⁵⁷. Se ha señalado que precisamente esta tarea vigilar la correcta e igual aplicación de la ley por los jueces constituye la función histórica del recurso de casación. En este sentido, el TC ha venido, de nuevo, a suplantar, en parte, una faceta originaria del recurso de casación, pues, aunque el TS es el encargado de vigilar la igual y correcta aplicación de la ley por los jueces, si un juez, al aplicar de distinto modo la ley, viola garantías constitucionales, entonces, el TC podrá revisar tal actuación a través del recurso de amparo. Como ya se ha dicho, una aplicación diferente de la ley a casos similares, si no está justificada, puede constituir una violación del principio de igualdad. La fácil invocabilidad del principio de igualdad supone que el número de casos en los que el TC entra a conocer sobre la correcta o incorrecta aplicación de la ley por los jueces (en cuanto a que respeten el principio de igualdad o no) sea elevado³⁵⁸. Por ese motivo, se ha

357 STC de 14 de julio de 1982. *Vid.* asimismo, entre muchas otras, SSTC 55/1993; 63/1993; 75/1993.

358 De 1980 a 1995 el porcentaje de recursos de amparo presentados invocando el principio de igualdad ascendió a un 22%. Datos tomados del

afirmado que el TC ha desarrollado un instrumento de fiscalización general sobre la aplicación de la legislación ordinaria, articulado a través del recurso de amparo "por violación de la igualdad en la aplicación de la ley"³⁵⁹. Esta realidad debe ser estudiada a la luz de las reglas de distribución de competencias entre el TS y el TC, y al capítulo de este trabajo relativo a dicho objeto nos remitimos.

c) Las divergencias en la interpretación de las leyes cuando el juez constitucional no puede revisar la constitucionalidad de la aplicación de la ley realizada por los jueces.

El fenómeno revisor que producen las sentencias de amparo cuando anulan una decisión de un órgano jurisdiccional no se repite en aquellos sistemas donde no existe tal posibilidad. Así sucede, por ejemplo, en ordenamientos como el austríaco, el belga o el italiano. En estos sistemas, lo que puede producirse es una divergencia de interpretaciones sobre un mismo precepto legal, sin que el juez constitucional tenga la posibilidad de revisar las incorrecciones constitucionales en que puedan incurrir los tribunales en la aplicación de la ley.

En sistemas como el belga, donde no existe recurso de amparo³⁶⁰, ni está previsto un mecanismo de control de la

apéndice estadístico de AA.VV.: *La jurisdicción Constitucional en España...*, *op. cit.*, p. 328

³⁵⁹ *Vid.*, e.g., GASCÓN ABELLÁN, Marina: "La Justicia Constitucional...", *op. cit.*, p. 83.

³⁶⁰ Lo único que existe es la posibilidad que la *Cour d'arbitrage* adquirió por la Ley especial de 6 de enero de 1989 de proteger ciertos derechos

adecuación de las interpretaciones judiciales en manos del juez constitucional, existe la posibilidad de que se generen interpretaciones diferentes de una misma disposición constitucional por la *Cour d'arbitrage* (o tribunal constitucional), la *Cour de Cassation* y el Consejo de Estado. No existe un orden jerárquico entre ellos; el único elemento de jerarquía existente es el que resulta de la superioridad de la norma constitucional que debe ser asegurada por la *Cour d'arbitrage*, sin inmiscuirse, en ningún caso, en el fondo del litigio. El problema se encuentra en que cada uno de estos órdenes jurisdiccionales genera su propia jurisprudencia y el constituyente no se ha preocupado de establecer un sistema de coordinación entre las mismas.

fundamentales de los particulares (el derecho de igualdad, el de no discriminación y la libertad de enseñanza) cuando se produzcan una violación de los mismos por una norma. Una vulneración de este tipo constituye un motivo o causa para la presentación de un recurso de anulación (Art. 1.2 Ley especial de la *Cour d'arbitrage*.) o el planteamiento de una cuestión prejudicial (Art. 26.1 Ley especial de la *Cour d'arbitrage*).

En relación al recurso de anulación, hay que señalar que el art. 142 CBE en relación a los arts. 1 y 2 de la Ley especial de la *Cour d'arbitrage* de 1989 permiten a todo particular, que alegue un interés, al Consejo de ministros, al Gobierno de una Comunidad o de una Región y a los presidentes de las asambleas legislativas la posibilidad de plantear un recurso de anulación contra normas que vulneren el derecho a la igualdad, el de no discriminación o la libertad de enseñanza, o infrinjan las reglas constitucionales de reparto de competencias entre el Estado, las Comunidades y Regiones. El requisito de alegar un "interés" es exigible únicamente a los particulares y no al resto de personas públicas o instituciones legitimadas para interponer el recurso de anulación, porque de éstas últimas ya se presume el interés general en el planteamiento de un recurso de este tipo. La noción de interés que debe alegar toda persona física o moral que presente un recurso de anulación no queda definido de un modo claro en la Ley. Ha sido la jurisprudencia de la *Cour d'arbitrage* la que ha ido perfilando este concepto. En general, ésta ha interpretado la noción de "interés" de un modo laxo, exigiendo únicamente que sea un interés personal (bien de un modo particular o colectivo), directo, actual y verdadero, (Sentencias de la *Cour d'arbitrage*: 18/1990, de 23 de mayo; 9/1989, de 27 de abril; 21 y 22/1990, de 28 de junio).

La confluencia entre las jurisdicciones de los órganos arriba mencionado pueden producirse en los siguientes supuestos:

En primer lugar, el Consejo de Estado, a través de la Sección de legislación, se pronuncia *a priori* sobre la constitucionalidad de proyectos de leyes y reglamentos³⁶¹. Pero, posteriormente, una vez aprobados por las Cámaras legislativas, estas leyes pueden ser objeto de un recurso de anulación. Evidentemente, la interpretación dada en su momento por el Consejo de Estado al texto legal, y la establecida posteriormente por la *Cour d'arbitrage*, al estudiar si la norma vulnera, por ejemplo, las reglas de competencia, pueden ser distintas. Ello no debe sorprender pues, tal como ha señalado Francis Delpérée, "los modos de trabajar son diferentes. Los momentos de reflexión son distintos. Los ritmos de trabajo no son comparables"³⁶².

361 La competencia sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley reside en la Sección de legislación del Consejo de Estado, lo que configura también a éste como juez constitucional. A través de dicha Sección se encarga de emitir dictámenes (no vinculantes, aunque sí con una autoridad moral destacable) sobre la compatibilidad de todos los proyectos y las proposiciones de ley, y actos con fuerza de ley, con las normas de rango superior, incluida la Constitución, así como de asegurar la concordancia de los mismos con otros textos del mismo rango. Por lo tanto, el control de constitucionalidad de la ley que realiza el Consejo de Estado es un control preventivo, esto es, se encarga de la prevención de conflictos que se pudieran originar entre la ley, los decretos de las Comunidades y de las Regiones y de las ordenances de la Región de Bruselas-Capital y la Constitución por desconocer las reglas de reparto de competencias entre el Estado, las Regiones y las Comunidades. (Arts. 2 a 6 Leyes coordinadas del Consejo de Estado). Los dictámenes que emite la Sección de legislación se adjuntan como anexo a los proyectos de ley, advirtiendo de este modo de los problemas constitucionales o legales que la futura ley puede plantear en el caso de que no sea modificado el proyecto. Así, el Consejo de Estado previene a la *Cour d'arbitrage* sobre las posibles dificultades constitucionales que tendrá, eventualmente, que conocer, véase sobre ello, DELPÉRÉE, Francis: "La Constitution et le Conseil d'Etat en Belgique", *Etudes & Documents du Conseil d'Etat, La Documentation Française*, nº 47, 1995, p. 581.

362 DELPÉRÉE, Francis: *Propos sur la Cour d'arbitrage...*, op. cit., p. 46.

Por otro lado, el Consejo de Estado también se pronuncia sobre la constitucionalidad de actos administrativos, declarando su nulidad³⁶³. Ahora bien, en el curso de uno de esos procesos puede, y, como veremos, debe plantear, a veces, la cuestión prejudicial sobre una ley o decreto que deba aplicar al caso que esta conociendo. Queda claro que la *Cour d'arbitrage* no puede ejercer un control directo sobre los actos de las autoridades administrativas, ni ha tenido la pretensión de ejercerlo³⁶⁴. No obstante, la decisión que tome la *Cour d'arbitrage* influirá en el caso concreto, y la interpretación que otorgue a la norma en cuestión vinculará al Consejo de Estado en ese caso, y también al resto de tribunales cuando se encuentren en el futuro ante un supuesto que verse sobre el mismo objeto (art. 28 de la Ley Especial sobre la *Cour d'arbitrage*). Por otro lado, la *Cour d'arbitrage* puede determinar

363 En Bélgica, en lo que atañe al control a posteriori de la constitucionalidad de las disposiciones con rango inferior a la ley (decisiones, órdenes, reglamentos y circulares), los tribunales están obligados a no aplicar las órdenes y reglamentos generales provinciales o locales si no son acordes con las leyes (incluida la Constitución); según se establece en el art. 159 CBE, pero la facultad para anular dichos actos administrativos corresponde a la Sección de administración del Consejo de Estado. Ésta, no sólo; tiene atribuido el conocimiento de todos los asuntos y cuestiones de orden administrativo no litigiosas (cuestiones que pueden ser sometidas por los sujetos legitimados en virtud art. 4 de las Leyes coordinadas del Consejo de Estado: los ministros, los miembros de los ejecutivos comunitarios o regionales y los miembros del Colegio reunido), sino que también resuelve jurisdiccionalmente, mediante sentencias, los recursos de anulación contra actos y reglamentos adoptados por diversas autoridades administrativas, y los recursos contra las decisiones contencioso-administrativas (Art. 160.2 CBE "Le Conseil d'État statue par voie d'arrêt en tant que juridiction administrative...").

364 Así lo demostró, por ejemplo, en la cuestión prejudicial que el Consejo de Estado le planteó en 1987 sobre la posible vulneración de las reglas de reparto de competencias de un decreto de la Comunidad francesa. La *Cour d'arbitrage* dijo que a ella no le correspondía conocer sobre la medida en que el poder ejecutivo nacional respetaba las reglas de reparto de competencias (Sentencia de la *Cour d'arbitrage* n° 31, de 20 de enero de 1987).

que la norma es constitucional, siempre que no se interprete del modo en que lo ha hecho la Administración al aplicarla, con lo cual, en cierto modo, está conociendo de una actuación administrativa.

En tercer lugar, algo similar sucede respecto de la Corte de Casación. Ésta debe aplicar la normativa vigente de acuerdo con la Constitución, pero, perfectamente, puede suceder que la interpretación que haga de la ley no coincida con aquella que la *Cour d'arbitrage* consideraría como la "interpretación acorde a la Constitución". La *Cour de Cassation* puede verse obligada³⁶⁵, (o puede hacerlo *motu proprio*), a plantear una cuestión prejudicial sobre la ley que previamente ha aplicado un juez, y de la cual debe determinar en casación su correcta interpretación, porque se observe que la misma viola uno de los tres derechos fundamentales protegidos de un modo especial por la Constitución belga, o las reglas de reparto de competencias entre los entes territoriales. Obviamente, cuando el Tribunal de Casación planté la cuestión lo hará otorgando una determinada interpretación a la norma, la cual podría no coincidir con la que la *Cour d'arbitrage* considera la única acorde con la Constitución³⁶⁶.

Por último, hay que hacer referencia a la *vis expansiva* con que actúa la *Cour d'arbitrage*, pues, aunque su jurisdicción, si dejamos a parte los conflictos de competencias entre entes territoriales, se

365 En el siguiente punto de este capítulo (Pto. 3.2.3) veremos la obligación del TS de plantear una cuestión prejudicial cuando así se lo pidan las partes.

366 Sobre la obligatoriedad de la *Cour d'arbitrage* de acogerse a la interpretación dada por la *Cour de Cassation* cuando plantea una cuestión prejudicial, véase punto 3.2.3 de este trabajo.

reduce a la protección de tres derechos fundamentales únicamente (el derecho de igualdad, el de no discriminación y la libertad de enseñanza), la *Cour* ha hecho una interpretación tan extensa de los mismos que, *de facto*, ha entrado a controlar la constitucionalidad de aquellas normas que violan otros derechos constitucionales, argumentando, por ejemplo, que la ley regula tales derechos de un modo discriminatorio. Ello supone que, en la práctica, el control de la *Cour d'arbitrage* se extiende a la casi totalidad de los derechos y libertades fundamentales³⁶⁷, lo cual supone que dichos derechos que, en principio, únicamente eran interpretados por los tribunales ordinarios, pasen a serlo también por la *Cour d'arbitrage*.

La posibilidad de que se produzcan aplicaciones diferentes de un mismo precepto constitucional se produce igualmente en Austria. En este país los tribunales ordinarios, y en última instancia el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Administrativo, son los primeros encargados de velar por el respeto de la Constitución y de los derechos fundamentales reconocidos. Aunque la Constitución austríaca no tiene ninguna declaración análoga al art. 9 de nuestra Constitución o al art. 1.3 de la Constitución Federal Alemana que consagre la obligación de los poderes públicos de respetar los derechos fundamentales, este principio no ha tenido discusión en la práctica y los mismos son de aplicabilidad inmediata por todos los poderes públicos (incluidos los tribunales)³⁶⁸. Pese a esto, hay que

367 DELPÉRÉE, Francis; RASSON-ROLAND, Anne: *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruselas, Bruylant, 1990, p. 159.

368 Hay que tener en cuenta que la concepción jurídica de los derechos fundamentales establecida por el Tribunal Constitucional vincula siempre a los tribunales ordinarios.

señalar, en primer lugar, que no existe una instancia interna en la jurisdicción que tenga por misión específica garantizar el respeto a los derechos fundamentales, y en segundo lugar, que los jueces tienden a resolver los problemas jurídicos que se les plantean utilizando normas de derecho civil y penal, sin recurrir directamente a disposiciones concretas de la Constitución³⁶⁹. Existe un recurso de amparo de carácter subsidiario³⁷⁰ para la protección de los derechos fundamentales, pero sólo cabe contra actos y resoluciones administrativas³⁷¹ y, a partir de la reforma de 1975³⁷², contra actos normativos (leyes, reglamentos, tratados

369 ÖHLINGER, Theo: "Tribunal Constitucional Austríaco. Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales", *op. cit.*, pp. 496-97.

370 Una revisión constitucional de 1988 (BGB I 1988/685), que entró en vigor en 1991, supuso la supresión de la facultad que el Tribunal Constitucional tenía para decidir directamente sobre determinadas actuaciones administrativas que violaban derechos de particulares. Ahora el conocimiento de dichos contenciosos corresponde a las Salas administrativas independientes creadas en cada *Länder*, y al Tribunal Constitucional le corresponde conocer en segunda instancia de las decisiones de éstos. Vid. PEYROU-PISTOULEY, Sylvie: *La Cour Constitutionnelle et le controle ...*, *op. cit.*, p. 151.

371 Un pronunciamiento en amparo contra un acto administrativo implicará la declaración de nulidad del mismo. Así se establece en el art. 87.1 y 2 de la Ley del Tribunal Constitucional: "1. La resolución especificará se se ha cometido o no una violación de derechos constitucionalmente garantizados o si el recurrente ha sido lesionado en sus derechos por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley inconstitucional o de un tratado ilegal, y anulará, si procede, el acto administrativo recurrido. 2. Si el Tribunal Constitucional estimare un recurso estarán obligadas las autoridades administrativas a establecer por todos los medios jurídicos a su disposición y sin demora la situación de derecho que corresponda a la doctrina legal del propio Tribunal Constitucional". Sobre los efectos de las sentencias de amparo véase también ANZON, Adele: "Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania Federale, Austria e Spagna", *Politica del Diritto*, nº 1, 1989, pp. 337.

372 La posibilidad de los ciudadanos de interponer un recurso individual de constitucionalidad contra una ley no se produjo hasta una Ley de 1975. Para interponer el recuso individual ante el Tribunal Constitucional se exige que dicha ley interfiera directamente en la esfera de un derecho fundamental del particular y, por otro lado, que no sea presumible obtener una sentencia judicial o una medida de la autoridad que reponga al particular en su

internacionales)³⁷³. Lo que diferencia al sistema austríaco del español o del alemán es que, en el supuesto caso de que los tribunales no apliquen las normas de acuerdo con la Constitución y los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional austríaco no puede revisar dicha decisión en amparo, por lo tanto, no pueden surgir las susceptibilidades que se generan por parte de los tribunales ordinarios cuando sus decisiones son anuladas por el juez constitucional. Así pues, difícil es hablar de discrepancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo³⁷⁴ en el sentido en el que viene estudiándose en este trabajo.

Tal vez, los únicos relativos "conflictos" entre el Tribunal Constitucional y otro superior se produzcan en el ámbito administrativo. No obstante, hay que adelantar que se trata de conflictos de distribución de asuntos, y en ningún caso las decisiones del Tribunal Supremo Administrativo o las de ningún otro tribunal de dicha jurisdicción pueden ser conocidas o revisadas por el Tribunal Constitucional. Hay que tener en cuenta que no existe protección ante el Tribunal Constitucional frente a todos los

derecho. En caso de que este segundo requisito no se diese, el interesado debe dirigirse a un órgano jurisdiccional de segunda instancia o al Tribunal de Justicia Administrativo. Esta competencia del Tribunal Constitucional austríaco está reconocida en el art. 144.1 Constitución, que establece que la Corte Constitucional conocerá del recurso por infracción de derechos constitucionalmente garantizados o infracción del ordenamiento jurídico por aplicación de decretos ilegales, de leyes inconstitucionales o de tratados internacionales ilegales.

373 Así, si se impugna un acto normativo, los efectos de la sentencia serán los normales de un juicio de control concreto sobre las normas. Por el contrario, si la sentencia es contra un tratado internacional, como es obvio, no supondrá una anulación del mismo sino una inaplicación al caso de éste.

374 El tribunal Supremo es la más alta jurisdicción en materia civil y penal, según señala el art. 92 de la Constitución austríaca.

actos administrativos, ya que el art. 144 de la Constitución se refiere a ciertos actos de administración soberana (decisiones y medidas tomadas en nombre del imperio estatal y reglamentos administrativos), quedando fuera del amparo constitucional la denegación de justicia de los órganos administrativos, los actos informales de la Administración, y la actividad administrativa sujeta al régimen de derecho privado. En este sentido el art. 144.3 de la Constitución austríaca señala que, "si el Tribunal Constitucional entiende que un derecho de los que se refiere el párrafo primero no ha sido infringido por el acto administrativo o por el ejercicio del poder directo de mando de la Administración y si no concierne a un caso que, de acuerdo con el art 133³⁷⁵, esté excluído de la competencia del Tribunal Supremo Administrativo, entonces el Tribunal Constitucional debe transferir el recurso a dicho Tribunal Administrativo para que decida si se ha vulnerado algún derecho del recurrente por la disposición o por el ejercicio directo del poder

375 Y el art. 133 Const. excluye de la Competencia del Tribunal Supremo Administrativo: Los asuntos de competencia del Tribunal Constitucional, los asuntos relativos a patentes y los asuntos en los cuales la decisión en última instancia haya sido tomada por una autoridad colegiada, si, de acuerdo con la ley federal o del Land que regula la organización de dicha autoridad, hay al menos un juez profesional entre los miembros y los otros miembros legos en el ejercicio de su función no están dirigidos por alguna instrucción (si) las normas de la autoridad no sido objeto de cancelación o alteración el el proceso administrativo (y si), a pesar de la existencia de estas condiciones previas, el recurso ante el Tribunal Supremo Administrativo no ha sido declarado expresamente admisible.

Son de competencia del Tribunal Supremo Administrativo, según lo establecido en el art. 130.1 Const.: recursos contra disposiciones ilegales de las autoridades administrativas, recursos contra el ejercicio ilegal del poder inmediato de mandato o coerción contra una determinada persona, y de los recursos por violación del deber de de toma de decisión de las autoridades administrativas.

de mandato, o violado en algún otro derecho"³⁷⁶. Igualmente, los recursos de amparo inadmitidos por estar infundados o denegados deber ser transmitidos al Tribunal Administrativo Supremo³⁷⁷, a no ser que la cuestión tampoco sea de competencia de éste³⁷⁸. Por lo tanto, el recurso de amparo en Austria es un recurso paralelo y alternativo al recurso contencioso-administrativo ordinario, pues el ciudadano tiene dos posibilidades: presentar su recurso ante el Tribunal Constitucional, incluyendo una solicitud para que, en su caso, la demanda sea transmitida al Tribunal Administrativo Supremo, o presentar su recurso directamente ante éste último, al cual es imposible solicitar que transmita el recurso al Tribunal Constitucional en caso de que él mismo lo hubiera descartado.

376 En la práctica, muchos de los recursos presentados ante el Tribunal Constitucional se remite al Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo. El Tribunal Constitucional sólo entra a conocer de ellos si, además de plantear alguna cuestión de interés constitucional, impugnan actos carentes de fundamento legal o que sólo en apariencia hacen aplicación de una ley o aplican una ley inconstitucional o que ha sido interpretada de modo contrario a la Constitución. Vid para ello, RUBIO LLORENTE, Francisco: "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992, p. 28.

377 El art. 144.2 Constitución establece que no podrán rechazarse los recursos si conciernen a un caso que de acuerdo al art. 133 Constitución es excluido de la competencia del Tribunal Administrativo.

378 Art. 144.3 Constitución austríaca y 87 de la Ley del Tribunal Constitucional: "...No habrá lugar, sin embargo, a esta clase de declaración cuando se trate de un supuesto que, según el art. 133 de la propia Constitución Federal, está excluido del ámbito de competencia del Tribunal Administrativo Superior", y el art. 87.3 Ley del Tribunal Constitucional señala: "Si el Tribunal Constitucional denegare el examen de un recurso o lo desestima, deberá el propio Tribunal Constitucional, si el ponente hubiere presentado solicitud por el recurrente en este sentido y si ésta se hubiere entregado dentro de las dos semanas siguientes a la notificación de la resolución del recurso declarar que el recurso se transmite al Tribunal Administrativo Superior conforme a lo establecido en el art. 144, apartado 3, de la Constitución Federal".

Pese a que una de las características esenciales de la jurisdicción de derecho público en Austria es la limitación de la competencia del Tribunal Constitucional, no es de extrañar que, a veces, se produzcan dificultades de delimitación de competencias entre ambos tribunales en las demandas contra actos administrativos³⁷⁹. Incluso, en algunas materias, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de Tribunal Administrativo se superponen y confunden, como sucede respecto al derecho a ser juzgado por el juez natural³⁸⁰, creando situaciones de inseguridad jurídica. Ello es así porque la expresión "juez natural" ha sido interpretada ampliamente en el sentido de entender por ello a cualquier autoridad estatal. De este modo, es fácil acudir al Tribunal Constitucional y pretender que el derecho a ser juzgado por el juez natural se ha violado cuando cualquier autoridad ha transgredido la legislación sobre la organización y reparto de competencias³⁸¹.

379 Como recuerda Adele ANZON, la naturaleza constitucional u ordinaria del derecho vulnerado no es criterio suficiente para solventar la cuestión de reparto de cuestiones entre ambos Tribunales. En, "Il ricorso individuale di costituzionalità in ...", *op. cit.*, pp. 336.

380 El derecho a ser juzgado por el juez natural fue reconocido por la Ley sobre protección individual de 1862, y está recogido por el art. 83 Constitución en su versión actual.

381 ÖHLINGER, Theo: "Tribunal Constitucional Austríaco. Objeto y alcance...", *op. cit.*, pp. 502-3.

3.3.4. La solución a las controversias jurisdicción ordinaria-jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada.

Así pues, las controversias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional se han producido, no sólo en España, sino en muchos países de la Europa continental con sistemas de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la relación mantenida entre ambas jurisdicciones ha sido diferente como consecuencia de la distinta configuración constitucional de cada Estado. Por ello, las soluciones a las posibles controversias surgidas entre ellas son diversas.

Lo que sí está claro es que el germen de las discrepancias entre los tribunales constitucionales y la jurisdicción ordinaria se encuentra en las particularidades del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial: Por un lado, la inclusión del recurso de amparo y de la cuestión incidental de constitucionalidad como competencias del juez constitucional supone una ampliación de su ámbito de conocimiento, pues a partir de ese momento puede enjuiciar sobre supuestos concretos de constitucionalidad, acercándose al modo de proceder del juez ordinario y pasando a conocer de la aplicación de la ley en casos determinados. Y por otro lado, lo que es más importante es que la interpretación de la ley adoptada por el juez constitucional en tales ocasiones trasciende del caso singular. Esto es así en nuestro ordenamiento, porque las sentencias que resuelven cuestiones de inconstitucionalidad tienen eficacia *erga omnes*, y porque, como se verá, la argumentación

contenida tanto en estas sentencias como en las que resuelven recursos de amparo constituye doctrina constitucional que vincula a los tribunales ordinarios.

Como apuntaba Calamandrei, "desde la aparición de los Tribunales Constitucionales, la Corte Constitucional y la Autoridad Judicial deben funcionar juntas, cada una dentro de los límites que la Constitución le asigna: no se trata de sobreposición de una sobre la otra o de «*vicarietà*», sino de una indispensable y permanente coordinación de atribuciones y de entendimientos"³⁸². Lo cual constituye un *desideratum* que no siempre se cumple.

a) *La "diplomacia constitucional" como forma de resolución de los conflictos en Alemania.*

El hecho de que en Alemania se puedan revisar en amparo las decisiones de los tribunales ordinarios, incluidas las del Juez de la casación, ha llevado a algunos autores a afirmar que el Tribunal Constitucional Federal se ha convertido en una cuarta instancia (detrás de la casación)³⁸³. Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha venido negando su condición de "super-instancia de casación" desde sus inicios. De hecho, ya en la decisión de 10 de junio de 1961 el BverfG señaló:

³⁸² CALAMANDREI, Piero: Corte Costituzionale e Autorità giudiziaria, (Conferencia celebrada en Roma el 10 de febrero de 1956), Roma, Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori, 1956, p. 4.

³⁸³ FERRAND, Frédérique: Cassation Française et Révision allemande, op. cit., p. 273.

"No respondería al auténtico sentido del recurso de amparo y a la función especial del BverfG si éste quisiera actuar como una instancia de revisión y realizar un control legal ilimitado de las decisiones judiciales, porque una decisión incorrecta posiblemente pudiera afectar a derechos fundamentales de la parte recurrente. El procedimiento a seguir, el establecimiento y comprobación de los hechos, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación al caso concreto son competencia sólo de los tribunales competentes, y excluyen el control por parte del BverfG; sólo puede ser alegado ante el BverfG en amparo el caso de violación del derecho constitucional concreto por los tribunales....Es violado el derecho constitucional concreto si la decisión, apoyada en derecho ordinario, es objetivamente errónea; y el error debe basarse en la falta de consideración de los derechos fundamentales.

Las fronteras de las posibilidades de intervención del BverfG no están siempre claramente establecidas; a la apreciación judicial debe quedarle un amplio margen que permita la consideración de las especiales circunstancias del caso concreto. En general puede decirse que se niega la posibilidad de control por el BverfG a menos que los errores de interpretación sean notorios, que se basen en un concepto básicamente erróneo del significado de un derecho fundamental, especialmente en el ámbito de su protección, y que además, que su significado material sea de gran importancia para el caso concreto. No se produce una

violación de un derecho fundamental cuando la aplicación del derecho ordinario por el tribunal competente ha conducido a un resultado cuya "corrección" puede discutirse, especialmente cuando pueda resultar dudoso el valor que el Juez haya dado a las consideraciones tomadas basándose en cláusulas generales legales a los intereses en juego, o porque tal valoración ha dado demasiada poca importancia a los intereses de una u otra parte"³⁸⁴.

Del mismo modo, la decisión del BverfG de 10 de junio de 1964 declaró que "no sería conforme al espíritu general del recurso constitucional y a la misión particular de la Corte Constitucional Federal que ésta pretendiera asegurar el control sin restricciones de las decisiones judiciales exactamente como un tribunal de casación, invocando como motivo que una decisión incorrecta afecta a los derechos fundamentales de la persona afectada. Únicamente en el caso de violación de los derechos constitucionales en sentido estricto por los tribunales es cuando la Corte Constitucional Federal puede ser llamada a intervenir mediante un recurso constitucional".

Sin embargo, en 1973 el BverfG empezó a desarrollar en su jurisprudencia una figura denominada "control intensivo" de la aplicación del derecho ordinario. En el inicio de esta evolución el BverfG confirmaba las reglas arriba señaladas, pero empezó a reclamar el derecho a realizar algunas comprobaciones, por

³⁸⁴ Esto se ha llamado "Fórmula *Hersch*". HERZOG, Roman: *Das Bundesverfassungsgericht und die Anwendung einfachen Gesetzesrechts*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991, p. 8. Agradezco a Irene la amabilidad de haberme traducido este artículo.

ejemplo, el derecho a oír o a ser informado sobre los hechos. Así en 1976 estableció su tesis de que el grado de control constitucional sobre las sentencias ordinarias dependía de la intensidad del perjuicio que las mismas causasen en un derecho fundamental. Al mismo tiempo comenzó a conocer de las valoraciones jurídicas y de los errores particulares de interpretación. De este modo, el BverfG ha entendido como violación de un derecho fundamental la interpretación de la ley ordinaria realizada por los tribunales que produce una diferenciación de trato prohibida por el legislador³⁸⁵.

Lo cierto es que, al igual que sucede en España, en la práctica el Tribunal Constitucional alemán revisa las decisiones de otros tribunales, incluidos los supremos, desde el punto de vista de la compatibilidad de éstas con la Ley Fundamental. La consecuencia de ello es que de un modo "diplomático" y progresivo se ha producido la modificación de la jurisprudencia establecida por los tribunales superiores a través de un recurso que, en principio, no tiene más finalidad que la de la protección de los derechos fundamentales. Se ha criticado esta revisión en Alemania por considerar que produce una "desintegración de la unidad del Derecho", pues se separa la interpretación de los derechos fundamentales del contexto material y jurídico dentro del cual esos derechos están insertados, llevando a un desarrollo jurisprudencial alejado de la práctica y excesivamente etéreo³⁸⁶.

385 *Ibidem*, p. 16

386 VON MÜNCH, Ingo: "El recurso de amparo constitucional...", *op. cit.*, pp. 288-89.

b) Italia y "la paz de los sabios".

En la "guerra fra le due Corti", como bien señala Pizzorusso, no hubo ni vencedor ni vencido: el resultado fue, por un lado, la confirmación del papel, al menos potencialmente propio, de la *Corte di Cassazione* de asegurar la exacta y uniforme interpretación de las leyes, pero, por otro lado, surgió también el reconocimiento de un papel diferente, y superior al de la jurisprudencia ordinaria, de los precedentes fijados por la *Corte Costituzionale* en sus decisiones³⁸⁷.

La *Corte Constitutionale* debiera admitir una influencia indirecta de las decisiones que toma la *Corte di Cassazione* en el ejercicio de la función nomofilática, pero en todo caso, sólo respecto de la interpretación de la legalidad ordinaria y, por supuesto, con exclusión de las normas constitucionales, de las cuales la *Corte Costituzionale* es el máximo intérprete. Lo cual no significa que la *Corte Costituzionale* deba aceptar la interpretación de la legalidad ordinaria otorgada por la *Corte di Cassazione*, en el sentido de adoptar siempre la interpretación establecida por ella, pero está claro que antes de disentir de la misma deberá valorar las consecuencias que podrían derivarse de tal acto³⁸⁸. Lo que es indiscutible es que la interpretación de las normas constitucionales realizadas por la *Corte Costituzionale* están provistas de un valor

387 PIZZORUSSO, Alessandro: "Le opinioni dissenzienti ed il ruolo attuale della Corte Costituzionale", *Questioni Giustizia*, nº 1, 1994, p. 36.

388 PIZZORUSSO, Alessandro; "La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: comandi o consigli?", *Rivista di Diritto Pubblico*, nº 2-3, 1960, p. 399.

superior a las dadas por cualquier otro tribunal, y debe ser observada por todos los poderes públicos. Pero ello no es predicable respecto de las normas ordinarias, respecto de las cuales la interpretación dada por la *Corte Costituzionale* no constituye ejercicio de una competencia específica.

Zagrebelski explica que, en la práctica, cuando la *Corte Costituzionale* interpeta las disposiciones que se le someten a control toma normalmente en consideración las interpretaciones dadas por la *Corte de Cassazione*³⁸⁹, (y por el Consejo de Estado), sin renunciar por ello a su propio poder de interpretación. De hecho, pueden encontrarse ejemplos de cómo a través de las sentencias *adequatrice* que resuelven cuestiones de inconstitucionalidad la *Corte Costituzionale* puede entrar a interpretar una ley, incluso en sentido contrario a como lo había hecho la Corte de Casación. Una muestra de ello la tenemos en la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 19 de enero de 1995:

En este caso se planteó una cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 4 de la Ley sobre colocación y tratamiento de los trabajadores extracomunitarios inmigrantes y contra la inmigración clandestina, de 30 de diciembre de 1986, que exigía para el reagrupamiento familiar de los hijos menores

389 Así en la Sentencia de la *Corte Costituzionale* n° 530 de 1988, la *Corte Costituzionale* reconocía que la Casación opera como órgano privilegiado de creación del "derecho viviente", a través de la interpretación judicial del derecho objetivo, "derecho viviente" que debe ser seguido por el juez constitucional. Vid. MANGIAMELI, Stelio: "Sentenza interpretativa, interpretazione giudiziale e <diritto vivente> (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell'indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)", *Giurisprudenza Costituzionale*, n° II-1, 1989, p. 23.

residentes fuera de Italia que el ascendiente realizara una actividad laboral retribuida, con el fin de asegurar el mantenimiento económico del menor. Una ciudadana brasileña casada con un italiano y que trabajaba como ama de casa solicitó del juez el planteamiento de la cuestión contra el artículo arriba mencionado pues el tenor del mismo le impedía. El juez entendió que la cuestión "no era manifiestamente infundada", puesto que dicho precepto podía estar en contradicción con los arts. 29 y 30 CI, que tutelan la institución de la familia y equiparan los hijos naturales y los legítimos, y elevó la misma ante la *Corte Costituzionale*. Ésta resolvió inadmitiendo la inconstitucionalidad del precepto, puesto que el mismo, si se interpretaba en el sentido de que todo trabajo en la empresa familiar puede ser equiparado a cualquier otro trabajo u ocupación retribuida, no se vulneraba ningún derecho reconocido constitucionalmente. Esto lo hizo a sabiendas de que la *Corte di Cassazione* había interpretado el precepto de un modo más restringido en otras ocasiones, afirmando que el trabajo en casa sólo podía equipararse a otro trabajo si se concretaba en algo más que en el simple desarrollo de los deberes institucionalmente conexos al matrimonio. Además, la *Corte Costituzionale* aprovechó este incidente de nulidad para subrayar, como otras veces ha hecho, que la norma impugnada, refiriéndose a una normativa que regula las condiciones del trabajo de los extracomunitarios, sobrepasa los límites de la disciplina laboral desde el momento que

establece requisitos para tener derecho al reagrupamiento familiar³⁹⁰.

La *Corte Costituzionale* tiene en cuenta, a la hora de seguir la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*, si se trata de una jurisprudencia consolidada o, por el contrario, fluctuante³⁹¹, y no duda en proponer su propia interpretación que evolucionará dependiendo de la acogida que tenga posteriormente por los jueces ordinarios y de la utilización que de ella hagan. Es a través de este diálogo jurisdiccional como se produce la evolución del Derecho³⁹². Esto es lo que se ha denominado "la paz de los sabios".

c) La fórmula conciliadora belga: la prudencia constitucional.

Como se ha visto, al no existir la posibilidad de que el juez constitucional belga conozca de resoluciones judiciales, las pequeñas discrepancias que puedan surgir ente la jurisdicción ordinaria y la constitucional se reducen a las que puedan surgir en el momento de

390 Un comentario a esta sentencia puede verse en: VACCARO, Josè Maria: "Il lavoro delle casalinghe tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione", *Il Corriere Giuridico*, nº 6, 1995, pp. 673-681.

391 A este respecto, hay que señalar que la casación pasa por una evidente crisis de autoridad y, en general, el valor del precedente de sus resoluciones se sitúa en un nivel muy bajo. Ello es debido a que la *Corte di Cassazione* resuelve demasiados asuntos y, a veces, no lo hace bien. La Casación se centra entonces en el caso concreto que está resolviendo, olvidando la formulación de criterios interpretativos que son los instrumentos con los que la figura de la casación da una continuidad y uniformidad a su jurisprudencia, (TARUFFO, Michele: "La Corte de Casación entre la función de control de legitimidad y la de instancia", AA. VV., *Estudios de Derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, pp. 549-560).

392 ZAGREBELSKI, Gustavo: "La doctrine du droit vivant", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1986, p. 55.

plantearse cuestiones prejudiciales. Cuando se plantea una cuestión de esta naturaleza a la *Cour d'arbitrage*, ésta se ve inevitablemente en la obligación de interpretar, en mayor o menor grado, la norma que se le somete a consideración para poder así asegurar la conformidad de la misma a la Constitución. Los métodos que ha utilizado para ello son principalmente dos³⁹³: En primer lugar, ha empleado el método “*neutralisante*” que consiste, bien en privar de efecto jurídico a las disposiciones contrarias a la Constitución, bien en elegir de entre las interpretaciones posibles aquélla acorde con la Norma suprema. Y en segundo lugar se encuentra el método “*directivo*”, consistente en interpretar las leyes haciendo depender su constitucionalidad de la ejecución posterior que se les dé. Lo cual significa el establecimiento previo de una determinada interpretación por la *Cour d'arbitrage*, que va dirigida a los tribunales y a las autoridades administrativas.

Pero, lo relevante para el presente trabajo es determinar en qué medida la *Cour d'arbitrage*, cuando interpreta una norma, toma en consideración la interpretación otorgada al mismo precepto legal por la jurisdicción ordinaria, y principalmente por la *Cour de Cassation*. Ya se ha dicho que, a los efectos de evitar conflictos con la jurisdicción ordinaria cuando confluyen ambas interpretaciones, la *Cour d'arbitrage* ha utilizado la fórmula de la “interpretación conciliadora”, a la que antes nos hemos referido, que supone admitir que, efectivamente, la ley, interpretada del modo que lo ha

393 Sobre los métodos interpretativos de la *Cour d'arbitrage* en comparación a los utilizados por otras Cortes Constitucionales europeas puede verse el estudio de Bruno LOMBAERT: “Les techniques d'arrêt de la *Cour d'arbitrage*”, *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, nº 3, 1996.

hecho el juez *a quo*, es inconstitucional; con lo cual, la *Cour d'arbitrage* parece querer reconocer ese papel de intérprete de la ley que corresponde al juez, pero al mismo tiempo la *Cour* advierte que la misma norma, interpretada de otro modo, sería constitucional. Sin embargo, ello continúa despertando el recelo, principalmente, del Tribunal Supremo ordinario que ve contrariada su propia interpretación, siendo como es el máximo intérprete de la legalidad.

Además, hay que pensar que la *Cour d'arbitrage* es un órgano de creación relativamente reciente, al que se le han ido ampliando competencias, y que todo ello hace que la acomodación en el ordenamiento de una nueva doctrina junto a las interpretaciones del Consejo de Estado y de el Tribunal de Casación se haya tenido que realizar de un modo pausado, siendo inevitables las disfunciones que, a veces, se producen.

Por supuesto, no han faltado soluciones teóricas a esta confluencia de interpretaciones a las que nos hemos referido. En este sentido, se apuntó la posibilidad de confiar el control de constitucionalidad a una Cámara de jurisdicción mixta formada por tres consejeros de la Corte de Casación, tres de la *Cour d'arbitrage* y tres del Consejo de Estado elegidos por las Asambleas generales de estas tres instituciones. De este modo, esta jurisdicción mixta habría podido servir como "cúpula" de las otras tres³⁹⁴. Sin embargo, hay que advertir que esta solución, que no cuenta con apoyos en la

³⁹⁴ Esta propuesta ha sido expresada por DUMON, y a ella se refiere Francis DELPÉREE en, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage:..., op. cit.,* p. 154.

doctrina, lejos de solucionar el problema que genera la pluralidad de instancias existentes, viene a dificultar la situación al añadir un órgano más a los ya existentes. Por otro lado, adoptar esta solución supondría dejar en manos de un órgano compuesto por una mayoría de miembros de la jurisdicción ordinaria-administrativa (3 miembros del Consejo de Estado y 3 miembros de la *Cour de Cassation*), una función que, por naturaleza debe corresponder al juez constitucional, que es la *Cour d'arbitrage*, al que, no sólo se le vaciaría de sus funciones, sino que, además en esa Cámara mixta sólo estarían presentes 3 miembros de la *Cour d'arbitrage*. Por supuesto, esta idea no ha tenido seguidores, por lo que, el logro de una jurisprudencia unificada se ha buscado en la colaboración entre las tres jurisdicciones.

La mayor parte de los autores³⁹⁵, y la misma *Cour d'arbitrage*, se han mostrado a favor de la fórmula empleada en Italia, que consiste en la aceptación por parte de la *Cour d'arbitrage* de la jurisprudencia consolidada de la Corte de Casación y del Consejo de Estado³⁹⁶. Hay que señalar, a este respecto, que este principio de respeto mutuo ha sido seguido por la *Cour d'arbitrage*, en términos

395 Véase, por ejemplo, LEROY, Michel: "Conflits ailleurs qu'à la Cour d'arbitrage", en *L'avènement des Communautés et des Régions*, Bruselas, De Bosch, 1990, p. 99.

396 En este sentido, Pierre VANDERNOOT señalaba: "Le pouvoir d'interprétation de la Cour d'arbitrage peut utilement s'inspirer de la jurisprudence bien établie des juridictions susceptibles de poser une question à la Cour, et plus spécialement des hautes juridictions judiciaire et administrative, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, en tout cas lorsque l'interprétation fournie par cette jurisprudence ne viole pas les règles dont la Cour d'arbitrage sanctionne la primauté", en "La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle", *Présence du Droit Public et des Droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruselas, Bruylant, 1992, p. 384.

generales, no solamente acogiendo la jurisprudencia sentada con anterioridad por los otros dos órganos³⁹⁷, sino, sobre todo, no rechazándola nunca de una forma abierta³⁹⁸. Como señala Bruno Lombaert: "Bajo pena de que el derecho contencioso-constitucional caiga en el vacío, la *Cour d'arbitrage* no puede arriesgarse a ver que sus interpretaciones sean rechazadas por la Corte de Casación y por el Consejo de Estado. Por ello, evita combatir de frente las interpretaciones admitidas por las jurisdicciones supremas y trata de sugerirles, de un modo tenue, otras interpretaciones. El diálogo surge, y poco a poco, comienza a generarse una influencia discreta y diplomática"³⁹⁹. Con ello se demuestra que, tímidamente, la *Cour d'arbitrage*, imitando la actitud adoptada por la *Corte Costituzionale* a partir de los años 70 en Italia, pretende llegar a alcanzar el *status* que ocupan las cortes constitucionales en otros ordenamientos europeos; y para ello, su labor interpretativa ha de realizarse con la prudencia característica de un órgano de corta andadura, que todavía no ha desplegado todo su potencial y que debe asegurarse una posición en el entramado institucional como defensor de la Constitución que es.

397 Ejemplo de ello lo tenemos en la sentencia de la *Cour d'Arbitrage* 78/1994, donde expresamente manifestaba que el estudio sobre la conformidad de un precepto legal con la Constitución lo hacía sobre la base de la interpretación establecida anteriormente por la *Cour de Cassation*.

398 LOMBAERT, Bruno: "Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage", *op. cit.*

399 *Ibidem*.

4. RELACION ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO EN ESPAÑA: DOS ORGANOS "SUPREMOS" EN UN MISMO ORDENAMIENTO.

*"Es esencial al funcionamiento positivo de este sistema que las personas a que se ha confiado el poder en cualquiera de estas ramas o poderes no se inmiscuyan en los poderes confiados a los otros, sino que cada uno según el derecho de su creación se limite al ejercicio de los poderes apropiados a su propia esfera y no a la de los otros" (Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU de 1881, caso Killbourn v. Thomson)***

** Citada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995, p. 187.

En los apartados anteriores se han estudiado las razones que originan las inevitables desavenencias que se generan entre el juez constitucional y el poder judicial desde el momento en que en un mismo ordenamiento conviven dos jurisdicciones diferentes, la ordinaria y la constitucional. Se ha observado como esta realidad está presente en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales de la Europa continental, pero también se ha demostrado que las lógicas discrepancias interpretativas entre las dos jurisdicciones son fuente de conflicto especialmente en aquellos sistemas donde la interpretación del juez ordinario puede ser corregida o revisada por la realizada por el juez constitucional. A este perfil responde precisamente el ordenamiento español, al que ahora nos vamos a referir, donde el recurso de amparo se ha constituido en revisor de la aplicación de la ley por el juez ordinario, produciendo recelos en éste último. Además, hay que señalar que las reticencias han sido mayores cuando lo que es revisado en amparo no es la decisión de cualquier juez, sino la jurisprudencia que emana del TS, pues éste se ve suplantado en su función de máximo exegeta de la legalidad, y porque las consecuencias de la revisión en amparo de sus decisiones, como se verá, tienen una trascendencia mayor.

4.1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la "doctrina" del Tribunal Constitucional.

4.1.1. El control de la jurisprudencia en el debate constituyente.

En el derecho español anterior a la Constitución, y al igual que en el resto de países europeos, el órgano encargado de controlar la legalidad y uniformidad en la aplicación del Derecho era el TS, y el concepto estricto de jurisprudencia era aplicado únicamente a la doctrina del mismo. Así se recoge en el art. 1.6 del Código Civil: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"⁴⁰⁰.

Esta situación del TS, de máximo y único interprete del ordenamiento, motivó un polémico debate en el período constituyente en el momento de creación del TC y de la atribución de competencias sobre el control de la constitucionalidad. Pronto se planteó la posibilidad de que la jurisprudencia del TS, que tras la última reforma del art. 1.1 del Código Civil⁴⁰¹ había pasado a ocupar un lugar importante en el sistema de fuentes, fuese sometida al

⁴⁰⁰ Este valor complementario del ordenamiento que tienen la jurisprudencia ha sido reconocida también por el TC como por ejemplo en la STC 37/1995: "Aparece en el siglo pasado la casación civil y penal, cuya sede se situó en el TS, generalizándose para los demás órdenes jurisdiccionales una vez formulada la Constitución, con la función de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y las seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 Cc.)", (FJ 5°).

⁴⁰¹ La reforma del Título preliminar del Código Civil se produjo por la Ley 3/1973, de 17 de marzo y supuso la incorporación de la jurisprudencia del TS en el sistema de fuentes "como complementadora del ordenamiento jurídico".

control de constitucionalidad del TC. Las posiciones en torno a este debate pueden reducirse a dos: Por un lado, se encontraban los partidarios del control de constitucionalidad de la jurisprudencia, concepción cercana a la *judicial review* americana. Este grupo consideraba a la jurisprudencia como fuente de Derecho y no negaba una dimensión política al poder judicial. Por otro lado, los que no aceptaban el control de constitucionalidad de la jurisprudencia coincidían en negar el carácter de ésta de fuente de derecho, atribuyéndole, como mucho, el de complemento del ordenamiento jurídico establecido en el Código Civil. Los jueces sólo debían someterse a la ley y ésta es la que debía ser sometida al control de constitucionalidad⁴⁰².

La postura mantenida por el primer grupo, entre los que se encontraban Peces-Barba y Valverde Mazuelas, era la de afirmar que si la jurisprudencia era fuente del Derecho no había razón para excluirla de dicho control de constitucionalidad.

PECES-BARBA en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados de 20 de julio de 1978 afirmaba que: "la jurisprudencia del tribunal supremo, de acuerdo con la reforma del título preliminar del Código Civil, complementa el ordenamiento jurídico. Es decir, que la realidad sociológica de que la jurisprudencia del tribunal supremo era de hecho fuente del Derecho, después de la reforma del título preliminar del Código Civil se ha convertido en fuente de

402 FERNÁNDEZ SEPULVEDA, Antonio: *Derecho Judicial y Justicia Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

Derecho, al decirse que complementa el ordenamiento jurídico. Y si hasta la ley aprobada por el órgano fundamental de la soberanía popular, que es el Parlamento, está sometida al control de la Constitucionalidad, por qué no va a estarlo sometida la fuente del Derecho que es la jurisprudencia que, en caso de quedar excluida, permitiría que en el ordenamiento jurídico se pudieran crear ámbitos anticonstitucionales, en su caso, sin estar sometidos a ningún tipo de control". Posteriormente, VALVERDE MAZUELAS defendió en la Comisión de Constitución del Senado, de 14 de septiembre de 1978, una posición similar al señalar que "si el poder judicial es evidentemente un poder de los tres que pueden estar institucionalizados en la Constitución, no debe estar en superior condición que el legislativo. Si el poder legislativo va a estar sometido al recurso de inconstitucionalidad, no creemos que haya vejación de ninguna clase para el poder judicial, porque también la jurisprudencia, en cuanto complementaria de ordenamiento jurídico, quede sujeta al mismo régimen de inconstitucionalidad posible"

Pero esta posición generaba suspicacias en algunos sectores de la Magistratura y del Derecho que veían peligrar la posición del TS como "el más Alto Tribunal"⁴⁰³. Así, por ejemplo, Fraga Iribarne en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso (19 junio 1978) era rotundo en su postura:

403 *Ibidem*, p. 126.

"En una palabra, el Tribunal Supremo deber ser supremo *in su ordine* y, efectivamente, no puede dejar de ser supremo quedando sometida su jurisprudencia a otro órgano distinto... una de dos, o es un Tribunal Supremo o no lo es, y yo entiendo que, en su jurisdicción debe serlo". Posteriormente, en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados de 20 de julio de 1978, afirmaba "Me parece que establecer este control, y precisamente a través de otro Tribunal de naturaleza muy distinta de la jurisprudencia del Supremo y de su doctrina legal, es un sistema 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"... Nuestro ejemplar Tribunal Supremo... en mi opinión no debería ser sometido a lo que me atrevo a llamar una humillación, pero, sobre todo, a un control absolutamente inoportuno". Del mismo parecer era SÁNCHEZ AGESTA que defendía su postura con las siguientes palabras: "Nosotros hemos establecido un Tribunal Constitucional; si creamos un recurso de revisión, y éste es el punto de discusión, frente al Tribunal Supremo, el Tribunal Supremo no es un Tribunal Supremo; lo que hemos hecho es crear una instancia nueva con este Tribunal Constitucional"⁴⁰⁴.

404 Boletín Oficial de las Cortes de 14 de septiembre de 1978.

Esta polémica jalonó todo el debate constituyente y se reflejó en los continuos e importantes cambios que sufrió el articulado referido a la jurisprudencia del TS. Así, en el art. 157.2 del Texto del Proyecto de Constitución que el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó se decía que: "Asimismo por ley se regularán los supuestos de revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad"⁴⁰⁵. La aceptación del control de la Jurisprudencia del TS era, por lo tanto, claro en un principio. No obstante, la modificación propuesta por el Senado cambió la redacción de dicho precepto, esta vez bajo la numeración de art. 160.1, del siguiente modo: El TC es competente para conocer... "Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas con fuerza de ley, y jurisprudencia en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico", es decir, la jurisprudencia del TS⁴⁰⁶. De nuevo en la Comisión Mixta Congreso-Senado se produjo un cambio en la letra del precepto, ahora con el número 161.1, apartado a): El TC es competente para conocer "Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la Jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada"⁴⁰⁷. Es decir, finalmente se impuso la renuncia a controlar de un modo directo la

⁴⁰⁵ Boletín Oficial de las Cortes de 24 de julio de 1978.

⁴⁰⁶ Boletín Oficial de las Cortes de 13 de octubre de 1978.

⁴⁰⁷ Boletín Oficial de las Cortes de 28 de octubre de 1978.

jurisprudencia⁴⁰⁸, tal vez, como afirma Ollero⁴⁰⁹, por la influencia del poder fáctico que algunos jueces ejercían en aquel momento. No obstante, el que no se incluyera expresamente esta previsión no significa que el Poder Judicial quedase, ni mucho menos, inmune a la acción de control del TC; no tenemos mejor prueba de ello que el efecto revisor que produce el recurso de amparo, al cual ya se ha hecho referencia en este trabajo⁴¹⁰. El hecho es que con la introducción de la figura del amparo se produce el mismo efecto material que si estuviese constitucionalmente prevista una revisión de la jurisprudencia, pues el TC puede anular cualquier decisión jurisdiccional, incluidas las del TS, que crean jurisprudencia, siempre que las mismas vulneren un derecho fundamental, esto es, cuando incurran en inconstitucionalidad por vulneración de determinados preceptos de la Norma Suprema. Además de este modo directo de "control de la jurisprudencia", se estableció una forma indirecta de control de la misma con la aprobación del art. 161.1 CE, que señala: "La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la Jurisprudencia, *afectará a ésta...*". Es decir, de nuevo, el efecto material que se produce es el mismo: el control de constitucionalidad ejercido por el TC sobre una norma se convierte además en un control de

408 Manuel ARAGÓN REYES resalta la trascendencia de la decisión final de no someter la jurisprudencia al control del TC, decisión, a su juicio, muy acertada, en "El control de constitucionalidad en la Constitución de 1978", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, pp. 186 y ss.

409 OLLERO, Andrés: *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, p. 183.

410 Véase el capítulo de este trabajo relativo a la función revisora del recurso de amparo.

constitucionalidad de la jurisprudencia relativa a dicha norma. La inconstitucionalidad de la norma arrastra consigo la inconstitucionalidad de la interpretación judicial existente de tal precepto, y el TC al controlar lo primero, indirectamente, controla lo segundo.

4.1.2. El carácter vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, una vez aprobada la Constitución y con la creación del TC se empezó a generar una jurisprudencia paralela a la del TS, pues, como cualquier otro juez, el TC produce también una doctrina de un modo reiterado, doctrina que debía encontrar acomodo junto a la jurisprudencia que menciona el art. 1.6 del Cc.

Por un lado, el TS mediante el recurso de casación dirige y corrige las interpretaciones erróneas que los tribunales pudieran hacer del ordenamiento jurídico⁴¹¹, creando así su jurisprudencia. Pero, igualmente, por parte del Tribunal Constitucional se produce un uso ordinario de las técnicas jurídicas establecidas e imprescindibles para interpretar y aplicar normas jurídicas, ya que la Constitución también necesita ser interpretada, pues sus preceptos contienen conceptos jurídicos tan absolutamente indeterminados, "que necesitan una «concretización»; ello llega a

411 En efecto, el juez aplica o particulariza las leyes, pues toda ley es imprecisa en el sentido de que requiere ser interpretada, pero en esa función aporta valores propios que significan un elemento innovador que podría no ser acorde con el ordenamiento.

suponer una auténtica creación de un sistema de normas subconstitucionales que se denomina oficialmente «doctrina»⁴¹². Lo que hay que advertir es que, "por la enorme transcendencia de las reglas constitucionales y su pretensión de ordenar y dirigir la totalidad del sistema legal, el proceso de examinar el significado de los conceptos constitucionales es la forma más elevada, y de mayor dificultad, de la labor judicial; pero lo importante es notar que sigue siendo labor judicial estricta"⁴¹³, y que constituye lo que denominamos jurisprudencia constitucional.

Desde el momento en que hay dos jurisdicciones, la ordinaria y la constitucional, surgen los problemas, pues, como recuerda Alonso García, "aunque en principio legalidad y constitucionalidad son campos separables, no sólo conceptual, sino también orgánicamente, en el sentido de que motivan un traslado de la competencia en jurisdicción en los órganos encargados de fijarlas"⁴¹⁴, lo cierto es que en la práctica la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional no son ni pueden ser impermeables, pues, al fin y a la postre, están aplicando ambas el mismo ordenamiento jurídico. En este sentido, el TC señaló ya desde el principio que "la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida (...) refiriendo la primera al plano de la constitucionalidad y la jurisdicción ordinaria al de la simple

⁴¹² ALONSO GARCÍA, Enrique: *La interpretación de la Constitución, op. cit.*, pp. 1-2.

⁴¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "La posición jurídica del Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, p 125.

⁴¹⁴ ALONSO GARCÍA, Enrique: *La interpretación de la Constitución, op. cit.*, p. 499.

legalidad, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables"⁴¹⁵. Si los jueces tuviesen que ceñirse a la mera aplicación de la legislación ordinaria, y únicamente estuviesen vinculados por las misma, dejando la aplicación de la Constitución para el TC, ello supondría negar el carácter normativo de la Constitución, no ya sólo como ley sino, además, como Norma suprema.

La formalización legal de este principio de supremacía de la Constitución se encuentra en el art. 5.1 LOPJ que dice: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Debemos hacer hincapié en dos aspectos importantes que se desprenden, respectivamente, de la primera y segunda parte de la letra de este art. 5.1 LOPJ: Por un lado, se habla de la vinculación que la Constitución, en cuanto Norma suprema, genera respecto a jueces y magistrados ("La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales..."), y en segundo lugar, se establece la vinculatoriedad de estos mismos a la doctrina del TC ("...los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales,

415 STC 50/1984, de 5 de abril.

conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos"). Conviene hacer un estudio separado de cada una de las partes del art. 5.1 LOPJ, aunque una trae causa de la otra, pues, si bien es cierto que la interpretación de la legalidad corresponde al poder judicial, no hay que olvidar que tal interpretación ha de hacerse conforme a la Constitución, y el TC es el que determina cual es el exacto contenido de los preceptos constitucionales, por lo tanto, la aplicación de la ley por los jueces debe hacerse de conformidad a lo que haya establecido previamente el TC en sus decisiones.

a) La vinculación de jueces y tribunales a la Constitución.

I. La vinculación de jueces y tribunales a la Constitución no es más que una consecuencia, como ya se ha dicho, de la asimilación de la idea de Constitución como Norma fundamental y del establecimiento del Estado Constitucional de Derecho, y tiene sus manifestaciones en preceptos genéricos como el art. 9 CE que señala que "Los ciudadanos y *los poderes públicos están sometidos a la Constitución* y al resto del ordenamiento jurídico". De ello se desprende que el TC no es, pues, el único órgano encargado de defender la Constitución, aplicándola e interpretándola. Precisamente, una de las características de la Constitución normativa es el actuar como mecanismo regulador de la dinámica social, que no sólo limita sino que también promueve la actividad de los

poderes públicos⁴¹⁶. Aunque, también hay que señalar que "mientras que para los otros órganos e instituciones se trata de un deber genérico, de la consecuencia necesaria del cumplimiento de otras funciones o de una más entre éstas, para el Tribunal Constitucional la defensa de la Constitución, de la totalidad de la Constitución y no sólo de una de sus partes, es su única razón de ser y existir"⁴¹⁷.

Los jueces y tribunales, en cuanto órganos públicos, están obligados por este mandato constitucional. La primera obligación del juez reside en aplicar tanto el sistema de fuentes como los principios estructurales del ordenamiento que figuran en el art. 9 CE: el principio de jerarquía, legalidad, no retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, etc. En este sentido, el juez al aplicar la Constitución lo que hace es aplicar el sistema de fuentes y los principios arriba mencionados que, en definitiva, son principios constitucionales. Con ello no se está siguiendo más que la base de la doctrina establecida hace dos siglos por el Juez Marshall y muy bien sintetizada por Aparicio Pérez con estas palabras: "Se parte de la premisa según la cual los jueces y tribunales no tienen otra misión que la de aplicar las leyes. En el ejercicio de esta misión deben decidir cuál de ellas es directamente aplicable al caso; ahora bien, como no todas las leyes tienen igual jerarquía, en el supuesto de que dos leyes de

⁴¹⁶ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: *Fuentes del Derecho*, op. cit., pp. 18-19.

⁴¹⁷ GARCIA-PELAYO ALONSO, Manuel: Discurso como Presidente del Tribunal Constitucional en el acto solemne de su constitución, el día 12 de julio de 1980.

distinta jerarquía sean aplicables al caso, el juez o tribunal deberá aplicar la ley superior y no aplicar la inferior"⁴¹⁸. Por supuesto, trasladando este razonamiento al sistema europeo continental, y en particular al ordenamiento español, las medidas de control de constitucionalidad adoptadas como consecuencias de tal razonamiento no vienen a ser las mismas, pero la lógica argumental que justifica su inclusión sigue el mismo razonamiento. El juez español ante una ley ordinaria contraria a la Constitución, norma jerárquicamente superior, también puede dejar de aplicarla, pero si lo hace ha de elevar una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, y en ningún caso se le permite dejar de aplicar la norma que considera inconstitucional para aplicar directamente la de rango superior (la Constitución) en su lugar. En todo caso, lo que es cierto es que el juez ordinario elevando la cuestión de inconstitucionalidad colabora en el mantenimiento de la superioridad de la Constitución y en la no aplicación de las normas contrarias a la misma (pues, si finalmente son declaradas nulas por el TC no serán aplicadas al caso).

II. De todos modos, la fuerza normativa de la Constitución no es en todos los casos sinónimo de aplicación directa de la misma. El que la Constitución vincule a jueces y tribunales, y tengan que tenerla como norma de referencia, no significa que éstos puedan aplicar siempre la Constitución directamente. Los únicos preceptos

⁴¹⁸ APARICIO PÉREZ, Miguel Angel: "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el poder judicial", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1983, p. 947-948.

constitucionales de los que siempre se puede predicar la aplicabilidad directa, incluso en el caso de que no hayan sido desarrollados legislativamente, son los relativos a los derechos fundamentales⁴¹⁹. Como bien recuerda Francisco Balaguer, toda la Constitución incide de un modo u otro en la posición de los ciudadanos dentro del ordenamiento jurídico, y todos los preceptos constitucionales irradian un efecto vinculante sobre el resto de normas del sistema jurídico, pero, lo cierto es que determinados preceptos constitucionales son capaces de generar efectos directos sobre los ciudadanos, pudiendo éstos reclamar judicialmente ante los tribunales ordinarios la aplicación de esas normas constitucionales relativas, principalmente, a sus derechos y libertades⁴²⁰.

Esto ha sido reconocido también por el TC en numerosas ocasiones⁴²¹, y viene a ser reforzado por el art. 7.1 LOTC, que señala que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I de la CE vinculan "en su integridad" a todos los jueces y tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. Esto es, jueces y tribunales han sido instituidos

419 Así, por ejemplo, Díez-Picazo señalaba: "Me parece que el único campo posible de aplicación directa (de la Constitución) es el de los derechos fundamentales que disponen de un ámbito especial de protección", DÍEZ-PICAZO, Luis M^a: "Constitución, Ley, Jueces", *op. cit.*, p. 19.

420 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: *Fuentes del Derecho*, *op. cit.*, pp. 22-23.

421 Véanse, por todas, las SSTC 21/81 y 15/82.

precisamente para proteger y amparar los derechos de todos, y más aún los derechos fundamentales⁴²².

III. Por lo tanto, la vinculación a la Constitución supone que la misma debe ser aplicada por los tribunales y, por supuesto, también por el TS. Pero hay que recordar que esa misma competencia en orden a interpretar las leyes conforme a la Constitución es un elemento novedoso en nuestro sistema de fuentes, pues "los enunciados legales no van a ser sólo lo que de la literalidad de sus textos pueda deducirse sino también lo que los tribunales hayan interpretado que son a efectos de su congruente inserción dentro del ordenamiento constitucional"⁴²³. Todo ello genera una jurisprudencia que, según Elizalde, también merece ser calificada de constitucional por su objeto⁴²⁴; y en el mismo sentido Rubio Llorente señala que "si por jurisdicción constitucional ha de

⁴²² Por lo tanto, el juez se encuentra vinculado por estos derechos, y a la hora de aplicar una ley en la resolución de un caso debe realizar una interpretación que salvaguarde el contenido de los mismos. Precisamente porque los derechos fundamentales y las libertades públicas ocupan una posición fundamental en nuestro ordenamiento, la llamada a su protección se hace a todos los órganos jurisdiccionales de un modo reforzado: En primer lugar, la protección de los derechos fundamentales se encuentra recogida en una norma específica, el art. 53.2 CE. En segundo lugar, la protección que los jueces y tribunales otorgarán a los mismos será diferente a la reservada para el resto de derechos reconocidos en la Constitución, esto es, los procesos para la defensa de los derechos fundamentales se basarán en los principios de preferencia y sumariedad. Y finalmente, la obligatoriedad de los jueces de otorgar la tutela judicial efectiva, no sólo a los derechos fundamentales, sino de cualquiera de ellos, se encuentra garantizada en el art. 24 CE, como uno de los derechos fundamentales.

⁴²³ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, Civitas, 1990, p. 50.

⁴²⁴ DE ELIZALDE Y ALMERICH, Pedro: "El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia", *op. cit.*, p. 874.

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"⁴²⁵.

b) La vinculación de los jueces y tribunales a la doctrina del TC.

I. Para referirnos a la fuerza vinculante de la doctrina del TC es necesario partir de dos preceptos: la segunda parte del art. 5.1 de la LOPJ, que señala que la interpretación que hagan los jueces de las normas se hará de conformidad a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones del TC, y el art. 40.2 de la LOTC, que determina que "en todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad"⁴²⁶. Precisamente estos dos preceptos han servido para matizar la diferencia existente entre "doctrina" y "jurisprudencia" del TC, dos conceptos que hay que abordar previamente.

Se ha generalizado la idea de que tal doctrina ha querido ser denominada, precisamente, "doctrina", y no "jurisprudencia", para evitar confundirla con la del TS, pero que ambas son jurisprudencia.

425 RUBIO LLORENTE, Francisco: "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial...", *op. cit.*, p. 38.

426 Este precepto guarda relación con el art. 161.1. a) CE que señala: "La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada".

Sin embargo, otros autores han sido más precisos con la terminología, distinguiendo entre lo que la LOTC entiende por doctrina y lo que constituye la labor de ser el supremo intérprete de la Constitución: Así, Santos Vijande advierte que cuando la LOTC habla de *doctrina* del TC (art.40.2 LOTC) está haciendo referencia a la que emana del Pleno del mismo, en contraposición a la función de *supremo exegeta de la Constitución* que corresponde tanto a las Salas como al Pleno. Únicamente la doctrina en sentido estricto tiene la capacidad de corregir, enmendar o rectificar, no sólo el tenor de una ley o de una disposición con rango de ley, sino la "jurisprudencia" de los tribunales de justicia recaída sobre dicha norma⁴²⁷. Ello se produce cuando el TC enjuicia la constitucionalidad de una norma y la declara inconstitucional, o en las sentencias interpretativas⁴²⁸, pues difícilmente cabe decir que se ha corregido la jurisprudencia de los tribunales en un recurso de

427 SANTOS VIJANDE, Jesús María: *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Granada, Ed. Comares, 1995, pp. 13-23.

428 El TC definió las sentencias interpretativas en la STC 5/1981 del siguiente modo: "Las llamadas en parte de la doctrina sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución". (FJ 6º)

constitucionalidad en el que sólo se declara que una norma se adecua a la Constitución.

Por otro lado se encuentra la *jurisprudencia* del TC, que es a la que se refiere el art. 5.1 de la LOPJ cuando dice que los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, "conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Hay que convenir en que ello no significa que esa interpretación del TC suponga una modificación de la jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia, lo que genera es, como consecuencia de su labor de supremo interprete de la Constitución, una restricción de la libertad hermenéutica de los tribunales ordinarios que les obliga a interpretar las norma de acuerdo con unos principios y preceptos recogidos en sus sentencias.

Esta opinión no es compartida por Vives,⁴²⁹ que entiende que la letra del art. 5.1 LOPJ no significa que dicha interpretación vincule a los jueces, pues "si la interpretación de la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional vinculase a los jueces, adquiriría el mismo *status* normativo que la propia Constitución: el Tribunal, como una suerte de constituyente perpétuo, emanaría hasta la última de sus resoluciones normas supremas, superiores a la ley y sería, de hecho soberano". Apoya esta argumentación diciendo que la propia Constitución señala que los jueces están

429 VIVES ANTÓN, Tomás: "Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional", *Poder Judicial*, nº 2, 1986, pp. 10 y 11.

sometidos únicamente a la ley, y sólo otorga tal valor de ley, y por lo tanto con eficacia frente a todos, a las sentencias del TC que no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho. Y aún en este caso, la vinculación de dichas sentencias se predica sólo respecto del fallo, no de la argumentación jurídica. A este respecto, hay que recordar que tal vinculación, efectivamente, no procede de un precepto constitucional, sino de la propia ley, el art. 5.1 LOPJ, donde se ha acordado tal vinculación de los tribunales a la doctrina del TC resultante "de todo tipo de procesos", no sólo de un determinado tipo de sentencias.

II. Para los autores que insisten en la distinción entre doctrina y jurisprudencia del TC, dotando de distinto valor vinculante a los diversos tipos de sentencias de éste, la *doctrina* a la que se refiere el art. 40.2 LOTC debería encuadrarse en el art. 1.1 Cc, como verdadera fuente del Derecho, mientras que la primacía exegética de la Constitución recogida en el art. 5.1 LOPJ encajaría en el marco del artículo 1.6 Cc junto a la jurisprudencia del TS⁴³⁰.

Por el contrario, Rubio Llorente ha entendido que la *jurisprudencia* del TC no debería considerarse incluida junto a la del TS en el apartado 6º del art. 1 Cc, sino en el 1º, al mismo nivel que la ley, puesto que la ley a la que está sujeta el juez es la definida

⁴³⁰ La ubicación de la jurisprudencia del TC junto a la del TS en art. 1.6 Cc.parecía ser defendida en un primer momento por Manuel ARAGÓN REYES: Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia", en AA.VV. *El Tribunal Constitucional, op. cit.*, p. 573.

por el TC⁴³¹. La opinión de Rubio Llorente se fundamenta en que, si la interpretación de las leyes que hacen los jueces y tribunales debe ser conforme a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de casos, ello implica que la doctrina del TC está en un plano similar al de la ley, pues, al ser la interpretación del TC la única acorde con la Constitución, será "ley" lo que el TC haya establecido que dice la norma. Por lo tanto, todo juez o tribunal, inclusive el TS, deberá interpretar las leyes en el mismo sentido que lo haya hecho el TC. Otros autores dando un paso más han afirmado el valor superior de las sentencias a las propias leyes, incluso a las leyes de reforma constitucional⁴³².

Entendemos que, a la luz del art. 5.1 LOPJ, todas las sentencias del TC, incluídas las de amparo vinculan en su jurisprudencia a los tribunales ordinarios, pues "la consideración del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución significa, indudablemente, que la interpretación por él realizada se impone, con carácter vinculante, a todos los órganos judiciales. Pero, al mismo tiempo, ser intérprete constitucional, lo que origina es que el

431 Francisco RUBIO LLORENTE señala: " 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 6º del artículo primero del código Civil, sino en el apartado inicial de ese mismo artículo"... "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", en "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional ...", *op. cit.*, pp. 57 y 58.

432 BALAGUER CALLEJÓN, Franciso: "Tribunal Constitucional, poder legislativo y poder constituyente", en AA.VV., *Introducción a los derechos fundamentales: X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 207-225.

carácter vinculante de su interpretación se extienda a normas distintas de la Constitución misma”⁴³³. Y, además, hay que diferenciar la vinculación a la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 5.1 LOPJ de la vinculación que, atendiendo al art. 1.6 Cc, genera la jurisprudencia ordinaria. En el primer precepto se señala con carácter coercitivo que los tribunales "aplicarán e interpretarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional...", mientras que el art. 1.6 Cc. sólo señala que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico.

Tal punto de vista coloca a la jurisprudencia del TC en un *status* superior a la del TS, y supone situar al TC en una posición que en poco difiere de lo que sería un órgano de casación, papel que le corresponde teóricamente al TS. Al existir la obligación de interpretar las leyes y reglamentos conforme a la jurisprudencia del TC, ésta se convierte en el punto de referencia sobre la "constitucional o inconstitucional" aplicación de la ley por los jueces.

III. Pero, ¿qué sucede si la jurisdicción ordinaria hace caso omiso de esa jurisprudencia constitucional? ¿Se puede decir que con ello se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva? Ello no puede afirmarse así radicalmente, pues, a pesar del carácter vinculante de la jurisprudencia del TC producida "en toda clase de procesos", no

433 RUBIO LLORENTE, Francisco y ARAGÓN REYES, Manuel: "La jurisdicción constitucional en la Constitución española de 1978", en AA.VV., *La Constitución Española de 1978. (Estudio Sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría)*, Madrid, Civitas, 1980, p. 815.

puede decirse que se vulnera el art. 24 CE porque se contradiga la doctrina del TC ó no se aplique, lo que sucede es que al no hacerse así, no se está aplicando la legalidad correctamente, y por ello se falta al derecho a la tutela judicial efectiva. En estos supuestos, como señala Ignacio Díez-Picazo, la naturaleza de la infracción cometida por el órgano judicial no sería cualitativamente distinta que la de muchas otras infracciones de ordenamiento --incluso del ordenamiento constitucional-- que no está protegidas de un modo reforzado⁴³⁴. Por lo tanto, la posibilidad de recurrir en amparo contra la actuación de un órgano judicial no derivaría tanto del no seguimiento de la doctrina constitucional, sino de la violación misma de un derecho fundamental, violación que se produce desde el momento en que el juez no aplica la legalidad como debe hacerlo, esto es, no aplica el precepto constitucional tal y como el TC ha señalado que debe interpretarse.

En cualquiera de los casos, como recordaba Ignacio Díez-Picazo, "lo verdaderamente importante no es la disquisición teórica y normativista sobre el valor de la jurisprudencia, sino que verdaderamente exista un cuerpo de *rationes decidendi* homogéneas que formen jurisprudencia y que la misma sea bien conocida y aplicada"⁴³⁵. Existen determinados modos de asegurar la aplicación de la doctrina constitucional por los tribunales ordinarios,

434 DÍEZ-PICAZO, Ignacio: *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, op. cit., p. 211.

435 DÍEZ-PICAZO, Ignacio: "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo", en la obra colectiva *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Cuadernos y Debates, 1996, PP.72-73.

tanto en sede constitucional, como son el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad, a las que ahora nos referiremos, como en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, donde existe la posibilidad de interponer el recurso de casación por infracción de un precepto constitucional (art . 5.4 LOPJ), y podemos entender que se infringe un precepto de esta naturaleza cuando no se aplica tal y como el TC ha establecido en su doctrina que debe hacerse. No obstante, por razones sistemáticas, nos referiremos a este recurso cuando estudiemos la función que corresponde al TS en la protección de los derechos fundamentales.

4.2. Mecanismos existentes para hacer prevalecer la doctrina del Tribunal Constitucional.

Una vez observada la supremacía de la doctrina del TC sobre la jurisprudencia del TS en cuestiones de legalidad constitucional, debemos detenernos en analizar los mecanismos existentes para hacer prevalecer esta jurisprudencia constitucional. Siguiendo a Xavier Pibernat⁴³⁶, se puede diferenciar: el sistema de revisión casuística y el sistema de revisión objetiva.

El primero de ellos es el que se lleva a cabo a través del recurso de amparo y supone un control por parte del TC de la posible vulneración de un derecho fundamental por un juez en un

436 PIBERNAT DOMENECH, Javier: "Sentencia constitucional como fuente del derecho", *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, pp. 57-85.

supuesto concreto. De este modo consigue hacer prevalecer su opinión sobre la jurisprudencia aplicada por el juez en el caso en cuestión, es lo que podríamos denominar "efecto revisor de las sentencias de amparo".

El segundo sistema es el de revisión objetiva, consistente en la revisión de la interpretación de la Constitución, las leyes y los reglamentos que efectúen los órganos judiciales. Este efecto revisor se consigue a través de la autocuestión de inconstitucionalidad planteada por el mismo TC a partir de un recurso de amparo y a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

4.2.1. El recurso de amparo como vía de revisión constitucional de la interpretación de la ley realizada por los tribunales ordinarios.

En el capítulo precedente nos referimos al recuso de amparo constitucional y a la cuestión de inconstitucionalidad como dos funciones que adquirieron algunos tribunales constitucionales europeos tras la segunda posguerra y que acercan a los mismos a un conocimiento concreto de la constitucionalidad de un acto o de un precepto. Esta nueva faceta de las cortes constitucionales origina una relación mucho más estrecha entre el juez ordinario y el juez constitucional, relación que en el caso del recurso de amparo, en aquellos sistemas donde existe, permite al órgano constitucional revisar la actuación del juez ordinario cuando de elloa se derive una lesión de un derecho fundamental en un supuesto concreto.

a) *La función propia del recurso de amparo constitucional.*

I. Hay que advertir que cuando se habla de "recurso de amparo" en términos generales, no siempre se está haciendo referencia al recurso de amparo constitucional residenciado en el TC, pues junto al mismo existen otros instrumentos de amparo de los derechos fundamentales que también pueden incluirse en el concepto genérico de "recurso de amparo" como, por ejemplo, el recurso de amparo ordinario encomendado a los tribunales ordinarios. El objetivo esencial en toda institución de amparo es proteger a todo individuo de cualquier agravio inconstitucional atentatorio contra los derechos fundamentales que provenga de los poderes públicos. Se trata de dar una protección especial a determinados derechos que son considerados fundamentales, especialidad que se traduce en una defensa judicial basada en los principios de sumariedad y preferencia. No obstante, la conflictividad entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional se produce a raíz de las decisiones tomadas en un recurso de *amparo constitucional*, donde el TC entiende que de la actuación de un órgano jurisdiccional se desprende la vulneración de un derecho fundamental. En estos supuestos, lo que se produce es un control externo de la actuación judicial, control que viene realizado por un órgano, el TC, ajeno a la jurisdicción ordinaria.

El origen del recurso de amparo constitucional se encuentra en un interés de garantizar a los individuos un medio de defensa contra las extralimitaciones del poder. Dicha garantía se extiende a las extralimitaciones de la administración central y autonómica, a los actos no legislativos de los órganos legislativos centrales y

autonómicos, actos del poder judicial y actos de la autoridad militar que violen el derecho a la objeción de conciencia. Es lo que se conoce como función tutelar del recurso de amparo. A este respecto el TC ha señalado que "la función del recurso de amparo se circunscribe a la protección de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución y de la objeción de conciencia...desde la perspectiva constitucional, ya que tales libertades y derechos son el fundamento del orden político y de la paz social, junto con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto de la ley y a los derechos de los demás. La decisión que hemos de adoptar ha de circunscribirse a determinar si se han vulnerado o no derechos o libertades fundamentales susceptibles de amparo y, en su caso, a preservar o restablecer estos derechos o libertades..." (STC 2/1982, de 29 de enero, FJ. 3º).

Esa función tutelar del recurso de amparo lleva aparejada, por lo tanto, la de "restablecer o preservar los derechos o libertades" (art. 41.3 LOTC) cuando hayan sido violados por los poderes públicos en un supuesto determinado. Ello se ha reiterado en muchas otras ocasiones, pero valga la siguiente como ejemplo:

"La naturaleza y finalidad del recurso de amparo..., además de quedar ceñido a los derechos y libertades que señala el art. 53.2 C, está al servicio de reparar efectivas lesiones de tales derechos y no para arbitrar aquellas medidas que mejor pudieran adecuarse a

los principios y valores que sanciona la referida Norma Fundamental"⁴³⁷.

II. Por otro lado, junto a la dimensión concreta del recurso de amparo, y como apunta Pérez Tremps, éste tiene otra finalidad que es la del interés general de la garantía de la Constitución como norma básica del ordenamiento⁴³⁸. Precisamente esa necesidad de garantizar unos principios comunes en materia de derechos fundamentales, como resultado de la interpretación de la Constitución es otra de las razones que llevó al constituyente español a la adopción del recurso de amparo⁴³⁹.

La finalidad objetiva del recurso de amparo fue reconocida por el propio TC en su primera sentencia al decir que: "La finalidad esencial de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo de la Constitución (art. 1º de la LOTC), de manera que su interpretación de los

⁴³⁷ STC 217/1992, de 1 de diciembre, (FJ 6º).

⁴³⁸ PÉREZ TREMPs, Pablo: "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal", en Víctor MORENO CATENA (Coord.), *Constitución y Derecho Público*, op. cit., pp. 423 y ss. Sobre la naturaleza del recurso de amparo vid. también, GIMENO SENDRA, Vicente: "Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 6, pp. 43-60.

⁴³⁹ En este sentido, LÓPEZ GUERRA, Luis: "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional", op. cit., pp. 35-36.

preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos" (STC 1/1981, de 26 de enero).

El recurso de amparo constitucional viene a ser, por lo tanto, una manifestación de la idea del Estado de Derecho constitucional que impone la obligación a todos los poderes públicos de actuar conforme al marco constitucional. Marco constitucional que, además, obliga a que determinados derechos sean especialmente reconocidos⁴⁴⁰. Precisamente en ello está el origen del recurso de amparo, en el intento de garantizar el cumplimiento del contenido constitucional, algo que el Estado de Derecho anterior a los regímenes fascistas no consiguió, sino más bien al contrario. Como ya se ha dicho, en Alemania Hitler consiguió llevar a cabo las mayores atrocidades en relación a los derechos del ser humano utilizando preceptos contenidos en la misma Constitución, y ni la judicatura, ni la existencia de un tribunal garante de la Constitución de Weimar consiguieron evitar tal destrucción de la misma, al contrario, los jueces sirvieron de instrumento para ejecutar una legalidad contraria a los mismos preceptos constitucionales. Por ese motivo, el Estado de Derecho constitucional naciente tras la guerra, del cual nuestro país es heredero, dotó al juez constitucional de los instrumentos de garantía como el recurso de amparo, necesario para hacer efectivos los derechos constitucionales.

440 Art. 53.1 CE.

b) *El recurso de amparo frente a decisiones judiciales: una decisión que trasciende el caso singular.*

I. El sistema de recurso de amparo constitucional previsto en nuestro ordenamiento permite la revisión por parte del TC a los actos realizados por cualquier poder público que supongan la violación de los derechos fundamentales reconocidos entre los art. 14 y 30 de la CE. Por lo tanto, también los actos realizados por los tribunales pueden ser denunciados en amparo⁴⁴¹. Es más, como recuerda Rubio Llorente, por la necesidad de agotar la vía jurisdiccional previa para acudir en amparo, "el objeto de la impugnación en este recurso es siempre...una decisión judicial previa que, o bien no ha remediado la lesión de un derecho fundamental cometida por otro poder público, o lo ha lesionado directamente con su propia actuación"⁴⁴², (con la salvedad de los actos cometidos por el poder legislativo, donde no se necesita agotar la vía jurisdiccional previa para acudir en amparo, que son en realidad muy pocos⁴⁴³). Ello es así porque, aunque el art. 44.1 LOTC señala que el amparo contra actuaciones de los órganos judiciales sólo procede si las violaciones de los derechos y libertades que

⁴⁴¹ Esta regla no es general en todos los países que introducen el recurso de amparo, valga como ejemplo Austria que será objeto de estudio en este trabajo.

⁴⁴² RUBIO LLORENTE, Francisco: "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial...", *op. cit.*, p. 66.

⁴⁴³ Art. 42 LOTC: "Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes".

pueden hacerse valer en esta vía son imputables de modo inmediato y directo a aquellos órganos, el TC no ha hecho un interpretación literal de este precepto. Al contrario, ha considerado que cuando un juez o tribunal no corrige debidamente la violación de un derecho fundamental falta a su obligación constitucional de reparación y concurre en esa lesión, siendo igualmente responsable por colaborar en la persistencia de la misma.

Esta es precisamente la doctrina mantenida, por ejemplo, en la STC 117/1994, de 25 de abril, en la que se resolvía un recurso de amparo por vulneración del derecho al honor y la propia imagen y el derecho a la tutela judicial efectiva, y donde el TC enfocaba el asunto desde ese mismo punto de vista diciendo: "En resumen, la cuestión se reduce a determinar si las resoluciones judiciales impugnadas, en la medida en que no han dado a la revocación del consentimiento de la demandante los efectos que según ella vienen exigidos por la Ley orgánica 1/1982, han incurrido de modo reflejo en infracción de los derechos constitucionales a la propia imagen y al honor al no satisfacer adecuadamente la pretensión ejercitada" (FJ. 2º).

II. Pero, la importancia de la posible revisión de decisiones jurisdiccionales a través del recurso de amparo no radica únicamente en el control que ello supone de la actividad realizada por un juez en un litigio concreto, sino que la sentencia constitucional recaída en un recurso de amparo tendrá un alcance mucho mayor. Pese a que, teóricamente, el objeto específico del recurso de amparo es la tutela de un derecho fundamental en un supuesto determinado, lo importante es que lo establecido en esa

decisión de amparo no incide únicamente sobre el caso particular, sino que tiene una repercusión generalizada, pues, hemos de recordar de nuevo, que el art. 5.1 LOPJ obliga a todos los tribunales a interpretar las leyes de conformidad a los preceptos constitucionales tal y como hayan sido interpretados por el TC en "todo tipo de procesos", por lo tanto, también en las sentencias que resuelven recursos de amparo. El valor de la sentencia de amparo deriva del hecho de que contiene la única interpretación jurídicamente definitiva de acuerdo con la Constitución, porque el TC, en su faceta nomofiláctica, es el encargado de determinar el exacto alcance y significado de los preceptos constitucionales. Al quedar definida la correcta interpretación de los mismos, y ser el TC el único competente para ello, los tribunales ordinarios se encuentran obligados a interpretar las normas del mismo modo cuando se encuentren ante supuestos similares. Esto constituye la esencia de la regla del *stare decisis*, y significa que cualquier otra interpretación que posteriormente realice de los preceptos constitucionales en supuestos similares estará condicionada por la sentencia recaída previamente en amparo; de lo contrario, el juez estaría interpretando la norma constitucional inadecuadamente y, como decíamos antes, podrían interponerse los recursos oportunos por vulneración de un precepto constitucional. Con ello, en definitiva, se está haciendo referencia a la función del recurso de amparo de defensa objetiva de la Constitución a la que antes nos hemos referido⁴⁴⁴.

444 En este sentido, véase, GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La Justicia en la Jurisprudencia...*, op. cit, p. XVIII.

Así pues, se puede deducir fácilmente que la sentencia recaída en un recurso de amparo no sólo supone una revisión de la decisión judicial impugnada, sino que tiene una proyección *pro futuro* que implica a otros órganos judiciales. Este mismo efecto revisor ha sido reconocido por el TC desde sus inicios⁴⁴⁵. Así, en la STC 2/1983, de 24 de enero señalaba: "El proceso de amparo es por su naturaleza esencialmente revisor, pues según el art. 55.1 LOTC, puede el TC anular resoluciones judiciales cuando impidan el pleno ejercicio de derechos y libertades protegidas, por lo que tampoco procede admitir que la sentencia judicial constituya cosa juzgada, si se somete al recurso de amparo dentro de plazo, y en tanto éste no se decida". López Guerra recordaba que "la introducción del recurso de amparo supone un arma más del Tribunal Constitucional para imponer el principio *stare decisis* respecto a sentencias parcialmente desestimatorias. El recurso de amparo puede funcionar como remedio contra la jurisprudencia «rebelde» (entendiéndose por tal la que contradiga la doctrina del TC), cuando la falta de observancia de la doctrina constitucional suponga lesión para un derecho fundamental"⁴⁴⁶.

III. Por otro lado, podría plantearse si esa repercusión "erga omnes" de las sentencias de amparo se produce sólo respecto del *decisum* de la sentencia, como cabría desprenderse del art. 38.1 LOTC, o por el contrario, de la argumentación que ha llevado al

⁴⁴⁵ Sobre el efecto revisor de las sentencias de amparo podemos remitirnos también al trabajo de Pablo PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

⁴⁴⁶ LÓPEZ GUERRA, Luis: "El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*", en AA.VV.: *El Tribunal Constitucional*, T. II, *op. cit.*, pp. 1451 y ss.

mismo. A este respecto, ha habido voces a favor de que sólo las resoluciones del TC producen efectos inmediatos, mientras que dicha fuerza vinculante no puede predicarse respecto de los criterios en que se basan dichas resoluciones, los cuales no son vinculantes para los jueces ordinarios, ni para los restantes órganos públicos o los ciudadanos, aunque sí suponen una guía, ejemplo o modelo a seguir en la aplicación del ordenamiento jurídico⁴⁴⁷. Vendría a ser lo que Pizzorusso denomina eficacia cuanto menos "persuasiva" de algunas sentencias⁴⁴⁸. Elizalde y Aymerich continúa diciendo que, pese a admitirse que en ocasiones las resoluciones del TC "pueden condicionar en alguna forma el actuar futuro de los jueces ordinarios, incluso en esos casos, la doctrina que contengan carece de fuerza vinculante"⁴⁴⁹.

Sin embargo, no puede olvidarse, como acertadamente recuerda Marc Carrillo, que los criterios hermenéuticos empleados por el TC para resolver el conflicto surgido tras la lesión de un derecho fundamental tienen una repercusión más allá de las particularidades específicas de la *litis*, conteniendo una *vis expansiva* que se proyecta también sobre la actividad jurisdiccional

447 Esta es la opinión expresada por ELIZALDE Y AYMERICH, Pedro: "El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia", en AA.VV, *El Tribunal Constitucional*, vol. I, *op. cit.*, pp. 859-899.

448 PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de Derecho Constitucional*, (Traducción de Javier Jiménez Campo) Madrid, CEC, 1984, p. 408.

449 DE ELIZALDE Y ALMERICH, Pedro: "El Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, p. 890.

de los órganos dependientes del poder judicial⁴⁵⁰. A este respecto, hay que añadir que en poco puede influir sobre las decisiones posteriores de otros tribunales un fallo cuyo único contenido viene a declarar si un acto ha vulnerado o no un derecho fundamental, o a anularlo, o a restablecer a un particular en su derecho. Sólo en las *rationes decidendi* se contienen declaraciones del TC con el contenido persuasorio de que se viene hablando. Es más, cuando el art. 5.1 LOPJ establece el carácter vinculante de la doctrina contenida en las decisiones del TC habla de "interpretación", e interpretación significa argumentación, nunca fallo. Por lo tanto, hay que entender que la fuerza vinculante sí se desprende de la argumentación llevada a cabo por el TC en sus decisiones.

IV. Lo cierto es que a través de la vía del recurso de amparo se consigue un efecto revisor de las decisiones de los tribunales y, por supuesto también de las del TS si son recurridas en amparo. En este último caso el recurso funciona como instrumento de control de la aplicación de los derechos fundamentales por los jueces y tribunales, en general, pues cuando se corrige a través del amparo una decisión del TS se condensa dicho control en éste, por ser quien controla al resto de jueces y tribunales. La especial incidencia que tiene la revisión en amparo de decisiones del TS será objeto de estudio más detallado en el capítulo relativo a "La revisión de resoluciones del TS a través del recurso de amparo" y a ella nos remitimos.

450 CARRILLO, Marc: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 36-37.

4.2.2. La posibilidad de que del recurso de amparo se derive la declaración de inconstitucionalidad de una norma. La autocuestión de inconstitucionalidad.

I. Otra muestra de que los recursos de amparo suponen decisiones que trascienden el caso singular se encuentra en la figura denominada autocuestión de inconstitucionalidad; ésta, además, como señalabamos, constituye otro medio de asegurar la primacía de la doctrina constitucional. La autocuestión se origina como consecuencia de la concesión del amparo constitucional porque se ha aplicado una ley que viola derechos fundamentales y puede llevar a la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión. En efecto, el art. 55.2 LOTC señala que "en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley". Por lo tanto, un recurso que se inicia para solventar una concreta violación de un derecho fundamental, deriva en otra decisión del TC con efectos tan directos y generales en todo el ordenamiento como supone la anulación de una ley.

Ya no nos encontramos con una revisión de la actuación jurisdiccional, como se ha visto en el apartado anterior, sino con una revisión de la constitucionalidad de las leyes. El sistema de la autocuestión de constitucionalidad previsto en la LOTC conecta, en cierto modo, dos de las funciones del TC: el control abstracto de constitucionalidad y el conocimiento concreto de un supuesto de

violación de un derecho fundamental (recurso de amparo). Y es que la autocuestión surge precisamente cuando el TC al realizar en amparo el control de la actividad jurisdiccional entiende que el juez ha interpretado y aplicado la ley correctamente, pero es la ley la que es inconstitucional.

¿Qué es, por lo tanto, lo que se impugna en un proceso de amparo cuando es de aplicación el art. 55.2 LOTC?

La concesión de un amparo porque se ha aplicado una norma que vulnera derechos fundamentales, como requisito previo al planteamiento de la autocuestión, implica que las sucesivas instancias judiciales han aplicado una norma vulneradora de derechos fundamentales. Y esto es precisamente lo que se impugna en amparo: una decisión de un juez que ha aplicado legalmente una norma existente en el ordenamiento, pero que se reputa inconstitucional porque vulnera un derecho fundamental⁴⁵¹. Cuando los jueces ejercen la función de juzgar y ejecutar lo juzgado realizan implícitamente un control previo de constitucionalidad de la norma aplicable al caso. Si de ese juicio previo surge en algún momento un contraste negativo sobre la constitucionalidad de una ley, sus opciones son tres: considerarla constitucional y, por lo tanto, aplicarla, excluirla de oficio, por tratarse de una norma preconstitucional, o, en caso contrario, plantearse la vía de elevar una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, por tratarse de "una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez depende

451 Esta idea está expuesta en el trabajo de BORRAJO INIESTA, Ignacio: "Amparo frente a Leyes", op. cit., pp. 217 y ss.

el fallo, contraria a la Constitución" (art. 35.1 LOTC). No obstante, en ese juicio previo pueden cometerse irregularidades, como una incorrecta aplicación de la Constitución, una interpretación errónea de la legalidad, o una aplicación legalmente correcta de la norma, pero que, aun así, lesione algún derecho fundamental .

Con el recurso de amparo del que puede desprenderse posteriormente la autocuestión de inconstitucionalidad, el TC controla, en cierto modo, el juicio previo de constitucionalidad que ha sido realizado de forma incorrecta por el juez y que le ha llevado a aplicar una norma violadora de derechos fundamentales. Si el resultado de la revisión que realiza el TC de la actuación judicial es positivo, desestimaré el amparo, pero, si por el contrario, su análisis le lleva a entender que se aplicó una norma presuntamente inconstitucional, concederé el amparo. Es así como éste se constituye en último control sobre los juicios previos de constitucionalidad de las leyes que realizan los jueces cuando están basados en la correcta aplicación de la ley, pero incide sobre libertades . fundamentales.

II. Lo curioso es que, pese a no estar previsto un recurso de amparo frente a leyes en la Constitución, el art. 55.1 LOTC ha servido para invalidar normas legales que vulneraban alguna de las libertades o derechos protegidos constitucionalmente como fundamentales⁴⁵². A este respecto, García de Enterría llama la

452 Desde 1981 a finales de 1994, el TC ha estimado 7 recursos de amparo porque la ley aplicada lesionaba derechos fundamentales o libertades

atención sobre "cómo la vía de amparo constitucional y su prevalencia sobre leyes que desconozcan el derecho fundamental protegido, al abrir la declaración de inconstitucionalidad de dichas leyes, ha instaurado en la práctica un sistema de verdadero «recurso directo» de inconstitucionalidad, entregado a la legitimación de los particulares agraviados, si bien de una inconstitucionalidad limitada a los arts. 14 a 30 de la Constitución, únicos protegidos por la vía de amparo"⁴⁵³. A este respecto el TC ha admitido que el recurrente de amparo pueda alegar la inconstitucionalidad de la ley porque ésta lesiona algún derecho fundamental, y por lo tanto, "puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos y libertades reconocidos en los arts 14 a 30 de la Constitución, y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos y siempre que sea inescindible el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley"⁴⁵⁴. Pero, por otro lado, el TC se ha apresurado a matizar que el recurso de amparo "no es un mecanismo de depuración abstracta de las disposiciones normativas en las que se basan los actos presuntamente lesivos de tales derechos y libertades, con lo que es abiertamente improcedente una declaración de nulidad de las disposiciones en

públicas. Dato tomado de AA.VV: *La jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 309.

453 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma...*, op. cit., p. 148. Sobre este particular puede verse también: CANO MATA, Antonio: "Los ciudadanos y su posible intervención en el recurso de amparo y demás impugnaciones residenciadas en el Tribunal Constitucional", *Revista de Administración Pública*, nº 106, 1985, pp. 171-210.

454 STC 18 de diciembre de 1981.

cuestión con efectos *erga omnes*, al margen y con independencia de la existencia o no de una lesión concreta y actual de un derecho fundamental" (STC 193/1987, de 9 de diciembre)⁴⁵⁵.

Y es que nada impide que en un recurso de amparo, originado en un conflicto concreto y dirigido inmediatamente contra uno o varios actos de los poderes públicos, se introduzca entre las pretensiones de la demanda una tendente a conseguir la anulación de una norma⁴⁵⁶, pero no puede constituir la pretensión única de la petición de amparo, como sucede, por ejemplo, en el recurso de inconstitucionalidad, donde la finalidad única es la determinación objetiva de si una norma es contraria o no a la Constitución. Sin embargo, el objeto del recurso de amparo es la protección de una situación jurídica determinada en la que se presupone la vulneración de un derecho fundamental, y sólo éste puede ser el objeto del mismo. De hecho, el juicio de constitucionalidad sobre la norma que aplicada al caso produce un violación de un derecho constituye un proceso independiente que se inicia sólo si la Sala considera que existen tales indicios de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, lo que no puede olvidarse es que existe una relación entre ese recurso de amparo y la posible inconstitucionalidad que luego puede declararse sobre la norma objeto de ese recurso de amparo, en cuanto que la segunda no puede producirse si no se ha otorgado previamente el amparo.

455 En el mismo sentido, SSTC 42/1987, de 7 de abril; 209/1987, de 22 de diciembre.

456 BORRAJO INIESTA, Ignacio: "Amparo frente a Leyes", *Revista de Administración Pública*, nº 98, 1982, p. 186.

Ignacio Borrajo habla de "recurso reflejo" y recalca que tal inconstitucionalidad no se produce *en* un proceso de amparo, sino *a través* de un proceso de amparo. El ataque a la ley se produce de una manera indirecta⁴⁵⁷. Ello es cierto, pues se trata de dos procesos con dos pronunciamientos diferentes: uno el de amparo concedido por la Sala, y otro de constitucionalidad decidido por el Pleno. Pero, el caso es que el segundo trae causa del primero, esto es, la consecuencia de la concesión del amparo es el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, produciendo unos resultados que sobrepasan el objetivo concreto con el que nace un recurso de amparo⁴⁵⁸.

La necesidad de que se haya concedido previamente el amparo, por aplicación de una norma que viola derechos fundamentales, para poder elevar la cuestión de inconstitucionalidad al Pleno lleva a Aragón Reyes a plantearse una cuestión: "¿Cómo es concebible que después de esa *consideración* de inconstitucionalidad en la sentencia del Tribunal, el Pleno pueda en sentencia posterior decir lo contrario y declarar la ley constitucional? ¿con qué efectos?"⁴⁵⁹. En su opinión, hubiese sido preferible arbitrar los medios para acumular los procesos y resolver en una única sentencia final que tendría un doble contenido:

457 *Ibidem*, pp. 183 y ss.

458 Al fin y al cabo, el art 41.3 LOTC señala que en el recurso de amparo "no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de las cuales se formuló el recurso".

459 ARAGÓN REYES, Manuel: "Consideraciones sobre el recurso de amparo", *La tutela dei diritti fondamentali davanti...*, *op. cit.*, p. 177.

anulatoria del acto y anulatoria de la ley, o bien, declaración de validez de ambos. La vía que podría emplearse para ello es la del art. 10.k) LOTC que permite al Pleno recabar para sí cualquier asunto competencia del TC. Otra posibilidad sería la de resolver la cuestión de constitucionalidad de un modo previo a la resolución del amparo, pues, de este modo, se evitarían incongruencias dentro del mismo TC. Ello supondría la suspensión del recurso de amparo hasta que el pleno decidiera, en una cuestión incidental, sobre la inconstitucionalidad de la norma⁴⁶⁰. De todos modos, a veces, el TC ha llevado a término esta práctica, pronunciándose en el mismo recurso de amparo y con carácter previo sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso y acusada de inconstitucionalidad. Esto sucede en la STC 209/1993, de 28 de junio, donde un particular alegaba vulneración del principio de igualdad ante la ley achacable a la propia norma que el juez había aplicado y no a la aplicación en sí misma. El TC recordó que el amparo sólo puede ir dirigido a anular el acto del órgano jurisdiccional que aplicaba tal norma, pero que debía abstenerse de un pronunciamiento general sobre la inconstitucionalidad de la misma, que sólo podía ser resuelta por el Pleno siguiendo el procedimiento del art. 55.2 LOTC. "Sin embargo, no será necesario llegar a tal extremo. Conviene invertir el orden de la exposición y anticipar que los preceptos del Código Penal puestos indirectamente en tela de juicio se mueven dentro del perímetro diseñado constitucionalmente como campo de juego de la política criminal, cuya cristalización en normas corresponde a las Cortes

460 Esta ha sido la tesis mantenida por Joan OLIVER ARAUJO en *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Universidad de las Islas Baleares, 1986, p. 375.

Generales", y tras entrar a analizar la constitucionalidad de la decisión del legislador, concluyó que la misma era razonable, legítima y constitucional, y no incurría en arbitrariedades, por lo que denegó el amparo.

III. Tomás y Valiente en su trabajo "Jueces y Constitución" utiliza el *caso IRPF*⁴⁶¹ para mostrar cómo la autocuestión puede ser utilizada por el TC para abordar un problema general de calado constitucional, pero que llega a su conocimiento por la vía particular del recurso de amparo. En aquella ocasión la cuestión hubiera podido solventarse con un razonamiento ceñido al problema singular planteado por el recurrente, resolviendo el amparo sin más, pero se optó mayoritariamente por el planteamiento de la autocuestión de constitucionalidad, lográndose un efecto generalizado de la decisión del TC⁴⁶².

El peligro de desnaturalizar la finalidad del recurso de amparo al introducir la posibilidad de la "autocuestión de inconstitucionalidad" ya se indicó en los debates parlamentarios de la LOTC. Así, Roca Juynet advertía de ello con estas palabras: "Estamos ampliando de tal manera el concepto y la finalidad del recurso de amparo y las posibilidades y consecuencias del recurso de amparo, que, lógicamente, pueden afectar a toda la estructura jurídico-política y a la labor legislativa y, sobre todo, a la

461 SSTC 209/1988 y 45/1989 (Caso IRPF).

462 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "Los jueces y la Constitución", en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993, p. 98.

seguridad jurídica que debe dimanarse del respeto de las disposiciones normativas"⁴⁶³.

4.2.3. La cuestión de inconstitucionalidad como mecanismo para asegurar la primacía de la doctrina constitucional.

La diferencia fundamental entre el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra en que la capacidad directa de control de las decisiones de los tribunales ordinarios que el recurso de amparo otorga al TC no se produce en la cuestión de inconstitucionalidad. En términos generales, la cuestión incidental sólo se plantea cuando el juez ordinario tiene dudas acerca de la constitucionalidad de un precepto, pero, en ningún modo, se trata de un recurso que cuestione la actividad realizada por un juez. Por ello, en España las desavenencias entre el juez constitucional y el ordinario no se producen en este tipo de recursos, porque es el juez ordinario el que voluntariamente acude al TC para someterle una duda sobre la constitucionalidad de una ley aplicable al caso, y cuando lo hace sabe que la decisión sobre la constitucionalidad o no de la ley es competencia exclusiva del TC, y que entre las diversas respuestas del TC se encuentra la posibilidad de que éste rechace la interpretación de la ley propuesta por el juez y entienda que la norma es constitucional. Esto mismo no sucede con los recursos de amparo, donde el juez constitucional viene a corregir la decisión del

⁴⁶³ Sobre los debates parlamentarios en torno al art. 55.2 LOTC puede verse: BORRAJO INIESTA Ignacio: "Amparo frente a leyes", Revista de Administración Pública, nº 98, 1982, pp. 168 y ss.

tribunal ordinario por ser contraria a los derechos constitucionalmente reconocidos como fundamentales.

Lo que garantiza la figura de la cuestión de inconstitucionalidad es el monopolio del TC en el control de la constitucionalidad de las normas, y por lo tanto, el mantenimiento de la supremacía de su doctrina sobre la jurisprudencia de los tribunales ordinarios en lo que atañe a la constitucionalidad de una ley. Si bien es cierto que a través de la cuestión de inconstitucionalidad se permite a los jueces participar indirectamente en ese proceso de control de constitucionalidad de las leyes, pues el juez, en el momento de aplicar una norma, realiza un juicio previo sobre la adecuación de la misma a la Constitución, juicio que, si resulta negativo, llevará al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁶⁴, no hay que olvidar que la cuestión de inconstitucionalidad "no es una acción concebida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución"⁴⁶⁵. Esa doble obligación de actuar conforme a la Constitución y a la Ley no habilita al juez para que ante una contradicción entre ambas inaplique la segunda para aplicar directamente la Constitución. Precisamente el mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad viene a evitar esto.

⁴⁶⁴ Con lo cual el juez viene a ser el detonante de una posible eliminación de la norma del ordenamiento.

⁴⁶⁵ STC 17/1981, de 1 de junio.

Así lo recalca Aparicio Pérez⁴⁶⁶ cuando señala que la cuestión de inconstitucionalidad "no sólo no es un mecanismo de aplicación (directa) de la Constitución por los jueces, sino que es un mecanismo dirigido a impedir esa aplicación para trasladarla --y reforzar así-- al Tribunal Constitucional". Entenderlo en sentido contrario sería olvidar, a su parecer, el sistema de fuentes e ignorar el rango superior de la Constitución y, sobre todo, olvidarse del papel de monopolio concentrado en materia de control de constitucionalidad que corresponde a nuestro sistema.

Por lo tanto, con la figura de la cuestión de inconstitucionalidad nuestro ordenamiento cuenta con un sistema para hacer prevalecer la doctrina del TC sobre las decisiones de los tribunales ordinarios, al residir en él la potestad de determinar de un modo vinculante si una norma que el juez va a aplicar al caso es constitucional o no, y si una interpretación diferente podría ser constitucional. Precisamente en los casos en los que el TC rechaza la cuestión y entiende que la ley es constitucional, o que interpretada de un cierto modo sería constitucional, el TC cuenta con un medio más para marcar pautas y criterios interpretativos a los tribunales. De este modo, esto es, cuando tras cuestionarse ante el TC la constitucionalidad de una ley, éste entiende que la misma no es inconstitucional si se interpreta de un modo determinado, o simplemente, se deja de interpretar tal como lo ha hecho el juez ordinario (piénsese en las diversas variantes de sentencias

466 APARICIO PÉREZ, Miguel Angel: "La aplicación de la Constitución por los jueces y de la determinación del objeto de amparo constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989, pp. 65-66.

interpretativas que existen), el TC está realizando un control indirecto de la actuación jurisdiccional. Esto es así porque, por un lado, el juez *a quo* se verá obligado a aplicar la ley de un modo constitucional, y éste no es otro que el que ha determinado el TC al resolver la cuestión. Y por otro lado, el resto de jueces, en virtud del art. 5.1 LOPJ, se verán obligados a aplicar esa ley tal y como el TC ha señalado en su sentencia.

No obstante, el control de la actividad judicial que se realiza, en ocasiones, a través de las sentencias interpretativas que resuelven cuestiones de inconstitucionalidad dista bastante de aquél que se materializa a través del recurso de amparo. En éste el TC lleva a cabo un control directo de la actuación ya realizada por el juez en un supuesto determinado, mientras que en la cuestión de inconstitucionalidad, y siempre que el TC la inadmite, dotando a la ley de una concreta interpretación, lo que éste realiza es un control directo de la norma, aunque, al mismo tiempo, impone al juez una determinada interpretación de la ley, que supone, indirectamente, un control previo de la aplicación de la ley que va a realizar el juez. Pero no es causa originaria de conflictos entre el TC y los tribunales ordinarios. En la cuestión de inconstitucionalidad, como ya se adelantaba, al tratarse de un control al que el juez se ha sometido voluntariamente, (porque él ha sido quién ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad), y tratarse de un control indirecto en el que el TC no indica, como en el recurso de amparo, que el juez ha violado un precepto constitucional, no surgen especiales conflictos o controversias entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. Podríamos decir que, en todo caso, pueden producirse ciertas

desaveniencias que, de ningún modo, alcanzan el grado de conflictividad que generan en muchas ocasiones las sentencias de amparo sobre decisiones jurisdiccionales.

4.3. La delimitación de las competencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

En nuestro ordenamiento, el TC está configurado como el máximo intérprete de la Constitución, y existen determinados medios, a los que nos acabamos de referir, para asegurar esa primacía de su función de exegeta de la Norma suprema, y el TS se constituye como el órgano superior dentro del poder judicial con la misión de asegurar la correcta aplicación de la ley y la unidad interpretativa del ordenamiento. Ambos se constituyen como órganos extraordinarios que pueden conocer de la incorrecta actuación de los jueces y tribunales, aunque los parámetros con los que revisan esa actuación son diferentes. El TS, mediante el recurso de casación, procederá a la anulación de una sentencia dictada por un juez o tribunal cuando compruebe que en su actuación ha infringido lo legalmente establecido. Una vez resuelta la casación, será necesario que el juez *a quo* vuelva a conocer nuevamente sobre el objeto del pleito. Con lo cual el recurso de casación constituye una figura anómala en cuanto que se aleja del núcleo de la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) al dejar intactos los hechos establecidos en la resolución recurrida.

Con el recurso de amparo ante el TC sucede algo similar. El TC, como máximo garante de los derechos y libertades, y de la Constitución en general, puede enjuiciar si los tribunales han incurrido en la vulneración de algún derecho fundamental en la aplicación de la Constitución. En dicha valoración tiene como parámetro la Constitución y, del mismo modo que ocurre con el recurso de casación, no puede entrar a juzgar sobre los hechos que dieron lugar al recurso de amparo, naciendo una obligación por parte del órgano que infringió el derecho fundamental de volver a resolver si el amparo es estimatorio.

Si entendemos, pues, que el recurso de amparo, más que a la solución del conflicto subjetivo, debe atender al control de la constitucionalidad en el comportamiento judicial es porque, como señala Aparicio Pérez, "de esta manera se produce una articulación lógica y una división de funciones coherente entre la actividad protectora judicial y la actividad jurisdiccional constitucional y entre los planos jurídicos tendenciales en que ambas operan"⁴⁶⁷.

El problema se encuentra en que, por mucho que se llegue a delimitar formalmente la esfera de competencias que corresponde a la jurisdicción ordinaria y lo que atañe a la constitucional, siempre hay materias en que las dos jurisdicciones confluyen. Precisamente en ocasiones como éstas, en las que tanto el TC como el TS deben pronunciarse sobre un mismo precepto y los límites a sus respectivas actuaciones no están bien determinados, es cuando

⁴⁶⁷ APARICIO PÉREZ, Miguel Angel: "La aplicación de la Constitución...", *op. cit.*, p. 82.

surge el foco de tensiones entre los dos órganos. No obstante, como recuerda Pérez Tremps, una cosa son conflictos entre las dos instituciones, y otra conflictos en la interpretación de la Constitución⁴⁶⁸. En estos últimos, la decisión final, como ya se ha visto, la tiene el TC.

En cuanto a los conflictos entre las dos instituciones, éstos pueden generarse porque una de las partes haya traspasado su límite competencial, o al menos, cuando uno entienda que el otro ha invadido su esfera competencial. Por ello, es necesario establecer cuál es el ámbito de actuación de uno y otro tribunal. Pero, por supuesto, sin olvidar la premisa ya señalada: Pese a existir unos límites a la actuación de cada uno de ellos, la jurisdicción constitucional y la ordinaria no son impermeables⁴⁶⁹.

4.2.1. El control de la aplicación judicial de la "legalidad ordinaria".

a) El TS y su función de controlador de la interpretación de la ley realizada por los tribunales inferiores.

I. Como señalaba Schmitt, "no existe una decisión única, correcta y preestablecida más o menos objetivamente, sino que varios intérpretes judiciales pueden extraer de la ley diferentes decisiones al mismo tiempo (incluso sin error). Entonces surge el

468 PÉREZ TREMPs, Pablo: *Tribunal Constitucional y, op. cit.*, p. 192.

469 Así lo recuerda Javier SALAS HERNÁNDEZ: "El Tribunal Constitucional español desde la perspectiva de la forma de gobierno...", *op. cit.*, pp. 172 y ss.

interrogante en la búsqueda de un criterio para la decisión «realmente correcta»⁴⁷⁰.

¿A quién le corresponde establecer si el juez ha actuado correctamente al interpretar la ley? Desde luego, ésta es una de las tareas que históricamente se ha reservado al TS a través del recurso de casación. Ya se estudió al principio de este trabajo cómo la institución de la casación creada por la Asamblea Revolucionaria francesa tenía como fin primordial la salvaguarda de la ley en su aplicación por los jueces. Con el tiempo esta función de vigilante de la adecuada actuación de los jueces se ha extendido del mero conocimiento de la aplicación de la ley en sentido estricto al control de la interpretación de cualquier norma del ordenamiento. Es más, el TS, en su función de unificador de la jurisprudencia, tiene la competencia para decidir, en última instancia, cual de las posibles interpretaciones de una ley es la más adecuada.

Lo que hace el TS al controlar la aplicación de la ley por un juez es verificar si en dicha aplicación ha respetado las reglas interpretativas y, por lo tanto, si ha interpretado correctamente la legalidad. En ese proceso el TS puede anular la sentencia recurrida cuando el criterio interpretativo sobre el que ésta descansa no sea acorde con el ordenamiento. Ahora bien, cuando el TS realiza tal sustitución de criterio debe fundamentar las razones que le llevan a hacerlo, bien remitiéndose a argumentaciones que anteriormente ya hubiera realizado en este sentido, o bien motivando las razones que

⁴⁷⁰ Citado por Valeriano HERNÁNDEZ MARTÍN, en *La independencia del juez...*, *op. cit.*, p. 61.

le llevan a considerar que es mejor aplicar un nuevo criterio interpretativo.

No obstante, como es sabido, la revisión de la aplicación de la ley realizada por los tribunales no se produce en todos los casos, sino únicamente cuando la actuación llevada a cabo por éstos sea recurrible en casación por alguno de los motivos tasados en el art. 1692 de la LEC, o en los artículos correlativos de los órdenes penal, laboral y administrativo. No hay que olvidar que el recurso de casación no es una instancia más, sino un recurso extraordinario.

II. Por lo tanto, si algo se le permite al TS, o más bien se le exige, es que conozca de la aplicación de la ley realizada por los tribunales inferiores. Cosa que, por el contrario, no le corresponde *en principio* al TC. Éste no tiene competencia para valorar la forma en que jueces y tribunales aplican las leyes, ni controlar si dicha aplicación ha sido o no acertada, *salvo cuando al hacerlo se violen garantías constitucionales*⁴⁷¹. A este respecto, e independientemente de que luego ahondemos más en este tema, hay que adelantar que, precisamente esta excepción establecida en el art. 123.1 CE supone un reconocimiento de que el TC sí puede

⁴⁷¹ Vid. STC 184/1992, de 16 de noviembre: "Es cierto que la aplicación de la legalidad corresponde exclusivamente a los tribunales ordinarios (art.117.3 CE) y que, por ello, este TC carece de jurisdicción para actuar como una instancia casacional destinada a velar por la corrección interna de la interpretación jurisdiccional de la legalidad ordinaria. Sin embargo, ello no obsta para que, en determinados supuestos, puede estar justificado el análisis mismo del razonamiento judicial en esta vía de amparo constitucional, porque la inadecuación o el error en tal razonamiento pueda traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental." (FJ 2º).

controlar la aplicación de la ley, aunque sólo sea en aquellos supuestos en los que se produzca una violación de un derecho fundamental, que no es poco.

El TC ha reconocido desde sus comienzos cuales son las tareas ajenas a sus propias competencias. Así, en su STC 16/1981, de 18 de mayo señalaba: "En los recursos de amparo interpuestos contra supuestas violaciones de derechos fundamentales o libertades públicas derivadas de acciones u omisiones de órganos judiciales sólo le corresponde decidir si existieron o no tales violaciones. Por el contrario, es ajeno a sus funciones valorar la forma en que los órganos del Poder Judicial en general y en particular el Tribunal Supremo interpretan y aplican las leyes, en tanto no se violen las garantías constitucionales, pues tal interpretación y aplicación (...) está atribuída por la Constitución a los juzgados y tribunales ordinarios según el art. 117.3 CE, y respecto al Tribunal Supremo según el art. 123 CE." (FJ. 2º) (El subrayado es nuestro).

Esto mismo se reiteraba de un modo más preciso en la STC119/1993, de 19 de abril, con las siguientes palabras: "En el recurso de amparo, que no constituye una tercera instancia dentro de la jurisdicción ordinaria, no pueden revisarse las resoluciones judiciales a las que no se imputa la violación directa de derechos constitucionales susceptibles de amparo, sino simples errores de hecho o interpretación y aplicación de la legalidad, con la pretensión de que como tales, por el simple hecho de haber interpretado incorrectamente esa legalidad, ya producen automáticamente una violación, digamos indirecta, de los referidos derechos constitucionales. El hecho de que un juez o tribunal seleccione mal

la norma aplicable o la interprete o aplique incorrectamente no vulnera, sin más, el art. 24.1 de la Constitución" (FJ 3º) (El subrayado es nuestro).

b) La competencia en materia de garantías constitucionales.

¿Qué significa "garantías constitucionales"?

Decíamos que el art. 123.1 CE establece que "el Tribunal Supremo (...) es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales". Tal como se defendió en el proceso constituyente, "ese inciso final del art. 123 no quiere decir que hagamos una remisión allí a una jurisdicción superior, sino, marca que hay dos materias distintas. En todas las materias no constitucionales, el Tribunal final es el Supremo"⁴⁷². En el mismo sentido, Sala Sánchez afirma que "ningún otro órgano, con o sin potestades jurisdiccionales, pertenezca o no a la estructura del Poder Judicial, puede sustituirlo como cúpula del tercer poder del Estado y superior en todos los órdenes jurisdiccionales", pero añade, "salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales"⁴⁷³. Por lo tanto, *y a sensu contrario*, en dicha materia el órgano superior es el TC. Lo cual significa que, tratándose de la aplicación de la Constitución, el TC ostenta la última palabra y, por lo tanto, también las sentencias

⁴⁷² Manuel FRAGA IRIBARNE en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados de 20 de julio de 1978.

⁴⁷³ SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La unificación de la doctrina...*, *op. cit.*, p. 55.

del TS, en la medida en que infrinjan la Constitución, pueden ser revisadas por aquél.

Por supuesto, se ha de determinar qué constituyen "garantías constitucionales". Se trata de un concepto abstracto que ha sido entendido como lo relativo a la protección de aquellos derechos y libertades que la Constitución califica como fundamentales. Es decir, el TC tendrá la última palabra a la hora de dilucidar cualquier asunto en el que esté implicado un derecho de los reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, y en el art. 30.2 CE.

Pero, no debe olvidarse que, debido a la --en principio-- loable amplitud con la que el TC ha interpretado los derechos mencionados, no resulta difícil encontrar en cualquier litigio un punto de conexión con los mismos, mas aún si se piensa en derechos como el de la tutela judicial efectiva o el de igualdad. Ello hace posible que muchos litigios que se ventilan en las jurisdicción ordinaria, y en los que el objeto principal es una cuestión totalmente ajena a los derechos fundamentales, puedan llegar a recurrirse en amparo al hacer una interpretación extensiva de lo que son las garantías constitucionales.

Como bien dice Aparicio Pérez, "siempre habrá un campo donde la actividad del Tribunal Constitucional será necesaria más allá del mero control de la actuación jurisdiccional ordinaria, especialmente cuando dicho ámbito se refiere al tratamiento de los derechos fundamentales que, por definición, son de permanente

textura abierta y cuya continua actualización corresponde en último extremo al propio Tribunal Constitucional"⁴⁷⁴.

En definitiva, pues, es al TC a quién compete en exclusiva la determinación de si en un caso concreto está en juego un derecho fundamental o no. No existe ninguna regla establecida que permita discernir cuando nos encontramos ante garantías constitucionales, de la cuales debe conocer el TC, o por el contrario, estamos ante cuestiones de mera legalidad, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Lo destacable es que es el propio TC el único que tiene la "llave" para establecer cuándo hay garantías constitucionales implicadas en el asunto y, por lo tanto, cuándo le corresponde entrar a revisar la actuación que ha realizado el órgano jurisdiccional. En el proceso de admisión de un recurso de amparo en el que se denuncia la violación de un derecho fundamental el TC tiene la oportunidad de determinar si hay garantías constitucionales en juego y entrar a resolver sobre el fondo, o por el contrario, considerar que la controversia particular corresponde al ámbito de la más pura legalidad, sin que exista ninguna cuestión constitucional sobre la que deba pronunciarse. Con ello se quiere poner de manifiesto que, en definitiva, el TC tiene la facultad última de determinar cuándo puede entrar a conocer de la actuación realizada por un órgano jurisdiccional.

474 APARICIO PÉREZ, Miguel Angel: "La aplicación de la Constitución...", *op. cit.*, p. 83.

c) Mecanismos utilizados por el TC para entrar a controlar la "constitucionalidad" de la aplicación de la ley por el juez

¿Cuándo ha entendido el TC que se están violando garantías constitucionales, y por lo tanto, ha entrado a conocer sobre el modo en que los tribunales o el mismo TS ha interpretado la ley? En este sentido, las razones que han llevado al TC a justificar el control sobre la actuación judicial han sido varias y a ellas nos vamos a referir ahora.

I. La primera de las razones que han llevado al TC a entender que la decisión judicial vulneraba un derecho constitucional ha sido la falta de "motivación suficiente". El TC ha exigido, ante todo, que la decisión judicial esté motivada. Dicho requisito "está directamente relacionado con los principios de un Estado de Derecho y con el carácter vinculante que para Jueces y magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrafos 1 y 3). En contra de lo que con naturalidad ocurría en el Antiguo Régimen, en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado. Con ello se cumple tanto con la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, como con la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución a través del sistema de recursos previsto en el ordenamiento" (STC 24/1990, FJ 4º)⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ En el mismo sentido, STC 116/1986, FJ 3º; STC 13/1987, FJ 3º; STC 174/1987, FJ 2º y STC 211/1988, FJ 4º.

II. Otra práctica muy generalizada en el TC consiste en entender que se está violando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando, habiendo diversas interpretaciones de la ley, el juez no ha escogido, de entre ellas, la más favorable al derecho fundamental que está en juego. Así se estableció, por ejemplo, en la STC 161/1992, de 26 de octubre (FJ 2º): "En los supuestos en los que...sean posibles distintos criterios de interpretación, el TS debe dar prevalencia a la interpretación más favorable para la viabilidad del recurso, por imperativo del Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva"⁴⁷⁶. No obstante, añade el TC, la interpretación de las normas en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental⁴⁷⁷, aún debiendo guiar constantemente la interpretación y la aplicación de toda regla procesal, no está exenta de límites en cuanto a canon de constitucionalidad, ya que requiere, primero y lógicamente, "que la norma aplicada permita otra interpretación alternativa a la elegida por el órgano judicial" y, segundo, "que la interpretación adoptada por el juzgador sea arbitraria o inmotivada, ya que si no se dan esas circunstancias el TC no puede sustituir al órgano judicial en la función de interpretación de la legalidad ordinaria que le compete en exclusiva"⁴⁷⁸.

476 En el mismo sentido Vid., entre muchas otras, la STC 195/1992, de 16 de noviembre.

477 En el voto particular a la STC 68/1995, de 9 de mayo, se señalaba que "La ley se restringe cuando en atención a la equidad se toman las palabras, no en toda su latitud o sentido general, sino en un sentido mínimo...".

478 STC 255/1994, de 26 de septiembre, (FJ. 2º).

III. La "arbitrariedad" a la que se refiere el TC en esta sentencia ha sido otra de las "puertas" utilizadas por el TC para entrar a conocer de la interpretación de la ley aplicada por el juez, sobre todo para controlar los cambios realizados por éste en la interpretación de un mismo precepto legal. En este sentido, la STC 57/1985, 29 abril, (FJ 1º) señalaba: "La libertad para enjuiciar, para interpretar y para aplicar las normas que tienen los Jueces y Tribunales permite que un mismo órgano judicial, ante supuestos ya no semejantes, sino incluso idénticos, modifique su propia interpretación de unos mismo preceptos legales, siempre que razone su nueva interpretación en términos de Derecho para que su cambio hermenéutico no resulte ni inadvertido para él mismo, que debe ser consciente de que cambia y de por qué cambia de criterio, ni arbitrario por no razonado y, en este sentido, discriminatorio".

IV. Por último, el TC ha acudido a otros criterios como la falta de racionalidad o de proporcionalidad para dilucidar si la interpretación de la ley practicada por el juez es, o no, contraria a la Constitución. Valga como ejemplo de esta doctrina la STC 291/1993, 18 octubre, (FJ 2º): "Toda limitación para el ejercicio de un derecho...no sólo ha de estar amparada en la Constitución y articulada debidamente en norma con rango de ley, sino ser también aplicada según criterios de racionalidad y proporcionalidad que exige, inexcusablemente, una resolución expresa y motivada". Es obvio que, objetivamente, una decisión que carece de motivación no es racional por naturaleza, pero incluso las sentencias que sí contienen dicha motivación pueden ser tachadas de irracionales o desproporcionadas por el TC. Para dicha calificación el TC cuenta con

un amplio margen de discrecionalidad, esto es, no existen normas escritas que determinen cuándo una interpretación es irracional, arbitraria o desproporcionada: es el propio TC quien decide en cada momento si la interpretación efectuada por el juez incurre en alguna de esas circunstancias y, por lo tanto, es contraria a los preceptos constitucionales. Con lo cual, y como ya se ha apuntado, el TC cuenta con vías para acceder indirectamente a controlar la constitucionalidad de la interpretación efectuada por los órganos jurisdiccionales.

d) La selección de la norma a aplicar al caso.

I. En principio, y tal como el TC señaló en la STC 90/1990, de 23 de mayo, el problema de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es cuestión de estricta legalidad ordinaria que no corresponde al TC enjuiciar, sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria. Si el TS es el máximo interprete de la legalidad, se puede afirmar que, puesto que la función esencial de la casación consiste en la revisión de la aplicación de la ley, compete a éste decidir si la norma que ha aplicado el juez es la que debiera, y en caso negativo anular la sentencia de la instancia. Para ello, el art. 1692.4 LEC ofrece un motivo de casación, cual es "la infracción de las normas del ordenamiento jurídico...que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", que permite al TS apreciar de oficio la motivación que ha llevado al juez a aplicar un precepto legal en un determinado supuesto jurídico y juzgar si en ello se ha respetado la legalidad establecida. Al fin y al cabo, no corregir los motivos

erróneos que llevan al juez a la aplicación de una norma que no debiera ser aplicada al supuesto fáctico supondría dejar subsistente una interpretación susceptible de reproducirse en casos posteriores, con evidente peligro para la igualdad, y la seguridad y certidumbres jurídicas. Es decir, la posibilidad del cambio de norma jurídica aplicable es una manifestación del "iura novit curia" que el TS puede hacer valer como cualquier otro juez.

II. Ahora bien, aunque antes se ha señalado que la STC 90/1990, de 23 de mayo, afirmaba que no corresponde al TC enjuiciar cual es la norma aplicable al caso en cuestión, hay que advertir que la misma sentencia, acto seguido, añadía que el TC puede realizar el control de la selección si ésta ha sido arbitraria, manifiestamente irrazonable o ha sido fruto de un error. Ello se expresaba con estas palabras: "Conforme este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar, la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, a quienes el artículo 117.3 CE atribuye el enjuiciamiento de los hechos y la selección e interpretación de las normas. Sin embargo, este principio general admite excepciones, pues el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales...podrá producirse si se ha tratado de una selección arbitraria, manifiestamente irrazonable; o ha sido fruto de un error patente; si se ha desconocido o no se ha tenido en cuenta por el Juez la ordenación constitucional y legal de los controles normativos.... O, en fin, si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial

efectiva e igualmente tutelado a través del recurso de amparo" (FJ. 4°).

De este mismo modo se entendió en la STC 126/1994, de 25 de abril: "En el presente caso, los órganos judiciales han desconocido el marco excepcional en el que se insertaba la referida norma...los Tribunales han efectuado una selección manifiestamente irrazonable de la norma aplicada, desde el momento en que han excedido, sin justificación alguna, los ámbitos de aplicación de ésta" (FJ 5°). Por lo tanto, el TC únicamente debe entrar a revisar la selección de la norma aplicada al caso de un modo excepcional, esto es, cuando la misma suponga el desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, y, en todo caso, debe hacerlo limitándose a señalar que la norma aplicada no es la que debiera ser. El problema se encuentra en aquellos supuestos en los que el TC no sólo señala que se efectuó una errónea selección de la ley aplicable, sino que sostiene que además de la aplicada, o en sustitución de la misma, debió aplicarse otra. En este caso no estaríamos sólo ante un enjuiciamiento negativo, sino que se llevaría a cabo una operación enjuiciadora positiva de idéntica naturaleza y con el mismo contenido que los del juicio jurisdiccional encomendado a los tribunales ordinarios⁴⁷⁹.

III. La selección de la norma o precepto que se aplique a los hechos enjuiciados tiene especial transcendencia en materia penal, y guarda una relación directa con la valoración de los hechos a la

⁴⁷⁹ En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *El Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y...*, op. cit., p. 21.

que luego nos referiremos. Decimos esto porque existe una diferencia sustancial entre que el juez califique unos hechos como constitutivos de un delito u otro, o como una falta, pues de ello dependerá la aplicación de un precepto penal u otro, con las diferentes consecuencias penales que ello acarrea para el particular. ¿Hasta que punto el TC es competente para decidir si la calificación de los hechos realizada por el juez ordinario es correcta o no, y por lo tanto, se le debe aplicar una norma u otra? Los márgenes entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria en estos casos no están perfectamente determinados.

En términos generales, el TC ha seguido el criterio antes mencionado, es decir, ha defendido "que es función de la jurisdicción ordinaria determinar el sentido de los preceptos penales, pero,...sólo si esta interpretación es arbitraria o irrazonable o restringe indebidamente el libre ejercicio de los derechos fundamentales, deberá este Tribunal entrar en la interpretación de tales preceptos al objeto de reparar la lesión que se pueda haber ocasionado a los derechos constitucionales del solicitante de amparo" (STC 80/1987, de 27 de mayo, FJ 2º).

Un ejemplo de ello lo tenemos en la STC 85/1992, de 8 de junio. En este caso el TC no entendió que determinados hechos constituían un delito de injurias, como había determinado la Audiencia provincial, sino solamente una "vejación injusta leve", tal como había determinado el juez de instrucción. El TC no entró a conocer de los hechos, aunque la calificación que dio de los mismos, con la consiguiente aplicación de una norma diferente del CP, trajo como

resultado una intromisión en lo que, en principio, es tarea propia de los tribunales ordinarios⁴⁸⁰.

Para el TC, la aplicación de las normas penales por los tribunales ordinarios no supone la mera interpretación de la misma sin límite alguno, sino que éstos están capacitados para restringir el ámbito de aplicación del tipo penal atendiendo a la configuración constitucional del bien jurídico protegido, es decir, a los valores e intereses constitucionales, que se hallan siempre por encima de los que un día quiso expresar el legislador cuando redactó tal norma penal⁴⁸¹.

4.3.2. El conocimiento de los hechos y la valoración de la prueba.

Se ha repetido hasta la saciedad que ni el TC ni el TS constituyen órganos de tercera instancia, los recursos de los que conocen son recursos extraordinarios y, por lo tanto, no les compete entrar en el conocimiento de los hechos y pruebas que ya se practicaron en las instancias precedentes. La función de los recursos de amparo y de casación es bien distinta, como ya se ha dicho. Esto también es así, en términos generales, en Italia, Francia y Alemania, donde la doctrina coincide en afirmar que la constatación de los

480 *Vid.* GASCÓN ABELLÁN, Marina: "La justicia constitucional...", *op. cit.*, p. 69.

481 Sobre ello puede verse, GARCÍA RIVAS, Nicolás: "El derecho fundamental a una interpretación no extensiva en el ámbito penal. (Comentario a la STC 111/1993, de 23 de marzo)", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 17, 1993, p. 27-39.

hechos y la apreciación de la prueba corresponde al poder soberano de los jueces del fondo⁴⁸².

a) El conocimiento y valoración de los hechos.

I. En cuanto al recurso de casación, hay que recordar que es un recurso de los que se denominan "fuera de la instancia" que, entre otras cosas, supone un examen limitado de los hechos de la resolución recurrida. Su finalidad no es volver a examinar por completo el proceso originario, sino vigilar el buen funcionamiento de los tribunales inferiores para que actúen dentro de la legalidad. Así lo recordaba el TC en su sentencia 186/1992, de 16 de noviembre, cuando decía: "La entrada en las cuestiones de hecho (por parte del TS) debe realizarse dentro de las limitaciones que se derivan naturalmente de la condición de recurso extraordinario que caracteriza la casación, cuyas finalidades nomofilática y unificadora son predominantes en nuestro derecho positivo" (FJ 2º)⁴⁸³.

El TS ha de extender su conocimiento a la aplicación de las normas jurídicas realizada por los tribunales inferiores y no sólo es que no tenga por qué extender esa verificación a la determinación de los hechos, sino que debe estar vedada la posibilidad de control fáctico, de todo lo que suponga internamiento en la apreciación, determinación y constatación de los hechos. El sentido de la

482 FERRAND, Frédérique: *Cassation française et Révision allemande, op. cit.*, p. 161.

483 *Idem* en STC 73/1990, (FJ 3º).

casación, como bien recoge Guzmán Fluja, "no se guiará ni dependerá de lo que es contingente, de las circunstancias particulares e individuales que distinguen a un caso de otro, sino que se centrará y atenderá a lo que es general y susceptible de posterior reproducción, esto es, lo que trasciende al caso concreto"⁴⁸⁴.

En España la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 recogía el error de hecho como uno de los motivos de casación (art. 1692.7º)⁴⁸⁵, permitiendo, de este modo, una entrada del TS en los hechos si el error sobre los mismos resultaba de documentos o actos auténticos que demostraran la equivocación evidente del juez. Este conocimiento de los hechos sufrió, en un principio, una ampliación con la Ley de Arrendamientos Rústicos y de Leyes de Procedimiento Laboral, pero la última tendencia ha supuesto una reducción tal, que ha acabado por suprimir el motivo de error de hecho en la casación civil (Ley 10/1992 de Medidas Urgentes de Reforma Procesal). Este motivo de casación sólo se mantiene actualmente en la casación laboral ordinaria, y aún así, la relativamente amplia entrada de los hechos en la casación laboral ya había sido restringida por la regulación de la LPL de 1990⁴⁸⁶. En

484 GUZMÁN FLUJA, Vicente: "El recurso de casación...", op. cit, p. 144.

485 Vid. MATA CORNELIO, Eugenio: *La casación civil: Bosquejo histórico, estado actual y estudio de los motivos 1º y 7º del art. 1692 LEC*, Valencia, Colegio de abogados de Valencia, 1946.

486 Art. 205. d) Ley de Procedimiento Laboral: "El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: ...Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". Es posible que un medio de prueba (documento, hecho,...) sin valor legal probatorio pueda ser alegado ante el TS con el fin de que sirva

efecto, el art. 167.5º de la LPL de 1980 al referirse al error de hecho en la apreciación de la prueba admitía que dicho error podía resultar de las pruebas documental y pericial obrantes en autos⁴⁸⁷. Y el art. 205 d) LPL de 1990 señala como uno de los motivos para fundamentar el recurso de casación el "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". Sin embargo, como ha señalado Montero Aroca, si desapareciera tal motivo, podrían encauzarse errores de este tipo por el motivo e) del mismo art. 205 LPL, esto es, por la infracción de las normas del ordenamiento jurídico⁴⁸⁸.

Por lo tanto, dejando a parte los casos tasados en los que se permite que el TS pueda entrar, en cierto modo, en el conocimiento de los hechos, la regla general es la no revisión de los establecidos por los tribunales de la instancia. Sin embargo, y al igual que se observará respecto del TC, esta regla no puede interpretarse de un modo radical, pues el TS se encuentra a menudo con la necesidad de entrar a conocer de la *motivación fáctica* para poder cumplir con su cometido casacional, esto es, no puede olvidar la defensa del "ius

para poner de manifiesto un *error fáctico* en que ha incurrido el juzgador de instancia, con lo que se obligará al TS a revisar los hechos declarados probados comparándolos con los que se deducen de ese medio de prueba. Hay que diferenciar esto de lo que sería un *error de derecho en la apreciación de las pruebas*, que supone que el juez ha desconocido la normativa que otorga a determinados hechos un valor probatorio determinado. *Vid.* MONTERO AROCA, Juan: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, op. cit.*, pp. 1145 y ss.

487 *Vid.* ALONSO OLEA, Manuel: "La casación laboral por error de hecho", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 2, 1980, pp. 233-242.

488 MONTERO AROCA, Juan: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral, op. cit.*, p. 1145.

litigationis", que, como ya se dijo, sirve de instrumento para garantizar el "ius constitutionis".

Esta circunstancia es aprovechada en no pocas ocasiones por el TS para entrar abiertamente en el examen pleno de la cuestión de hecho, convirtiendo el recurso de casación en una tercera instancia. Efectivamente, a través del control que ejerce el TS sobre la motivación fáctica realizada por los tribunales ordinarios, es decir, comprobando que el razonamiento efectuado por los mismos sea formalmente correcto desde el punto de vista de la ley y de las reglas de la lógica, el Tribunal entra en contacto con los elementos fácticos del caso de un modo indirecto. De ahí la necesidad de fijar unos límites a esa cognición que eviten control de los mismos, tarea que, como se viene diciendo, no es propia del recurso de casación. Esta circunstancia ha sido denunciada por muchos autores que han acusado a la casación de alejarse de su fin originario, la uniforme aplicación de la ley, para adentrarse en el análisis de la justicia del caso concreto⁴⁸⁹.

Este fenómeno se produce igualmente en el resto de los sistemas jurisdiccionales que cuentan con el recurso de casación a pesar de que exista también la regla general que impide al juez de la casación entrar a conocer de los hechos. No obstante, encontramos excepciones a esta regla general, como es el caso de Alemania, donde, como ya se vio, en la casación (*revision*) se otorgan muchas

489 GUZMÁN FLUJA, Vicente: *El recurso de casación...*, cit., pp. 162 y ss.; TARUFFO, Michele: "La Corte de Casación entre la función de control de legitimidad y la de la instancia", AA. VV., *Estudios de Derecho Procesal en honor a Victor Fairén Guillén*, op. cit., pp. 188 y 553.

posibilidades a los Tribunales Supremos para entrar en el conocimiento de los hechos, posibilidades que han sido utilizadas en multitud de ocasiones, convirtiéndose el juez de la casación con su comportamiento en una instancia más, algo que no es propio de su función originaria. Por el contrario, la *Cour de Cassation* francesa, si bien es cierto que cuenta con menos facultades que el Tribunal Federal Supremo para conocer de los hechos, también lo es que su actitud ha sido más prudente en esta cuestión, optando normalmente por el reenvío al tribunal que dictó la sentencia⁴⁹⁰. Por su parte, en Italia la Corte de Casación, lejos de buscar el control estricto del Derecho para lograr interpretar un precepto, se excede, a veces, de ese control de Derecho y lo aprovecha para encubrir un control de hecho, enunciando como reglas de Derecho criterios que, en realidad, dependen de una valoración de los hechos⁴⁹¹.

II. Respecto del TC, en el art. 54 LOTC se establece una absoluta prohibición al mismo de entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso. Este precepto, en el proyecto de ley orgánica del TC presentado por el Gobierno, (entonces art. 58), rezaba así: "Cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los jueces y tribunales *se abstendrá de cualquier revisión, fiscalización o censura de aspectos jurisdiccionales de las mismas, tanto en lo referente a la fijación de los hechos como en el de la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto*". Pero

490 FERRAND, Frédérique: *Cassation française et Révision allemande*, op. cit., p. 133.

491 De ello habla GUZMÁN FLUJA en *El recurso de casación civil.*, op. cit., p. 79.

en el texto finalmente aprobado lo señalado en cursiva fue substituido por "se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales".

Pero, no debe llevarse al extremo la afirmación de que el TC debe abstraerse de todo conocimiento relacionado los hechos que dieron lugar al proceso⁴⁹². Así, por ejemplo, en la STC 25/1990, de 19 de febrero, el TC señalaba: "No hay duda de que este Tribunal no puede conocer los hechos que dieron lugar al proceso *a quo*, ni declarar cuantos o cuales de tales hechos han de considerarse probados, ni puede tampoco revisar la declaración que sobre tal extremo efectúe el tribunal ordinario, pues todo ello lo prohíbe el art. 44.1B) LOTC. Pero es indiscutible --y en ello estriba la función y la justificación misma de la jurisdicción constitucional de amparo-- que el Tribunal Constitucional puede y debe, cuando así se le pide por quiénes están legitimados para ello, revisar la valoración jurídica que de tales hechos ha llevado a cabo el órgano judicial, con el fin de comprobar si aquella valoración ha ponderado adecuadamente los derechos fundamentales en juego, y en caso negativo reconocer estos derechos y restablecer a sus titulares en la integridad de los mismos" (FJ 6º) (El subrayado es nuestro).

Así pues, el TC ha reconocido en infinidad de ocasiones que "el recurso de amparo no es una nueva instancia revisora de los hechos afirmados por los órganos jurisdiccionales, sino que, salvo casos

492 El art. 33.2 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Alemán establece que "éste podrá fundamentar su resolución en las conclusiones de hecho de una sentencia firme dictada en un procedimiento determinado en el que se hubiere de averiguar de oficio la verdad".

excepcionales, en que éstos sean irrazonables, arbitrarios o carentes de todo apoyo en las actuaciones judiciales, la apreciación y valoración de los mismos corresponde a los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que de forma exclusiva y excluyente les atribuye el art. 117.3 de la Constitución"(STC 7/1993, de 18 enero, FJ 4º). Con lo cual, el TC viene a afirmar que la regla de no intromisión en la valoración de los hechos no es absoluta. Y no lo es porque, ante todo, el TC debe seguir velando por la salvaguarda de los derechos fundamentales, controlando las acciones arbitrarias que puedan perturbarlos, y en segundo lugar, porque la abstracción absoluta de la valoración de los hechos resulta muy difícil, más aún, si pensamos que precisamente el recurso de amparo nace por razón de un acto concreto y determinado de los poderes públicos que presuntamente viola un derecho fundamental. Ciertamente, resulta complejo señalar un límite al TC en cuanto al conocimiento de la valoración de los hechos, conductas o situaciones que motivaron un determinado acto. Por lo pronto, lo que no se puede negar al TC es la posibilidad de constatar si existieron hechos suficientes para sostener la legitimidad del acto que se impugna.

III. Pero, ¿qué sucede cuando el TC conoce de un recurso de amparo contra una decisión del TS en la que, tal como es debido, se confirman hechos establecidos por los órganos jurisdiccionales inferiores? El TC, teóricamente, tiene que dar por válidos y suficientes los hechos que el TS ha dicho que son tales, y no porque éste lo haya deducido de un estudio de los mismos, sino porque, al no poder entrar a conocer de los hechos, tiene que fundamentar su

razonamiento basándose en las conclusiones fácticas establecidas por los órganos judiciales inferiores. En este sentido, el TC ha señalado que "el recurso de amparo no es una nueva instancia revisora de los hechos afirmados por los órganos judiciales,...hacer lo contrario supondría que este Tribunal supliera las conclusiones fácticas afirmadas por el TS que, por ser razonables y encontrar su apoyo en las actuaciones judiciales, no pueden ser revisadas por este Tribunal sin invadir las competencias propias de los órganos judiciales y, concretamente, las que corresponden al Tribunal Supremo"⁴⁹³.

Ahora bien, ¿puede predicarse lo mismo respecto a la valoración de los hechos? Si el juez valoró los mismos de un modo incorrecto y el TS, en su afán de dar como válidas las conclusiones fácticas de los tribunales inferiores, no anula tal decisión, ¿puede hacer algo el TC?. A ello hay que responder que, puesto que el TC se ha declarado competente para conocer de la valoración jurídica de los hechos para saber si un tribunal ha ponderado adecuadamente los derechos en juego⁴⁹⁴, podrá en este caso entrar a analizar si dicha errónea valoración de los hechos vulnera un derecho fundamental, y si ello es así, anulará la decisión del TS y la de aquel órgano jurisdiccional que cometió el error. Esto es lo que sucedió en la STC 59/1990, de 24 de marzo, donde el TC señalaba: "Lo que el art. 44.1 b) LOTC prohíbe a este Tribunal es que entre a conocer de

493 STC 7/1993, de 18 de enero, (FJ 5º). Pueden verse también, por ejemplo, SSTC 148/1994, 199/1994, 211/1994, 47/1995.

494 Sirva como ejemplo la STC 25/1990, de 19 de febrero (FJ 6º), anteriormente citada.

los «hechos que dieron lugar al proceso» cuando la violación del derecho fundamental, cometida por el órgano judicial lo sea con «independencia de tales hechos» o, lo que es lo mismo, lo que veda dicho precepto es el conocimiento de los hechos que sustentan una pretensión ordinaria (penal, civil o administrativa), que pudiera estar en conexión con una pretensión de amparo, nacida como consecuencia de una violación por el órgano judicial de un derecho fundamental; debiendo este Tribunal limitar, en tal caso, su examen a los hechos que fundamentan esta última pretensión constitucional. (...) Pero, en el caso que nos ocupa, no se aprecia esta «independencia fáctica», sino, antes al contrario, los hechos que permiten al Tribunal Supremo aplicar el *ius puniendi* del Estado y los que fundamentan la pretensión de amparo son los mismos; (...) Por esta razón, y porque es misión de este Tribunal restablecer las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran cometer todos los poderes públicos, se hace obligado concluir que está autorizado por la Constitución (art. 161.1 b) y por su Ley orgánica (arts. 41, 54 y 55.1) a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de dicha violación, partiendo de los declarados probados por el Tribunal de instancia".

b) La valoración de la prueba

I. La valoración de las pruebas también es competencia de los tribunales ordinarios⁴⁹⁵. Antes de la reforma de la Ley de

495 ATC 595/1983, de 23 de noviembre (FJ 1º): "... no siendo el recurso de amparo cauce para lograr una revisión de las pruebas que hayan hecho los

Enjuiciamiento Civil⁴⁹⁶, el error en la apreciación de la prueba constituía uno de los motivos por el que se podía iniciar el recurso de casación. Pese a haberse suprimido tal motivo, Ortells Ramos⁴⁹⁷, entiende que la infracción de normas de valoración legal de la prueba pueden reconducirse por el actual motivo 4º del art. 1692 LEC (infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate). Es decir, puede afirmarse la posibilidad de impugnar en casación la apreciación probatoria efectuada por los jueces de instancia en cuanto éstos hayan desconocido o vulnerado las normas jurídicas que rigen la valoración legal o tasada de la prueba⁴⁹⁸. Pero, con ello la casación no se aparta de su finalidad originaria, no se adentra en los hechos, sino que conoce de la aplicación de las normas realizadas por los tribunales inferiores.

También en Alemania el Tribunal Supremo Federal ha tendido a ampliar sus competencias en esta materia, reemplazando la apreciación de las pruebas de fondo realizadas por los jueces por la suya propia si no está de acuerdo con el razonamiento de la instancia inferior.

tribunales ordinarios en el ejercicio de la jurisdicción que les es propia, por impedirlo el art. 44.1 b) de la LOTC, ni tampoco para hacer consideraciones sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales, aunque se invoquen errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas, o en definitiva la injusticia de tales resoluciones, porque no es el TC órgano de control de la legalidad, ni tercera instancia".

496 Ley 10/1992, de 30 abril, sobre medidas urgentes de la reforma procesal. Vid. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: *La nueva casación civil...*, *op. cit.*

497 ORTELLS RAMOS, Manuel: "Los medios de impugnación", *op. cit.*, p. 421.

498 Los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que regulan la materia de la prueba son: arts. 579-580 (confesión judicial), 597 y ss., 602 y ss., 1218 y ss. y 1225 y ss. (prueba documental).

II. En el recurso de amparo, por término general, sólo cabe la constatación de la existencia de medios suficientes de prueba⁴⁹⁹. En el caso de haberse llevado a cabo actividad probatoria, en determinadas ocasiones el TC se ve obligado a conocer de las pruebas realizadas "para decidir si hubo o no actividad probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor del demandante en amparo, sin que ello suponga invadir la competencia atribuída a los órganos judiciales en materia de libre apreciación de la prueba"⁵⁰⁰. Si no hubo práctica probatoria alguna, esto es, cuando se condenó a una persona sin pruebas, se procederá a la anulación de la sentencia y a la retroacción del proceso al momento anterior a aquél en que tales pruebas debieron hacerse. Y finalmente, en aquellos limitados casos en los que no existió una resolución judicial previa, o si existió no hubo pronunciamiento sobre los hechos origen de la infracción constitucional contra la que se solicita el amparo, el TC puede acordar la práctica de la prueba atendiendo al art. 89 LOTC: "El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la práctica de prueba cuando lo estimare necesario y resolverá libremente

499 Ello es una exigencia propia del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE. MUERZA ESARZA, Julio: "El mínimo probatorio en la jurisprudencia Constitucional", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 6, 1988, pp. 845-868.

500 STC 190/1992, de 16 de noviembre, (FJ 2º).

sobre la forma y tiempo de su realización, sin que pueda en ningún caso exceder de treinta días"⁵⁰¹.

Por lo tanto, el TC en todos estos supuestos en los que no existió período probatorio, o el TC entiende que la actividad probatoria no fue suficiente, o considera que se infringió la normativa procesal relativa a la prueba, etc., lo que realiza es una valoración de la prueba sustitutiva de la practicada por el órgano jurisdiccional. Precisamente, porque está en juego un derecho fundamental, como puede ser el derecho a la presunción de inocencia, o el derecho a no ser condenado sin pruebas suficientes, el TC se encuentra legitimado para entrar a controlar la actividad realizada por el juez e interpreta el modo en que deben aplicarse las normas procesales concernientes a la prueba.

4.3.3. El posible contenido de las sentencias de casación y de amparo.

a) Los posibles pronunciamientos de las sentencias de casación y de amparo.

I. El contenido de la sentencia de casación es bien diferente al de la sentencia de amparo. El art. 1715 LEC establece los pronunciamientos posibles en el caso de que el TS estime el recurso.

⁵⁰¹ Igualmente, el art. 26 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional alemán establece que éste "obtendrá las pruebas necesarias para la averiguación de la verdad y podrá en este punto ... encargarse de ello a un miembro del propio Tribunal o bien requerir a otro tribunal con referencia estricta a determinados hechos y personas".

Así pues, en los supuestos en los que se estime alguno de los motivos amparados en los números 1º, 2º y 3º del art. 1692 LEC, el fallo contiene una declaración de nulidad de la decisión y un reenvío del caso al tribunal adecuado para que resuelva conforme a derecho, pero si la casación se admite por el motivo cuarto o por el primer inciso del motivo tercero del mismo artículo, "la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate"⁵⁰². Ello se produce, por lo tanto, cuando se han infringido normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, o se han quebrantado las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. En dichos supuestos, el TS no hace más que cumplir con su función de supremo intérprete de la ley y, en todo caso, el contenido de la sentencia versa sólo sobre la aplicación de las normas, no sobre el fondo del asunto⁵⁰³.

II. En lo que atañe a las sentencias de amparo, el art. 55.1 LOTC prescribe el contenido que deben tener en los siguientes términos⁵⁰⁴:

502 Art. 1715.3º LEC

503 Hay que advertir que antes de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, no existía la casación contencioso-administrativa, y en el proceso administrativo el principal medio de impugnación era la apelación ante las Salas del TS. La función que realizaba éste se alejaba bastante de las que son propias de la casación, pues el recurso de apelación constituía un recurso de plena jurisdicción.

504 Un comentario sobre este artículo y los diferentes tipos de pronunciamientos de las sentencias de amparo se encuentra en PIBERNAT DOMENECH, Xavier: "Los pronunciamientos contenidos en las sentencias...", *op. cit.*, p. 143-191.

"La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión o acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso, de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación"

A este respecto el TC ha señalado que "... la sentencia que se dicte en amparo no tiene por qué contener todos y cada uno de los pronunciamientos relacionados en el mismo, sino que basta que contenga alguno de ellos"⁵⁰⁵ Por lo tanto, cualquier sentencia de amparo en la que se dé un contenido diferente a los aquí enunciados podría ser interpretado como una extralimitación de las funciones propias del recurso de amparo⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ STC 83/1982, de 22 de diciembre, (FJ 2º).

⁵⁰⁶ Ha habido jurisprudencia del TC respecto a los límites de las sentencias de amparo. Así por ejemplo, el TC ha señalado que el derecho a ser indemnizado por dilaciones indebidas no es un pronunciamiento incluíble den el art. 55 LOTC (STC 139/1990, de 17 de septiembre, FJ 2º), como tampoco no lo es la determinación de la composición del tribunal para garantizar el derecho al juez imparcial (STC 316/1993, de 25 de octubre, FJ 4º).

Ahora bien, si el contenido de la sentencia puede ser el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho, ¿cabe cualquier tipo de actuación para obtener esa reintegración del recurrente en su derecho? A este respecto hay que decir que en supuestos excepcionales, cuando se trata de la lesión de un derecho fundamental que tiene su origen en una resolución judicial dictada con violación de una garantía procesal, es cuando se permite al TC adoptar las medidas adecuadas, que podrán consistir alternativamente en dos tipos distintos de pronunciamientos: el primero de ellos, que es el supuesto normal, consistirá retrotraer al recurrente a la posición en que se encontraba en el momento que se produjo la violación; y el segundo de ellos consiste en un pronunciamiento por el que la sentencia de amparo atribuye a la resolución judicial efectos distintos de los que tenía inicialmente y que han producido la lesión del derecho fundamental, pronunciamiento que tiene un carácter excepcional⁵⁰⁷, pero en ningún caso se le permite dictar sentencia sustitutoria de la anterior o resolver sobre el fondo.

Pese a esta prohibición, podemos encontrarnos con supuestos en los que el TC no sólo ha anulado la sentencia del juez *a quo*, sino que se ha pronunciado sobre el fondo, al revalidar una sentencia que había sido declarada nula previamente por la decisión que ahora se recurre en amparo⁵⁰⁸. Independientemente, de que luego

507 PIBERNAT DOMENECH, Xavier: "Los pronunciamientos contenidos en las sentencias...", *op. cit.*, p. 182.

508 Este es el caso de la STC 159/1989, de 6 de octubre, que anuló la sentencia dictada por la Audiencia territorial de Valencia y declaró firme la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

se aborde este tema con más profundidad⁵⁰⁹, queremos poner como ejemplo el caso de la STC 227/1992, de 14 de diciembre, en la que el TC no sólo anuló la sentencia pronunciada en su día por el TS por entender que con ello vulneraba el derecho de información⁵¹⁰, sino que declaró firme la sentencia que previamente había dictado en apelación la Audiencia territorial. Los argumentos esgrimidos por el TC para hacer esto fueron los siguientes:

"La labor del TC no se limita a constatar la ausencia de ponderación, extendiéndose por el contrario a un pronunciamiento sobre el fondo a través del cual lleve a cabo la labor de ponderación no asumida por los Jueces y Tribunales", (FJ 2º). ..."El otorgamiento del amparo exige una última precisión acerca de la forma en que debe producirse el restablecimiento del derecho del recurrente...En la medida en que la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Territorial contiene una ponderación adecuada desde el punto de vista constitucional de los derechos fundamentales en colisión, procede confirmarla y declarar su firmeza", (FJ 6º).

En este supuesto el TC viene, en cierto modo, a realizar una tarea que, por naturaleza, corresponde desempeñar a los jueces. No sólo se limita a declarar la nulidad de una actuación judicial contraria a los preceptos constitucionales, sino que el fallo que emite constituye una sentencia sustitutoria de la de la instancia, en

⁵⁰⁹ Nos remitimos en este punto al apartado 6.3.2 de este trabajo.

⁵¹⁰ En dicha sentencia el TS estimaba una demanda de protección civil del derecho al honor y a la intimidad y dejaba sin efecto las dictadas por las instancias judiciales inferiores, que habían entendido que determinada actuación informativa constituía el legítimo ejercicio del derecho a la información.

cuanto que la decisión anulada del TS es reemplazada por la que en su día dictó la Audiencia. No hay duda de que ello es difícilmente encajable en alguno de los pronunciamientos permitidos por el art. 55.1 LOTC. Podría argüirse como justificación de esta actitud del TC el que es una medida tendente a restablecer al recurrente en la integridad de su derecho (art. 55.1 c) LOTC), pero dicho restablecimiento se produciría igualmente con una nueva decisión del TS que respetase lo prescrito constitucionalmente.

b) Indicaciones sobre el modo en que debe resolverse posteriormente el caso impugnado.

I. Ya se ha señalado que, originariamente, el Tribunal de casación no podía sustituir la sentencia anulada por la suya propia, ni vincular al tribunal ordinario imponiéndole una determinada interpretación de la ley⁵¹¹, sin embargo, al constituirse con el tiempo en órgano independiente del legislativo y permitírsele argumentar sus decisiones comenzó a realizar una labor jurisprudencial de influencia en el resto de órganos jurisdiccionales. El TS cuando anula una sentencia de un tribunal inferior no sólo declara que existe un error judicial en la aplicación de la ley, sino que razona en su sentencia los criterios que le llevan a tal anulación, y de este modo influye prácticamente en la decisión que

511 XIOL RIOS, Jose Antonio: "Crisis de la jurisprudencia y Tribunal constitucional", en la obra colectiva, *Constitución y Derecho Público*, Estudios en homenaje a Santiago Varela, *op. cit.*, p. 518.

adoptará el tribunal al que se le reenvía el caso⁵¹². Lo que hace el órgano casacional es efectuar directamente el "juicio de reenvío", en el sentido de proporcionar adecuado sustento jurídico al tribunal que posteriormente juzgará. De todos modos, aunque el juez de reenvío esté absolutamente vinculado al dictado del TS, ningún elemento de la sentencia de casación prejuzga la solución de fondo que debe dictar dicho juez en sustitución de la anulada.

Asimismo la argumentación jurídica realizada por el TS y el modo de interpretar los preceptos en cuestión influirán no sólo en el caso concreto impugnado en casación, sino también en decisiones que tomen otros tribunales posteriormente sobre supuestos iguales. Hay que advertir que incluso la argumentación de muchas de las sentencias de casación que confirman la de la instancia tienen un nada despreciable alcance doctrinal.

II. Algo similar ocurre con el TC. Éste, en la resolución de un recurso de amparo, se circunscribe a la declaración de si la actuación judicial recurrida se ajusta o no a la Constitución, pero no se le permite que, estimado el amparo, establezca el modo en que el tribunal competente que ha de conocer de nuevo tiene que resolver. Lo cual no impide que, como señala Pérez Tremps, "la nulidad del acto judicial lleve aparejada la fijación de los criterios a los que debe ajustarse el nuevo acto que sustituye al nulo, o al menos, la exclusión de los criterios que harían que el nuevo acto incurriera en

512 En el mismo sentido, *vid.* DE OTTO, Ignacio: *Estudios sobre el Poder Judicial*, *op. cit.*, p. 43.

un vicio de inconstitucionalidad"⁵¹³. Dichos dictados vinculan al resto de poderes públicos, tal como prevé el art. 87.1 LOTC, y en particular por los tribunales ordinarios (art. 5.1 LOPJ).

En este punto es necesario hacer una referencia a la doctrina sentada en el caso *Soria-Semanal*, donde precisamente surge la cuestión del sentido en que debe resolverse posteriormente un caso impugnando en amparo. En aquella ocasión el TC, por STC 104/1986, anuló una sentencia del Juzgado de Instrucción de Soria, de 29 de marzo de 1985, aunque en su fallo no incluyó mandato alguno en orden a la retroacción del procedimiento penal o a la adopción de una nueva resolución sobre el fondo, disponiéndose sólo entonces «otorgar el amparo al demandante y, en consecuencia, anular la Sentencia del Juzgado de Instrucción ». Éste último entendió que debía dictar nueva sentencia y así lo hizo, aunque reiterando el fallo anulado por la STC 104/1986. Ante tal actuación, el condenado presentó recurso de amparo alegando violación del art. 24.1 CE porque la sentencia no daba ejecución a lo previamente resuelto por el TC. Ello dio oportunidad al TC para pronunciarse sobre el alcance de sus propios pronunciamientos, señalando que "cierto es que los órganos judiciales --los del orden penal, en un caso como el presente-- deben atender a lo declarado y resuelto por el Tribunal Constitucional en Sentencias por las que un amparo se conceda y que tal consideración del fallo y de los fundamentos que a él llevaron puede requerir una interpretación por los juzgadores *a quo* del alcance de la Sentencia constitucional a fin de dar un cabal

513 PÉREZ TREMPES, Pablo: *Tribunal Constitucional y...*, *op. cit.*, p. 236.

cumplimiento a lo resuelto en ella y adoptar, en consecuencia, las medidas que fuesen pertinentes para hacer efectivo el derecho fundamental reconocido, frente a la violación de la que fue objeto. Semejante consideración y aplicación por el órgano judicial de la Sentencia constitucional no puede llevar, sin embargo, como es claro, ni a contrariar lo establecido en ella ni a dictar resoluciones que menoscaben la eficacia de la situación jurídica subjetiva allí declarada" (STC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 3º). Es más, el TC en esta decisión añadió que la sentencia del Juzgado de Instrucción de Soria se había dictado desconociendo el alcance de la Sentencia constitucional, cuyo pronunciamiento anulatorio de la decisión de apelación hacía firme la Sentencia del Juzgado de Distrito, de 11 de febrero de 1985", esto es, el TC en la STC 159/1987, no sólo determina hasta qué punto el contenido de una resolución constitucional vincula al juez *a quo*, sino que hace una "aclaración" de su STC 104/1986, interpretando que la anulación de la sentencia del Juzgado de Instrucción de Soria significaba la firmeza de la dictada por el juez inferior y que dicho Juzgado anuló. Es decir, en pocas palabras, obliga al juez *a quo* a resolver de un modo determinado, del modo en que había resuelto en su día el Juzgado de Distrito de Soria, lo cual va más allá del principio de libre resolución posterior del caso "siempre que no se contradiga lo establecido en la sentencia constitucional o se menoscabe la eficacia de la situación jurídica en ella declarada"⁵¹⁴.

514 De hecho, la STC 159/1987 contiene un voto particular del Magistrado Eugenio Díaz Eimil, en el que recuerda que "la anulación de la sentencia recurrida en amparo tiene por objeto que el Juez dicte nueva sentencia en la que se contenga pronunciamiento sobre la pretensión del acusado, ...pero no

Por lo tanto, pese a que exista una prohibición de fijar en una sentencia de amparo el modo en que debe fallar posteriormente el tribunal *a quo*, lo que sí existe es una obligación de aquél de ejecutar la sentencia dictada, y en este sentido el TC ha recordado que "si las cosas se miran a la luz del Derecho procesal común,..., de acuerdo con él, ejecutar una sentencia es aplicar o poner en práctica aquello que la sentencia manda u ordena. Como quiera que el mandato de una sentencia está contenido en su parte dispositiva o fallo, no teniendo las consideraciones que lo preceden otro valor o alcance que el de expresar los motivos que han conducido al mismo, resulta claro que lo único que puede ejecutarse es el fallo...". Pero, recuerda que, "las consideraciones anteriores no pueden trasladarse íntegramente, sin embargo, a los procesos constitucionales que se ventilan ante este Tribunal (Constitucional),... y no debe olvidarse que este Tribunal establece una doctrina --doctrina constitucional-- de acuerdo con el art. 40.2 LOTC, y que el art. 87 de dicha Ley impone a todos los poderes públicos la obligación dar cumplimiento a lo que este Tribunal resuelva cualquiera que sea el procedimiento en que lo haya sido", (ATC 232/1982, de 30 de junio).

que esa anulación produzca el efecto de convertir en firme la sentencia apelada, impidiendo al Juez de apelación nueva sentencia..."

5. LA ARTICULACION ENTRE LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y CONSTITUCIONAL.

"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)" (Art. 53.2 CE).

5.1. El carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional.

Todos los jueces y tribunales ordinarios tienen un papel propio en la aplicación de la Constitución en general, puesto que ésta los vincula como al resto de poderes públicos (art. 9 CE); pero además, tienen una función particular en la defensa de los derechos fundamentales. El art. 7 LOPJ señala: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos". Asimismo, el TC ha reconocido que al TS, "como cúspide de la jurisdicción ordinaria, le compete con carácter preferente -no subsidiario como es el caso con este TC- la defensa de los derechos fundamentales..."⁵¹⁵.

Como recuerda García Morillo, se debe partir de la base de que el sistema de protección de los derechos fundamentales no puede descansar sobre mecanismos extraordinarios sino, bien al contrario, sobre los ordinarios. No es el TC el protagonista del sistema de protección, sino los tribunales ordinarios⁵¹⁶.

De hecho, para acudir en amparo por la supuesta violación de un derecho fundamental, es necesario haber agotado las vías jurisdiccionales previas, y únicamente en el caso de que no se haya obtenido satisfacción en la vía ordinaria, se podrá acudir ante el TC como máximo garante de los derechos fundamentales. Precisamente

515 STC 188/1994, de 20 de junio, (FJ 4º).

516 GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 25.

el calificativo de "máximo garante" presupone la existencia de otros órganos que también son garantes de tales derechos, aunque su posición no es la misma, nos referimos a los jueces y tribunales ordinarios. La subsidiariedad es, pues, el principio articulador de las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

5.1.1. La subsidiariedad en los precedentes de nuestro recurso de amparo.

El recurso de amparo español está inspirado en la *Verfassungsbeschwerde* de la República Federal Alemana y en el recurso de amparo de la II República española, de donde toma el nombre⁵¹⁷. Ambos recursos nacieron con la intención de ser remedio subsidiario en la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, y, por lo tanto, con el convencimiento de que eran los tribunales ordinarios los órganos encargados de la defensa de tales derechos.

I. Así, la Constitución de la Segunda República española estableció el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías

⁵¹⁷ Joan OLIVER ARAUJO, uniéndose a la mayoría de la doctrina, reconoce "la existencia de una línea de comunicabilidad entre ambos institutos" (el recurso de amparo actual y el existente durante la Segunda República) en, *El recurso de amparo, op. cit.*, p. 103. Igualmente, recuerda que el *verfassungsbeschwerde* alemán es el que más influencia ejerció en nuestro actual recurso de amparo, *Ibidem*, p. 53. Sin embargo, XIOL RIOS considera que el principio de subsidiariedad en el amparo encuentra su modelo de inspiración en el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales previsto por la Constitución de 1931; así lo afirmó en el debate con motivo del Coloquio Internacional celebrado en Madrid el 13 y 14 de octubre de 1994 y publicado en *La jurisdicción Constitucional en España, op. cit.*, 1995, p. 176.

Constitucionales "cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades" (art. 121 b)), y al mismo tiempo señalaba en su art. 105 que "La ley organizará Tribunales de Urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales". La interpretación que hizo la Ley orgánica de 14 de junio de 1933, reguladora del Tribunal de Garantías, de estos dos preceptos consistió en entender que existían dos instancias en el amparo, una primera ubicada en los Tribunales de Urgencia previstos en el Título constitucional dedicado a la Justicia, y una segunda correspondiente al Tribunal de Garantías⁵¹⁸. De este modo se recogía en el art. 45 de dicha Ley Orgánica, que señalaba lo siguiente:

"Procederá el recurso de amparo cuando concurren estos requisitos: 1º) Que exista acto concreto de autoridades gubernativa, judicial o de cualquier otro orden, que con respecto a un individuo determinado hayan infringido alguna de las garantías relacionadas con...(se incluía un listado de determinados derechos susceptibles de ser protegidos en amparo); 2º) Que no haya sido admitida o no haya sido resuelta la petición de amparo dentro del plazo legal por el Tribunal de Urgencia previsto en el art. 105 de la Constitución, o que dicho Tribunal hubiere dictado resolución denegatoria".

Así pues, se entendió que se habían agotado las posibles reclamaciones "ante otras autoridades" cuando había sido

⁵¹⁸ Sobre ello puede verse, GARCÍA RUIZ, Jose Luis: *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid, Editorial Nacional, 1980, pp. 59 y ss.

infructuosa la petición de amparo ante los Tribunales de Urgencia. Por lo tanto, la intervención del Tribunal de Garantías, al igual que hoy, estaba prevista como una vía excepcional y subsidiaria de protección, y no como un cauce procesal de apelación que enjuiciase aspectos de legalidad, suplantando de este modo a los tribunales ordinarios.

No obstante, se ha de advertir que dichos Tribunales de Urgencia no llegaron a crearse, lo que llevó al Tribunal de Garantías a tener que intervenir en más ocasiones de las que en un principio le hubieran correspondido. Ruiz Lapeña señala que, pese a que el Tribunal de Garantías protegía efectivamente los derechos fundamentales⁵¹⁹, de haber funcionado los Tribunales de Urgencia, el amparo de los derechos individuales probablemente hubiera funcionado de manera más rápida y eficaz⁵²⁰.

Al no llegar a constituirse los Tribunales de Urgencia, se previó una solución provisional que consistió en añadir una disposición transitoria segunda al texto de la Ley reguladora del Tribunal de Garantía en la que se establecía: "Mientras no estén constituidos los Tribunales de Urgencia a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, no podrá interponerse el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías sin el requisito previo de que haya resultado ineficaz la reclamación ante la Autoridad competente. Se entenderá por Autoridad competente, a los efectos de lo dispuesto

519 Puede verse BASSOLS COMA, Martín: *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales...*, op. cit..

520 RUIZ LAPENA, Rosa María: "El recurso de amparo durante la II República Española", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, pp. 291-298.

en el párrafo anterior, el superior jerárquico inmediato del Agente o Autoridad que haya causado el agravio". No obstante, esta disposición provisional acabó siendo definitiva debido a la corta vida de la República⁵²¹.

II. El mismo principio de subsidiariedad rige en el recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) existente en la República Federal Alemana. El recurso de amparo alemán, que ha servido de modelo al amparo español, cabe igualmente contra decisiones judiciales y está dirigido a determinar la posible vulneración de un derecho fundamental cuando la reparación del mismo no se haya podido obtener en la vía ordinaria. Así, el art. 90 de la Ley reguladora del TC alemán, de 3 de febrero de 1971, señala que "cuando la lesión pueda ser reparada por la vía jurídica normal, el recurso de amparo no puede ser interpuesto sino después de haberse agotado dicha vía jurídica".

No obstante, pese a que la regla general es la subsidiariedad del recurso de amparo, "el Tribunal Constitucional Federal puede decidir de inmediato sobre un recurso de amparo interpuesto antes del agotamiento de la vía jurídica, cuando ese recurso sea de interés general o cuando, de no hacerlo así, se le irrogase al recurrente un perjuicio grave e inevitable" (art. 90.2.2 Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal). Por lo tanto, en Alemania la subsidiariedad es la regla general, pero tiene sus excepciones.

⁵²¹ GARCÍA RUIZ, Jose Luis: *El recurso de amparo...*, op. cit., p. 111.

En cuanto al fundamento del carácter subsidiario del recurso de amparo alemán, la doctrina no ha sido unánime; mientras parte de ella lo han justificado en el principio de economía procesal, otros autores, a los que se adhiere Oliver Araujo, consideran que la razón se encuentra en evitar la aglomeración de recursos ante el Tribunal Constitucional⁵²².

El principio de subsidiariedad tiene también otras aplicaciones en Alemania. Así, por ejemplo, cuando una persona decide impugnar una ley por el cauce del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional Federal puede inadmitirla por considerar que la norma en cuestión necesita de proyección práctica, con lo que la subsidiariedad se convierte también en una forma de impedir un control abstracto de la norma legal cuando el Tribunal Constitucional estima que sólo conociendo los pronunciamientos previos de los órganos ordinarios cuenta con el necesario contexto para emitir un juicio sobre la constitucionalidad de la misma⁵²³.

5.1.2. La opción originaria: un recurso de amparo con carácter alternativo.

En el art. 53.2 CE se establece que la protección de los derechos fundamentales se realizará a través de un procedimiento preferente y sumario y, *en su caso*, a través del recurso de amparo ante el

522 OLIVER ARAUJO, Joan: *El recurso de amparo*, op. cit., p. 59.

523 Vid. la intervención de TOMUSCHAT en el coloquio internacional celebrado en Madrid el 13 y 14 de octubre de 1994 y publicado en *La jurisdicción Constitucional en España...*, op. cit., 1995.

Tribunal Constitucional. Pese a que la doctrina generalizada ha entendido que la expresión "en su caso" implica el carácter subsidiario del recurso de amparo, Rubio LLorente⁵²⁴ advierte que la finalidad originaria no era ésta. De hecho, la redacción del art. 53.2 (entonces art. 52.2) en el proyecto de Constitución era la siguiente: "Cualquier ciudadanos podrá recabar la tutela de las libertades y derechos...ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el TC..." La finalidad de tal concepción del recurso de amparo no era otra que la de evitar la conflictividad, presumible entonces y real actualmente, de que se derivaran conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. No obstante, la existencia de tal indeterminación en el proyecto inicial del art. 53.2 sobre el carácter subsidiario o alternativo del recurso de amparo constitucional no pasó desapercibida y, como consecuencia, se introdujo el inciso "en su caso" producto de un acuerdo del Senado al aprobar una enmienda *in voce* que presentó el Sr. Angulo Montes⁵²⁵. No obstante, su enmienda estaba pensada para un recurso de amparo configurado, no como un recurso subsidiario, sino como una vía *alternativa* a la judicial. De hecho, la propuesta de Angulo Montes al actual art. 53.2 era la siguiente: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela...por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, o, *a su elección*, mediante el recurso de amparo ante el

524 RUBIO LLORENTE, Francisco: "El recurso de amparo constitucional", *op. cit.*, pp. 127 y ss.

525 Boletín Oficial de las Cortes, nº 62, Sesión del Senado, de 29 de septiembre, p. 3088.

Tribunal Constitucional..."⁵²⁶. Lo cual significaba configurar al recurso de amparo como una doble vía paralela a la protección de derechos fundamentales prestada por los tribunales ordinarios, y dejar al arbitrio de los particulares la elección de una u otra, algo que, sin duda alguna, no hubiese ayudado más que a crear un desorden e inseguridad en el proceso de protección de los derechos fundamentales.

Pese a lo señalado, también hay que recordar la existencia de algunos partidarios del recurso de amparo con claro carácter de subsidiariedad. Este es el caso del Grupo Independiente, que presentó una enmienda al actual art. 53.2 CE, proponiendo la siguiente redacción: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos...ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia, sumariedad y gratuidad. *Cuando resulte ineficaz la reclamación ante ellos*, podrá interponerse el recurso de amparo ante el TC"⁵²⁷.

Lo destacable es que, entre unas opciones y otras⁵²⁸, la inclusión final del "en su caso" en el art. 53.2 CE supuso dejar en manos del legislador la concreción última sobre el carácter que debía tener el recurso de amparo respecto de las vías judiciales

526 Boletín Oficial de las Cortes, nº 157, Sesión del Senado, de 6 de octubre de 1978, p. 3478.

527 Boletín Oficial de las Cortes, nº 157, Sesión del Senado, de 6 de octubre de 1978, p. 3478.

528 Sobre las diferentes posiciones acerca de la subsidiariedad del recurso de amparo durante el debate constituyente puede verse también el trabajo de Ignacio Díez-Picazo, "El artículo 53.2 del la Constitución: Interpretación y alternativas de desarrollo", en *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria...*, op. cit., pp. 189-192.

ordinarias. Así, en el momento de redactarse la LOTC la cuestión no se entendió conforme a la originaria voluntad del constituyente, sino que, por el contrario, se configuró un recurso de amparo a semejanza del existente en la República Federal Alemana, esto es, subsidiario y no alternativo. De hecho, la redacción del art. 44.1 a) LOTC no sufrió ninguna modificación durante el debate parlamentario de la Ley, y los diferentes partidos políticos se abstuvieron de presentar enmiendas al mismo, lo que indica que en aquel momento se había comunmente aceptado la idea de un recurso de amparo subsidiario⁵²⁹.

5.1.3. Razones que justifican el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional.

a) Razón de origen: El respeto a la jurisdicción ordinaria. Especial referencia al incidente de nulidad de actuaciones.

I. Ubicar la defensa de los derechos fundamentales en los tribunales ordinarios no supone más que el cumplimiento de la natural misión de éstos de aplicar y defender la Constitución, tal y como se desprende del art. 9.1 CE, y del ejercicio de la función jurisdiccional, que tienen encomendada en exclusiva por los arts. 117 y 24.1 CE. Como señala Rodríguez Oliver, "negar la competencia a los tribunales ordinarios para aplicar la Constitución... implicaría mutilar su operatividad, lo que no ha querido consentir siquiera la

⁵²⁹ Compruébese en los debates parlamentarios de la LOTC, Diarios de Sesiones del Congreso nº 23, de 23 de julio de 1979, y nº 30 de 19 de septiembre del mismo año.

ley que regula el Tribunal Constitucional (art. 41.1 LOTC)"⁵³⁰. Por lo tanto, el "juez natural" de los derechos fundamentales es el juez ordinario y así se ha reconocido también en el art. 7 LOPJ: "Los derechos y libertades públicas reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos".

La consideración de los tribunales ordinarios como principales garantes de los derechos fundamentales supone, por un lado, que son los primeros encargados de asegurar el respeto de los derechos fundamentales por los poderes públicos, y por otro lado, que en el supuesto de que la lesión de un derecho se produzca por el poder judicial, se ha de dar una oportunidad a los mismos órganos jurisdiccionales para que puedan remediar el agravio causado. Así lo ha reconocido el TC en diversas ocasiones, entre ellas en la STC 8/1993, de 18 de enero, donde señaló que "el presupuesto consistente en el agotamiento de la vía judicial previa, mediante la interposición de los recursos previstos legalmente en dicho ámbito jurisdiccional contra la resolución impugnada, tiene por objeto y finalidad esencial preservar la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, remediar la

530 RODRÍGUEZ OLIVER, Jose María: "La Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 1979", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 58, 1980, p. 141.

lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo"⁵³¹ (el subrayado es nuestro).

II. En cuanto a qué recursos deben haberse interpuesto para entender cumplido el requisito del agotamiento de la vía previa, el TC ha dejado claro que no puede incluir "a todos los recursos utilizables en cualquier vía judicial, lo que supondría una carga desmesurada para tener acceso a este TC en la defensa de derechos fundamentales presuntamente vulnerados por órganos jurisdiccionales, sino, exclusivamente, como se desprende del mismo precepto legal, a los recursos utilizables dentro de la vía judicial en que la presunta vulneración tuvo lugar" (STC 92/85, de 24 de julio)⁵³².

Además, ha de tratarse de recursos que sean adecuados y útiles para la reparación del derecho presuntamente lesionado⁵³³. Lo cual supone, no sólo que han de agotarse todos aquellos recursos que pudieran restablecer al recurrente en su derecho vulnerado, sino que no puede prolongarse dicha vía judicial previa interponiendo recursos inútiles para la salvaguarda del derecho con el fin de alargar el plazo de interposición del recurso de amparo. Así se estableció en la STC 50/1990, de 26 de marzo, donde se señaló que "la indebida prolongación de la vía judicial previa al proceso de amparo, producida a consecuencia de la interposición de un recurso

531 *Vid.* también, entre muchas otras, las SSTC 43/1983, 59/1987, 73/1989.

532 En el mismo sentido, *vid.* SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 29/1983, de 26 de abril; 30/1984, de 6 de marzo; STC 18/1994, 20 enero.

533 SSTC 30/1982, de 1 de junio; y 50/1984, de 5 de abril.

no autorizado por la ley, puede ocasionar la extemporaneidad del recurso de amparo, puesto que dilata el plazo del art. 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional más allá de su límite temporal o se rehabilita el plazo fenecido". No obstante, el TC ha interpretado esta doctrina de un modo restrictivo, pues en la misma sentencia añadía que para que se produzca tal consecuencia de extemporaneidad "es preciso que la improcedencia del recurso interpuesto sea evidente, es decir, constatable *prima facie* sin intervención de dudas interpretativas que sea necesario despejar por medio de criterios hermenéuticos no absolutamente discutibles, puesto que el respeto debido al derecho de la parte a utilizar cuantos recursos considere útiles para la defensa de sus derechos e intereses impide exigirle que se abstenga de emplear aquellos cuya improcedencia sea razonablemente dudosa y, en consecuencia que asuma el riesgo de incurrir en una falta de agotamiento de la vía judicial previa que previene el art. 44.1a) de la LOTC, y tales razones conducen a privar de consecuencias de extemporaneidad a la interposición de recursos de dudosa procedencia legal, siempre que no sea apreciable en quien los interpone intención meramente dilatoria o defraudatoria del plazo de interposición del recurso de amparo" (FJ 2º)⁵³⁴.

III. Por otro lado, se ha de indicar que la necesidad de agotar la vía judicial previa está en directa conexión con el requisito de "haber invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto como, una vez conocida la

⁵³⁴ Se reitera la doctrina sentada en sentencias anteriores como las SSTC 120/1986 y 143/1986.

violación hubiera lugar a ello" (art. 44.3 LOTC), si se quiere recurrir en amparo⁵³⁵. Este requisito encuentra, de nuevo, su razón de ser en un intento de respeto a la jurisdicción ordinaria, ya que de este modo, la puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional de la vulneración de un derecho da opción a que se produzca una revisión en la vía ordinaria, sin que la misma tenga que producirse por el TC⁵³⁶. Tal requisito no se exige en Alemania, donde la doctrina ha criticado duramente cualquier intento de introducción del mismo⁵³⁷.

Además, si el derecho vulnerado sólo se invoca después de haber agotado la vía ordinaria, lo que se formula es una queja *ex novo* ante el TC, que haría perder al recurso de amparo su carácter subsidiario; se estaría acudiendo al TC sin dar oportunidad a los tribunales ordinarios de proteger las posibles violaciones de derechos fundamentales cometidas.

535 Sobre el requisito de invocación en la vía judicial previa del derecho fundamental presuntamente vulnerado, forma en que puede realizarse la invocación, el momento procesal oportuno, etc. puede verse: GARBERI LLOBREGAT, Jose: "La invocación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo constitucional", *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1988, pp. 459 y ss.; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Comentarios al Título III de la LOTC*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 186-198.

536 En este sentido, véase el ATC de 17 de diciembre de 1980: "Este requisito tiende a dar oportunidad al propio órgano judicial para que pueda argumentar y pronunciarse sobre lo que luego constituye el motivo y fundamento del amparo", y el ATC de 31 de julio de 1981: "...tiene como finalidad y razón de ser hacer posible el restablecimiento del derecho constitucional vulnerado dentro de la propia jurisdicción ordinaria, al ser el amparo un medio último y subsidiario de garantía".

537 Así nos lo cuenta Francisco RUBIO LLORENTE en su trabajo "El recurso de amparo constitucional", *op. cit.*, p.135.

IV. Para finalizar, hay que hacer una referencia en este punto al incidente de nulidad de actuaciones, previsto en el art. 240 LOPJ, para determinar qué utilidad objetiva tiene para reponer actuaciones judiciales viciadas de nulidad por atentar contra derechos fundamentales. A la luz de la LOPJ, existían tres vías para invalidar los actos procesales viciados de nulidad absoluta, lo que, siguiendo los postulados de la subsidiariedad del recurso de amparo, permite reparar en la vía ordinaria posibles vulneraciones de derechos fundamentales. Esto se puede realizar: a través de los recursos articulados por las Leyes Procesales, esto es lo previsto en el art. 240.1 LOPJ; mediante la declaración de oficio por parte del órgano judicial siempre que no haya recaído sentencia definitiva y previa audiencia de las partes procesales (art. 240.2 LOPJ); y acudiendo a los demás medios que establezcan las Leyes Procesales (art. 240.1, *in fine* LOPJ). El incidente de nulidad de actuaciones una vez firme la sentencia que pone término al pleito no existe en nuestro ordenamiento desde que la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente y parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo suprimió a instancia de parte y lo prohibió expresamente en los arts. 742.2 y 743.1 LEC. Las razones que justifican su desaparición se encuentran en los peligros que tal práctica producía para un principio tan fundamental en el proceso como es la cosa juzgada. La posibilidad de que, sin plazo alguno, se pudiesen declarar nulas actuaciones adoptadas en un proceso en el que había recaído sentencia firme, conllevaba indudables perjuicios para la seguridad jurídica y para aquellos terceros que, confiando en la firmeza de la sentencia, había actuado en consecuencia.

Por ello, la posibilidad de volver a reimplantar el incidente de nulidad de este tipo, con la finalidad de permitir que en la vía ordinaria se puedan reparar las violaciones de derechos producidas por órganos jurisdiccionales, debiera ir acompañada de una serie de cambios en dicha figura: la implantación como un recurso, con un plazo para su presentación, etc.

Hasta el momento el TC ha dejado claro que el incidente de nulidad de actuaciones queda absolutamente privado de validez para canalizar la vulneración de derechos fundamentales constatada con posterioridad a la sentencia firme; lo que significa que ni el particular que crea lesionado su derecho podrá instar dicho incidente sin arriesgar con ello la admisión del recurso de amparo por extemporaneidad, ni el órgano judicial podrá estimar la nulidad así promovida sin lesionar con ello el derecho de la otra parte procesal al cumplimiento y ejecución de las sentencias firmes, derecho a la ejecución que se integra plenamente en la tutela judicial efectiva (STC 185/1990, de 15 de noviembre)⁵³⁸. Por lo tanto, la nulidad de actuaciones judiciales que vulneren un derecho fundamental una vez recaída sentencia firme no se puede hacer valer en vía ordinaria y la única posibilidad es interponer un recurso de amparo por indefensión. A este respecto, el TC en esa misma Sentencia añadía: "el insuficiente desarrollo legislativo del art. 53.2 CE al no posibilitar un recurso jurisdiccional previo y sumario ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales, la corrección de esas vulneraciones convierte al amparo

⁵³⁸ Jurisprudencia que viene a reiterar lo señalado en sentencias anteriores, por todas, STC 191/1988, de 17 de octubre; STC 22/1989, de 1 de febrero.

constitucional en un recurso subsidiario, pero también común y general, de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme"⁵³⁹.

Pero, el art. 240 LOPJ, en cuanto vía que permite reparar errores cometidos por los órganos jurisdicciones cuando aún no ha recaído sentencia en un pleito, ¿debe ser utilizado para entender que se ha agotado la vía jurisdiccional previa al recurso de amparo? A estos efectos hay que señalar que cuando existe sentencia definitiva pero no firme, la nulidad debe hacerse valer por medio de los recursos establecidos en las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ); y cuando no se haya dictado sentencia se atenderá a lo establecido en el art. 240.2 LOPJ. Respecto al carácter firme de la sentencia conviene hacer una referencia a la STC 110/1988, de 8 de junio, donde el TC resolvió un supuesto de amparo interpuesto contra un Auto que denegaba la anulación de unas actuaciones judiciales viciadas por un error que cometió el juez. En dicho caso el juez, aun siendo consciente de que había cometido un error al no emplazar a una parte conforme a lo establecido legalmente, denegó la nulidad de actuaciones judiciales porque el art. 240.2 LOPJ le impedía hacerlo, al haber recaído sentencia firme, y señaló que la única vía abierta para remediar la vulneración producida era la que brindaba el recurso de amparo. El TC contestó diciendo que aceptar esa afirmación "implicaría, de ser aceptada en sus puros y simples términos, que en situaciones como la presente, el recursos

⁵³⁹ STC 185/1990, de 15 de noviembre (FJ 2°).

constitucional de amparo se convierte en un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales, al que es forzoso acudir sin intentar previamente de los órganos judiciales el remedio de la violación que se cree haber sufrido", lo que choca frontalmente con el principio de subsidiariedad que caracteriza al recurso de amparo y haciendo una interpretación del término "sentencia definitiva" al que se refiere el art. 240.2 LOPJ aclaró que "la existencia de la antinomia evidenciaba la necesidad de entender que, al menos, en supuestos como el presente, en el que la nulidad se origina en defectos de procedimiento, no de fondo, y afectan a garantías sustanciales cuya trasgresión no ha podido hacer valer anteriormente por ningún otro medio, por sentencia definitiva sólo puede entenderse la ya definitivamente ejecutada, de manera que pueda el juez o tribunal sentenciador, mientras no lo ha sido, (..) declarar la nulidad de actuaciones, en lo necesario para restaurar a las partes en los derechos que garantiza el art. 24 CE".

Por lo tanto, para entender que se han agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44.1. a) LOTC), debieran haberse agotado todas las posibilidades que brinda la legislación procesal para reparar la violación del derecho fundamental; además, como señaló el TC, en este precepto "la expresión «recurso» no puede entenderse limitada a los remedios que merezcan ese calificativo de acuerdo con la técnica del Derecho procesal", (ATC 404/1984, de 27 de junio).

b) Razón cuantitativa: Evitar la aglomeración de asuntos. La admisión de recursos por parte del TC.

I. Como recuerda Otto Bachof, aunque se ha entregado a los tribunales la responsabilidad de cuidar y defender el orden constitucional de valores y derechos, y todos los tribunales tienen una importante función de colaboración que desempeñar, no se puede olvidar que al TC le corresponde un claro papel de guía, pues la labor de interpretación normativa de la Constitución necesita una instancia especializada en estas cuestiones. Pero, "tan extensa misión es imposible que sea realizada por el Tribunal Constitucional por sí sólo, por ello, se ha encomendado a los tribunales ordinarios el trabajo preliminar, que no por ello deja de ser menos importante" (El subrayado es nuestro)⁵⁴⁰.

Si se pretendiese el conocimiento por parte del TC de todas las presuntas violaciones de derechos fundamentales, se comprobaría fácilmente que una única instancia en todo el territorio nacional no puede despachar la infinidad de asuntos que se presentan ante los tribunales. Si no se estableciese este mecanismo de la subsidiariedad, se podría llegar a una situación caótica en la que el TC, invadido de asuntos, quedaría completamente paralizado.

En otras palabras, de lo que se trata es de operar con eficacia, y éste es el sentido que Rubio Llorente encuentra a la subsidiariedad cuando señala que "por subsidiariedad se entiende, en general, la necesidad de que haya una determinada secuencia en la

⁵⁴⁰ BACHOF, Otto: *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 55

intervención de las distintas instancias decisorias, de manera que no haya de ocuparse la superior de lo que puede resolver con eficacia la inferior"⁵⁴¹.

No obstante, por todos es sabido que, pese a la existencia del principio de subsidiariedad, que permite que en la vía ordinaria se pueda dar solución a gran un gran porcentaje de casos donde ha existido una violación de algún derecho fundamental, el número de recursos que llegan al TC sigue siendo elevadísimo⁵⁴². El número de reclamaciones de amparo es tan grande que ha situado al TC en una grave dificultad para atender, con el detenimiento que debiera, a sus otras funciones: el control de constitucionalidad de las leyes, los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y los producidos entre órganos constitucionales. Funciones que, al contrario de la protección de los derechos fundamentales, no pueden ser realizadas por otro órgano jurisdiccional.

Esta avalancha de recursos y las consecuencias que ello genera ha preocupado a la doctrina⁵⁴³ y al propio TC no sólo aquí, sino también en el resto de países que cuentan con el recurso de amparo,

⁵⁴¹ RUBIO LLORENTE, Francisco: "El recurso de amparo constitucional", *op. cit.*, p. 137.

⁵⁴² A ello se refería Pablo PÉREZ TREMPs en la ponencia presentada en el Segundo Simposio de Derecho Constitucional, "El recurso de amparo constitucional. Aspectos procesales", *op. cit.*, pp. 125 y ss.

⁵⁴³ En este sentido véase el trabajo de Fernando SANTAOLALLA LOPEZ: "El recurso de amparo y el desamparo del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, pp. 151-169, donde denuncia la cantidad de retrasos que se producen en la resolución de los asuntos de que conoce, y los desarreglos e injusticias que estas demoras producen.

pues es un fenómeno extendido en todos estos sistemas. La inmundación del Tribunal Constitucional de recursos se ha producido en Alemania, e incluso en Austria, donde, como se ha visto, el amparo no cabe contra resoluciones judiciales.

II. Por ese motivo, en los diversos sistemas jurisdiccionales han prosperado medidas tendentes a limitar el número de asuntos que llegan a las Cortes Constitucionales. Entre las diversas soluciones cabe destacar el examen del recurso en vía preventiva que realizan tres jueces del Tribunal Constitucional alemán sobre la procedencia del recurso de amparo presentado, o el filtro del *Writ of Certiorari* estadounidense, que supone la discrecionalidad por parte de la Corte Suprema norteamericana para pronunciarse o no sobre casos en los que se pone en duda la validez de una decisión de un tribunal inferior⁵⁴⁴. Este mecanismo se introdujo en el sistema

544 El acceso a la jurisdicción de apelación del Tribunal Supremo mediante *writ of certiorari* está permitida: a) Desde el tribunal de última instancia estatal que tenga jurisdicción, de acuerdo con la ley, en el caso particular, en casos en que está puesta en cuestión la validez de un tratado o de una ley federal, o cuando la validez de la ley de un Estado es cuestionada sobre la base de ser incompatible con la Constitution, tratados o las leyes de los Estados Unidos, o cuando un título, derecho, privilegio o inmunidad es precisamente invocado o reivindicado de conformidad con la Constitución o los tratados o las leyes de los Estados Unidos. b) Desde los tribunales de apelación (de circuito) y, en todos los casos pertinentes, desde los tribunales inferiores de los Estados Unidos, tales como tribunales legislativos, a petición de cualquiera de las partes enfrentadas en un pleito civil o en un caso criminal antes o después de recaída la sentencia.

De las peticiones de *certiorari*, el Tribunal acoge un porcentaje de un 5 por 100, siendo, generalmente, cuestiones que afectan a conflictos de decisiones "sobre la misma materia" dictadas por tribunales del mismo nivel, decisiones de tribunales de apelación en cuestiones de derecho federal en conflicto con un tribunal superior estatal, decisiones de tribunales estatales de última instancia que deciden cuestiones federales en conflicto con otro tribunal estatal de igual status o con un tribunal federal de apelación, decisiones de tribunales estatales o federales de apelación que resuelven cuestiones de derecho federal sobre las cuales el Tribunal aún no se ha pronunciado con autoridad y requieren de ella, etc . Vid. todo ello en AHUMADA RUIZ, Maria

estadounidense por una reforma legislativa operada el 27 de junio de 1988, como la única medida que se encontró para evitar la sobrecarga de trabajo que ya desde 1890 soportaba el Tribunal Supremo. El *certiorari* trasciende de lo que implica el principio de subsidiariedad, pues no sólo supone que la Corte Suprema desarrolla su tarea de árbitro final en cuestiones de interpretación constitucional, sino que puede decidir discrecionalmente sobre qué recurso de los que se le presentan conviene resolver. Tal mecanismo ha amplificado la función institucional de la Corte --la provisión de guías y directrices vinculantes para la adecuada interpretación y desarrollo del Derecho federal, así como el aseguramiento de la uniformidad de su aplicación--, y ha puesto en manos del Tribunal la potestad de seleccionar, según su criterio, qué cuestiones pueden trascender los límites de la controversia particular y alcanzar una relevancia general⁵⁴⁵.

En los diversos sistemas constitucionales europeos se ha planteado la posibilidad de introducir el instrumento del *certiorari* como un modo de dar solución al bloqueo de asuntos en el que se encuentran inmersos la mayor parte de los tribunales constitucionales del continente. Sin embargo, poco hace pensar que un sistema como ese pueda ser eficaz en sistemas semejantes al nuestro cuando, incluso en Estados Unidos, ha resultado ser

Angeles: "El «Certiorari». Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de EE.UU", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pp. 119-120.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, pp. 89-126.

insuficiente para dar solución a las necesidades que han ido surgiendo⁵⁴⁶.

Así, en Alemania, con el mismo objetivo de aligerar la carga de trabajo del Tribunal Constitucional Federal se ha introducido, de un modo indirecto, en favor de éste una discrecionalidad cercana a la que practica la Corte Suprema estadounidense. Efectivamente, las graves perturbaciones que la acumulación de recursos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán suponían llevó a la modificación el 2 de agosto de 1993 de la Ley reguladora de dicho Tribunal por la "Quinta Ley de Reforma". La dicción del nuevo art. 93 a) de dicha Ley⁵⁴⁷ conforma unos parámetros de admisibilidad tan flexibles que proporciona al Tribunal Constitucional un amplio margen de libertad que le permite seleccionar a su arbitrio las demandas sobre las que tiene que pronunciarse. Junto a ello, la reforma ha dado otro paso importante, apelando a la necesidad de agilizar los trabajos del Tribunal, al eximirle de la obligación de motivar la decisión de no admitir a trámite una demanda (art. 93 de la Ley del Tribunal Constitucional). Utilizando esta posibilidad, el Tribunal de Karlsruhe se ha acercado a las posiciones norteamericanas, y así, en 1995 rechazó un 90 por ciento de los

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 95.

⁵⁴⁷ Art. 93 a) Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán: "1. Las demandas de amparo requerirán admisión a trámite. 2. Deberán ser admitidas a trámite: a) En la medida en que se les corresponda relevancia constitucional fundamental. b) Cuando esté indicado para hacer valer los derechos mencionados en el artículo 90, ap. 1º; podrá también ser éste el caso cuando la denegación de una decisión sobre el fondo cause al demandante un perjuicio especialmente grave". La dicción anterior de este mismo precepto diferenciaba, por un lado, los motivos de inadmisión de los que las Secciones del Tribunal podían hacer uso, y por otro, las razones por las que las Salas habían de acordar la admisión de las demandas.

recursos que se presentaron sin dar fundamentación alguna. Sin embargo, en muchas ocasiones los Magistrados no pueden prescindir de un largo informe para la deliberación interna, y la carga de trabajo sigue siendo excesiva⁵⁴⁸.

El hecho es que, tanto el sistema estadounidense⁵⁴⁹ como el alemán⁵⁵⁰ dificultan enormemente la tarea de evaluar el grado de discrecionalidad con que actúan el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional Federal a la hora de admitir un caso, no siendo fácil determinar cuando la discrecionalidad se convierte en arbitrariedad. Ello no sucede en España, donde, pese a que la última reforma del art. 50 de la LOTC ha reforzado la facultad del TC para la selección de los asuntos a decidir⁵⁵¹, se optó por un sistema objetivo en cuanto al alcance de las facultades de inadmisión de asuntos por parte del TC. Se aprobó esta reforma con el objetivo de descongestionar de trabajo al Tribunal, ampliando las causas de inadmisión de recursos. De hecho, la actual redacción del precepto posibilita no sólo el rechazo de demandas que planteen cuestiones estrictamente no constitucionales a través del concepto de "falta de

548 El Tribunal Constitucional Federal alemán recibe unos 6000 recursos de amparo anuales. *Vid.* "Robots y Abejas. Karlsruhe se asfixia en una montaña de recursos de amparo", (Traducción de Juan Luís Requejo Pagés), *Focus*, nº 28, 1996, pp. 30-32.

549 AHUMADA RUIZ, María Angeles: "El «certiorari», ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo ...", *op. cit.*, p. 96.

550 RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Luís: "Seleccionar lo importante...", *op. cit.*, pp. 139-148.

551 Reforma operada por la Ley Orgánica 6/1988. Ver comentario sobre la misma en el trabajo de Francisco RUBIO LLORENTE: "El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 60, 1988. (Se recoge también en *La forma del Poder, op. cit.*).

contenido constitucional", sino que, además, para que la demanda sea viable debe poseer contenido constitucional que "justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional". Por lo tanto, los márgenes de apreciación sobre la concurrencia de estas causas de inadmisión son verdaderamente notables, no debiéndose descartar el que se tomen en consideración meras razones o consideraciones de oportunidad, y no tanto el carácter manifiesto de la carencia de contenido constitucional de la demanda.⁵⁵² Lo cual, como ha dicho este Tribunal, "no quiere decir que no se contemple la cuestión planteada por los actores, puesto que, según se ha declarado ya reiteradas veces, para resolver sobre dicha causa de inadmisión, este Tribunal se ha de pronunciar necesariamente sobre la existencia o inexistencia de la lesión alegada y decidir así, en cierto modo, sobre el fondo de la demanda. Esta decisión anticipada no está, por ello, excluida de este trámite y el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que la determinación sobre si el contenido de la demanda justifica una decisión sobre el fondo en Sentencia, para lo cual él es el único competente, se ha de hacer acudiendo a los argumentos en que se apoya la afirmación de que se ha producido una lesión de derechos fundamentales, concluyendo que tal justificación no existe cuando dichos argumentos son, *prima facie*, rechazables, de manera que la decisión sobre el fondo puede ser, en alguna medida, anticipada y adoptada mediante auto" (ATC 426/1990, FJ 2°).

552 FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El amparo en la jurisprudencia...*, *op cit.*, p. 279.

III. Otra de las medidas que se han propuesto para descongestionar al TC del exceso de recursos de amparo de los que conoce consistiría en la interposición, con carácter de cuestión prejudicial y dentro de un procedimiento judicial principal, de una solicitud de impugnación de un acto de los poderes públicos (sea una ley, un acto administrativo o cualquier actuación del poder ejecutivo, o una sentencia) ante el TC. Esta solicitud podría ser propuesta por las parte, el Ministerio Fiscal o, de oficio, por el juez, y produciría la suspensión del procedimiento principal, aunque la relevancia de la intervención del juez constitucional quedaría en manos del juez, en primer lugar, y posteriormente en las de un grupo o sección de jueces del Constitucional que se encargarían de desestimar las cuestiones incidentales que careciesen de fundamento ⁵⁵³.

La ventaja de este sistema se encuentra en la obtención de una primera criba de los casos que merecen la intervención del juez constitucional, evitándose el excesivo número de recursos de amparo que hoy en día se plantean, con los consabidos perjuicios que ello conlleva. Pero, los inconvenientes serían mucho mayores, pues, en primer lugar, produciría una dilación excesiva del proceso; en segundo lugar, si el juez ordinario no considera constitucionalmente relevante la cuestión, el TC no puede entrar a conocer de la posible inconstitucionalidad de un acto. Además, ello supone dejar al arbitrio de la judicatura la determinación de la

⁵⁵³ Esta idea fue propuesta por el Prof. LA PERGOLA, y ha sido descrita por Jose Luis CASCAJO CASTRO en "La jurisdicción constitucional de la libertad", *op. cit.*, pp. 175 y ss.

relevancia constitucional de los conflictos que se planteen en el caso, lo que puede suponer una injerencia importante a favor (interponiendo la cuestión incidental de oficio), o en contra (considerando que la cuestión solicitada por las partes no tiene viabilidad constitucional) de determinados actos del ejecutivo o legislativo, con los cuales la judicatura mantenga "políticamente" buenas o malas relaciones. Respecto a una cuestión incidental frente a un acto de otro órgano jurisdiccional, los posibles inconvenientes aumentan, pues una actitud corporativista podría llevar a los jueces a no favorecer el planteamiento de cuestiones incidentales de este tipo⁵⁵⁴.

c) Razón de supremacía: La subsidiariedad como medio de garantizar la prevalencia de la posición del TC sobre la de los tribunales ordinarios.

Por último, con la exigencia de haber agotado todos los recursos previos utilizables en la vía ordinaria, el TC se asegura el que no exista otro pronunciamiento posterior al suyo que pueda entrar en contradicción con el establecido por él. Por ello, ha inadmitido recursos de amparo interpuestos contra sentencias sobre las que todavía quedaba alguna posibilidad de pronunciamiento del TS. Así, por ejemplo, el ATC 21/1993, de 21 de enero inadmitió un recurso de amparo contra determinadas decisiones judiciales donde se

⁵⁵⁴ En Italia la *Corte di Cassazione* intentó introducir un sistema de este tipo entre los años 1948-1956. Vid. CAPELLETTI: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi ...*, op. cit.

alegaba haber agotado la vía jurisdiccional previa al haberse emitido ya el Auto del TS que inadmitía parcialmente el recurso de casación. El TC aclaró que, aunque se alegase "el precedente de la STC 96/1991, en el que el Tribunal efectivamente estimó el recurso de amparo contra un Auto de inadmisión del recurso de casación, porque dicho Auto acordó la inadmisión de todos los motivos del recurso, con lo que efectivamente se había agotado la vía judicial previa", en el presente caso, la inadmisión del recurso era parcial. Por ello, continuaba diciendo el TC, "si este Tribunal admitiese a trámite un recurso de amparo sin la concurrencia de dicho presupuesto procesal, bien podría suceder que el recurso de casación fuera estimado (en cuyo caso la satisfacción de la pretensión ordinaria absorbería a la de amparo) habiendo este Tribunal de archivar el recurso de amparo por falta manifiesta de objeto), bien pudiera ocurrir que el TS y este Tribunal dictaran sentencias contradictorias, con la manifiesta ruptura de la cosa juzgada o de la continencia de la causa. Por tales razones, no puede estimarse cumplido el principio de subsidiariedad cuando una resolución interlocutoria ocasione una supuesta vulneración de un derecho fundamental en tanto permanezca pendiente el proceso ante los tribunales ordinarios" (FJ 2º) (El subrayado es nuestro).

Lo que preocupa, en realidad, al TC es que su pronunciamiento pueda verse contradicho por una decisión posterior sobre el mismo asunto, como ocurrió con el caso *Tous*. En un determinado momento de este largo proceso se presentó recurso de amparo contra una decisión de la Audiencia Territorial de Valencia que había inadmitido la recusación de ciertos magistrados. El TC, en Auto

220/1989, de 27 de abril, entendió que se había cumplido con el requisito del agotamiento de la vía judicial procedente, pero que no podía admitirse a trámite el recurso de amparo por falta de contenido constitucional que justificase una decisión en forma de sentencia, ya que, a su parecer, no se había producido la vulneración del derecho a un juez imparcial que el demandante alegaba. Sin embargo, tal vía judicial no estaba agotada íntegramente, pues el demandante presentó recurso de casación ante el TS en el que volvió a invocar su derecho a haber sido juzgado por un tribunal imparcial. La respuesta del TS (Auto de 8 de febrero de 1993, RA 1524/1993), en incidente de nulidad promovido de oficio, fue la de anular el procesamiento dictado por la Audiencia Provincial de Valencia al entender que sí había lugar a la recusación de los magistrados por vulnerarse el derecho a un juez imparcial. Con lo cual el TC vio contradicha su decisión por un órgano jurisdiccional ordinario en una materia, los derechos fundamentales, en la que él es el máximo garante.

A partir de ese momento, el TC cambió su actitud con respecto al principio de subsidiariedad, señalando que "no cualquier desviación en los fines de toda instrucción criminal ha de ser reparada por este Tribunal intercalando el recurso de amparo entre los trámites exigidos por las normas procesales que hayan de cumplirse dentro de la vía judicial que se está siguiendo", y recordó que "la subsidiariedad del recurso de amparo (art. 44.1 a) LOTC) determina que esa última reparación sólo pueda tener lugar cuando la misma ya no sea posible en la vía judicial ordinaria" (Caso *Juan Guerra*, STC 32/1994, de 31 de enero, FJ 5º). De hecho, en casos

posteriores en los que se denuncia en amparo la vulneración de un derecho fundamental producida en el seno de un proceso penal que se halla aún en curso, la respuesta del TC ha sido la de inadmitir o desestimar el amparo, señalando que "es en el marco del propio proceso (ordinario), cuando éste aún se encuentra pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan podido originarse, precisamente, en la sustentación del proceso mismo, salvo que no esté abierta otra vía para remediar la vulneración actual del derecho que el recurso de amparo. Y será cuando el proceso ha finalizado --o, dicho en otras palabras, cuando no quepa acudir a instancia judicial alguna que pueda apreciar o reparar la vulneración del derecho fundamental-- cuando se habrá agotado la vía jurisdiccional previa y cabrá, por consiguiente, acudir a este Tribunal en demanda de amparo constitucional...Si este Tribunal entrase a determinar si procede o no el amparo cuando aún se encuentra pendiente el proceso en cuyo marco se ha producido la alegada vulneración de un derecho fundamental, estaríamos advirtiéndole a los ciudadanos que no pueden esperar que los Jueces y Tribunales ordinarios protejan sus derechos fundamentales, y que sólo en este Tribunal pueden confiar a ese respecto" (Caso *Narcos*, STC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 4º). La misma práctica se siguió en el asunto *Rafael Vera* (AATC 168/1995, de 5 de junio; y 173/1995, de 6 de junio), aunque no posteriormente en la STC 128/1995, de 26 de julio, donde el TC sí resolvió estimatoriamente el amparo, a pesar de estar aún abierto el proceso ordinario, puesto que en dicha vía ordinaria no era posible entablar ningún proceso más capaz de reintegrar al particular en su derecho.

Por otro lado, hay que reconocer que uno de los modos de asegurar la primacía de la doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales se encuentra, precisamente, en asegurar que tras la decisión del TC no se producirá otra declaración contraria a aquélla. En este sentido, se ha señalado que el principio de subsidiariedad establecido en el art. 44.1 a) LOTC "sitúa al TC en el trance de realizar una amplísima fiscalización de la actividad jurisdiccional, con influencia directa sobre ésta, más la influencia indirecta derivada de la jurisprudencia del TC (...La *vis directiva* de la jurisprudencia en recursos de amparo), que es innegable"⁵⁵⁵.

5.2. La articulación de la subsidiariedad. La vía ordinaria previa al recurso de amparo.

5.2.1. El amparo ordinario. La Ley 62/1978, de protección de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

a) La utilización de la Ley 62/1978 como norma procesal.

I. Como ya se ha visto, los tribunales ordinarios se encuentran vinculados de un modo especial por los derechos fundamentales y son los primeros obligados a salvaguardarlos. En la vía ordinaria es donde debe garantizarse en primer lugar la protección de los mismos, y en tal vía ordinaria es donde pueden ejercitarse las acciones oportunas para solventar tanto cuestiones de pura

⁵⁵⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El Tribunal Constitucional como última instancia ...", *op. cit.*, p. 345.

legalidad ordinaria, como para ejercitar acciones judiciales de contenido constitucional. Negar esta posibilidad sería lo mismo que negar que los tribunales ordinarios son los principales protectores de los derechos fundamentales, y supondría privar al particular del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, el legislador ha desarrollado mecanismos de tutela especial de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios que constituyen la vía idónea para la protección de los derechos fundamentales. Nos referimos al conocido amparo judicial regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, completada por el Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, por la disposición transitoria segunda LOTC, que extiende el ámbito de la Ley 62/1979 a "todos los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 CE", y por la Ley orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, que incluye la objeción de conciencia en dicha protección.

El amparo constitucional al que se refiere dicha LPJDFP constituye la primera expresión del principio de subsidiariedad, al articular un sistema que permite a los tribunales ordinarios ser los principales garantes de los derechos fundamentales mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y sirve de instrumento de articulación entre las jurisdicciones ordinarias y constitucional. Por lo tanto, se trata de

un recurso de naturaleza excepcional, preferente y sumario⁵⁵⁶. No obstante, pese a que las características y finalidades de este recurso pudieran hacer pensar que constituye el desarrollo del mandato constitucional contenido en el art. 53.2 CE, lo cierto es que cumple tal función de un modo provisional. De hecho, la Disposición transitoria 2ª.2 LOTC determinó que "provisionalmente" la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo sería la contenciosa-administrativa ordinaria o la establecida por la Ley 62/1978⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ Es *excepcional*, por un lado, por el objeto, en cuanto que su utilización queda en principio acotada al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas y siempre que se haya producido una violación de los mismos, y por otro lado, por la forma del proceso, pues la vía administrativa previa es optativa, la pasividad de la Administración en ningún caso suspende el curso de los autos y la medida cautelar de la suspensión del acto impugnado opera como criterio general. Es *preferente* puesto que la tramitación de los recursos planteados de acuerdo con este procedimiento será anterior a cualesquiera otros. Y en cuanto a la *sumariedad*, hay que señalar que lo que se establece es más un procedimiento abreviado que sumario. Sobre la sumariedad del recurso de amparo ordinario puede verse: GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La protección judicial de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.; y CARRILLO, Marc: "La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario, la Ley 62/1978 de protección judicial de los derechos fundamentales de la persona", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº11, 1992., pp. 83-112. -

⁵⁵⁷ Desde luego, difícilmente puede decirse que es la ley de desarrollo del art. 53.2 CE, pues fue promulgada con anterioridad a la Constitución y para la salvaguarda de un conjunto de derechos que no coincidían exactamente con los que señala el art. 53.2 CE. De hecho, la Ley 62/78 fue promulgada con el fin de proteger determinados derechos, principalmente de carácter político, que necesitaban una urgente protección por acuerdo tomado en los Pactos de la Moncloa.

La transitoriedad con la que nació dicha Ley quedaba patente en su Disposición Final que preveía la posible incorporación en su ámbito de protección de los derechos que la nueva Constitución declarase susceptibles de ello. Así sucedió con el Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, que extendió el ámbito de la Ley 62/1979, aunque no fue hasta la promulgación de la LOTC (Disp. Trans. 2ª) cuando dicha protección se hizo extensiva a todos los derechos señalados en el art. 53.2 CE. Aún así, la defectuosa regulación de la Ley en cuestión no contenía previsión alguna respecto de las vulneraciones de derechos fundamentales que pudiesen producirse en el orden jurisdiccional social, y dicho vacío tuvo que suplirse con el Real

Lo cierto es que, aún a sabiendas del carácter transitorio con el que nació la LPJDFP, se han producido numerosas modificaciones de la misma con el fin de dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art. 53.2 CE, pero tales medidas no han hecho sino dar una solución provisional que se ha dilatado en exceso en el tiempo. En efecto, han pasado más de 15 años y seguimos sin tener el recurso de amparo ordinario al que se refiere el art. 53.2 CE.

II. El amparo ordinario, al igual que el constitucional, es un recurso dirigido a la comprobación de si un acto administrativo afecta o no al ejercicio de un derecho fundamental de la persona. Ello significa que a través del procedimiento previsto en la ley 62/78 no pueden enjuiciarse cuestiones de legalidad, sino meramente de constitucionalidad⁵⁵⁸. Por lo tanto, será motivo de inadmisión cualquier recurso que se fundamente en cuestiones de legalidad ordinaria que no trasciendan o afecten a derechos fundamentales. Y será motivo de desestimación aquel recurso de cuyo análisis de fondo se deduzca que no ha habido violación de derechos fundamentales, sino simplemente vulneración de la

Decreto Legislativo 521/1990, de texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

558 Puede verse jurisprudencia del TS relativa a ello en LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, Jose Francisco: *Aspectos procesales de la tutela jurisdiccional contencioso-administrativa de los derechos fundamentales (Estudio de la jurisprudencia del TS surgida del proceso especial regulado en la Ley 62/1978. años 1979 a 1991)*, Granada, Comares, 1993. A este respecto resulta interesante destacar en dicho trabajo la STS de 24 de junio de 1988, FJ. 2º; en ella se recalca que la finalidad del proceso de la Ley 62/78 es, como en el recurso de amparo, la de restablecer o "preservar los derechos fundamentales o libertades públicas por razón de los cuales se formuló el recurso"; Que es un proceso que no requiere el estudio y el análisis pleno de la legalidad ordinaria jurídico-administrativa, sino el enjuiciamiento de la legalidad del acuerdo impugnado respecto a la Constitución, "so pena de una innecesaria e incorrecta superposición de tutelas y de una consecuyente hipertrofia y, a veces, abuso fraudulento de su cauce y finalidad concretos".

legalidad ordinaria, que será conocida en un procedimiento ordinario.

El acudir al recurso de la Ley 62/78 para obtener un pronunciamiento que no verse sobre la presunta violación de un derecho fundamental supondrá la desnaturalización del mismo; y esto es, precisamente, lo que sucede muchas veces en la práctica. Los particulares, buscando el diferente tratamiento que otorgan la vía contencioso-administrativa ordinaria y la especial de la Ley 62/78, en especial por el carácter suspensivo del acto que presenta esta segunda, optan por ella, o por ambas vías a la vez para acogerse a la resolución que más les favorezca y tener expedita, en todo caso, la vía del recurso de amparo constitucional. Con lo cual se puede observar que la Ley 62/78, que nació en un principio como norma de protección de determinados derechos fundamentales, se está utilizando con un fin más bien procesal que sustantivo. Por ello, resulta muy oportuno el calificativo que Aragón Reyes otorga al mismo al denominarlo como "la primera instancia del amparo", o más exactamente "el juicio de amparo"⁵⁵⁹. Se ha señalado que un desarrollo adecuado del art. 53.2 CE impediría recurrir al amparo constitucional con estos fines que no vienen más que a alargar el litigio⁵⁶⁰.

559 ARAGÓN REYES, Manuel: "El control de constitucionalidad...", *op. cit.*, p. 176.

560 Valga como ejemplo, entre otros, XIOL RIOS, Jose Antonio: "Crisis de la jurisprudencia...", *op. cit.*, p. 536.

b) Las deficiencias del provisional "recurso de amparo ordinario".

I. Junto a la diferente naturaleza que ha adquirido el proceso establecido en la Ley 62/78 hay que añadir la diversidad de deficiencias que presenta: la insatisfactoria protección que se da a la jurisdicción laboral, la dificultad que supone la convivencia de dos vías contencioso-administrativas previas, la necesidad de agotar dichas vías previas, etc., y sobre todo, la ausencia de una vía especial para reclamar ante la lesión producida sobre un derecho por la acción u omisión de un juez o tribunal. El desarrollo real del amparo ordinario al que se refiere el art. 53.2 CE probablemente lograría dar mejor cumplimiento a una de las finalidades principales que subyace tras el principio de subsidiariedad del recurso de amparo, y que es el dar posibilidad a los jueces ordinarios de remediar la posible vulneración de un derecho fundamental.

La Ley 62/78 no presenta una garantía jurisdiccional laboral, sino sólo en el ámbito civil y penal, con muy escaso contenido, y en el contencioso-administrativo, que sin duda es el más importante en la misma. La escueta protección jurisdiccional penal y civil que se contempla en la LPJDF ha llevado a plantear, por un lado, la desaparición de la Sección de la misma relativa a la protección penal, porque casi todos los preceptos procesales penales allí contenidos carecen de sentido, y por otro lado, la remodelación de la

tutela jurisdiccional civil, a través de la modificación de la LEC⁵⁶¹. En cuanto a la previsión de una vía preferente y sumaria en el ámbito laboral, como es sabido, la ausencia de la misma en la Ley 62/78 se solventó con la LPL de 1990.

Como se ha visto, la vulneración de derechos en la jurisdicción contenciosa-administrativa es la que recibe mayor protección en la Ley 62/78 a través de un procedimiento especial preferente y sumario, pero junto a él se encuentra el procedimiento contencioso-administrativo ordinario. Hemos de examinar qué relevancia tiene respecto al principio de subsidiariedad el hecho de que la vía administrativa ordinaria sea optativa respecto del procedimiento de la Ley 62/78⁵⁶². ¿Es necesario haber acudido al recurso contencioso-administrativo ordinario y al que establece la Ley 62/1978 para entender que se han agotado los recursos procedentes a que se refiere el art. 44.1 LOTC? ¿Es suficiente con haber agotado uno de ellos?

El TC ha atribuido a ambos procedimientos la condición de vía judicial previa al recurso de amparo⁵⁶³, señalando que "los interesados deben optar entre acogerse a las ventajas de preferencia y celeridad propias del proceso sumario de la Ley

⁵⁶¹ DÍEZ-PICAZO, Ignacio: "El art. 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo", *op. cit.*, p. 150.

⁵⁶² Sobre esta cuestión puede verse: RAZQUIN LIZARRAGA Jose Antonio: "Agotamiento de la vía judicial previa y coexistencia del proceso especial de la Ley 62/78 y el contencioso-administrativo ordinario", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 67, pp. 423-462; CARRILLO, Marc: *La tutela de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 60-75.

⁵⁶³ Pueden verse, por todos, el ATC 359/1985, de 29 de mayo, y la STC 34/1989, de 14 de febrero.

62/78, renunciando a pretender la nulidad del acto por vicios de legalidad, o bien plantear cualquier posible motivo de nulidad a través del proceso ordinario, renunciando a aquellas ventajas procesales o, bien, por último, instar en tiempo y forma dos acciones paralelas con el mismo objeto y por motivos distintos" (STC 23/84).

Así pues, el particular recurrente puede elegir entre ambos procedimientos, aunque el tribunal ordinario decidirá si el escogido es el pertinente o no. Si el particular errase en su elección, y la vía por la que optó fue la de la Ley 62/78 y el tribunal juzgador califica la pretensión de tal manera que hace inejercitable el procedimiento, a pesar del error procesal, sólo le quedará abierta la vía del recurso de amparo⁵⁶⁴. Si sólo se optó por la vía ordinaria y se alegó la violación del derecho fundamental, quedará también expedita la vía del recurso de amparo. Y, por último, si utiliza la opción de simultanear ambos recursos, como advierte García Morillo⁵⁶⁵, la vía que abrirá el acceso al amparo es la de la Ley 62/78 y no la ordinaria, pues si no se insta el amparo tras recaer sentencia en el proceso especial, el que luego se solicite al recaer sentencia en el proceso ordinario será inadmitido por extratemporáneo (STC 18/92). El TC ha entendido, pues, que, aunque continúe el procedimiento contencioso-administrativo ordinario pendiente, puesto que los plazos procesales de éste son los normales y no los abreviados de la Ley 62/78, no existe litispendencia y ya se puede

564 CARRILLO, Marc: "La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo...", *op. cit.*, p. 88.

565 GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La protección judicial de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 132.

interponer el recurso de amparo constitucional. Por lo tanto, en realidad, no se trata de una simultaneidad absoluta, pues el TC ha otorgado al procedimiento de la Ley 62/1978 un carácter expansivo que supone que si por esta vía es desestimado un recurso que tiene el mismo objeto que otro recurso que se ha iniciado de forma paralela por la vía contencioso-administrativa, se considera que se ha agotado ya la vía judicial previa requerida para poder acudir en amparo, y se impide que en el procedimiento ordinario paralelo se produzca una resolución de fondo sobre materia referida a derechos fundamentales⁵⁶⁶.

A este respecto hay que señalar que en el Proyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995⁵⁶⁷ se preveía un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, que ha de sustituir al regulado en la

566 STC 84/1987, de 29 de mayo, (FJ. 5º). De igual modo, la STC 98/1989, de 1 de junio, decía: "Conforme se ha señalado por este Tribunal en la reciente STC 42/1989, de 16 de febrero, recogiendo la doctrina anterior, la Disposición transitoria segunda, 2, de la LOTC, permite al interesado, en sus reclamaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa sustentadas en la vulneración de derechos fundamentales, la opción de la vía contencioso-ordinaria y la especial que regula la Ley 62/78, o bien la utilización conjunta y paralela --mediante su interposición en tiempo y forma-- de ambos tipos de recursos; si bien, en este último caso, el segundo proceso habrá de fundamentarse sobre diferentes motivos, porque la reiteración de los mismos en la vía ordinaria, una vez desestimados en la especial, determinará que el órgano judicial rechace su análisis y se ciña en la correspondiente resolución al examen y decisión de las cuestiones de mera legalidad. En consecuencia, una vez finalizado el recurso contencioso especial previsto en la Ley 62/1978, debe entenderse observado el requisito del art. 43.1 LOTC, y expedita la vía para la interposición del recurso de amparo, con independencia de que continúe tramitándose y pendiente de resolución el recurso contencioso-ordinario, en el que se podrán alegar los mismos o diferentes motivos, pero cuyo pronunciamiento sólo podrá recaer sobre los que no se hubieran desestimado ya en el recurso especial" (FJ. 2º).

567 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 133, de 17 de octubre de 1995.

sección segunda de la Ley 62/78. El nuevo procedimiento era sustancialmente el mismo que el vigente, aunque con la introducción un específico trámite para decidir si la demanda planteada merece realmente ser tramitada con arreglo al procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. La doctrina ha mostrado su repulsa a un procedimiento de este tipo, pues ello estaba previsto realizarse por un trámite oral que no vendría más que a dilatar el proceso y dedicar inútiles esfuerzos simplemente en decidir si el procedimiento adecuado⁵⁶⁸. De hecho, en el Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no se contempla tal trámite⁵⁶⁹.

II. También se ha dicho que, precisamente, una de las lagunas de la actual LPJDFP es que no prevé una vía específica para reclamar ante la lesión producida en un derecho fundamental por un órgano jurisdiccional, lo cual residenciaría en un tribunal ordinario el conocimiento de las infracciones de derechos fundamentales realizadas por órganos jurisdiccionales, y muchos de estos casos encontrarían su solución en la vía sin tener que llegar al TC. Ello, por un lado, aligeraría la carga de éste último, y por otro lado, evitaría al TC, en muchos casos, tener que enjuiciar la correcta o incorrecta actuación de un juez en relación a la Constitución,

⁵⁶⁸ DIEZ-PICAZO, Ignacio: "El art. 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo", *op. cit.*, p. 140.

⁵⁶⁹ Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicado en el suplemento del Boletín del Ministerio de Justicia N° 1788-89, de 15 de enero de 1997. (En la fecha de cierre de este trabajo dicho Anteproyecto acababa de ser aprobado como Proyecto, pero no ha sido posible acceder al mismo).

decisiones en las que es muy difícil señalar los límites de la actuación del TC y que, a menudo, son objeto de polémica y fuente de malestares en el poder judicial.

A este respecto hay que recordar que en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1983 se preveía paliar esta laguna de la Ley 62/78 con el art. 19 que decía así:

"1. Contra las violaciones de los derechos reconocidos en el artículo 1º de esta Ley que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrá interponerse recurso extraordinario de protección ante el órgano del que proceda la violación alegada (...)

3. El recurso, que deberá concretar con precisión el derecho fundamental que se repute conculcado, se interpondrá en el plazo de veinte días a contar desde que se tuvo conocimiento de la resolución a la que se impute la violación del derecho. De no mediar resolución judicial expresa o tener origen en una omisión, podrá interponerse el recurso en cualquier momento del procedimiento (...)

6. Reaído auto o resolutorio del recurso extraordinario previsto en el apartado 1 de este artículo, cabrán contra él y contra la resolución que dio lugar al mismo los recursos ordinarios previstos en las leyes. No obstante, quien considere que el auto o la resolución violan algún derecho fundamental recogido en el artículo 1º de esta ley podrá optar por presentar recurso de amparo constitucional de

acuerdo con lo previsto en el artículo 44 de la LOTC. En tal caso, se entenderán agotadas todas las vías judiciales utilizables..."

En el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1983 se preveía un proceso contencioso-administrativo especial y un procedimiento civil también especial, mientras que la protección en el ámbito laboral se remitía a los procedimientos ordinarios y especiales correspondientes. De los dos procedimientos especiales citados, el contencioso-administrativo constituía básicamente el ya existente, y el civil era similar al previsto en la Ley 62/78. La novedad fundamental se encontraba en la previsión de un recurso extraordinario para la protección de los derechos fundamentales frente a vulneraciones procedentes de órganos jurisdiccionales. Dicho recurso debía ser resuelto mediante auto por el mismo órgano judicial al que se imputase la lesión, decisión que era recurrible en amparo ante el TC.

III. Por otro lado, también en la línea de encomendar la defensa de los derechos fundamentales a los tribunales ordinarios, se planteaba la posibilidad de establecer distintos cauces de impugnación atendiendo al amplio espectro de actos de autoridad susceptibles de causar agravio a los particulares. Así, se proponía atribuir exclusivamente a la jurisdicción civil, mediante el procedimiento especial previsto en el art. 53.2 CE, el amparo frente a actos que sin entrar en la esfera penal pudieran ser incluidos

dentro de lo ilícito civil; a la vía contenciosa-administrativa de la LJCA, los actos de la Administración, que no tuviesen carácter normativo, que atentasen a los indicados derechos y libertades; y al TC, "los recursos de amparo frente a los actos discrecionales o simples vías de hecho, de naturaleza política, dispuestos o realizados por el Gobierno, sus autoridades, funcionarios o agentes o por cualesquiera otros poderes públicos, no jurisdiccionales, que atenten contra los repetidos derechos o libertades"⁵⁷⁰.

5.2.2. El agotamiento de los recursos viables ante los órganos judiciales superiores. El Tribunal Supremo como instancia superior dentro del poder judicial.

Cuando el art. 44 LOTC exige haber agotado todas las instancias procesales procedentes como requisito para poder interponer el recurso de amparo, hay que entender por ello que deben haberse interpuesto todos los recursos existentes en la vía ordinaria susceptibles de reparar el daño recibido por un derecho fundamental. Ya se ha visto que las instancias procesales ordinarias inferiores constituyen medios de salvaguarda de los derechos fundamentales; hay que ver ahora si el recurso extraordinario de casación residenciado en el TS constituye también un instrumento útil de defensa de los derechos fundamentales, pues en la medida

⁵⁷⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Salvador: "Análisis crítico sobre la jurisdicción del Tribunal Constitucional español", en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, *op. cit.*, p. 773.

en que lo sea constituirá una vía judicial que se tendrá que agotar si se quiere interponer el recurso de amparo.

a) La interposición del recurso de casación por la infracción de un precepto constitucional.

I. Se ha señalado que "por dos vías puede llegar a conocer el TS de la protección de los derechos y libertades fundamentales: a través del recurso de casación penal y a través de la impugnación de los actos de la Administración central, ya en única instancia o en apelación. Pero creemos que también puede conocer a través de la jurisdicción civil cuando la infracción no derive de delito o de acto de la Administración pública"⁵⁷¹. Y lo mismo cabría decir de la casación laboral, cuando por esta vía se conozca de la infracción de una norma del ordenamiento, como puede ser un precepto constitucional.

Efectivamente, el TS puede realizar una importante tarea en la protección de los derechos fundamentales a través del recurso extraordinario de casación basado en infracción de un precepto constitucional cuando este precepto proteja un derecho fundamental. En realidad, ni en la LEC, ni en la LECRIM, ni en la LJCA, ni en la LPL existe como motivo específico de casación el haber vulnerado un precepto constitucional. Sin embargo, la práctica forense ha venido despachando este tipo de casos alegando

⁵⁷¹ SANTOS BRIZ, Jaime: "El Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior. Valor de la jurisprudencia", *op. cit.*, p. 642.

la vulneración de una norma legal concreta e invocando al mismo tiempo la infracción del precepto constitucional, pues, al fin y a la postre, la Constitución es una norma del ordenamiento, es más, es la norma suprema⁵⁷². Pero la posibilidad existe en virtud del art. 5.4 LOPJ, que determina que será suficiente para interponer el recurso de casación, en los casos en que éste proceda según la ley, la infracción de un precepto constitucional, y por ende, de un derecho fundamental. No se trata, por lo tanto, de un recurso residenciado en el TS y establecido expresamente para la protección de los derechos fundamentales, sino de un recurso existente con carácter general, la casación, que puede instarse cuando concurra un motivo: la infracción del precepto constitucional. En este mismo sentido se ha referido el TC al art. 5.4 LOPJ, declarando que "el hecho de que en éste se consigne expresamente la infracción del precepto constitucional como fundamento del recurso de casación, no significa ni la sustentación como categoría específica de un recurso de casación distinto, ni, consiguientemente, la incompatibilidad de incorporar al ámbito de la casación penal la vulneración del derecho fundamental mediante los cauces previstos en los números 1º y 2º del art. 849 LECrim" (STC 98/1991, de 9 de mayo).

Igualmente, el TC ha destacado el papel que la casación puede desempeñar en la protección de los derechos fundamentales, señalando que se deben "apurar las posibilidades del recurso de

572 DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime: "La reforma de la casación", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1985, p. 880.

De hecho, si no existiera el art. 5.4 LOPJ, se podría encauzar un recurso de casación por vulneración de los preceptos constitucionales por la misma vía del art. 1962.4º: "infracción de normas del ordenamiento jurídico".

casación, aun teniendo en cuenta su carácter extraordinario y los motivos tasados que pueden fundamentarlo, especialmente como cauce de protección de los derechos fundamentales; por lo demás, debe señalarse que en esta línea se ha movido la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, y que el propio legislador ha sido sensible a estas cuestiones, y ha ido ampliando sucesivamente el ámbito del recurso de casación" (STC 140/1985, de 21 de octubre, FJ 2º). Igualmente, el TC ha subrayado "la necesidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para la consecución de una interpretación y aplicación unitaria de los preceptos constitucionales, dado el ámbito objetivo del recurso de amparo" (STC 56/1990)⁵⁷³.

Es más, si un tribunal ordinario contraviene la interpretación de la Constitución efectuada por el TC, el justiciable afectado tiene derecho, en el seno de la propia jurisdicción ordinaria, a la protección casacional prevista por las distintas Leyes de Enjuiciamiento. Ello no quita que el recurrente pueda invocar la infracción de un precepto constitucional vía art. 5.4 LOPJ como motivo de casación, tanto en casos en que no exista jurisprudencia precedente del TC sobre un concreto precepto o en el que sí exista⁵⁷⁴. Al fin y a la postre el TS es el órgano jurisdiccional encargado de decidir, con libertad de criterio (aunque sin olvidar la

573 De hecho, en muchas ocasiones, el TS ha conocido en casación de la vulneración de un precepto constitucional. Valgan como ejemplo entre muchas otras, las SSTS de 4 de febrero y 12 de diciembre de 1986 (principio de legalidad, STS de 15 de febrero de 1986, (principio acusatorio), SSTS de 2 de abril de 1985 y 12 de noviembre de 1986 (principio de igualdad ante la ley)...

574 SANTOS VIJANDE, José María: *Doctrina y jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 122.

exégesis del TC referida a los arts. 14 a 30 CE), y en última instancia, si se debe revocar o no una resolución de los tribunales ordinarios que se aparte de la interpretación efectuada por el TC en relación a cualquier precepto o principio de la Constitución.

Por otro lado, se ha criticado la existencia de dos instancias "casacionales", ordinaria y constitucional, que se ocupan simultáneamente de un recurso fundado exclusivamente en la infracción de un precepto constitucional. Habida cuenta de que los recursos de casación por infracción de un precepto constitucional, una vez desestimados, se pueden recurrir en amparo, y ya que no corresponde al TS crear la doctrina legal sobre la interpretación de las normas constitucionales, se ha propuesto que mejor sería establecer una mayor especialización entre ambos órdenes y permitir al recurrente, en base a la infracción única y exclusiva de precepto constitucional pudiera interponer directamente el recurso de amparo ante el TC⁵⁷⁵. No cabe duda de que la derogación del motivo de casación contenido en el art. 5.4 LOPJ está planteada con fines de economía procesal, pero también hay que advertir que dichos fines no se lograrían, pues, como ya se ha dicho, la Constitución es una norma del ordenamiento y, por lo tanto, siempre se podría alegar la vulneración de precepto legal como motivo de casación.

⁵⁷⁵ GIMENO SENDRA, Vicente: "El derecho a los recursos y la reforma de la casación penal", en *Constitución y Proceso*, Madrid, Civitas, 1988, p. 154.

b) El recurso de casación como vía judicial previa al recurso de amparo.

I. ¿Es necesario haber interpuesto el recurso de casación para solicitar el recurso de amparo?

Como ya se ha visto en este trabajo, no es necesario acudir "a todos los recursos utilizables en cualquier vía judicial" para entender que se ha agotado la vía judicial previa⁵⁷⁶, sino que ha de tratarse de agotar aquellos recursos que sean útiles y adecuados para la reparación del derecho presuntamente lesionado⁵⁷⁷.

Dentro de los recursos previstos por las leyes se encuentra el de reposición o súplica, el de apelación y, para ciertos casos, el de casación ante el TS. Puesto que la casación no constituye una tercera instancia, sino que se trata de un recurso extraordinario (como existen otros), podríamos plantearnos si esa exigencia de agotar la vía judicial previa incluye la obligación de haber interpuesto el recurso de casación (cuando quepa la posibilidad, claro está). Ante esto, el TC dijo en la STC 173/1982, de 2 de diciembre:

"Es cierto que este Tribunal viene señalando que los recursos que deben agotarse en la vía judicial, cuando en dicha vía se ha producido en virtud de un acto de los Tribunales una lesión de los derechos fundamentales de la persona reconocidos por la Constitución, no son todos los recursos imaginables en un examen de todo el ordenamiento procesa,

⁵⁷⁶ STC 73/1982, de 2 de diciembre.

⁵⁷⁷ *Vid.*, entre otras, SSTC 30/1982, de 1 de junio; y 50/1984, de 5 de abril.

sino aquellos que pueden conducir a remediar la lesión y el recurso de casación cuyo carácter extraordinario no puede ponerse en tela de juicio y que se articula además en defensa de la legalidad ordinaria, no se encuentra entre los que la persona que ha visto sus derechos constitucionales vulnerados, tienen que agotar previamente para acudir a la vía de amparo".

Pese a ello, coincidimos con Almagro Nosete en que la interposición del recurso de casación debería exigirse en tanto en cuanto sea utilizable para reparar el agravio del derecho fundamental⁵⁷⁸. Ahora bien, si la casación resulta un vía hábil para reparar el derecho vulnerado, no basta con la interposición del recurso de casación sin más, a los solos efectos de agotar la vía judicial previa, sino que el recurrente debe interponer el recurso de casación alegando los preceptos constitucionales que considera que le han sido vulnerados, para que el TS tenga la oportunidad de subsanar tal vulneración⁵⁷⁹.

En el Auto 51/1983, de 9 de febrero, el TC declaraba que la exigibilidad de haber agotado la vía judicial previa (art. 41.1 a) LOTC) debe ser exigida con mayor rigor en "aquellos casos en los que...la presunta violación de un derecho constitucional sería consecuencia de una interpretación que se supone errada, pero no en sí misma contraria a la Constitución, de una norma legal

⁵⁷⁸ ALMAGO NOSETE, Jose: *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 322.

⁵⁷⁹ En este sentido véase las SSTC 152/1992, de 19 de octubre; 235/1994, de 20 julio

aplicable al caso". Si precisamente al TS le compete el controlar la correcta interpretación de la ley por los tribunales ordinarios, lógico es que se exija el haber interpuesto el recurso de casación que es el medio a través del cual se pueden revisar las erróneas interpretaciones de la ley.

Por la misma razón, debe plantearse si existe la necesidad de haber interpuesto el recurso de casación para unificación de doctrina en los supuestos en que lo que se alegue sea la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley. A este respecto el TC ha señalado lo siguiente:

"Es preciso recordar que el principio de subsidiariedad que rige el recurso de amparo, y que se establece en el art. 44.1 a) LOTC no exige ciertamente que se interponga con carácter previo al mismo cualquier recurso imaginable, sino sólo los que, siendo procedentes en función de las normas concretamente aplicables, permitan reparar adecuadamente lesiones de derechos fundamentales que se denuncian ante este Tribunal. Pues bien, el recurso de casación para la unificación de doctrina regulado por la LPL de 1990, en sus artículos 215 y ss. es un recurso excepcional que está condicionado a rígidos requisitos de admisión, toda vez que su objeto queda limitado a «la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de los Social de los Tribunales Superiores de Justicia que fueran contradictorias entre si, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en

mérito a los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiese llegado a pronunciamientos distintos» (art. 216 LPL). Pero, ha de tenerse en cuenta, asimismo, que sentencias estimatorias recaídas en dicho recurso, según el art. 225.2 LPL, producen los efectos de casar y anular la sentencia recurrida, «resolviendo el debate planteado en suplicación». Ha de concluirse, pues, conforme a lo ya declarado por este Tribunal para supuestos similares, que al menos cuando el recurrente alegue ante este Tribunal violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley habrá que examinarse cuidadosamente por este Tribunal si, *prima facie*, tal reparación pudo solventarse en la vía judicial ordinaria en virtud del recurso de casación para la unificación de la doctrina. Y ello con independencia del éxito o fracaso del recurso ante el Tribunal Supremo al que corresponde decidir sobre el mismo en exclusiva; por lo que sólo una resolución que fuera manifiestamente infundada, arbitraria o sustentada en un error patente merecería, en su momento, una revisión por parte de este Tribunal". (STC 337/1993, de 15 de noviembre, FJ 2º) (El subrayado es nuestro).

Por lo tanto, para el cumplimiento del principio de subsidiariedad, el TC establece la necesidad de interponer el recurso de casación para la unificación de la doctrina si lo que se alega es vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, pues constituye un medio procedente en el que cabe la reparación por el

TS del derecho a la igualdad vulnerado. En la misma sentencia antes mencionada⁵⁸⁰ el TC manifestaba:

"Por lo tanto, ha de admitirse que los recurrentes pudieron --y debieron-- haber preparado e interpuesto el recurso de casación para la unificación de doctrina, pues es evidente que, por lo dispuesto en art. 225.2 LPL, caso de estimarse el recurso los órganos judiciales pueden reparar en esa vía la vulneración del principio de igualdad de la ley que ha sido denunciada en el recurso de amparo. Sin embargo, al no hacerlo así los recurrentes y acudir *per saltum* ante este Tribunal, ha de concluirse, en aplicación del art. 44.1 a) LOTC, que el presente recurso de amparo es prematuro, por no haber agotado con carácter previo la vía judicial ordinaria" (FJ 3) (El subrayado es nuestro).

Por último, hay que indicar que la interposición del recurso de casación ha sido utilizado en algunas ocasiones con un fin ajeno al cumplimiento de la regla de la subsidiariedad; efectivamente, se ha acudido al TS, bien a los efectos de obtener una nueva revisión del caso, bien con la exclusiva finalidad de dilatar los plazos para la interposición del recurso de amparo. En estos supuestos el TC ha advertido, aunque con cautela, que, "siguiendo reiterada doctrina constitucional, declarada, entre otras, en las SSTC 120/1986 y 143/1986, debemos nuevamente establecer que la indebida

⁵⁸⁰ Puede verse también la STC 71/1993, de 1 de marzo, comentada por M^a Jesús MERODIO SOTILLO, en "Recurso de casación para unificación de doctrina y recurso de amparo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 65, 1994, pp. 489-500.

prolongación de la vía judicial previa al proceso de amparo, producida a consecuencia de la interposición de un recurso no autorizado por la ley, puede ocasionar la extemporaneidad del recurso de amparo, puesto que dilata el plazo del art. 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional más allá de su límite temporal o se rehabilita el plazo fenecido, pero para que se produzca tal consecuencia de extemporaneidad es preciso que la improcedencia del recurso interpuesto sea evidente, es decir, constatable *prima facie* sin intervención de dudas interpretativas que sea necesario despejar por medio de criterios hermenéuticos no absolutamente discutibles, puesto que el respeto debido al derecho de la parte a utilizar cuantos recursos considere útiles a la defensa de sus derechos e intereses impide exigirle que se abstenga de emplear aquellos cuya improcedencia sea razonablemente dudosa y, en consecuencia que asuma el riesgo de incurrir en una falta de agotamiento de la vía judicial previa que previene el art. 44.1a) de la LOTC, y tales razones conducen a privar de consecuencias de extemporaneidad a la interposición de recursos de dudosa procedencia legal, siempre que no sea apreciable en quien los interpone intención meramente dilatoria o defraudatoria del plazo de interposición del recurso de amparo". (STC 50/1990, de 26 de marzo, FJ 2º). El problema de la doctrina del recurso "manifiestamente improcedente" es que puede conllevar consecuencias prácticas indeseables, que tienen su origen en el dilema mismo al que se enfrenta, sin mala fe, el recurrente en todos aquellos casos en los que la determinación de la procedencia o no del recurso de casación para considerar agotada la vía judicial previa resulta difícil, dado que, si el recurrente no interpone dicho

recurso y accede al amparo constitucional, puede encontrarse con la inadmisión de éste por falta de agotamiento de la vía judicial, mientras que si lo interpone no deja tampoco de correr el riesgo de que el posterior recurso de amparo sea considerado extemporáneo. Ello propicia también la interposición del recurso de amparo con un carácter estrictamente cautelar, a efectos de prevenir la extemporaneidad, coadyuvando a aumentar el número de actuaciones procesales ante el TC⁵⁸¹.

II. El derecho fundamental de acceso al recurso de casación ante el Tribunal Supremo en la doctrina del Tribunal Constitucional.

El derecho de acceso al recurso de casación ante el TS ha sido incardinado por el TC, y sin lugar a dudas, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva. Así se señaló en la STC 17/85, de 9 de febrero con las siguientes palabras: "La casación constituye también en los términos en que el legislador la regula un medio o instrumento de los que el recurrente puede servirse para ejercitar el derecho a la tutela judicial (art. 24 CE). Sería contrario a este derecho fundamental denegar el acceso a dicha vía de recurso en atención a una causa legal inexistente o en aplicación no justificada ni razonable de alguna de las causas legales de inadmisión"⁵⁸².

⁵⁸¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio; DÍEZ-PICAZO, Ignacio; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo...*, op. cit., pp. 135-36.

⁵⁸² En el mismo sentido, y entre otras, STC 18/1983, de 14 de marzo, la STC 161/1992, de 26 de octubre reiteraba: la tutela judicial efectiva es un derecho que asegura el acceso a los recursos legalmente previstos siempre que se

Si bien es cierto lo dicho, no lo es menos que la inadmisión del recurso de casación por el TS ha sido utilizado por muchos particulares como un motivo para presentar un recurso de amparo contra dicho Auto, con la esperanza de encontrar una instancia más que revise su causa. El TC no ha dudado en señalar que es el TS el único competente para decidir sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso de casación. En general, la postura del TC ha sido la de entender que "la apreciación de los requisitos legales relativos a la preparación o interposición del recurso de casación son cuestiones que pertenecen al ámbito de la legalidad ordinaria. De manera que no ha de entrar a conocer de las mismas salvo que la resolución judicial se inmotivada o manifiestamente arbitraria y, por lo tanto, incurra en la vulneración que el art. 24.1 CE reconoce", (FJ. 3º). Esta matización se recoge de un modo más detallado en STC 13/1993, de 18 de enero, FJ 3), donde se apunta que: "Si bien es cierto que corresponde al TS la última decisión sobre la admisión de los recursos de casación y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales procesales a que los mismos están sujetos, también lo es que si no está justificada o debidamente motivada la decisión, se funda en un manifiesto error, en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la interpretación de los requisitos formales, puede el TC, a través del recurso de amparo, restablecer el derecho vulnerado y hacer efectiva la tutela judicial efectiva" (El subrayado es nuestro).

cumplan y respeten los presupuestos, requisitos y límites que la propia ley establezca"(FJ. 1º).

En consecuencia, el TC ha señalado que, por ejemplo, "en los supuestos en los que, para determinar a los efectos de la casación la cuantía litigiosa, sean posibles distintos criterios de interpretación, el TS debe dar prevalencia a la interpretación más favorable para la viabilidad del recurso, por imperativo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva", (STC 161/1992, de 26 de octubre, FJ. 2º).

De nuevo nos encontramos con criterios tan indeterminados como "arbitrariedad", "posible vulneración del art. 24 CE", "error de interpretación" o "exceso de formalismo"⁵⁸³; criterios que han sido utilizados por el TC para adentrarse en un terreno que pertenece, sin lugar a dudas, a la legalidad ordinaria, pasando a interpretar preceptos de la más pura legalidad procesal. Así por ejemplo, el TC ha estimado recursos de amparo contra Autos del TS que inadmitían el recurso de casación basándose en que "el derecho a acceder a un medio de impugnación legalmente previsto, no puede obstaculizarse mediante interpretaciones rígidas o formalistas en

⁵⁸³ A este exceso de formalismo que rodea al TS se refirió la STC 56/1982, de 26 julio, con las siguientes palabras: "Una consideración superficial podría llevar tal vez a la conclusión de que el actual formalismo del recurso de casación es insuperable y lo hace poco adecuado para buscar a su través el remedio a las eventuales vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, que puede ser más fácilmente asegurado por este Tribunal. Esta consideración es, no obstante, claramente engañosa, pues si bien es cierto que este Tribunal no está atado por formalismos de ese género, no lo es menos que, aparte otras muchas consideraciones, carece de las atribuciones que el art. 902 LeCrim confiere a la Sala de Casación para dictar sentencia sustitutiva de la anulada, con lo cual sus decisiones estimatorias pueden engendrar en algunos casos consecuencias tan nocivas como las que generaba la infausta institución de la "absolución de la instancia" que ya hace más de cien años que quedó expulsada de nuestro Derecho....No es, de otra parte, la definición legal de las formalidades de la casación barrera tan formidable que no pueda ser superada mediante una interpretación conforme a la Constitución de las correspondientes normas, como la que de manera encomiable ha efectuado la sala segunda del TS al admitir el recurso de casación, que ha fallado con la sentencia..." (FJ 2º)

exceso de la normativa procesal que resulte de aplicación, sin infringirse con ello el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24.1 CE" (FJ. 3º)⁵⁸⁴. Es más, el TC ha señalado que cuando la inadmisión del recurso de casación se deba a exigencias hiperformalistas de la ley, el TS debe suplir mediante la interpretación las posibles deficiencias de la ley con el fin de otorgar el valor preferente que corresponde al art. 24.1 CE⁵⁸⁵.

La doctrina constitucional relativa al formalismo exigido para la admisión de un recurso de casación es abundante⁵⁸⁶. El TC ha entendido en bastantes ocasiones que el rigor exigido por el TS a la hora de comprobar los requisitos formales para admitir el recurso de casación es excesivo. Así, el TC, aún reconociendo que "en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen

584 STC 142/1994, 9 de mayo.

585 "El respeto al derecho reconocido en el artículo 24.1 CE y su valor preferente frente a cualquier exigencia legal, imponía al órgano judicial, aun en ausencia de un específico trámite legal de subsanación, suplir con una interpretación sencilla y segura, a la par que posible, el imperfecto o erróneo cumplimiento de los requisitos del artículo 1720 LEC (derog.), asegurando, de esta forma, la primacía del mencionado derecho fundamental; por el contrario, la aplicación estricta y excesivamente formalistas de la causa legal de inadmisión que en relación con aquel precepto establece el artículo 1729.4 (derog.), vulneró el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, a los que es preciso otorgar el amparo que solicitan" (STC 57/1985, de 29 de abril). Sobre ello puede verse también: MUÑOZ SABATE, Luís: "La casación española: la corrección de un agravio hiperformalista", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, pp. 227-336.

586 Ejemplos de ello se encuentran, entre muchos otros, en las sentencias: STC 69/1984, de 11 de junio; STC 97/1986, de 10 de julio; STC 124/1986, de 22 de octubre; STC 157/1986, de 10 de diciembre; STC 9/1987, de 29 enero; STC 7/1989, de 19 de enero; STC 33/1990, de 26 de febrero; STC 50/1990, de 26 de marzo; STC 139/1991, de 20 de junio; STC 63/1992, de 29 de abril; STC 71/1992, de 13 de mayo; STC 181/1993, de 31 mayo; STC 190/1993, 14 de junio.

consustanciales a ese instituto procesal, según es opinión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia casacional... ", diferencia "entre el rigor normal que viene exigido, o cuando menos justificado, por la naturaleza del recurso mismo y que, como ha señalado el TS, sirve «para enmarcar el cuadro de actividad dentro del cual ha de desenvolverse la Sala en la decisión del recurso», y un exceso formalista no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal" (STC 17/1985, 9 febrero, FJ 3º)

Lo mismo se reiteró en la STC 6/1989, de 19 de enero, recordando que "en el supuesto de la casación, como es notorio, por tratarse de un recurso que atiende tanto a finalidades privadas (defensa del ius litigationis), como públicas (defensa de la Ley y de la uniformidad jurisprudencial, igual a seguridad jurídica), son más precisas y exigentes, se diría que restrictivas, las reglas legales exigibles para la admisión. Pero ello no supone, en modo alguno, que se deba conceder prevalencia a una finalidad sobre la otra o en perjuicio de la otra, antes bien conjugarlas y amortizarlas para evitar, en todo caso, lo que la Constitución no quiere, es decir, la indefensión del ciudadano" (FJ. 2º)

Refiriéndose a ese excesivo formalismo, el TC ha señalado que no pueden inadmitirse recursos de casación por razones tales como haber ordenado los motivos no como números sino en el cuerpo del escrito⁵⁸⁷; o porque se alegó interpretación errónea y

⁵⁸⁷ STC 17/1985, de 9 de febrero.

subsidiariamente aplicación indebida⁵⁸⁸; o porque se efectuó una cita errónea de un precepto legal que no pudo inducir a confusión alguna⁵⁸⁹; o porque se alegó infracción por cauce inadecuado⁵⁹⁰.

De todos modos, se ha observado recientemente un cambio en la doctrina del TC en lo relativo a la inadmisión del recurso de casación. Esta nueva doctrina, que se ha calificado de restrictiva⁵⁹¹, se centra en considerar que sólo forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva el de someter el caso a un Juez, obteniendo de éste una resolución razonada sobre el fondo de la cuestión debatida⁵⁹², aun cuando pueda ser de inadmisión del recurso, pero se entiende que no forma parte de tal derecho, el de acceso a los recursos, sino sólo en los términos en que la ley ordinaria lo regule⁵⁹³. Así pues, en las sentencias más recientes el TC ha señalado que sólo entrará a conocer de un recurso de amparo cuando la resolución del órgano judicial correspondiente sea manifiestamente arbitraria o claramente errónea y se desprenda una consecuencia contraria al derecho fundamental, pero sin que

⁵⁸⁸ STC 57/1985, de 29 de abril.

⁵⁸⁹ STC 139/1985, de 18 de octubre.

⁵⁹⁰ STC 98/1991, de 9 de mayo.

⁵⁹¹ GIL-ROBLES, Álvaro: *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, CEC, 1996, pp. 63 y ss.

⁵⁹² Conviene no olvidar que el derecho a la tutela judicial no se agota con la admisión del recurso de casación, "sino que comprende el derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada que normalmente versará sobre el fondo del asunto. Si bien puede limitarse, como reiteradamente ha señalado este Tribunal, a declarar la inadmisión del recurso en el caso de que no se den los requisitos establecidos legalmente, entre los que han de incluirse, sin duda, los de carácter formal" (STC 19/1983, de 14 de marzo).

⁵⁹³ STC 138/1995, de 25 de septiembre.

ello implique la posibilidad de una interpretación amplia de ambas causas, sino todo lo contrario⁵⁹⁴.

III. *Evolución tendente a limitar el acceso al TS.*

El excesivo formalismo denunciado desde el seno del TC no era sino un reflejo del intento del TS de evitar entrar a conocer en casación del abundante número de recursos de este tipo que con el tiempo se han ido presentando. Junto a esta medida de interpretación restrictiva de la legalidad se han ido tomando medidas legales concretas, tendentes a restringir el acceso a la casación. Entre los cambios más recientes se encuentran los que se produjeron en la casación civil por la Ley 34/1984, de 6 de agosto; en los órdenes penal (Ley 21/1988, de 19 de julio y Ley Orgánica 7/1988, de 20 de diciembre) y laboral (Ley de Bases 7/1989, de 12 de marzo y su RD Legislativo 521/1990); y la última llevada a cabo por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, donde la casación volvió a sufrir una modificación en los órdenes civil y administrativo. Todas estas modificaciones han tenido un denominador común: el restringir el acceso al recurso de casación, añadiendo nuevas causas de inadmisión del mismo y limitando las decisiones judiciales recurribles en casación⁵⁹⁵.

594 STC 37/1995, de 7 de febrero; STC 110/1995, de 4 de julio; 162/1995, de 7 de noviembre.

595 No podemos dejar de hacer mención a la novedad de la Ley Orgánica 2/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que introduce un recurso de apelación contra "las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el

En el orden civil, con anterioridad a esta última reforma legislativa procesal, se establecían unas causas de inadmisión del recurso de casación precisas y tasadas, sin que quedase abierto un ámbito propio a la valoración discrecional de la Sala. Ello suponía el que en aquellos supuestos en que no cupiese apreciar una causa de inadmisión, de las expresamente previstas en la ley, era necesario admitir el recurso, y tras los trámites procedentes, resolver mediante sentencia⁵⁹⁶. Ello, con el tiempo y el consabido aumento de los procesos supuso una importante carga para el TS que llevó a solicitar la reordenación del recurso de casación, con carácter global, proponiendo abiertamente la modificación de las causas de admisibilidad del recurso⁵⁹⁷. Estos cambios se recogieron en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que introdujo nuevos motivos de inadmisión del recurso de casación en los apartados 3º y 4º del actual art. 1710 LEC:

"3º. Asimismo dictará la Sala auto de inadmisión, con idénticos efectos, cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En este caso, puesta de manifiesto la causa de inadmisión, se oirá a la parte recurrente por plazo de diez días antes de resolverse definitivamente.

artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado" (art. 846 bis a) LECrim), del cual conoce la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma. De esta nueva apelación se ha dicho que tiene una naturaleza similar al recurso de casación. MONTERO AROCA, Juan: *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada, Ed. Comares, 1996.

596 Véase, DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime: "La reforma de la casación", *op. cit.*, pp. 867-890.

597 Memoria del Fiscal General del Estado del año 1991, Madrid, 1991.

Para denegar la admisión del recurso por esta causa será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad"

Por otro lado, la misma Ley también reforma la LJCA, entre otras cosas, en lo relativo a la casación, donde el art. 100.2 c) dispone que: "Si el recurso careciera manifiestamente de fundamento o se hubieran desestimado en el fondo otros recursos substancialmente iguales. En este caso, antes de dictar el auto de inadmisión, se oirá a la parte recurrente por plazo de diez días, poniéndole sucinta y previamente de manifiesto la posible causa de inadmisión".

En la propia exposición de motivos de la Ley 10/1992 se señalan algunas de las razones que llevaron a estos cambios. Exactamente se dice: "En primer término se adecúa el recurso de casación a las tendencias actuales, que consideran que sirve mejor a su función si se refuerza su carácter de protector de la norma, alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia. Al tiempo, se regula la admisión del recurso de casación, lejos de todo formalismo, para permitir que el Tribunal pueda concentrar su atención en velar por la recta aplicación de la Ley y en la creación de una doctrina uniforme. Se aprovecha la experiencia obtenida en el recurso de casación penal". Así pues, se intentaba evitar el excesivo formalismo al que anteriormente se ha hecho referencia, y se buscaba utilizar la experiencia de la casación penal⁵⁹⁸. De hecho,

598 GIMENO SENDRA, Vicente: "La casación y el derecho a los recursos (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recurso)", *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1488, 1988.

el art. 885 LECrim⁵⁹⁹ establece que podrán inadmitirse los recursos presentados de casación, entre otros supuestos, 1º) cuando carezca manifiestamente de fundamento, o 2º) cuando el TS hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos substancialmente iguales, con la diferencia de que en el orden penal, se prevé la audiencia al recurrente antes de que el Tribunal haya tomado la decisión sobre la inadmisión del recurso. Además, en el orden civil, el TS ha hecho una interpretación muy restrictiva del derecho de audiencia del recurrente en casación⁶⁰⁰; actitud que, lógicamente, deriva en muchas ocasiones en la interposición de un recurso de amparo por vulneración del art. 24 CE. No obstante, hay que advertir, que las pretensiones de amparo no se han deducido sólo de la negativa del TS a dar audiencia al recurrente, sino también, en general, del criterio restrictivo del mismo a la hora de exigir los requisitos necesarios para admitir un recurso de casación. En este sentido, el TC en STC 212/1994, de 13 de julio, entendió que "la lectura del precepto (art. 1710.3 LEC) revela inequívocamente que en los casos en que la inadmisión del recurso se basa en su falta de fundamento es obligatorio oír al recurrente antes de dictar auto de inadmisión". Esta sentencia fue causa, como señala Gil-Robles, de una situación "anímica tensa" entre el TC y el TS que se saldó con varios autos del

599 Redactado conforme a la Ley 21/1988, de 9 de julio.

600 GIL-ROBLES, Álvaro: *Los nuevos límites de la tutela judicial...*, *op. cit.*, p. 29.

TS⁶⁰¹ que, no sólo no aceptaron la doctrina del supremo intérprete de la Constitución, sino que se enfrentaron abiertamente con ella⁶⁰².

Además, hay que advertir que esta progresiva tendencia a limitar el acceso a la casación se corrobora con las previsiones recogidas en el Proyecto de LJCA que se presentó en el Congreso de los Diputados en 1995⁶⁰³, y que decayó con la renovación de la Cámara. En el mismo se propugnaba la inclusión de nuevas causas de inadmisión del recurso como, en los asuntos de cuantía indeterminada, "el apreciar que el asunto carece de interés casacional por su escasa entidad y relevancia jurisprudencial" (Art. 92.2. e) del Proyecto de LJCA). Sin embargo, hay que señalar que el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no incluye tales motivos de inadmisión (art. 90 Del Anteproyecto de 1997)⁶⁰⁴.

Otro de los criterios que se ha utilizado para intentar desahogar al TS de la enorme cantidad de asuntos con que se encuentra ha sido el cuantitativo; es decir, establecer una cuantía

601 Un ejemplo de ello lo encontramos en el ATS de 24 de febrero de 1995.

602 GIL-ROBLES, Álvaro: *Los nuevos límites de la tutela judicial...*, op. cit., pp. 45 y ss.

603 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 133, de 17 de octubre de 1995.

604 Anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, publicado en el suplemento del Boletín del Ministerio de Justicia Nº 1788-89, de 15 de enero de 1997. (En la fecha de cierre de este trabajo dicho Anteproyecto acababa de ser aprobado como Proyecto, pero no ha sido posible acceder al mismo).

mínima, en términos económicos, o de gravedad de la pena, en el caso de asuntos criminales, para poder interponer un recurso de casación.

Así, por ejemplo, *en el orden civil* una rápida lectura al art. 1687 LEC demuestra que la cuantía es el dato decisivo para el acceso al recurso de casación, dejando a salvo los juicios de mayor cuantía sobre derechos honoríficos, los procesos civiles del art. 484.2 LEC⁶⁰⁵, y algunos otros relativos a derechos fundamentales, impugnación de acuerdos sociales, etc.⁶⁰⁶. La reforma de 1992 ha elevado la cuantía mínima litigiosa de los asuntos que son susceptibles de casación de 3 millones a 6 millones⁶⁰⁷. Ello produjo algunas críticas por entender que ello suponía privar de la posibilidad de interponer el recurso de casación a sectores sociales económicamente débiles, respecto a esto el Informe elaborado por el CGPJ ante el Anteproyecto de la actual Ley ya señaló que " En efecto, si bien es posible argumentar frente al acceso al recurso de casación por razón de la cuantía, que ello puede resultar contrario a principios de justicia social y que no siempre los procesos de mayor contenido económico son los más importantes judicialmente

⁶⁰⁵ Con la excepción, a su vez, de la Disposición adicional 5ª j) de la Ley 30/1981, sobre nulidad, separación y divorcio.

⁶⁰⁶ Sobre la cuantía litigiosa como criterio legal dominante para el acceso a la casación puede verse, MARÍN CASTAN, Francisco: *Resoluciones recurribles y no recurribles en la casación civil*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1996, principalmente pp. 27 y ss.

⁶⁰⁷ Art. 1687 LEC: "Son susceptibles de recurso de casación: 1º las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales en los juicios declarativos ordinarios de mayor cuantía y en los de menor cuantía siguientes: ...c) Aquellos en que la cuantía litigiosa exceda de 6 millones de pesetas."

hablando, resulta, sin embargo, difícil encontrar otro criterio con las mismas garantías de objetivación para establecer la razonable delimitación objetiva del recurso de casación civil"⁶⁰⁸. El criterio financiero supone una correlación entre el valor del litigio y el interés jurídico del asunto, sin embargo estas dos nociones no están siempre necesariamente unidas. Lo cierto es que la utilidad del criterio económico escapa al espíritu y la misión del recurso de casación.

Pese a eso, el hecho indiscutible es que existe un porcentaje de casos, más o menos grande, a los que se les priva de la vía casacional. Y esto se reproduce en el resto de órdenes jurisdiccionales. Así, por ejemplo, *en la jurisdicción contencioso-administrativa* quedan exceptuadas del recurso de casación las siguientes decisiones judiciales⁶⁰⁹: Las que se refieran a cuestiones de personal salvo que afecten, estrictamente, a la extinción de la relación de servicio de quienes ya tengan la condición de funcionarios; las recaídas en asuntos de cuantía inferior a 6 millones de pesetas⁶¹⁰; las dictadas en materia de derecho de reunión y manifestación; las dictadas en recursos contenciosos electorales; y

608 Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ recuerda que la práctica mayoría de los asuntos civiles que se despachan ante los tribunales fácilmente superan este monto económico, y además, se ha de tener en cuenta que también son recurribles en casación los juicios de cuantía inestimada o no determinada (Art. 1687.1º b) LEC), en *La nueva casación civil: ...*, *op. cit.*, pp. 89-91.

609 Aunque, como excepción, siempre serán susceptibles de casación los recursos interpuestos de acuerdo con lo previsto en el art. 39.2 y 4 LJCA.

610 Dicha cuantía mínima se ha elevado a 20 millones en el Anteproyecto de LJCA de 1997, al que antes nos hemos referido, véase art. 83.2 b) del Anteproyecto)

los Autos recaídos en ejecución de sentencia que resuelvan cuestiones no decididas en ella o contradigan.

En el orden social no cabe recurso de casación contra todas las resoluciones dictadas por órganos judiciales distintos de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, y las dictadas por éstos al conocer del recurso de suplicación (Ello se deduce del art. 203 LPL).

Y en el orden penal el art. 847 LECrim señala que: "Procede el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra: a) las sentencias dictadas por la Sala de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia; y b) las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia". Por lo tanto, no es posible interponer recurso de casación contra sentencias que recaen en procesos por faltas, ni contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales y la Nacional (ello se desprende también del art. 796.1 LECrim). Ello hace que el recurso de casación no pueda cumplir con su función uniformadora, pues son muchas las sentencias emanadas de las Audiencias Provinciales en segunda instancia, que, como se acaba de decir, no pueden ser impugnadas ante el TS.

Por lo tanto, en cada una de las jurisdicciones existe un número de supuestos que escapan al control del TS; los mismos puede que no sean cuantiosamente importantes, pero se producen en una cantidad muy considerable en la realidad práctica y generan una especie de "jurisprudencia" dispersa que no alcanza a ser

uniformada por el TS. Además, se da la paradoja de que dichos asuntos, sin embargo, no tienen vedado el acceso al recurso de amparo, lo que supone la existencia de un nada despreciable conjunto de supuestos que no están sometidos al control del TS y que, por el contrario, sí pueden ser revisados en amparo. Como pone de relieve De la Oliva, si al TC le corresponde la fiscalización de la correcta y constitucional aplicación jurisdiccional de normas relativas al procedimiento, a garantías o formas esenciales del juicio, y más aún en esos numerosos supuestos en que no se permite acceder al TS, todo ello da mucho que pensar sobre el papel del TS y sobre el del TC⁶¹¹.

Para terminar, hay que advertir, de todos modos, que este fenómeno no es propio únicamente de la justicia española, también, por ejemplo, la *Corte di Cassazione* italiana⁶¹² y los Tribunales Supremos Federales alemanes se han visto desbordados por la cantidad de asuntos que les llegan. Por su parte, el legislador alemán ha optado, igualmente, por restringir en gran medida el acceso al recurso de *revision* (o casación) para evitar la acumulación excesiva de casos ante el Tribunal Supremo Federal que redundaría en la baja calidad de sus decisiones⁶¹³. La consecuencia de ello es la misma que en España: al ser más fácil el acceso al recurso ante el Juez constitucional que ante los Tribunales Federales superiores, la

⁶¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El Tribunal Constitucional como ultima instancia ...", *op. cit.*, p. 340.

⁶¹² Sobre ello puede verse BRANCACCIO, Antonio: "Problemi attuali della Corte suprema di cassazione", *Il Foro Italiano*, nº 5, 1989, pp. 205-219.

⁶¹³ FERRAND, *Frédérique*: *Cassation française et Révision allemande*, *op. cit.*, pp. XXVII.

jurisdicción constitucional es, muchas veces, llamada a pronunciarse sobre la interpretación de leyes recientes, antes incluso de que el Tribunal Federal haya tenido ocasión de hacerlo. De este modo, la jurisdicción constitucional, bajo pretexto de la interpretación de control de constitucionalidad, fija definitivamente la interpretación de las reglas de derecho ordinario⁶¹⁴.

c) La posibilidad de convertir el recurso de casación en filtro del recurso de amparo.

Se ha considerado que puede reputarse fin de la casación la protección de los derechos fundamentales, dada su posición preferente y el carácter subsidiario del recurso de amparo ante el TC. Tomando como base esta realidad, se ha señalado que el recurso de casación podría constituirse en filtro que aliviaría el exceso de trabajo del TC, especialmente si se impidiera recurrir en amparo toda sentencia cuya constitucionalidad no hubiera enjuiciado antes el TS a través del recurso de casación. La protección de los derechos

614 No obstante, el Tribunal Constitucional también ha tendido a limitar el acceso al recurso de amparo. Así por ejemplo, en la última reforma de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional, de 12 de diciembre de 1985, se suprimió el carácter gratuito del recurso de amparo, se aumentó la cuantía de la sanción por demandas infundadas, se amplió la competencia de las secciones de tres (*Kammern*) para inadmitir previamente demandas sin el suficiente fundamento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, etc. *Vid.* sobre ello, FALLER, Hans J.: "Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal alemán", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, 1992, pp. 135-136.

fundamentales se erigiría, de esta forma, en motivo de casación junto al esencial de unificación de la doctrina jurisprudencial⁶¹⁵.

Como se ha dicho que una de las finalidades del principio de subsidiariedad consiste en dar la oportunidad a los propios tribunales de enmendar las vulneraciones de derechos fundamentales que se hayan producido por los mismos. Esta es, pues, la filosofía que inspira la propuesta de crear una Sala especial en el seno del TS, que se denominaría "Sala de amparo"⁶¹⁶ y se encargaría de conocer principalmente de los casos relacionados con la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)⁶¹⁷, o en general, de las violaciones de derecho producidas originadas por los órganos jurisdiccionales⁶¹⁸.

Esta misma idea ha sido reiterada por Pascual Sala, que propugna arbitrar un procedimiento que consistiría en "una comparecencia de las partes, con intervención del Ministerio Fiscal e informe del Juez o Tribunal a quien se atribuya la lesión, que se residenciaría en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el caso de recurso de amparo deducidos frente a resoluciones de los órganos jurisdiccionales del

⁶¹⁵ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO: *Apelación y casación civil*, *op. cit.*, pp. 187 y ss.

⁶¹⁶ Esta solución, que ya fue planteada por J. Luis GARCÍA RUIZ, en *El recurso de amparo...*, *op. cit.*, p. 167.

⁶¹⁷ ARAGÓN REYES, Manuel: "Consideraciones sobre el recurso de amparo", *op. cit.*, pp. 181 y 182. En el mismo sentido, GIL-ROBLES, Álvaro: *Los nuevos límites de la tutela judicial...*, *op. cit.*, p. 102.

⁶¹⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍN, Salvador: "Análisis crítico sobre la juricidad del Tribunal Constitucional español", *op. cit.*, p. 778.

correspondiente territorio que no fueran susceptibles de ulterior recurso", o bien sería de conocimiento por el TS cuando sí cupiese recurso de casación. Y en el supuesto caso de que la violación proviniese de éste, la cuestión de amparo debiera encargarse a la Sala que prevé el art. 61 LOPJ⁶¹⁹.

Otra solución es la planteada por Jiménez de Parga, y consiste en que cuando el TC dicte una sentencia estimando una demanda de amparo por vulneración del art. 24 CE, se considere que tal sentencia es un motivo de revisión junto a los ya previstos en las leyes procesales y que, por lo tanto, el asunto se remita siempre a la Sala especial prevista en ese art. 61 LOPJ para que resuelva definitivamente el asunto⁶²⁰.

Todas estas propuestas han recibido críticas por las dificultades que generan en un doble sentido: por un lado, se volvería a suscitar, pero en términos aún más radicales, la difícil tarea de delimitar constitucionalidad y legalidad, encomendándose al TS una competencia en la que precisamente no es el supremo; además, por otro lado, se crearía una especie de nueva instancia judicial que conllevaría una dilación de las causas⁶²¹. Es más, aunque se pretendiese argüir que con la creación de una Sala de amparo en el TS se daría cumplimiento a la finalidad de la

619 SALA SÁNCHEZ, Pascual: "La delimitación de funciones entre...", *op. cit.*, pp. 30-31.

620 Manuel JIMÉNEZ DE PARGA en el Coloquio Internacional celebrado en Madrid, *Jurisdicción Constitucional en España...*, *op. cit.*, p. 188.

621 PÉREZ TREMS, Pablo: "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal", *op. cit.*, p. 431.

subsidiariedad a la que nos hemos referido, esto es, el dar oportunidad a que en el seno de la jurisdicción ordinaria se enmienden las vulneraciones de derechos, también se ha señalado que "la constitucionalidad debe ser patrimonio de todos los tribunales de justicia por igual. Es bastante un Tribunal Constitucional"⁶²². Es decir, nos encontraríamos con dos instancias constitucionales: una ante el TC y la otra, cuando las vulneraciones proviniesen de los tribunales ordinarios, ante el TS, lo cual, a nuestro parecer, vendría a perturbar aún más la situación.

⁶²² CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El recurso de amparo constitucional, el juez y el legislador", en AA.VV., *Los procesos constitucionales (segundo simposio de Derecho Constitucional)*, Madrid, CEC, p. 119.

6. LA REVISION DE RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO A TRAVÉS DEL RECURSO DE AMPARO.

"Condenemos las decisiones judiciales que sean erróneas según nuestra apreciación. Pero sepamos también que hay una razón y una legitimidad en esa institución cuya auténtica "raison d'être" es el controlar el poder político y protegernos del uso abusivo de ese poder" (Cappelletti).*

* CAPPELLETTI, M.: "¿Renegar de Montesquieu?...". *op. cit.*, p. 46.

6.1. Los preceptos más invocados para denunciar ante el Tribunal Constitucional vulneraciones de derechos fundamentales producidas por órganos jurisdiccionales

La estructura piramidal que situa al TS a la cabeza del poder judicial está diseñada para garantizar la unidad interpretativa del ordenamiento. Esa unidad en la aplicación e integración del Derecho se asegura mediante un sistema de recursos ante órganos jurisdiccionales superiores, y se refuerza con la existencia de recursos como el de casación, pero, como recuerda Pérez Tremps, no está diseñado, en el sentido estricto de término, un sistema de recursos contra las decisiones de los órganos jurisdiccionales ante el TC⁶²³. La legislación vigente no prevé medio específico alguno para reaccionar contra las vulneraciones de derechos fundamentales procedentes de los órganos judiciales fuera del recurso de amparo. Como se ha visto, tampoco la Ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, contiene una vía específica contra la actuación de un órgano judicial que viola un derecho fundamental. Por ello, el modo de enmendar dichas vulneraciones es acudir al TC en amparo. Existen dos derechos que son invocados en un porcentaje elevadísimo cuando lo que se pretende es actuar contra un órgano jurisdiccional y que son los responsables de la invasión de recursos con que se encuentra el TC: uno es el derecho a la tutela

623 PÉREZ TREMPs, Pablo: *Tribunal Constitucional y...*, *op. cit.*, p. 231.

judicial efectiva (art. 24 CE), y otro el derecho relacional a la igualdad⁶²⁴.

Casualmente, uno y otro derecho, son invocados en amparo contra decisiones de órganos judiciales. Es sorprendente que la mayor parte de las denuncias en amparo se produzcan precisamente respecto a los órganos que son los primeros llamados a proteger los derechos y libertades, y no respecto a actos del poder ejecutivo que, como titular de la fuerza pública, ha sido tradicionalmente mayor causante de vulneraciones de derechos. Ello hace pensar dos cosas: bien que los jueces y tribunales, investidos con el tiempo de mayores capacidades, no cumplen en demasiadas ocasiones con su papel de guardianes de los derechos de los ciudadanos; o más bien, que se ha producido tal cambio en la concepción de lo que constituye el derecho a la tutela judicial efectiva y a la igual aplicación de la ley, que prácticamente ninguna decisión judicial queda exenta de ser denunciada por violación de los mismos. De ello hablaremos ahora.

624 Entre julio de 1980 y diciembre de 1994, el porcentaje de recursos de amparo en los que se invocaba el art. 24 CE fue de un 69 % y el de recursos en el que se invocaba el art. 14 CE de un 23%. (Datos tomados de AA.VV: *La jurisdicción Constitucional en España...*, op. cit., p. 328).

6.1.1. El art. 24 CE como vehículo de control de la actuación de jueces y Tribunales.

a) El extenso contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y sus consecuencias.

I. El art. 24 CE tiene un profundo contenido histórico que se conecta con la reacción del constitucionalismo de postguerra y las prácticas habidas en los regímenes totalitarios. Al inicio de este trabajo ya se apuntaron las razones político-históricas que llevaron al constituyente español a garantizar de un modo reforzado el conjunto de derechos contenidos en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, y a someter la actividad jurisdiccional al control de amparo del TC. Entre esos derechos se incluyó el derecho a la tutela judicial porque, al fin y al cabo, constituye la garantía de la efectividad del resto de derechos. De nada sirvió en épocas anteriores el reconocimiento constitucional y legal de un elenco de derechos sin una posibilidad de exigir los mismos ante los tribunales, por ello, en 1978 se quiso garantizar el derecho a la tutela judicial con el amparo constitucional como un modo de evitar que los jueces escapasen al efectivo cumplimiento de lo prescrito constitucionalmente. El mismo fenómeno se había producido con anterioridad en Alemania e Italia; el hecho de que se introdujera en sendas Constituciones el derecho general a la tutela judicial, entendido como el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas, obedece a la preocupación de impedir en el futuro los abusos y

desviaciones que tuvieron lugar en el período totalitario y al deseo de devolver a los ciudadanos su confianza en la administración de justicia⁶²⁵. En España en el período constituyente también se tuvo en cuenta la insuficiencia del control judicial llevada a cabo por los tribunales de justicia frente al poder público durante la dictadura franquista, y por ello, la redacción e inclusión del artículo relativo a la tutela judicial entre los derechos fundamentales no tuvo mucha discusión durante el proceso constituyente. De hecho, el texto del art. 24.1 que aparecía en el Anteproyecto de Constitución⁶²⁶, y que decía decía: "Toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los tribunales para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión", permaneció inalterado a lo largo del informe de la Ponencia y en los debates que tuvieron lugar, tanto en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, como en el Pleno del Congreso de los Diputados, hasta una modificación final, que se produjo en la Comisión constitucional del Senado y que fue considerada de puro estilo⁶²⁷. Esta modificación consistió en cambiar el derecho "*al acceso a los tribunales para la tutela*" por el reconocimiento directo del: "*se tiene derecho a obtener la tutela efectiva*". El matiz no es baladí, pues no es lo mismo tener derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que tener derecho al acceso a los tribunales para obtener de ellos tal tutela. Esto último, el derecho a acceder a los tribunales, con

⁶²⁵ FIGUERUELO BURRIEZA, Angela: *El Derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Civitas, 1990, p. 32.

⁶²⁶ Boletín Oficial de las Cortes, de 5 de enero de 1978.

⁶²⁷ Boletín Oficial de las Cortes, de 6 de octubre de 1978.

mayor o menor virtualidad práctica, es lo que se reconocía en la anterior legislación⁶²⁸, y en ese mero derecho de acceso a los tribunales nos podíamos haber quedado de no prosperar la modificación que se introdujo en el art. 24.1 CE. Precisamente, la vaguedad de la redacción definitiva de este artículo ha permitido una pluralidad de interpretaciones del mismo, que ha conducido a un inesperado desarrollo jurisprudencial del derecho a la tutela judicial⁶²⁹.

II. La naturaleza del art. 24 CE es difícil de definir. En opinión de Aparicio Pérez, "nos encontramos ante un verdadero derecho sustantivo, y no ante un derecho procesal"⁶³⁰. Sin embargo, el TC ha mantenido otra opinión al respecto, pues, en algunas ocasiones ha afirmado que "siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, *sino un derecho de prestación*, sólo puede ejercitarse por cauces que el legislador establece, o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero, ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial, ni nadie que no sea el

628 El art. 30 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 decía: "todos los españoles tendrán libre acceso a los tribunales". Y el art. 3 de la Ley de Bases Orgánicas de la Justicia de 28 de noviembre de 1974 establecía: "Toda persona tendrá, de acuerdo con las leyes, libre acceso a los Juzgados y Tribunales para pretender la tutela jurisdiccional de los derechos reconocidos en aquellos".

629 CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva. Derechos y Garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 6-7.

630 APARICIO PÉREZ, Miguel Angel: "La aplicación de la Constitución...", *op. cit.*, p. 74.

legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo contenido «sólo por ley» puede regularse⁶³¹. Pero, por otro lado, también ha admitido que *la complejidad del art. 24.1 CE "impide incluir la definición constitucional de dicho artículo en cualquiera de los términos de una clasificación dicotómica que, como la que distingue entre derechos de libertad y derechos de prestación, sólo ofrece cabida para los derechos de contenido simple"*⁶³².

En un primer momento el concepto de derecho a la tutela judicial efectiva sólo reconocía el derecho material de acceso a los tribunales, aunque con el tiempo se fueron añadiendo muchos más contenidos. En realidad, ha sido el TC quien ha ido determinando, con su doctrina, cuáles son los derechos que se encuentran englobados dentro del art. 24.1 CE. En este sentido, ha señalado que el derecho a la tutela judicial implica un derecho a acceder a la jurisdicción⁶³³, que supone, asimismo, el derecho a que los intereses legítimos sean tutelados por órganos auténticamente jurisdiccionales, el derecho a que éstos ejerzan su función con independencia; el derecho de libre acceso al proceso, que implica una prohibición de interponer excesivos o irrazonables obstáculos al acceso de una persona al proceso⁶³⁴; y como continuación de ese

631 STC 99/1985, de 30 de septiembre, (F.J. 4º).

632 STC 26/1983, de 13 de abril.

633 Entre otras, SSTC 1/1981, de 26 de enero; 65/1985, de 23 de mayo; 265/1988, de 22 de diciembre.

634 SSTC 69/1983, de 26 de julio; 108/1983, de 29 de noviembre; 118/1987, de 8 de julio; 172/1987, de 3 de noviembre; 71/1991, de 8 de abril.

derecho al proceso se encuentra también el derecho al recurso legalmente establecido⁶³⁵ reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de "obtener una resolución fundada en Derecho; resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Y que podrá ser de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concorra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada"⁶³⁶. A este respecto, las facultades del TC no se limitan a la mera comprobación de si hubo una sentencia fundada en derecho, sino que podrá apreciar la correcta consideración por el tribunal ordinario de los presupuestos procesales, ya que, si éstos no fueron adecuadamente apreciados, quedarán sin protección ni tutela el derecho o derechos fundamentales. Igualmente, el derecho a la tutela judicial supone el derecho a obtener la ejecución de la sentencia⁶³⁷;

Por último, como es sabido, el art. 24.1 CE no sólo proclama el derecho de todos a la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino que acaba diciendo: "*sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*". El TC ha perfilado en su jurisprudencia en qué consiste la indefensión, utilizando la misma en un sentido muy lato, como una suerte de cajón de sastre, esto es, como una cláusula genérica y residual en la

635 STC 69/1987, de 22 de mayo.

636 STC 11/1982, de 29 de marzo.

637 STC 4/1984, de 23 de enero.

que sólo cabrían infracciones procesales especialmente graves no amparables en otros derechos mencionados en el art. 24 CE, sino que incluso la idea de indefensión abarcaría todas las garantías establecidas en dicho artículo⁶³⁸.

No obstante, no forma parte de nuestra tarea el hacer un estudio del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, pues ya existen excelentes trabajos sobre ello⁶³⁹. De hecho, con este breve enumerado de conceptos que se encuentran comprendidos dentro del genérico "derecho a la tutela judicial efectiva" no se contienen todos los reales y potenciales derechos susceptibles de encuadrarse dentro del mismo. Prueba de ello es la larga lista de jurisprudencia del TC sobre la tutela jurisdiccional, donde puede

638 Véase la STC 48/1984, (FJ 1º): "En el art. 24 de nuestra Constitución ocupa un lugar central y extraordinariamente significativo la idea de indefensión. La interdicción de la indefensión que el precepto establece, constituye *prima facie* una especie de cláusula o fórmula de cierre. «Sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», dice el mencionado precepto constitucional. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso), decidido por un órgano imparcial (jurisdicción). De esta suerte la idea de indefensión engloba, entendida en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del artículo 24".

639 ALBACAR LÓPEZ, José Luis: "Contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional(I)", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 442, 18 junio 1982, p.1-5; y "Contenido y alcance del derecho de la tutela jurisdiccional (y II)", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 444, 22 junio 1982, p. 1-4; BORRAJO INIESTA, Ignacio; DIEZ-PICAZO, Ignacio; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo...*, *op. cit.*; BORRAJO INIESTA, Ignacio: *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, BBV-Civitas, 1995; CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva. Derechos y Garantías procesales...*, *op. cit.*; FIGUERUELO BURRIENZA, Angela: *El Derecho a la tutela judicial efectiva*, *op. cit.*; GIL-ROBLES, Álvaro: *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, CEC, 1996; SÁNCHEZ AGESTA, Luis: "El artículo 24 de la Constitución y el recurso de amparo", *El Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, Vol. III.

observarse la variedad de contenidos que el TC ha admitido bajo dicho concepto⁶⁴⁰. Para ello queremos reproducir las palabras de García Torres que plasman perfectamente lo que viene diciéndose:

"Echemos una ojeada a la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 24.1 de la Constitución, *selva selvaggia* propicia a insólitos encuentros. El artículo 24.1 da derecho a las personas identificables como interesados en el expediente administrativo, en el escrito de interposición o en la demanda contencioso-administrativa, a ser emplazadas directa o personalmente. El artículo 24.1 CE otorga igualmente a quienes recurren de nulidad un auto dictado por árbitros de equidad el derecho de que el Tribunal Supremo se limite a ejercer jurisdicción rescindente. El artículo 24.1 concede también derecho a que las partes puedan usar de los recursos establecidos por el legislador, aunque no a que puedan entenderse existentes recursos no establecidos en las leyes procesales. Asimismo, el artículo 24.1 inviste del derecho a que las sentencias contengan una «motivación reconocible como aplicación del sistema jurídico». El artículo 24.1, en fin, confiere derecho no sólo «a remoción inicial de los obstáculos» que la Administración pueda oponer al efectivo cumplimiento de una sentencia contencioso-administrativa firme, sino que postula además que los

640 Sobre cada uno de los aspectos que configuran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del TC puede verse el excelente trabajo de Francisco CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y Garantías procesales*, op. cit.

propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido material de sus decisiones y que lo hagan, esto es lo esencial, en el procedimiento incidental de ejecución...Obsérvese lo variado de los supuestos, la distancia de unos a otros, la amplitud del campo que abarcan, *prácticamente todo el derecho procesal*"⁶⁴¹.

Lo cierto es que el art. 24.1 CE ha servido para constitucionalizar múltiples aspectos del derecho procesal, y, como dice Pascual Sala, "ha hecho posible que cualquier cuestión o problema de índole procesal haya sido relacionado positivamente con el derecho fundamental a la tutela judicial y con la indefensión"⁶⁴².

III. En relación a esto hemos de recordar algo que ya se advirtió en este trabajo, y es que, precisamente, la amplitud de contenidos que el TC ha dado con su interpretación al derecho a la tutela judicial ha sido utilizado por los particulares para aferrarse a cualquiera de ellos con el único objeto de acudir en amparo y conseguir que su caso sea revisado por una instancia judicial más. El uso abusivo por los particulares del art. 24 CE no ha escapado al conocimiento del TC, que está habilitado por el art. 95.2 y 3 LOTC

641 GARCÍA TORRES, Jesús: "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", *Poder Judicial*, nº 10, 1988, pp. 14-15.

642 SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria...*, *op. cit.*, p. 19.

para imponer costas o multas a quién formule recurso de amparo con temeridad o abuso de derecho. En este sentido, el TC señaló que "el ejercicio del derecho que establece el art. 53 de la Constitución y los arts. 41 y siguientes de la LOTC para la protección de los derechos y libertades fundamentales no debe, ciertamente, ser obstaculizado con interpretaciones rigurosas o disuadido mediante apelaciones al sistema sancionador que contiene el art. 95. LOTC. Mas la utilización abusiva del amparo, o la apelación temeraria a esta vía de protección constitucional, dilatando de facto la efectividad de los pronunciamientos jurisdiccionales en materia que son de la exclusividad de los jueces y tribunales (art. 117.3 de la Constitución) y generando la atención indebida de este Tribunal, con merma del respeto debido a las instituciones ha de ser sancionado en los términos que establece el indicado art. 95 en sus apartados 2 y 3" (ATC 512/1984, de 5 de septiembre, FJ. 2º).

IV. La consecuencia de la utilización que se ha dado del art. 24 CE no es tan sólo el número abrumador de recursos que llega al TC, sino, como ha expresado Rubio Llorente, el que éste difícilmente puede satisfacer las pretensiones que de ellos se deducen sin inmiscuirse indebidamente en el ámbito propio del poder judicial⁶⁴³. Esa inevitable intromisión en la legalidad ordinaria se procuce en ocasiones cuando el TC conoce de la violación de cualquiera de los derechos fundamentales, pero, indudablemente, es con el derecho a la tutela judicial (y con el derecho a la igual

643 RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del poder*, op. cit, pp. 128-29.

aplicación de la ley, al que luego nos referiremos), cuando las fronteras entre la legalidad y ordinaria son más difíciles de dibujar.

En derechos fundamentales materiales como el derecho a la educación, el derecho a la vida, el derecho a sindicarse, etc., el TC dispone de amplios márgenes de actuación, en cuanto que la cuestión que se debate pertenece, de pleno, al ámbito del derecho constitucional. En dichos supuestos, precisamente, lo que tiene que hacer el TC es comprobar si el juez ha aplicado correctamente dicho derecho y, en su caso, anulará la decisión judicial y fijará el alcance concreto del derecho. Sin embargo, cuando de lo que tiene que conocer el TC es del derecho a la tutela judicial, se ven implicadas cuestiones procesales que incumben al ámbito de la legalidad ordinaria, lo que hace que el campo de actuación del TC tope con ciertas limitaciones. En dichos casos al constatar la vulneración del derecho y pasar a determinar su exacto contenido, inevitablemente tiene que entrar a conocer, siempre desde el punto de vista constitucional, si el juez ha interpretado correctamente la normativa legal que regula la actuación procesal. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que se inadmita un recurso; en tal supuesto el TC tiene que analizar si el juez ha respetado los preceptos legales que regulan la admisión de los recursos, y al hacerlo indirectamente el TC establece cual es la correcta interpretación o aplicación, en el sentido de "la constitucional interpretación", que debe darse a tales preceptos. La dificultad está en señalar hasta dónde la función de garante del derecho a la tutela judicial permite al TC controlar la interpretación de la ley procesal realizada por el juez.

Pero, no sólo es eso, pues el derecho a la tutela judicial ha abierto la puerta al TC para controlar algo más que las normas procesales, y un ejemplo de ello lo constituye la STC 23/1988, de 22 de febrero⁶⁴⁴. En ella el TC, por vía recurso de amparo, entró a controlar el correcto uso por los tribunales ordinarios de las normas que regulan el sistema constitucional de fuentes del Derecho. El razonamiento del TC era el siguiente: El art. 24.1 CE otorga el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho relativa al fondo del asunto; la resolución de un asunto sin aplicar la Ley vigente conforme al sistema constitucional de fuentes del Derecho supone decidir el asunto al margen del Derecho, por lo tanto la resolución del asunto sin aplicar la ley vigente constituye una infracción del art. 24.1 CE. A este respecto, Alonso García puntualiza que lo que el TC puede controlar es el error de la resolución judicial que deriva de la interpretación incorrecta de las normas configuradoras del sistema constitucional de fuentes del Derecho, no el error que proviene de la incorrecta interpretación de las normas aplicables al caso, pues entonces se está decidiendo en Derecho.

La conclusión que se extrae de todo esto es que la constitución del recurso constitucional de amparo como medio de control del juez, no sólo del legislador, justamente "resulta de la inclusión entre los derechos fundamentales que tal recurso protege, en España y en Alemania, del derecho al *juez natural* y a un *proceso con todas las*

⁶⁴⁴ Ejemplo puesto por ALONSO GARCIA, Enrique: "El Control del Tribunal Constitucional del sistema español de Fuentes del Derecho a través del art. 24 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, pp. 141-210.

garantías"⁶⁴⁵, es decir, lo que en nuestra Constitución es el art. 24 CE. Esto es, al reforzar el derecho a la tutela judicial con el recurso de amparo queda expedita una vía para que el TC entre a controlar la aplicación de los preceptos legales por los jueces, no existiendo más regla para determinar los límites a la actuación del TC que su propio criterio. De este modo, como concluía Rubio Llorente, el recurso de amparo se convierte en una "supercasación universal"⁶⁴⁶.

b) ¿Vulnera el art. 24 CE la negativa de un juez a plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por un particular?

En directa relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra la cuestión de si la negativa de un juez a plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por una parte en el proceso vulnera el art. 24 CE. Por lo pronto hemos de decir que, pese a que el derecho a la tutela judicial incluye el derecho a los recursos, la cuestión de inconstitucionalidad no tiene tal naturaleza. Por lo tanto, hay que determinar si la facultad que la LOTC otorga a la parte en un proceso de solicitar del juez que eleve una cuestión puede incardinarse en alguno de los múltiples contenidos del derecho a la tutela judicial.

645 RUBIO LLORENTE, Francisco: "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *op. cit.*, pp. 31 y ss.

646 *Ibidem.*

El art. 163 CE establece que "cuando un órgano judicial *considere*, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, *planteará* la cuestión ante el Tribunal Constitucional...". A diferencia de otros ordenamientos donde el órgano jurisdiccional únicamente podrá dejar de plantear la cuestión cuando se den determinadas circunstancias⁶⁴⁷, en el ordenamiento español no se limita el poder de apreciación. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es una facultad exclusiva de los órganos jurisdiccionales⁶⁴⁸. La cuestión de constitucionalidad procede sólo cuando el juez mismo considere que la norma aplicable al caso "puede ser contraria a la Constitución", no como en Italia, donde el planteamiento de la misma se produce cuando el juez no considera "manifiestamente infundada" la argumentación.

Si habiendo sido instada una cuestión por una parte en el ámbito de un proceso, el juez no la considera pertinente, puede pensarse que con ello se vulnera el art. 24 de la CE por indefensión.

647 Véase, lo señalado en el apartado 3.3.2 b) de este trabajo.

648 Rubio Llorente en un voto particular a la STC 4/1981, de 2 de febrero señalaba: "El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, pero no el único, y nuestros Jueces y Tribunales están obligados a interpretarla, no sólo para declarar derogadas las normas anteriores que se opongan, o inconstitucionales las posteriores de rango infralegal que la infrinjan, sino también para solicitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de las Leyes posteriores cuya constitucionalidad les parezca cuestionable o para resolver negativamente, optando por la aplicación de la Ley impugnada, las alegaciones de inconstitucionalidad que puedan hacer las partes. En uno y otro caso, el Juez ordinario actúa como Juez de la constitucionalidad, con entera libertad de criterio y sin verse forzado, como en otros sistemas, a plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión suscitada por las partes en cuanto que no la considere «manifiestamente infundada»".

Sin embargo, como acabamos de ver, con ello no se conculca derecho alguno del solicitante, pues el juicio sobre la pertinencia del planteamiento de la cuestión es competencia exclusiva de jueces y tribunales. Entender lo contrario sería reconocer que los particulares tienen derecho a plantear cuestiones ante el TC sobre la constitucionalidad de una norma⁶⁴⁹. Así lo ha señalado el TC en varias ocasiones; recogemos algunas de ellas como ejemplo:

"El planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 de la LOTC como cauce procesal para resolver las dudas que él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una Ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar, habiendo declarado este Tribunal en numerosas ocasiones que el hecho de que el órgano judicial no haya considerado conveniente formular cuestión de inconstitucionalidad no da base a un recurso de amparo", (STC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 3º)

"El derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo, no ha sido vulnerado, a tenor de la jurisprudencia de este Tribunal que ya se ha iniciado con la STC 17/1981, de 1 de junio (F.J. 1º), y se recoge en una serie de autos, entre ellos el auto 10/1983, de 12 de enero, según el cual «el artículo 35 LOTC no obliga a que un órgano judicial plantee la cuestión cuando se lo pida una parte, sino que el

649 ATC 878/1987, de 8 de julio (FJ único).

planteamiento sólo ha de producirse cuando el juez o el tribunal de que se trate considere que la norma de cuya validez dependa el fallo puede ser contraria a la Constitución» (FJ 2º). El citado artículo 35 LOTC no contiene un recurso a disposición de las partes de un proceso, del cual haya sido privado el recurrente. Por el contrario, la cuestión de inconstitucionalidad es un medio para asegurar la supremacía de la Constitución que corresponde en forma exclusiva al órgano judicial. La decisión de éste respecto al planteamiento de la cuestión no afecta, pues, el derecho de defensa de los derechos fundamentales de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstos disponen a tal fin del recurso de amparo. La circunstancia de que las partes y el Ministerio Fiscal deban ser oídos antes del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, invocada por el recurrente en apoyo de su pretensión, no significa en modo alguno que ellos tengan «derecho» a que los órganos expresen dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable y por consiguiente utilicen este medio jurídico de protección del derecho constitucional..." (STC 133/1987, de 27 de julio, FJ 1º)⁶⁵⁰.

"Suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, el cual por el mero hecho de no plantearla y aplicar la Ley que, pese a la opinión en contra del justiciable, no estima

650 *Idem* en STC 78/1988, de 29 de abril, (FJ. 4º)

inconstitucional no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste. No resulta posible pretender que este Tribunal imponga a los juzgadores ordinarios el uso de la facultad que les atribuye el art. 163 de la Constitución. De ahí que, tal y como se formula en la demanda, la pretensión de la parte recurrente no podría ser acogida". (STC 23/1988, de 22 de febrero, FJ 1º).

No obstante, la discrecionalidad que la Constitución atribuye al juez para decidir sobre la pertinencia o no de plantear la cuestión de inconstitucionalidad no exime al mismo de, por un lado, motivar la decisión por la que decide no elevar la cuestión, y por otro lado, de hacerlo de tal modo que no se violen los derechos fundamentales, incluido, por supuesto el art. 24 CE. Si el juez rehusa presentar la cuestión sin motivar su decisión o lo hace de tal modo que viola un derecho fundamental, entonces sí se podrá recurrir en amparo tal acto judicial alegando la vulneración del art. 24.1 CE y de aquellos otros derechos que pudieran verse menoscabados. Pues aunque la facultad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC es discrecional por parte del juez, pueden traerse a colación las palabras del TC que advierten que "discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad ni ausencia de control, correspondiendo a este Tribunal Constitucional determinar en vía de recurso de amparo si por Auto de procesamiento o por cualquier otra resolución judicial se han violado derechos o libertades concretos" (ATC 324/1982, de 25 de octubre). También se violará claramente el art. 24 CE, tal como señala Alonso García,

cuando el juez se niegue a plantear la cuestión de inconstitucionalidad de una ley, pero no por entender que la misma es constitucional, sino por entender que la Constitución no tiene eficacia normativa⁶⁵¹.

c) La posible exclusión del art. 24 CE de la protección del recurso de amparo. constitucional

I. Como ya se ha dicho, el art. 24 CE funciona como artículo "instrumento" utilizado por los particulares para elevar al TC la mayor parte de las causas, incluso aquéllas en las que no está en juego un derecho fundamental. De hecho, aproximadamente el 85 por ciento de los amparos que llegan al TC se fundamentan en el derecho a la tutela judicial efectiva. Y, por otra parte, esta circunstancia permite al TC realizar un control amplio de la actuación de gran parte de los tribunales.

Por ello, con la finalidad de evitar el acceso de esa enorme cantidad de recursos que se presentan alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se ha propuesto la exclusión del art. 24.1 CE de la protección reforzada del amparo constitucional. Esta idea ha sido defendida, sobre todo, por miembros pertenecientes a la jurisdicción ordinaria. Así, el Presidente del TS, en el discurso de apertura al año judicial 1994 al que ya nos hemos

651 ALONSO GARCÍA, Enrique: "El Control del Tribunal Constitucional del sistema español de Fuentes del Derecho...", *op. cit.*, p. 201.

referido, consideró clara la posibilidad de una posible limitación legislativa del acceso de los derechos reconocidos en el art. 24⁶⁵² CE.

Ello supondría que las inevitables vulneraciones de derechos fundamentales que se produjesen por órganos jurisdiccionales tendrían su protección última en la vía ordinaria. Es indudable que esta opción solventaría dos problemas: por un lado, conseguiría descargar al TC de una pesada carga de trabajo, y al mismo tiempo, por otro lado, se evitarían muchas de las tensiones que a menudo se producen entre la jurisdicción ordinaria y constitucional. Pero, no obstante, en primer lugar, hay que comprobar si esta exclusión del art. 24.1 CE de la protección de amparo constitucional es factible o si el debilitamiento de ciertos derechos fundamentales va contra el espíritu con que nació nuestra Constitución, en segundo lugar, si ello no supondría al fin y al cabo, transpasar el problema a otra instancia, lo que podría llevar a un colapso del TS que es quien, se supone, soportaría la mayor parte de la carga, y finalmente, si la exclusión del art. 24 de los preceptos protegidos por el amparo constitucional solucionarían verdaderamente los conflictos que se producen entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al primero de los problemas, el si es constitucionalmente posible la supresión de este artículo del recurso de amparo, para Rubio Llorente no existe ninguna prohibición constitucional que lo impida, e incluso encuentra razones suficientes

652 SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria* .., *op. cit.*, p. 23.

para apoyar esta idea, pero cree que "esa exclusión sería un error gravísimo porque alteraría de manera radical la imbricación ya establecida entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria"⁶⁵³.

No hay que olvidar algo muy importante, y es que nuestro sistema constitucional está concebido de tal modo que situar el derecho a la tutela judicial efectiva fuera del ámbito de control del TC sería como negar que éste es el órgano superior en "todo" lo relativo a las garantías constitucionales, pues, por lo pronto, quedaría fuera de su ámbito de control precisamente una de los elementos de máxima garantía de la efectividad del resto de derechos fundamentales⁶⁵⁴, y además, implicaría que la mayor parte de las actuaciones procedentes de los órganos jurisdiccionales no estarían sometidas al examen de constitucionalidad. Es más, hay que pensar que, como se ha visto, cuando se redactó la Constitución quedó clara la voluntad de asegurar el sometimiento del poder judicial a los dictados constitucionales, con el objetivo de evitar que se volvieran a reproducir situaciones como las que se dieron en el período de la dictadura.

653 RUBIO LLORENTE, Francisco: "El recurso de amparo...", *op. cit.*, pp. 168 y 169. Esta opinión fue apoyada en el debate posterior por SOMMERMAN, JIMÉNEZ DE PARGA, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, FERNÁNDEZ-MONTALVO, TOMUSCHAT y BARNES. Igualmente, BORRAJO INIESTA, FERNÁNDEZ FARRERES y el mismo Ignacio DÍEZ-PICAZO, en el trabajo conjunto *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, Civitas, 1995, p. 18, se muestran contrarios a la exclusión del art. 24 de la protección del recurso de amparo.

654 No en vano la garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales se ha llamado la garantía estrella. LÓPEZ GUERRA, Luis: "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción...", *op. cit.*, p. 31.

Y por supuesto, no podemos olvidar que la exclusión del art. 24 del conjunto de preceptos protegidos con el amparo constitucional conllevaría los nada despreciables problemas que supone la reforma de uno de los apartados especialmente protegidos de la Constitución, el relativo a los derechos fundamentales (art. 168.1 CE)

Por otro lado, en lo que atañe al segundo de los problemas planteados, el ubicar exclusivamente en la jurisdicción ordinaria la salvaguarda del derecho a la tutela judicial no solventaría el problema del exceso de trabajo del TC, pues, la vía subsidiaria de salvaguarda de tal derecho pasaría a ser la ordinaria, lo que indirectamente haría aumentar el trabajo del TS, el cual acabaría recibiendo la mayor parte de las demandas que actualmente llegan en amparo al TC. Por el contrario, sí que se eliminarían muchas de las reticencias que algunas decisiones de amparo producen en los órganos jurisdiccionales al ver revisadas sus decisiones, ya que dicha revisión se produciría dentro de la propia jurisdicción ordinaria.

Y en tercer lugar, debemos considerar si esta medida eliminaría los conflictos y desavenencias que se producen entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. A este respecto hay que señalar que, como se ha visto, tales conflictos se producen porque el poder judicial se ve sometido a una revisión por un órgano externo a su propia jurisdicción, el TC. Esta revisión se lleva a término siempre que éste entiende que un juez ha vulnerado un derecho fundamental y los jueces ordinarios no sólo son capaces cometer violaciones de los derechos comprendidos en el art. 24 CE, es decir

los derechos de carácter procesal, sino que existen muchos más derechos fundamentales susceptibles de ser transgredidos en una actuación judicial. Piénsese, por ejemplo, en el art. 14 CE, como derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, al que ahora nos referiremos, o en el contenido de los arts. 25, 17, o de cualquier otro en relación al cual un juez realice una inadecuada ponderación de derechos. En todos esos casos el TC también entra a revisar la interpretación realizada por el juez ordinario, con lo cual se demuestra que eliminar la protección de amparo del art. 24 CE, tal vez, disminuyese el número de supuestos conflictivos, pero, de ningún modo, erradicaría tal conflictividad entre el TC y los tribunales ordinarios.

II. Hay que reconocer que, como ha señalado Ramón Trillo, la práctica demuestra que la lectura expansiva de los derechos contenidos en el art. 24 CE (principio de legalidad, la presunción de inocencia, la validez de la prueba...) ha convertido a la actividad del TC en una casación de la casación⁶⁵⁵. Por lo tanto, podría pensarse que el problema no se encuentra tanto en la inclusión del art. 24 CE entre los preceptos protegidos en amparo, sino, como se ha visto, precisamente en la extensión que se concede al derecho a la tutela jurisdiccional. Sirva como ejemplo, y no como propuesta de modelo, el art. 28 de la Constitución de 1931⁶⁵⁶, relativo al derecho a la

655 Ramón TRILLO en el debate con motivo del Coloquio Internacional celebrado en Madrid los días 13 y 14 de octubre de 1994, y publicados en *La jurisdicción constitucional en España...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

656 Art. 28 Constitución Española de 1931: "Sólo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales".

justicia en general. Si se compara el mínimo contenido protegido en ese artículo con la multitud de infracciones amparables en virtud del actual art. 24 CE, se comprenderá fácilmente por qué, entre otras razones, durante la II República española no se conoció ningún recurso de amparo contra autoridades judiciales y, sin embargo, en la actualidad el porcentaje de recursos de amparo que se dirigen contra resoluciones judiciales es tan elevado⁶⁵⁷. Entre los dos extremos existe un punto medio que es, tal vez, el que debieramos buscar. Pero, aún así, el TC ha reiterado en su doctrina un principio fundamental, y es que todas las normas han de ser interpretadas y aplicadas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos, sin hacer uso de interpretaciones restrictivas que los disminuyan o menoscaben⁶⁵⁸. Por lo tanto, difícilmente puede mantenerse que, para disminuir los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción consitucional sería aconsejable una interpretación de los contenidos del art. 24 CE más restringida, pues ello iría en contra de la doctrina mantenida por el TC en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales. Lo que hay que determinar es qué se quiere hacer prevalecer, una protección amplia de los derechos fundamentales y libertades públicas, o una disminución en el volumen de trabajo del TC y del número de supuestos conflictivos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

657 De hecho, de los aproximadamente 40 recurso de amparo que se resolvieron por el Tribunal de Garantías, todos ellos fueron contra autoridades administrativas, no hubo ni uno sólo contra un órgano judicial. GUAITA MARTORELL, Aurelio: "El recurso de amparo contra tribunales", *op. cit.*, p. 68.

658 Valga como ejemplo, entre muchas otras, la STC 148/1988, de 14 julio.

6.1.2. El principio de igualdad y la discrepante interpretación de una norma por un juez.

El segundo derecho más invocado por los particulares para recurrir en amparo una decisión judicial es el art. 14 CE⁶⁵⁹. Nos encontramos de nuevo ante un "derecho-instrumento", en el sentido de que su carácter de derecho relacional es utilizado para denunciar como vulneradoras de derechos fundamentales decisiones que se apartan de casos precedentes similares. Esta materia ya fue objeto de estudio en este trabajo en el apartado relativo a la casación y la igual aplicación de la ley por los jueces, por ello ahora sólo haremos hincapié en esa instrumentalización que en amparo se ha hecho del principio de igualdad.

El TC ha sido consciente de que no es lógico esperar la exacta aplicación de la ley en todos los supuestos similares. De hecho, ha señalado que "...esa exigencia constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley (o del Derecho) tiene un carácter predominantemente formal (SSTC 49/1985, de 28 de marzo; 58/1986, de 14 de mayo, y 30/1987, de 11 de marzo), en el sentido de que a los órganos del Poder Judicial --sujetos sólo a la Ley e independientes en el ejercicio de su función (art. 117.1 CE)-- no les es exigible la tarea de resolver siempre igual en los supuesto que se pretendan iguales, pues cada caso, para el mismo Juez o Tribunal,

659 En un 23% de recursos de amparo se alega la vulneración del art. 14 CE.(Dato tomado de AA.VV: *La jurisdicción Constitucional en España. op. cit.*, p. 328).

puede merecer una apreciación diversa, bien por las peculiaridades del mismo, bien por la variación del entendimiento de la norma aplicable operada por el tiempo, o bien, en fin, por la necesidad de corregir errores anteriores en la aplicación. Estas hipótesis es claro que escapan al control de este Tribunal, so pena de interferir en el exclusivo ámbito judicial (arts. 44.1 b) y 54 de la LOTC)", (STC 120/1987, de 10 de julio, FJ 1º)

Por lo tanto, para el TC no es suficiente, sin más, que exista una divergencia entre dos resoluciones judiciales del mismo órgano jurisdiccional para estimar que se ha producido una lesión del art. 14 CE⁶⁶⁰. Para que éste pueda determinar que un órgano jurisdiccional ha vulnerado el derecho a la igualdad al decidir de modo diferente a otros supuestos anteriores es necesario, en primer lugar, verificar el hecho mismo de la diversidad de resoluciones por un mismo órgano jurisdiccional en supuestos similares, recayendo sobre quién esgrime la desigualdad la carga de aportar los precedentes de los que la resolución atacada se haya separado, exigencia que no queda cubierta citando cualquier precedente o uno aislado⁶⁶¹, sino una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y

⁶⁶⁰ Por supuesto, es necesario que se trata de dos o más resoluciones judiciales en contraste, que hayan sido dictadas por el mismo órgano judicial, sin que sirva el que hayan sido dictadas por distintas Salas o Secciones de un mismo Tribunal; y que tales resoluciones judiciales recaigan sobre casos o supuestos conflictivos esencialmente idénticos, igualdad prefigurada por la semejanza de hechos básicos y de la normativa aplicable.

⁶⁶¹ Hasta la STC 35/1988, de 2 de marzo, el TC venía exigiendo la existencia de varias sentencias contrarias a la que se impugnaba, pero esta sentencia introdujo la novedad de que bastase la aportación de una única resolución como término de comparación.

firmeza⁶⁶². En este sentido, Requejo Pagés matiza que "la existencia de precedentes añade, si se quiere, mayores dosis de exigencia a la fundamentación, no porque aquéllos sean vinculantes y tal vinculación sólo se disuelva si tal es la expresa intención del juzgador, sino porque los precedentes suponen la existencia de unos criterios de interpretación que deben ser tomados en consideración por el juzgador a los efectos de asegurar la reflexividad (sic) de sus nuevos criterios discrepantes"⁶⁶³.

Y en segundo lugar, para entender que se ha vulnerado el principio de igualdad se ha de demostrar el carácter arbitrario y no fundamentado del cambio de criterio, debiendo destacarse, a estos efectos, que no toda ausencia de motivación expresa produce una desigualdad inconstitucional, por no razonada y arbitraria, sino tan sólo aquella en la que "resulta patente que la diferencia de trato obedece a una deliberada modificación de los criterios de interpretación de la legalidad hasta entonces mantenidos, apreciable mediante cualquier elemento de juicio externo". (STC 142/1985, de 23 octubre, FJ 1º)

Por lo tanto, en primer término, "corresponde al órgano jurisdiccional ordinario decidir si existe un elemento particular y relevante para aplicar una solución distinta a un caso similar a otros anteriores, tal apreciación en la diferencia de supuestos no puede ser cuestionada en el proceso constitucional, *so pena* de interferir en

662 STC 142/1985, de 23 octubre, (FJ 1º).

663 REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: "Jurisdicción, precedente, jurisprudencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 29, 1990, p. 233.

el ámbito jurisdiccional exclusivo de dicho órgano judicial." (STC 141/1994, de 9 de mayo, FJ 2º y 3º), y sólo en el supuesto de que la resolución finalmente dictada aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo, frente a casos anteriores resueltos de modo diverso, se entenderá que se ha vulnerado el art. 14 CE.⁶⁶⁴

El problema se encuentra en que, al fin y al cabo, es el TC quien decide en cada supuesto concreto que conoce en amparo si el cambio de criterio realizado por el juez ordinario responde a los mínimos constitucionales. Con ello, en definitiva, el TC se permite entrar a conocer sobre la corrección de un cambio de interpretación de una norma, incidiendo, inevitablemente, en el fondo del asunto. Es decir, el principio de igualdad se convierte en un mecanismo de control de la aplicación de la ley por los jueces en manos del TC, pasando éste a desempeñar una actividad que se asemeja a la función uniformadora que la casación realiza.

Como bien señala Requejo Pagés, el acudir en amparo alegando que una decisión judicial vulnera el principio de igualdad supone utilizar el amparo como mecanismo procesal de fiscalización y el art. 14 CE como parámetro de la constitucionalidad de las resoluciones judiciales⁶⁶⁵. Pero, advierte que el principio de igualdad en aplicación de la ley no puede convertirse en la válvula de acceso del TC al ámbito del ejercicio de competencias que la Constitución reserva exclusivamente al poder judicial ordinario, ni tampoco

664 En este sentido véase, entre otras, la STC 55/1988, de 24 de marzo.

665 REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: "Jurisdicción, precedente, jurisprudencia", *op. cit.*, p. 225.

puede servir para realizar controles de oportunidad sobre la vertiente creativa de las sentencias⁶⁶⁶.

Es más, mediante el recurso de amparo el TC tiene la oportunidad, en ocasiones, de anular aquellas decisiones innovadoras que se apartan de la doctrina mantenida en supuestos similares, impidiendo, de este modo, que arraiguen nuevas interpretaciones de la ley y, en definitiva controlando la evolución jurisprudencial. A este aspecto dedicamos el punto 6.3.3 b) de este trabajo, por lo que no entraremos en él ahora.

6.2. La doble función del TS: la función casacional y la función jurisdiccional de reintegrar a un particular en su derecho.

I. Hemos de pensar que en el TS concurren dos facetas; por un lado, es el órgano supremo dentro del poder judicial y tribunal de casación y, en cuanto tal, le corresponde el papel de guardián de la correcta aplicación de las leyes por los jueces y tribunales ordinarios y, por lo tanto, la última decisión sobre el modo en que han de interpretarse éstas. Pero, por otro lado, es un órgano jurisdiccional que, en el momento en que conoce de un caso, tiene que actuar como todo órgano jurisdiccional, es decir, dar solución a un conflicto que se le plantea, sirviéndose para ello del ordenamiento jurídico. Se puede decir que, en realidad, la tarea uniformadora y nomofiláctica de la casación no se realiza sino sobre la base de supuestos concretos, pero este aspecto de la casación, la

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 227.

protección del "ius litigationis", debe servir a la misma como instrumento para garantizar el "ius constitutionis", esto es, aprovechar el interés particular para proteger el interés público.

Calamandrei recordaba que el Estado tiene un interés primario que es el controlar la exacta y uniforme aplicación del derecho, algo que para el litigante recurrente, sin embargo, tiene un valor secundario, en el sentido de que su interés es denunciar la inexacta aplicación e interpretación de la norma a su caso particular y lograr que se anule el fallo injusto y se dicte otro más favorable a él⁶⁶⁷. Así pues, Calamandrei, advertía que "la función específica del recurso de Casación no puede ser enturbiada y desviada por consideraciones relativas exclusivamente al interés de las partes", pues temía que ello llevase a atribuir a la Casación el carácter de tercera instancia, lo que provocaría un enorme aumento del trabajo de la Corte⁶⁶⁸.

Efectivamente, se ha dicho que el efecto meramente persuasorio que a veces producen las sentencias del TS y la jurisprudencia divergente que emite tal vez tenga su origen, precisamente, en el inadecuado deslizamiento que se ha producido del recurso de casación hacia la priorización y preocupación casi exclusiva de la justicia del caso concreto, olvidándose el fin principal del recurso: la unificación en la aplicación de la ley. Esta idea ha sido también expresada por Taruffo al advertir que la

667 Vid. CALAMANDREI, Piero: *La Casación...*, *op. cit.*, pp. 148-151.

668 CALAMANDREI, Piero: "Pel funzionamento della Cassazione unica" (1924), en *Opere giuridiche*, vol VIII, Nápoles, 1979, p. 387.

casación adopta a menudo un modelo de decisión muy cercano al del juez de instancia, que no es precisamente el modelo "puro" casacional. Taruffo se refiere a esta evolución de la casación con las siguientes palabras: "la casación no formula sus propias decisiones en función del valor que éstas puedan tener hacia el futuro, sino en función de la decisión de un supuesto de hecho concreto, como tal ya «pasado», centrando la atención de los problemas de éste, más que en la necesidad de elaborar «principios de derecho», dotados de validez más amplia"⁶⁶⁹.

Esta doble faceta del recurso de casación ha sido reconocida también por el TC quien ha afirmado que "aún siendo cierto que el recurso de casación responde en su origen a la finalidad de asegurar el sometimiento del juez a la ley, como postulado del Estado de Derecho, y hoy cumple además la función objetiva de fijar y unificar la interpretación jurisprudencial, es asimismo cierto que constituye también un medio a través del cual el recurrente puede pretender la tutela de sus derechos e intereses legítimos, lo que, en definitiva, significa que el recurso en cuestión es uno de los instrumentos que sirve para ejercitar los derechos" reconocidos en la Constitución (STC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 1º). En el mismo sentido, la STC 60/1985, de 6 de mayo, señaló que "la casación penal...no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que, al desenvolver esta función, protege también al justiciable, que contará a su través,

669 TARUFFO, Michele: "La Corte de Casación entre la función de control...", *op. cit.*, p. 555.

con la posibilidad de someter el fallo en el que resultó condenado a un «Tribunal superior»" (FJ 1°).

II. Resulta interesante resaltar este doble aspecto del TS por las consecuencias que de ello se derivan. En su faceta de conocedor del "ius litigationis" el TS puede incurrir en los mismos vicios que cualquier otro tribunal, pero los errores del órgano supremo tienen una transcendencia mucho mayor, pues hay que tener en cuenta que el TS, en cuanto garante del "ius constitutionis", genera una jurisprudencia que es seguida por los tribunales inferiores, y que si el TS interpreta una norma de tal modo que afecte a un derecho fundamental, una doctrina reiterada en el mismo sentido podría generalizar la práctica de ese modo de interpretar y con ello la reiteración en la vulneración del derecho.

Es decir, la violación de un derecho fundamental por parte del TS (violación producida, por ejemplo, al interpretar indebidamente una norma que afecte a tal derecho) produce un daño no sólo en el caso concreto, sino también a otros posteriores, ya que, por ser la jurisprudencia del TS de obligado seguimiento, ese error que se produce una vez puede ser mantenido en otros supuestos hasta llegar a generalizarse en los tribunales ordinarios⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰ *Vid.* sobre ello, SANTOS BRIZ, Jaime: "El Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior...", *op. cit.*, pp. 657 y ss.

6.3. El recurso de amparo cuando la violación procede del Tribunal Supremo.

Hay que comenzar recordando que nuestro ordenamiento no establece, ni permite, un control constitucional autónomo de la jurisprudencia. Como recuerda Guzmán Fluja⁶⁷¹, la línea jurisprudencial establecida por el TS estará normalmente dentro de la constitucionalidad, pero puede ser que no sea así; si la inconstitucionalidad tiene su origen en la ley que el TS ha aplicado, no existirá problema alguno porque una declaración posterior de inconstitucionalidad conllevará la de la jurisprudencia que, con arreglo a la misma, se haya producido⁶⁷². Pero si la inconstitucionalidad no proviene de la norma sino de la interpretación realizada por el TS, no existe un mecanismo de depuración o control de dicha jurisprudencia. Tan sólo existe una vía indirecta que produce el mismo efecto depurativo y revisor de la jurisprudencia: el recurso de amparo.

Las decisiones del TC pueden suponer, por lo tanto, una revisión de la jurisprudencia que mantenga el TS en materia de derechos y libertades, en la medida en que la "ratio decidendi" del TC se aparte de la doctrina mantenida por aquél.

671 GUZMÁN FLUJA, Vicente: *El recurso de casación...*, *op. cit.*, p. 45.

672 Art. 161.1 a) CE: "La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada".

Xiol Rios ha señalado que "por lo general, el TC no acepta directamente la jurisprudencia del TS como punto de partida para hallar soluciones constitucionales y, en alguna ocasión, se omite toda referencia argumentativa a criterios jurisprudenciales del TS que el TC rectifica"⁶⁷³.

6.3.1. Causas que han motivado o pueden motivar la concesión del amparo contra una decisión del TS.

En general, cuando una decisión del TS es recurrida en amparo lo puede ser, *grosso modo*, por dos motivos: bien porque el particular considere que aquél no ha remediado la lesión de un derecho fundamental, o bien porque entienda que el TS, en el ejercicio de su función jurisdiccional, lo haya lesionado directamente.

a) Decisiones del TS que confirman una sentencia de un tribunal inferior donde se produce violación de algún derecho fundamental.

En el primero de los casos, nos estamos refiriendo a las decisiones del TS que confirman sentencias de tribunales inferiores, y que son recurridas, en su conjunto, ante el TC alegando vulneración de un derecho fundamental. En muchos de estos casos, el recurso de casación que se interpone ante el TS no sirve prácticamente más que para agotar la vía judicial previa al amparo,

⁶⁷³ XIOL RIOS, Jose Antonio: "Crisis de la jurisprudencia...", *op. cit.*, p. 539.

y la respuesta del Supremo consiste en confirmar lo que los tribunales inferiores han decidido.

En dichos supuestos lo que se recrimina del TS es el no haber remediado la vulneración de un derecho fundamental cuando podía haberlo hecho, y como consecuencia de tal actuación el TC entiende que el TS ha reiterado en la violación del derecho. Ejemplos de ello tenemos muchos⁶⁷⁴; Así, en la STC 88/1985 el TC consideró que el TS al declarar la improcedencia de un despido, al igual que lo había hecho el tribunal de la instancia, infringía del mismo modo que éste el derecho del demandante a la libertad de expresión, pues "ni cumplía el deber de tutela que la Constitución impone al órgano judicial "ex" art. 53.2 CE ni reparó la lesión sufrida al confirmar la sentencia de la instancia" (FJ 5º). De igual modo, en la STC 53/1986, de 5 de mayo, se determinó que la violación del derecho de huelga en aquel caso provenía de la administración, pero el TS, al no salvaguardar con su sentencia dicho derecho, incurrió igualmente en vulneración del mismo. En esta línea, en otra ocasión el TC afirmó que "el Tribunal Supremo, al confirmar las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial, no ha ponderado adecuadamente los derechos constitucionales en juego y por consiguiente ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la comunicación libre de información del art. 20.1 d) CE" (STC 171/1990, de 12 de noviembre). Lo mismo se repite en la STC 85/1994, de 14 de marzo, donde el TS consideró

⁶⁷⁴ Véanse, entre muchas otras, las SSTC 4/1984, de 23 de enero; 86/1984, de 24 de julio; 26/1986, de 19 de febrero; 107/1988, de 8 de julio; 98/1994, de 11 de abril; 126/1995, de 25 de julio; 81/1996, de 20 de mayo; STC 100/1996, de 11 de junio; STC 115/1996, de 25 de junio.

legítima una providencia dictada por el juzgado autorizando a la policía la intervención de un teléfono a pesar de que la misma no estaba motivada. En todo caso, el TS al pasar por alto la existencia de un error judicial en la instancia inferior conduce a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 114/1990, de 21 de junio).

En supuestos como los señalados el particular dirige su demanda de amparo contra la decisión del TS, tanto por la vulneración del mismo derecho fundamental que entendió que se le había infringido en la instancia, como por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, e impugna generalmente al mismo tiempo aquellas decisiones judiciales inferiores que el TS ha confirmado y que el demandante considera vulneradoras de algún derecho fundamental. No obstante, aunque el particular no dirigiese el recurso de amparo también contra las sentencias recaídas en la instancia, el TC entiende que "cuando se recurre en amparo constitucional una resolución judicial confirmatoria de otra que ha sido lógica y cronológicamente presupuesto de la impugnada, debe entenderse que se impugnan ambas, aunque la primera no haya sido combatida de manera explícita. Ello no sólo porque de existir la violación de algún derecho fundamental su producción habría de imputarse a la primera resolución, sino también porque en caso contrario, si se otorgase el amparo, el recurrente no vería satisfecha su queja, pues sólo se anularía la resolución directamente atacada, dejando intacta la inicial" (STC 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 2°).

b) Las lesiones de un derecho fundamental producidas en la instancia casacional.

En cuanto al segundo de los motivos generales, las lesiones a un derecho fundamental producidas directamente por el TS, pueden provenir:

- (I) de la selección de una norma que no correspondería aplicar al caso,
- (II) de una defectuosa interpretación de una ley,
- (III) o de una simple arbitrariedad o error.

I. Respecto al primero de dichos motivos, la selección de una norma que no correspondería aplicar al caso, hay que distinguir dos situaciones: por un lado, aquélla en la que el TS se encuentra ante una norma preconstitucional contraria a la Constitución o con una norma de rango inferior a la ley inconstitucional; y por otro lado, aquélla situación en la que el TS tiene que aplicar una ley postconstitucional que presuntamente es inconstitucional. En el primero de los casos, el TS está habilitado para inaplicar dicha norma por entender que ha sido derogada tras el pronunciamiento de la Constitución, o en el supuesto de normas de rango inferior a la ley simplemente por contrariar a la Norma suprema. En el segundo de los casos el juez ordinario no puede hacer valer por si mismo la Constitución contra una ley rechazándola cuando sea inconstitucional; esta competencia corresponde en exclusiva al TC. En supuestos como éste lo que debe hacer el TS es buscar una interpretación de la norma que sea acorde a la Constitución, pues el

art. 5.1 LOPJ señala que "la Constitución es norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales", y si por vía interpretativa no puede acomodar la ley a la Constitución entonces lo que deberá hacer es plantear la cuestión de inconstitucionalidad, (art. 5.3 LOPJ)⁶⁷⁵.

Si el TS, en el primer caso aplica la norma preconstitucional por no haber reparado en su inconstitucionalidad, o entender que no existe tal inconstitucionalidad, o en el segundo caso no opta por ninguna de las dos soluciones que se señalan y, finalmente aplica la ley inconstitucional, el particular no tendrá más remedio que acudir ante el TC en vía de amparo. Como recuerda García de Enterría, y como ya se ha visto, "sólo el TC puede resolver en el mismo momento de decidir el amparo, o subsiguientemente, la inconstitucionalidad de la ley en cuyos preceptos se hubiese justificado el agravio al derecho fundamental". Al abrirse la declaración de inconstitucionalidad de dichas leyes, continúa diciendo García de Enterría, "se instaura en la práctica un sistema de verdadero recurso directo de inconstitucionalidad entregado a la legitimación de los particulares agraviados, si bien una inconstitucionalidad limitada a los arts. 14 a 30 CE"⁶⁷⁶. Por supuesto, dicho proceso posterior de constitucionalidad, o autocuestión de inconstitucionalidad se produce en relación a normas aprobadas tras la entrada en vigor de la Constitución, pues

⁶⁷⁵ Art. 5.3 LOPJ: "Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional".

⁶⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español...", *op. cit.*, p. 50.

las anteriores y contrarias a ésta, como ya se ha dicho, se entienden implícitamente derogadas.

Podemos encontrar ejemplos de supuestos en los que el TS ha aplicado una norma preconstitucional y el TC ha entendido que no debía haberlo hecho por incurrir en inconstitucionalidad. Así, en la STC 109/1985, de 8 de octubre, se determinó que el TS había causado la indefensión de una de las partes "porque precisamente la sentencia recurrida del Tribunal Supremo se apoya en el art. 82 a) LJCA, a efectos de declarar la incompetencia de la Audiencia Nacional, y tal norma se estimó derogada por la resolución acabada de citar del Tribunal Constitucional, en virtud de la disposición derogatoria tercera de la CE, «porque impide y obstaculiza la tutela judicial efectiva»" (FJ 5º). Igualmente, en la STC 10/1981, de 6 de abril, el TC consideró que el art. 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos no estaba de acuerdo con el principio del art.14 CE, y por ser una norma preconstitucional debía haberse entendido derogada por los tribunales ordinarios, por lo tanto, como el TS no lo hizo "produjo una lesión de los derechos fundamentales indirectamente en la medida en que la base legal de su resolución había desaparecido con la promulgación de la Constitución" (FJ 8º)⁶⁷⁷.

Lo mismo sucedió en la STC 32/1990, de 26 de febrero, donde el TC entendió que la Sala 5ª del TS aplicó un Real Decreto que había de estimarse inconstitucional; o en la STC 17/1987, de 13

⁶⁷⁷ En cuanto a la inconstitucionalidad de normas con rango inferior a la ley, en la STC 61/1990, de 29 de marzo, el TC dijo que se había aplicado una orden que no debía haberse aplicado por inconstitucional y también anuló la sentencia del TS que la había utilizado.

febrero, donde se consideró que las penas privativas de libertad que imponía el art. 7.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, y que fue aplicado por el TS, resultaban inconstitucionales.

Si nos referimos a la posible inconstitucionalidad de leyes o normas con rango de ley postconstitucionales, hay que señalar que se le ha solicitado, a veces, al TS el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad y éste ha rehusado plantearla por entender que no existía duda constitucional en la norma. En general, en esas ocasiones, el TC ha seguido manteniendo la doctrina a la que antes nos hemos referido y que defiende la discrecionalidad del juez a la hora de elevar la cuestión de inconstitucionalidad⁶⁷⁸, pero también se han dado supuestos en los que el TC ha considerado que con la negativa a elevar la cuestión de inconstitucionalidad el TS vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva. Valga como ejemplo lo señalado en el FJ 3º de la STC 18/1994, de 20 de enero: "El TS, en este caso, al inadmitir la solicitud del ahora recurrente en amparo del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto del contenido del art. 468 c) de la Ley Procesal Militar, vulneró el derecho a la tutela Judicial efectiva (art. 24.1), pues le ha impedido acceder a los Tribunales de Justicia".

II. Se había señalado que las lesiones a un derecho fundamental producidas directamente por el TS pueden provenir de

⁶⁷⁸ En la STC 62/1992, de 27 de abril, el TC volvió a repetir que el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el TS sobre el art. 27 de la LRU no constituye base para el planteamiento de un recurso de amparo.

un segundo motivo: la defectuosa interpretación de la ley. Pero, ¿puede hablarse de "defectuosa interpretación de la ley" por parte del TS cuando él es el máximo intérprete de la legalidad, esto es, cuando al mismo corresponde determinar la correcta interpretación de la ley? Ello no es posible afirmarlo si nos referimos a la interpretación de la legalidad en su sentido más estricto, por lo tanto, el término "defectuosa interpretación" hay que entender que se produce cuando:

- la interpretación de la ley que realiza el TS está ajustada a Derecho, pero los resultados que produce en el caso son inconstitucionales;

- y por otro lado, cuando, como sucede muchas veces, el TS (o cualquier otro tribunal) realiza una interpretación amparable dentro de la estricta legalidad pero que difiere de la realizada por el TC. En este caso lo que ocurre es que hay una disparidad de interpretaciones y la que prevalece es la del TC, porque en su función de máximo exegeta de la Constitución, es quién determina cuál es la única interpretación acorde con la Norma suprema, y porque, como se deduce del art. 5.1 LOPJ, el resto de jueces y tribunales deben interpretar las leyes de conformidad a la doctrina establecida por el TC.

Un ejemplo del primero de los dos supuestos citados lo tenemos en la STC 103/1990, de 4 de junio. En ella el TC declaró que los tribunales violaron el derecho constitucional a la igualdad en la medida en que "aún siendo razonable la decisión judicial en estrictos términos de legalidad ordinaria", no se tuvo en cuenta la

vía analógica para evitar una discriminación, vía que debió haber seguido el Tribunal para eliminar la situación de desigualdad en que quedaba el trabajador "en virtud de la interpretación puramente legalista que se efectúa en la sentencia recurrida"⁶⁷⁹. Y es que, como ya se ha visto, para la interpretación de las normas, no sólo hay que atender a la literalidad de las leyes, sino también al mantenimiento de los principios y valores recogidos en la CE⁶⁸⁰, a la interpretación más favorable de la ley para la efectividad del derecho⁶⁸¹, y se ha de evitar la violación o lesión de derechos por el uso de formalismos o rigorismos excesivos o de interpretaciones de un texto legal absolutamente lineales o literales (la ley mata)" (STC 128/1991). En esta materia podemos remitirnos a lo ya señalado en este trabajo sobre dichas reglas interpretativas.

El segundo supuesto de defectuosa interpretación de la legalidad se produce cuando se origina una disconformidad entre la interpretación que el TS realiza de una ley y la que el TC considera que es la más acorde con la Constitución, y ello sin que el TS conculque la legalidad más que en el hecho de no ser la óptima interpretación de la norma desde el parámetro de la constitucionalidad. Un ejemplo de esto se encuentra en la STC 159/1986, de 12 de diciembre, donde el TC modificó la doctrina que el TS mantenía en la sentencia recurrida de que "el derecho a la

⁶⁷⁹ El demandante en amparo alegaba violación del principio de igualdad, al haber sido despedido sin derecho a indemnización, en correcta aplicación de la normativa laboral especial que le era aplicable, pero que el trabajador consideraba discriminatoria.

⁶⁸⁰ En este sentido, STC 137/1993, de 19 de abril.

⁶⁸¹ Entre otras, SSTC 40/1983, de 18 de mayo; 195/1992, de 16 de noviembre.

información no es el único, ni se caracteriza por ninguna preferencia respecto de los otros derechos fundamentales". El TC señaló, por el contrario, que "la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución. Este aspecto, al no haber sido objeto de la consideración de la STS recurrida ha de estimarse que han resultado vulnerados los arts. 20.1 y 25.1 de la Constitución ". En otra ocasión, en la STC 139/1989, de 20 de julio, el TC anuló la decisión del TS que no consideraba que determinados Reales Decretos vulnerasen el derecho fundamental de asociación. La argumentación utilizada por el TS para afirmar esto no era compartida por el TC. Igualmente, en la STC 184/1995, de 12 de diciembre, el TC dio una determinada interpretación a una norma, prevaleciendo sobre la aportada por el TS.

Pero sin duda, el mayor número de supuestos en los que existe una diferente apreciación entre el TS y TC, prevaleciendo la opinión de este último, se producen por una distinta ponderación de derechos por parte de cada uno de ellos. Así, en la STC 178/1993, de 31 de mayo, ante un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la información el TC dijo: "no puede compartirse la tesis del tribunal Supremo de que se está ante una agresión o intromisión ilegítima porque no haya en el caso ninguna autorización legislativa que permita invadir el derecho al honor de otra persona; por el contrario, en el propio art. 20.1 d) de la Constitución cabe fundar una actividad informativa, respetuosa con la veracidad, que incida en el honor, crédito o consideración de aquellos a que la información se refiere" (FJ 4º). En un supuesto

similar, en este caso sobre la libertad ideológica, la equiparación que el TS realizaba entre los límites que tiene la libertad de expresión y los límites a que se refiere el art. 16.1 CE sobre la libertad ideológica, generaban una restricción de ésta que el TC entendió que no debía permitirse (STC 20/1990, de 15 febrero)⁶⁸².

No obstante, el TC también ha señalado que "no basta la alegación de que los preceptos constitucionales en los que diversos derechos fundamentales se proclaman han sido erróneamente interpretados o aplicados, pues el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para obtener *un pronunciamiento abstracto y genérico* sobre ...supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de derechos constitucionales"...la función del recurso de amparo es adecuada para obtener un pronunciamiento, "sólo y exclusivamente, sobre pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado *una vulneración concreta y efectiva de los mismos*" ..."El recurso de amparo no es una casación en interés de ley" (STC 114/1995, de 6 de julio) (La cursiva es nuestra).

III. Por último, se ha citado un tercer tipo de violaciones de derechos producida directamente por el TS y que tiene su origen en una simple arbitrariedad o error en su actuación durante el proceso. Del mismo modo que se dictan leyes que pueden resultar

⁶⁸² Lo mismo sucedió en otras tantas sentencias donde el TS y el TC realizaban una diferente ponderación de derechos, como la STC 51/1989; STC 171/1990; STC 214/1991; STC 15/1993, etc.

inconstitucionales, o actos de los poderes públicos que pueden declararse ilícitos, también algunas decisiones del TS pueden resultar incorrectas por haber recaído éste en algún error de actuación, porque, al fin y al cabo, nadie está exento de la posibilidad de equivocación⁶⁸³.

La mayoría de estas erróneas o arbitrarias actuaciones del TS son de carácter procesal, y viene a colocar a la parte en una situación de indefensión. Así, por ejemplo, en la STC 334/1993, de 15 de noviembre, el TC concedió el amparo frente a una sentencia del TS porque se había dictado sin emplazamiento de la parte⁶⁸⁴, y también entendió que se había causado indefensión al pronunciarse el TS sobre hechos no tenidos en cuenta en el debate procesal y sobre los que no tuvieron la oportunidad de pronunciarse las partes (STC 61/1986, de 20 de mayo).

Un ejemplo lo encontramos también en la STC 160/1996, de 15 de octubre, que reconoció que se había vulnerado el art. 24.1 CE al incurrir en el TS en un error con relevancia constitucional, error que se encontraba en que el TS fundamentó la inadmisión del

683 Como recuerda López Guerra, el TC dispone de medios suficientes para, en la práctica, "ir más allá del papel de mero intérprete de la Constitución". A través del recurso de amparo frente a actos del poder judicial, puede hacer prevalecer su criterio interpretativo, incluso cuando todos los escalones de la jerarquía de los tribunales ordinarios, hayan aplicado una interpretación distinta a la de aquél. En, "El Tribunal Constitucional y el principio...", *op. cit.*, pp. 1444-45.

684 Otros supuestos en los que el TC determinó que el TS había dejado a un particular en situación de indefensión por la falta de emplazamiento de alguna de las partes son: STC 78/1993, de 1 marzo; STC 105/1984, de 15 de noviembre; STC 25/1988, de 20 de diciembre; STC 334/1993, de 15 de noviembre; STC 81/1996, de 20 de mayo.

recurso en la lectura del escrito de preparación y no en el de interposición del recurso de casación.

Otro tipo de errores procesales cometidos por el TS son, por ejemplo, el considerar como apelante a una entidad que se había extinguido cuando fue absorbida por otra empresa, negando a esta segunda tal condición y, por lo tanto, privándole del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 207/1991, de 11 de noviembre). Otra vulneración directa del derecho a la tutela judicial efectiva se produjo igualmente cuando la Sala del TS no utilizó el trámite previsto en el art. 62.1 c) de la LJCA, ya que, tras el examen previo del expediente administrativo, debió poner de manifiesto tal causa de inadmisión a la parte actora y requerirle, de conformidad con lo dispuesto en el art. 129.3 LJCA para que lo formulase en el plazo de diez días; al no hacerlo así, el TC entendió que la sentencia del TS había vulnerado el derecho del actor a la tutela judicial efectiva, por cuanto, al no permitir la subsanación posible del motivo de inadmisión se le cerró el camino del proceso ulterior por el transcurso de los plazos (STC 62/1986, de 20 de mayo, FJ 4º).

En otra ocasión el TS no dio respuesta alguna motivada a la petición formulada sobre la suspensión de la vista y sobre el nuevo señalamiento de la misma que se había solicitado, lo que condujo a la nulidad de la sentencia de casación por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.(STC 72/1993, de 1 de marzo)⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ Lo mismo sucedió en la STC 110/1994, de 11 de abril, (el TC entendió que el TS, ante la petición de la parte sobre la suspensión de la vista por imposibilidad de asistencia del Letrado recurrente, por causa de enfermedad justificada, acordó, sin razonamiento ni motivación alguna, la continuación de la vista oral).

Asimismo, la violación de derechos fundamentales se ha producido por falta de fundamentación de la sentencia impugnada del TS (STC 32/1986, de 21 de febrero), o falta de pronunciamiento sobre una de las causas que alegaba la parte para recurrir en casación, incurriendo de este modo el TS en una "incongruencia omisiva" (STC 85/1996, de 21 de mayo).

Igualmente, la actuación del TS ha supuesto la vulneración del principio acusatorio "al condenar a un procesado por unos hechos que no fueron objeto de acusación, lo que constituye una violación de una de las garantías principales del proceso penal configurada en nuestra Constitución como derecho fundamental de todos. Se trata, ciertamente, de una garantía formal, pero es a través del respeto y del celoso cumplimiento de tales garantías como se ha de perseguir en el proceso la justicia" (STC 20/1987, de 19 febrero, FJ 4º).

En todas estas ocasiones, independientemente del desagrado que para cualquier tribunal supone el que le anulen una sentencia, la revocación de las decisiones del TS no han sido causa de desavenencias entre éste y la jurisdicción constitucional, pues no han estado implicadas cuestiones de interpretación legal, sino simplemente, se ha determinado si las actuaciones procesales que lleva a cabo el TS para realizar su función jurisdiccional han incurrido en la vulneración de algún derecho fundamental.

6.3.2. ¿Extralimitación de funciones por parte del TC?

a) Pronunciamientos del TC que exceden de lo previsto en la LOTC al revisar sentencias del TS.

Como ya se ha visto en el apartado relativo a los posibles contenidos de la sentencia de amparo, el art. 55.1 LOTC prescribe el contenido que deben tener en los siguientes términos⁶⁸⁶:

"La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión o acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso, de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación"

⁶⁸⁶ Un comentario sobre este artículo y los diferentes tipos de pronunciamientos de las sentencias de amparo se encuentra en PIBERNAT DOMENECH, Xavier: "Los pronunciamientos contenidos en las sentencias ...", *op. cit.*, pp. 143-191.

Se han encontrado supuestos en los que el TS ha entendido que el TC se ha excedido en sus competencias, dictando una sentencia que, a su parecer, no encajaba en ninguno de los tres pronunciamientos posibles en amparo. Uno de estos casos es aquél al que hacíamos referencia al comienzo de este trabajo, el de la prueba biológica de la paternidad⁶⁸⁷. En dicha ocasión el TC no se contentó con anular la decisión del TS que consideraba contraria a la Constitución, sino que, además, declaró firme la dictada con anterioridad por la Audiencia Provincial que había sido revocada por dicha sentencia del TS.

El TC defendió su actuación diciendo: "la necesidad de que se haga efectivo también el derecho a un proceso sin indebidas dilaciones aconseja perfilar el fallo de tal modo que anule sólo aquellas resoluciones judiciales que de forma directa e inequívoca han infringido el derecho fundamental. Y es claro que este defecto se hace patente en la resolución del TS impugnada. No así en la de la Audiencia Provincial de Madrid que utilizó los medios válidos para salvaguardar los derechos del menor y de la madre" (FJ 7º). La referencia a la economía procesal no había sido esgrimida por el TC en ocasiones similares anteriores en las que revalidó decisiones anuladas por el TS, pero sí arguyó que la existencia de una decisión anterior que ya amparaba al particular en su derecho hacía innecesaria una nueva resolución en el mismo sentido. Este es el caso de la STC 227/1992, de 14 de diciembre, donde el TC, además de anular la sentencia pronunciada en su día por el TS, declaró

⁶⁸⁷ STC 7/1994, de 17 de enero.

firme la que previamente había dictado en apelación la Audiencia territorial, señalando que, "en la medida en que la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Territorial contiene una ponderación adecuada desde el punto de vista constitucional de los derechos fundamentales en colisión, procede confirmarla y declarar su firmeza". En otros supuesto, este argumento ha sido utilizado implícitamente, en el sentido de entender que, si el TC considera que la actuación del TS no se ajusta a lo establecido constitucionalmente, y tras anular su decisión declara firme la dictada previamente por una instancia inferior, es porque entiende que esta última sí resuelve el caso siguiendo los preceptos constitucionales. Ello es lo que puede decirse de la STC 286/1993, de 4 de octubre, donde el TC se limitó a señalar: "Pues bien, siendo el papel del Tribunal Constitucional en estos supuestos, el valorar si la ponderación efectuada por los órganos judiciales ha sido realizada correctamente o no, hay que concluir que ello no sucede en términos suficientes en la sentencia impugnada, en cuanto que no se valora o no se hace de forma suficiente la incidencia en la sanción colegial de elementos como el principio de publicidad de los juicios, el papel de los medios de comunicación, el contenido concreto de la información, y en definitiva, el principio de proporcionalidad de los sacrificios, por lo que no cabe sino compartir la apreciación del Ministerio Fiscal en orden a la estimación del recurso de amparo, y en consecuencia anular la sentencia impugnada, declarando la firmeza de la dictada en instancia por la Sala de lo contencioso de la extinguida Audiencia territorial de las Palmas" (FJ 5°).

No se puede olvidar que el art. 54 LOTC establece que "Cuándo la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales". La regla general, por lo tanto, es que el TC, cuando estima un recurso de amparo debe diferir a los jueces ordinarios la nueva resolución del caso; es decir, en el supuesto de que la sentencia impugnada proceda del TS, éste debería ser el que resolviera de nuevo.

Pero, por otro lado, acabamos de ver que el art. 55.1 LOTC permite entre los pronunciamientos de amparo: (a) la declaración de nulidad de la decisión o acto impugnado *con la determinación en su caso de la extensión de sus efectos*, ...y (c) el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad *con la adopción de las medidas adecuadas, en su caso, para su conservación*.

Amparándose en lo remarcado con la cursiva, ¿podía el TC declarar firme unas sentencias que habían sido declaradas nulas por el TS? Es decir, ¿podía el TC argüir que ello constituye "la determinación de la extensión de los efectos de la declaración de nulidad de la sentencia" (art. 55.1 a) LOTC) o "la adopción de las medidas adecuadas para la conservación del derecho" (art. 55.1 c) LOTC)? En el voto discrepante a la STC 7/1994, el Magistrado Cruz Villalón, pese a entender que el TC debía haber anulado las tres sentencias dictadas en las respectivas instancias judiciales (Primera Instancia, Audiencia Provincial y Tribunal Supremo), con el fin de que se procediera a la práctica de la prueba en su día acordada por

el Juzgado de Primera Instancia, no se pronunció expresamente sobre la corrección o no, con carácter general, de la declaración de firmeza, por parte del TC, de una sentencia que había sido revocada y que venía a sustituir a la del TS. No obstante, en otras ocasiones, como en la STC 140/1986, de 11 de noviembre, el voto particular ha sido el vehículo de expresión de una opinión contraria a la sustitución de la nueva sentencia que debiera dictar el TS por el parecer propio del TC. En ese voto se decía: "De estimarse el recurso debió acordar la nulidad total de las Sentencias y retrotraer las actuaciones para que la jurisdicción penal dictase nueva Sentencia en la que no incluyera pena de privación de libertad. Al no haberse hecho así, se ha dictado una sentencia de amparo manipulativa de la decisión judicial, que sustituye al Tribunal Penal en su potestad exclusiva de juzgar, invadiendo la jurisdicción penal, pues a ésta corresponde, en uso de la facultad de graduación de la pena que le concede la Ley aplicada, establecer la que, dentro de los límites legales, considere proporcionada al delito cometido..."

Esta misma opinión, referida al caso de la prueba de paternidad, ha sido mantenida por la doctrina, afirmándose que la declaración de firmeza de la sentencia de la Audiencia "vale tanto como dictar sentencia sustitutiva de la anulada concurrente con la dictada por la audiencia para lo cual es claro, no está autorizado el Tribunal Constitucional"⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ CHOCLÁN MONTALVO, Jose Antonio: "Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, p. 5.

En otras palabras, se trata de saber si el TC, en casos como los citados, anuló la sentencia del TS y dio validez a sentencias de tribunales inferiores porque era el único modo de preservar o restablecer el derecho del recurrente, o más bien, olvidó que el TS también podía haber preservado al particular en su derecho en su nueva decisión. Consideramos que en aras a dar cumplimiento al principio de subsidiariedad que debe regir las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, el TC habría cumplido igualmente con su función de máximo garante de los derechos fundamentales anulando las sentencias inconstitucionales y señalando las pautas constitucionales que el TS debía seguir al resolver de nuevo los casos. Pero, por otro lado, también es cierto que de lo que se trata, en definitiva, es de dar solución a la violación producida en un derecho, solución que, no lo olvidemos, debe estar guiada por los principios de preferencia y sumariedad, que, si ya de por sí pierden su sentido por lo dilatados que son los procesos habitualmente, resultan inoperantes cuando, además, se ordena la retroacción de las actuaciones en supuestos en los que la correcta solución al pleito ya fue dada por un juez inferior.

Por lo tanto, sentencias del tipo de las que se han citado arriba están justificadas en muy pocas ocasiones. Se ha señalado que la declaración de firmeza de una resolución judicial anterior a la que se imputa la vulneración de un derecho fundamental sólo es admisible cuando el proceso *a quo* tuvo por objeto exclusivamente la vulneración del derecho fundamental ulteriormente invocado en

amparo o, dicho de otro modo, cuando coinciden el objeto del proceso de amparo y el objeto del proceso *a quo*⁶⁸⁹.

b) El ejercicio del "autocontrol" por parte del TC.

Si se tienen en cuenta el grado de generalidad que tienen muchas de las disposiciones de la Constitución, es difícil fijar los límites de la constitucionalidad. Además, en segundo lugar, hay que pensar que al ser el recurso de amparo posterior en el tiempo a la vía jurisdiccional es, en todo caso, el TC el que establece su propio marco competencial al no estar definido legalmente de un modo claro, siendo además él quien señala cuándo existe un punto de conexión entre el acto del órgano jurisdiccional y el derecho fundamental presuntamente vulnerado. Y por último, no debe olvidarse que frente a la eventual extralimitación del TC en el ejercicio de sus competencias no existe sanción jurídica, fuera del recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya uso y repercusión es, cuantitativamente hablando, mínima. En este sentido Tomás y Valiente señalaba que "nadie puede decirle al Tribunal (Constitucional) cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo. El control de constitucionalidad sobre el Tribunal Constitucional es sólo autocontrol. Nadie puede

689 DÍEZ-PICAZO, Ignacio: "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional ...", *op. cit.*, p. 50.

funcionalmente controlar el ejercicio de sus competencias"⁶⁹⁰. Ello puede llevar, como señala Pérez Tremps, a que "un Tribunal Constitucional poco escrupuloso extienda sin límite el contenido de la Norma Fundamental, dejando sin margen de actuación al resto de los operadores jurídicos, fundamentalmente al legislador y a los tribunales ordinarios"⁶⁹¹, y por lo tanto, también al TS.

Como acabamos de ver, pese a que se haya afirmado que nuestro TC ha llevado hasta el extremo su respeto por los jueces y tribunales, asumiendo directamente la decisión última "sólo cuando las circunstancias lo forzaban a ello"⁶⁹², los casos que se han ido citando a lo largo de este trabajo demuestran que en más de una ocasión esto no es cierto. Por ello la doctrina ha invocado la necesidad de un autocontrol (*self-restraint*) por parte del TC para evitar los conflictos entre órganos ordinarios y el TC⁶⁹³. Se ha recordado que "la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, y en la medida en que el Tribunal en un ejercicio de autocontención rehúse entrar en cuestiones de legalidad ordinaria, numerosos problemas quedarán abiertos no sólo a distintas

690 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "La Constitución y el Tribunal Constitucional", en *La Jurisdicción constitucional en España...*, *op. cit.*, pp. 32-33.

691 PÉREZ TREMPs, Pablo: *Tribunal Constitucional y...*, *op. cit.*, p. 272.

692 RUBIO LLORENTE, Francisco: "El recurso de amparo constitucional", *op. cit.*, pp. 150-151.

693 ALONSO OLEA, Manuel: *Las fuentes del Derecho, en especial el Derecho del trabajo según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 175-176.

opciones políticas, sino también a diversas interpretaciones jurídicas"⁶⁹⁴.

No obstante, el problema se encuentra en se trata de una solución poco jurídica, y resulta difícil pensar que la solución a las controversias entre órganos como el TC y TS se encuentren sólo en reglas de comportamiento basadas en el puro voluntarismo de uno de dichos órganos.

6.3.3. Efectos producidos por las sentencias de amparo que conocen de resoluciones del TS.

a) La vinculación del TS a las decisiones de amparo.

En términos generales, el procedimiento de amparo no es un juicio a una norma, sino "una decisión sobre la legalidad de la actitud de un poder público"⁶⁹⁵. Lo que hace el TC al anular una sentencia del TS en un recurso de amparo, obligándole a resolver de nuevo, es considerar que éste ha producido una violación de los derechos y libertades en cuestión. Esto se produce, como hemos dicho, bien porque el TS ha lesionado directamente los mismos, bien porque no haya remediado su lesión. El fundamento de esto se encuentra en que, como todo órgano jurisdiccional, se encuentra

694 GASCÓN ABELLÁN, Marina: "La Justicia Constitucional...", *op. cit.*, p. 80.

695 EMBID IRUJO, Antonio: "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en AA.VV.: *El Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 915-916.

vinculado por los derechos fundamentales y libertades públicas⁶⁹⁶ y su obligación es la de tutelarlos en todo conflicto que se le plantee.

No obstante, hay que determinar el alcance de dichas sentencias de amparo. Y a estos efectos, hay que distinguir, por un lado, el efecto inmediato que produce una resolución de amparo respecto al nuevo pronunciamiento que tendrá que realizar el TS, y por otro lado, la vinculación *pro futuro* que las decisiones de amparo generan respecto a futuras decisiones de dicho órgano supremo.

En lo que atañe a la retroacción de actuaciones, ya se adelantó, en el apartado de este trabajo relativo al posible contenido de las sentencias de amparo, que el TC tras anular una decisión judicial, en principio, no puede devolver el caso a dicho órgano diciéndole el modo en que debe resolver de nuevo, lo que no significa que no pueda fijar ciertos criterios de constitucionalidad que el juez ordinario debe seguir en la resolución del caso.

En lo que respecta a los efectos que la sentencia de amparo genera en relación a futuras decisiones del TS sobre asuntos similares, hay que recordar que, en el recurso de amparo, al igual

696 Art. 7 LOPJ: "Los derechos fundamentales y las libertades públicas vinculan, en su integridad, a todos los jueces y tribunales y están garantizados bajo tutela efectiva de los mismos".

que sucede con la casación⁶⁹⁷, además de atenderse al supuesto concreto, se persigue una finalidad pública de asegurar la constitucional actuación de los poderes públicos y la correcta aplicación de los preceptos constitucionales. Por lo tanto, a través del recurso de amparo se puede articular en profundidad una interpretación del alcance, o contenido esencial, del precepto constitucional en cuestión en relación con la ley ordinaria en cuanto órgano supremo de la constitucionalidad que es. En definitiva, y como se ha repetido en varias ocasiones, la doctrina constitucional también se conforma a través del recurso de amparo, pues el hecho de que éste no tenga como razón de ser prioritaria la fijación de doctrina constitucional, no quiere decir que a su través no pueda conformarse la misma. No obstante, Pascual Sala advertía que "la doctrina contenida en las resoluciones de amparo, al estar elaborada en torno al supuesto de hecho sobre que descansa, necesita de parejos requisitos a los de la jurisprudencia (del TS) para producir el tan mencionado efecto vinculante. Será necesario, pues, que se trate de un supuesto consolidado y que exista una similitud entre los supuestos fácticos y jurídicos contemplados en el proceso de amparo y los del proceso ordinario en que deba aplicarse la doctrina elaborada por la resolución de aquél"⁶⁹⁸

697 Ya se ha visto que la vinculación al caso concreto es innegable en la casación, donde ha de resolverse prioritariamente en relación con el pretendido derecho de las partes, pero ello no es óbice, sino razón fundamental de su existencia, para que a través suyo el TS configure su jurisprudencia sobre la interpretación de la ley ordinaria.

698 SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La posición constitucional del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

Esta doctrina genera efectos de futuro sobre todos los poderes públicos (art. 5.4 LOPJ), y la vinculación del TS a la misma es algo que no puede ponerse en duda razonablemente, *so pena* de que se esté errando muy seriamente sobre el alcance de las competencias que la propia Constitución otorga, respectivamente, a la jurisdicción ordinaria y a la constitucional⁶⁹⁹.

Sin embargo, algunas manifestaciones del TS respecto de este efecto vinculante del TC parecen no recoger esta idea de modo tan claro, sino que la ponen en duda. Reproducimos algún fragmento del Auto del TS de 30 de enero de 1995 a modo de ilustración:

"En trance de decidir sobre el posible efecto vinculante y con proyección de futuro de la sentencia del Tribunal Constitucional citada al principio sobre otros recursos de casación pendientes de admisión, el Pleno de los Magistrados de esta Sala celebrado el 22 de septiembre de 1994 ha decidido no apreciar tal vinculación, criterio al que evidentemente se va a atener la Sala de Admisión y ello por las siguientes razones: Primera, que se trata de una sentencia recaída en recurso de amparo, carente del efecto frente a todos que producen las declaraciones de inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho (art. 164.1 de la Constitución en relación con los arts. 38, 54 y 55 de la LOTC); segunda, que aun admitiendo que con la expresión "en todo

699 GIL-ROBLES, Álvaro: *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, op. cit., pp. 56 y ss.

tipo de procesos" del art. 5.1 LOPJ se está refiriendo también a los recurso de amparo, la vinculación de los Jueces y Tribunales se ordena respecto de preceptos y principios constitucionales conforme a su interpretación por el Tribunal Constitucional, no respecto de la interpretación que éste haga de una norma de legalidad procesal ordinaria cual es el art. 1710.1-3^a de la LEC; tercera, que la STC 212/1994, al abordar el examen de esta norma, entra en contradicción no sólo con la reiteradísima doctrina del Tribunal Constitucional que en innumerables resoluciones declara no ser misión suya la interpretación de la legalidad ordinaria, sino también con aquella otra, más directamente relativa al recurso de casación civil, que reafirma la libertad del Tribunal Supremo para interpretar con más o menos rigor los requisitos legales de acceso a la casación (STC 199/1994; fundamento de derecho 2, párrafo segundo *in fine*, que cita como precedente la STC 113/90), doctrina que la STC de 3 de octubre de 1994 aplica igualmente al recurso de apelación; y cuarta y última, que a los argumentos de interpretación del art. 1710.1-3 de la LEC tenidos hasta ahora en cuenta por esta Sala cabe añadir el sistemático, pues curiosamente en la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al regular la inadmisibilidad del recurso de amparo, se distingue nítidamente, pese a parecer encuadradas en el mismo apartado 1 de su art. 50, la causa consistente en manifiesta carencia de contenido (letra c) de la consistente en la previa desestimación de recursos o cuestiones sustancialmente iguales (letra d), causas autónomas e independientes cuya aplicación, por ende, sólo requiere

previa audiencia del solicitante en amparo y del Ministerio Fiscal cuando no hubiere unanimidad en la Sección (apartado 3 del mismo artículo)".

Por supuesto, no es ésta, ni mucho menos, la primera ocasión en que el TS ha hecho oídos sordos a la doctrina sentada por el TC en recursos de amparo. Podemos recordar en relación al derecho al honor como el TS había defendido en reiteradas ocasiones que la titularidad de este derecho correspondía también a las personas jurídicas⁷⁰⁰. Sin embargo, el TC en la STC 107/1988, de 8 de junio, negó expresamente tal derecho a las personas jurídicas, recordando que: "es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es una valor referible a personas individualmente consideradas". A pesar de lo manifestado por el TC, ese mismo año el TS volvió a reconocer en la Sentencia de 24 de octubre de 1988, a las personas jurídicas como titulares al derecho al honor, al entender que la divulgación de unos hechos concernientes no a una persona, sino a un colectivo de controladores aéreos, hacía desmerecer la consideración ajena de éstos. De igual modo, el TS, en Sentencia de 7 de octubre de ese mismo año, pareciendo olvidar la extensa doctrina del TC relativa al derecho a la igualdad⁷⁰¹,

700 ATS de 2 de mayo de 1980, SSTS de 23 de marzo y 22 de octubre de 1987, y de 30 de marzo y 18 de julio de 1988.

701 Piénsese por ejemplo, en la STC 207/1987, donde señalaba que "el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el art. 14 de la Constitución", o las sentencias del TC relativas a la aplicabilidad inmediata del art. 14 CE; la STC 49/1982, de 14 de julio, que determina que el art. 14 CE establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, e impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al

afirmaba que el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo "no podrá ser contemplado sólo en abstracto, sino en función de las particulares circunstancias, de las realidades sociales y de las situaciones jurídicas en que se produce la diferenciación, al objeto de proscribir la desigualdad irracional que es ciertamente la que conlleva la discriminación"⁷⁰². Posteriormente, en Sentencia de 30 de mayo de 1994⁷⁰³, el TS sorprendió con una decisión que chocaba frontalmente con la STC 93/1992, de 11 de junio, recaída en un supuesto idéntico con unos hechos prácticamente iguales y una misma normativa aplicada, y todo ello, a pesar de que el TS puso de manifiesto que conocía dicha sentencia del TC.

Es evidente que decisiones como éstas dejan traslucir esa tensión que existe entre el TS y el TC en aras a delimitar sus propias parcelas competenciales de la que hablamos desde que iniciamos este trabajo. En el supuesto citado, el TS parece querer olvidar el carácter vinculante que, indudablemente, se desprende

o las sentencias del TC relativas a la aplicabilidad inmediata del art. 14 CE; la STC 49/1982, de 14 de julio, que determina que el art. 14 CE establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, e impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas; la STC 80/1982, de 20 de diciembre, donde se determina que no cabe ninguna duda acerca de la vinculatoriedad inmediata de los arts. 14 a 38 CE; o las SSTC 59/1982, de 28 de julio; 75/1983, de agosto; 31/1984, de 7 de marzo, etc. sobre la necesidad de justificar un trato desigual.

⁷⁰² Luisa BALAGUER CALLEJÓN describe otros supuestos en los que el TS parece alejarse de la filosofía del TC en lo relativo al principio de igualdad en la aplicación de la ley, véase su trabajo "La aplicación judicial del principio de igualdad", en AA.VV: *XI Jornadas de Estudio. El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 306 y ss.

⁷⁰³ Un comentario de la misma puede verse en el trabajo de Iñaki LASAGABASTER HERRARTE: "Colegios profesionales y potestad sancionadora. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1994", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 43, 1995, pp. 199-205.

de toda decisión del TC, incluidas las sentencias de amparo. Sí es cierto que en muchas ocasiones él TC entra a interpretar sobre cuestiones de legalidad ordinaria, pero también lo es que ello no lo hace de un modo aislado, sino interpretando dicha legalidad a la luz de los preceptos y principios constitucionales y, sobre todo, de los derechos fundamentales, por los cuales el TS está obligado.

Ahora bien, esta vinculación que generan las decisiones de amparo, ¿supone que el TS, en decisiones posteriores, estará vinculado por la exacta interpretación que el TC haya hecho de los derechos implicados en el caso?⁷⁰⁴; ¿o bien, puede considerarse que cualquier sentencia que dicte el TS, aún sin acogerse a la interpretación recogida por el TC, es válida siempre que no vulnere los derechos y libertades, claro está?. Consideramos que la jurisprudencia elaborada por el TC vincula al TS, al igual que al resto de los tribunales, en los términos establecidos en el recurso de amparo, pues sostener lo contrario y en consecuencia pretender que el TS quede en la libertad de seguir aplicando en sucesivos casos posteriores su propia interpretación del precepto legal, supondría entender que el TC no es "supremo" en materia de garantías constitucionales. Además, no se debe olvidar que, pese a que el TS es el máximo interprete del ordenamiento, la interpretación que realice de la legalidad ordinaria debe ser acorde a los preceptos constitucionales, y si dicha interpretación es o no constitucional sólo

⁷⁰⁴ De este parecer es Pablo PÉREZ TREMP, en *Tribunal Constitucional y...*, *op. cit.*, p. 266.

puede decirlo el TC. Una de entre las diversas ocasiones en la que el TC ha recordado al TS la existencia de una doctrina constitucional aplicable al caso, a la cual éste último no había atendido, es la STC 153/1996, de 30 de septiembre. En ella el TC recordó que el supuesto estudiado era idéntico a uno resuelto anteriormente en otro recurso de amparo, y que, efectivamente, el TS vulneraba el art. 25 CE al igual que se hizo en aquella ocasión.

Lo que se deduce de todo lo visto es que, con la estimación de un recurso de amparo no sólo se habrá conseguido una revisión de la decisión tomada por el TS en ese caso concreto, sino que el TS continuará vinculado por dicha doctrina constitucional en resoluciones posteriores, siempre que se trate de supuestos de hecho similares, claro está.

b) La determinación por el Tribunal Constitucional de la exacta y definitiva interpretación de la ley de acuerdo con la Constitución.

Una decisión del TS, en la que aplica un precepto constitucional, puede estar realizando una interpretación del mismo que no es la que exactamente se adecúa a la Constitución. Con la anulación en amparo de tal decisión, el TC cumple con la finalidad nomofilática de determinar cual es la correcta interpretación de esos preceptos constitucionales cuando se ven involucrados por la aplicación de una ley. El problema se encuentra en que la interpretación de los arts. 14 a 30 de la CE, en muchas ocasiones, conduce necesariamente a una interpretación de las leyes ordinarias, de suerte que el TC, al pronunciarse sobre lo primero,

también impone, inexcusablemente, determinada interpretación de la legalidad ordinaria. Con lo cual, lo que hace el TC es advertir que la interpretación de un precepto legal de un modo determinado vulnera cierto derecho fundamental y, por lo tanto, se trata de una actuación contraria a la Constitución; y ello será así siempre que el TS, o cualquier tribunal, en un supuesto similar, aplique esa ley del mismo modo.

El problema está en que las decisiones del TS sientan jurisprudencia y son seguidas mayoritariamente por el resto de jueces y tribunales. Por ello, el recurso de amparo frente a una decisión del TS tiene un valor añadido, ya que, por un lado, evita que se sienta jurisprudencia sobre una incorrecta interpretación de un precepto constitucional, y por otro, hace que, de un modo definitivo y atendiendo a la Constitución, se establezca cual es el correcto y único significado que debe darse a la norma.

A este respecto, Pérez Tremps señala que, tras las dispares decisiones producidas en la jurisdicción ordinaria (en primera instancia, en apelación y en casación), "el recurso de amparo puede servir como medio de revisión y de pacificación jurídica de las discrepancias existentes, permitiendo al Tribunal Constitucional actuar como garante accionador de la unidad interpretativa de la norma fundamental dentro del poder judicial"⁷⁰⁵. Sin embargo, lo cierto es que, en multitud de ocasiones, la revisión en amparo de decisiones del TS, lejos de constituir un modo pacífico de solución definitiva del caso, produce fricciones entre las dos jurisdicciones, la

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 230.

constitucional y la ordinaria. Nos encontramos con dos tribunales que deciden de forma definitiva sobre cuestiones de su competencia, aunque en un plano distinto, como corresponde a sus distintas funciones⁷⁰⁶: El TS es el máximo interprete de la legalidad ordinaria y el TC el supremo intérprete de la legalidad constitucional. Pero cuando ambos tribunales deben pronunciarse sobre un mismo precepto, lo que en definitiva se produce es una revisión por parte del TC de la revisión que previamente ha realizado el TS de la aplicación de la norma ejecutada en instancia inferiores. Con lo cual el TS, desde el momento en que hay un precepto constitucional en juego, deja de ser el máximo y definitivo revisor de la correcta aplicación de la norma, pasando a ocupar ese papel el TC.

Así pues, lo importante es que, por un lado, la decisión que tome el TC en un recurso de amparo deberá ser seguida por el resto de tribunales ordinarios, pues a ello obliga el art. 5.1 LOPJ, pero, además por otro lado, al anularse una decisión del TS se impide que se genere una jurisprudencia que podría ser fácilmente imitada por el resto de tribunales, reiterándose la vulneración del derecho. Con lo cual, un recurso de amparo que, en principio, surge como medio de dar solución a un supuesto concreto de vulneración de un derecho fundamental, se convierte en una inestimable herramienta de control de la actuación jurisdiccional, control que adquiere una virtualidad mucho mayor cuando ese recurso de amparo se presenta frente a una decisión del TS.

706 DE ELIZALDE Y ALMERICH, Pedro: "El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia", *op. cit.*, p. 873.

c) El control por el Tribunal Constitucional de la evolución de la jurisprudencia ordinaria.

Se ha señalado arriba que uno de los derechos más invocados por los particulares para recurrir en amparo una decisión judicial es el principio de igualdad. Según hemos visto, dicho principio obliga a todo órgano jurisdiccional, entre otras cosas, a justificar las decisiones que se aparten de lo previamente resuelto por él mismo en otro supuesto similar, y a que este cambio de criterio responda a principios como el de razonabilidad.

Esta realidad tiene una trascendencia mayor cuando la referimos al TS. Está claro que éste, como todo poder público, y como todo órgano jurisdiccional, está sometido al principio de igualdad en su actuación, pero, por otra parte, como máximo intérprete de la legalidad y generador de la jurisprudencia, debiera estar exento de límites a la hora de aconsejar un cambio en su propia doctrina. De ello ha sido consciente el TC y ha declarado, en ocasiones, que sólo cuando el TS, decidiendo en un supuesto similar a otro resuelto anteriormente, tomase una decisión diferente, y la misma "fuera manifiestamente infundada, arbitraria o sustentada en un error patente merecería, en su momento, una revisión por parte de este Tribunal (el TC)"⁷⁰⁷. Así, por ejemplo, en la STC 160/1985, de 28 de noviembre, el TC entendió que el TS se había apartado frontalmente de su jurisprudencia anterior al interpretar,

⁷⁰⁷ STC 337/1993, de 15 de noviembre, (FJ 2º)

en ese supuesto concreto, unas normas de modo contrario al que siempre lo había hecho. Para el TC, la sentencia impugnada del TS "se presentaba como una respuesta aislada, frontalmente opuesta a la que coincidentemente, antes y después, se había dado por el Tribunal Supremo (Sala cuarta), sin que se ofreciera razón alguna para justificar este tratamiento aislado y discrepante." (FJ 6º)⁷⁰⁸.

En casos como el citado el TC no obliga a que, tras el reenvío del caso, el TS decida conforme al precedente o precedentes que la parte recurrente alegaba al invocar la violación del principio de igualdad, sino que, como es debido, deja libertad a dicho Alto Tribunal para que resuelva de nuevo conforme a dicha jurisprudencia anterior o mantenga la misma posición adoptada en la sentencia impugnada, pero fundamentando, "razonada y justificadamente, el apartamiento de la doctrina anterior"⁷⁰⁹.

No obstante, no podemos negar la posibilidad que se le presenta al TC para controlar, de un modo indirecto, la evolución de la jurisprudencia del TS, pues, con criterios tan vagos como la arbitrariedad o justificación en el cambio de criterio jurisprudencial, en definitiva, queda en manos del TC, en muchas ocasiones, el

708 Lo mismo sucedió en la STC 94/1993, 22 marzo, donde el TC señaló que "Con esta sentencia de apelación el TS rompía, de manera abrupta e inexplicada, con una firme línea jurisprudencial del propio TS, que se mantienen desde sus sentencias de 25 de junio y 3 de julio de 1980". *Idem* en la STC 223/1992, de 14 de diciembre; en dicha ocasión el TC hizo referencia a la jurisprudencia del TS en materia de derecho al honor y señaló que "la sentencia impugnada rompe aisladamente tal concepción, con un razonamiento jurídico por lo demás conciso, sin haber tenido seguidoras en esa tendencia que se pretendía iniciar"

709 Así se establecía en el fallo de la STC 55/1988, de 24 de marzo.

decidir si procede un cambio de interpretación de la ley, o por el contrario, las pautas jurisprudenciales seguidas hasta el momento son las que deben mantenerse. El TC, al anular una decisión del TS que se aparta de sus propios precedentes, lo que imposibilita es que arraigue un nuevo modo de interpretar un precepto legal viciado de inconstitucionalidad y dé origen a un cambio en la jurisprudencia. Es decir, no sólo se trata de que el TC, al anular una decisión de un tribunal de los de la instancia, por resolver sin justificación casos iguales de modo diferente, realice un control de la actividad judicial en ese supuesto concreto, sino que, cuando lo que se anula es una decisión del TS, las repercusiones tienen un ámbito mayor; pues, además de no permitir que en el supuesto en cuestión se decida de forma distinta a como se había hecho hasta el momento, produce una ruptura de ese proceso conformador de jurisprudencia que nacía viciado. Un ejemplo de ello lo encontramos en la STC184/1994, de 20 de junio, donde el TC entendió que "Mantener que no se ha producido indefensión alguna para la parte cuyo defensor no ha podido concurrir por causa justificada a la vista oral de un recurso de casación, con el argumento de que nada habría podido añadir en tal acto en términos de defensa, supondría crear un peligroso precedente que no sólo autorizaría al órgano casacional a celebrar las vistas orales en los recursos de casación en ausencia de algunos letrados..., sino que las convertiría en un mero trámite vacío de contenido..., en clara oposición a lo que se desprende de su actual regulación legal" (el subrayado es nuestro). En este caso, el TC deja bien claro que esta decisión del TS debía ser anulada por los peligros que puede conllevar en cuanto órgano generador de jurisprudencia que es. Lo cual no significa, por otra parte, que el TC

se constituya en baluarte del mantenimiento de la misma jurisprudencia *in eternum* y así lo ha manifestado en algunas ocasiones. Sirva como ejemplo la STC 6/1988, de 21 de enero, donde el TC recordó que: "El recurso de amparo no es cauce procesal idóneo para preservar el mantenimiento de la doctrina jurisprudencial, tanto más cuanto que, en este caso, la resolución impugnada ha sido adoptada por el Tribunal Supremo, que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, garantías que aquí, en lo que a la igualdad ante la ley afecta, no han sido menoscabadas".

7. CONCLUSIONES

I. Llegado el momento de poner punto final a este trabajo, y para concluir con los resultados obtenidos, quisiéramos hacer una recapitulación de los condicionantes históricos y políticos que han llevado al establecimiento de un sistema constitucional como el existente en España, sistema en el que se producen continuas fricciones entre el poder judicial y el TC, y sobre todo entre este último y el TS.

Como se ha comprobado, el poder judicial cuenta entre sus haberes con la nada despreciable facultad de determinar cual es el exacto contenido de la ley en cada supuesto concreto de aplicación de la misma. Ello supone una importante herramienta de poder, en cuanto que al juez se le permite concretar mediante la interpretación las inevitables imprecisiones y lagunas que presenta toda norma. Esta facultad, exenta de limitaciones, puede hacer al juez partícipe de un poder que no le corresponde, esto es, del poder de crear normas o de modificar su contenido. Efectivamente, en los períodos de la historia en los que el cuerpo judicial contó con mayores prerrogativas se cometieron excesos en el uso de las mismas, decidiéndose los asuntos con un completo desconocimiento de la ley; lo que condujo a una lógica desconfianza hacia el poder judicial.

Así, en el Antiguo Régimen los jueces del momento, arraigados al Régimen Feudal, tendieron a actuar de un modo

arbitrario, decidiendo sus resoluciones sobre principios poco ajustados a Derecho. Este modo de proceder de la judicatura se reprodujo siglos después durante los regímenes dictatoriales, aunque, por supuesto, con una judicatura que nada tenía que ver con la de entonces. Lo que importa destacar es que en cada ocasión la falta de cumplimiento por los poderes públicos de la normativa vigente trajo como reacción el surgimiento de un nuevo sistema de control de la aplicación del Derecho. Así como en la Revolución francesa, como reacción a los excesos judiciales del Antiguo Régimen surgió la concepción de un poder judicial exento de toda facultad de actuación respecto a la ley, y se creó un mecanismo de anulación de las decisiones contrarias a los mandatos legales (el *référé*); poco después, con el Código napoleónico, al facultarse al juez para interpretar la ley, fue necesario garantizar que las interpretaciones estuvieran ajustadas a Derecho y que guardaran una uniformidad, y por ello se instauró el Tribunal de Casación como órgano independiente del legislativo, y se le facultó para que controlara la interpretación de la ley realizada por los Tribunales y asegurara la unidad y coherencia del conjunto de la jurisprudencia.

De igual modo, durante el siglo XX la conversión de la Constitución en *Norma Normarum* exigió, de nuevo, el establecimiento de un mecanismo asegurador del respeto a la misma, principalmente por el legislador. Sin embargo, la Europa continental no optó por el sistema difuso de control de constitucionalidad propio de Norteamérica, sino que encargó tal control a unos órganos *ad hoc*, los tribunales constitucionales. La razón de este distinto modo de proceder se encuentra, como se ha

visto, en que en Norteamérica la judicatura no se había mostrado tradicionalmente reacia a aplicar los preceptos constitucionales, incluso por encima de la ley ordinaria, cosa que sí sucedía en Europa, y por ello al juez constitucional europeo se le ubicó fuera del poder judicial.

No obstante, el modelo europeo de control de constitucionalidad de principios de este siglo demostró durante los fascismos su ineficacia para garantizar los derechos reconocidos en las Constituciones. La judicatura, exenta de todo control por parte del juez constitucional, sirvió de herramienta al legislador para aplicar una legislación que vulneraba lo previsto en la Norma suprema y fue partícipe de muchas actuaciones claramente transgresoras de derechos fundamentales. La respuesta a todo ello volvió a ser la misma: la adopción de una serie de nuevas medidas tendentes a asegurar el efectivo cumplimiento de la ley en su sentido más amplio, fundamentalmente, de la Constitución. Por ello, las Constituciones europeas que surgieron tras la Segunda Guerra Mundial establecieron mecanismos de control de la adecuación de la actuación de los poderes públicos a la norma constitucional, mecanismos que fueron diferentes según el grado de violaciones de derechos ocurridos durante el período anterior. Ello explica que en Austria, Alemania, y España, tras sus respectivos períodos dictatoriales, se introdujera el recurso de amparo constitucional como garantía reforzada de los derechos fundamentales; recurso que, en los dos últimos Estados cabe también frente a la actuación de los jueces, precisamente, porque la actuación de éstos durante las dictaduras dejó un lógico sentimiento de desconfianza hacia su

capacidad para asegurar el mantenimiento de los derechos y libertades en el futuro.

En definitiva, en este trabajo se ha visto como el surgimiento y evolución del constitucionalismo de la Europa continental ha estado ligado a la necesidad de asegurar que la aplicación del ordenamiento respondiese a lo establecido por el legislador y el constituyente, y a la existencia de una desconfianza hacia la adecuada interpretación de la ley y de la Constitución por el poder judicial. En España, para conseguirlo ha sido necesario establecer en el ordenamiento mecanismos de control de la legalidad y la constitucionalidad de la actuación de los jueces, y a ello responden, respectivamente, el recurso de casación y el recurso de amparo frente a actuaciones jurisdiccionales.

II. El paralelismo existente en esta afirmación entre el TS y TC conduce necesariamente al replanteamiento de la nunca olvidada cuestión de si el amparo constituye una casación más. Y a este respecto diremos que, a pesar de la negativa del TC a reconocerlo, la revisión que realiza de las decisiones de los tribunales ordinarios bien puede tildarse de "casación especial" o "casación constitucional", en cuanto que mediante el recurso de amparo, al igual que en la casación ordinaria, por un lado, se persigue el fin objetivo nomofilático de asegurar cual es el concreto y exacto significado de un precepto constitucional, función que el TC realiza en cuanto máximo intérprete de la Constitución que es; y por otro lado, respecto a la faceta unificadora de la casación, aunque ésta no

es una característica propia del recurso de amparo, pues su objetivo es determinar si en un supuesto concreto se ha vulnerado o no un derecho fundamental, lo cierto es que los efectos que se derivan de las sentencias de amparo tienen una repercusión similar a las de la unificación en la casación.

Efectivamente, como hemos visto, el art. 5.1 LOPJ obliga a los tribunales a interpretar la legalidad de conformidad con los preceptos y principios constitucionales tal y como hayan sido interpretados por el TC. Ello no es más que la consecuencia del valor superior de la Constitución, puesto que el juez está obligado a aplicar los preceptos constitucionales, y el contenido de los mismos y su significado no es otro que aquél que determina el máximo exégeta de la Norma Suprema. El art. 5.1 LOPJ, en definitiva, supone una restricción de la libertad hermenéutica de los tribunales ordinarios, que les obliga a interpretar las normas de acuerdo con unos principios y preceptos recogidos en las sentencias del TC, convirtiéndose éste en el punto de referencia sobre la "constitucionalidad o inconstitucionalidad" de la aplicación de la ley realizada por los jueces.

III. Pero, en realidad, no es esto lo que genera reticencia por parte del poder judicial. De hecho, la judicatura no ha criticado del recurso de amparo el que ostente el monopolio en la determinación de la exacta y única interpretación que ha de darse a los preceptos constitucionales, pues precisamente ésta es la función propia del TC; ni ha reprobado el hecho de que un recurso de amparo que nace

para la solución de un caso concreto de vulneración de derechos adquiriera, *de facto*, unas repercusiones que trascienden el supuesto en cuestión, pues ello es consecuencia, como hemos comprobado, del art. 5.1 LOPJ. Lo cual no desmiente el hecho de que a ningún juez le guste que sus decisiones sean anuladas en amparo, porque ello es, inevitablemente, fuente de descrédito para él, ya que lo que viene a decir el TC es que ese juez ha vulnerado un derecho fundamental.

IV. Lo que se ha censurado del TC desde las filas del poder judicial ha sido el que, en el ejercicio de su función de máximo garante de los derechos fundamentales, se ha excedido en sus competencias, pasando a interpretar de un modo definitivo sobre cuestiones que corresponden a la más pura legalidad ordinaria. Por esta razón, las críticas más duras han procedido del TS, puesto que se ha sentido suplantado en su función de máximo intérprete de dicha normativa legal.

Esto puede predicarse, en general, respecto de todo recurso de amparo, pero, sin duda alguna, especialmente de los amparos que se presentan por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, donde las fricciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional alcanzan cotas mayores. Ello es así por varias razones:

(a) En primer lugar, en cuanto a la tutela judicial efectiva, hay que recordar lo que se ha visto en el punto sexto de este trabajo acerca del extenso contenido con que el TC ha dotado al art.

24.1 CE. Según la doctrina del TC, son tantas las actuaciones susceptibles de incurrir en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que difícilmente una decisión judicial puede escapar al control del TC, con lo cual éste dispone de una vía permanentemente abierta para enjuiciar la actuación judicial. A ello hay que añadir que esa amplitud de contenidos amparables en el art. 24.1 CE ha sido empleada por los particulares para recurrir ante el TC cualquier decisión judicial con la esperanza de que una nueva revisión de su caso pueda reportarles algún beneficio a su favor.

El TS, obviamente, no ha quedado exento de control por vulneración de este artículo. De hecho, hemos visto ejemplos de supuestos en los que el TS, ejerciendo la defensa del *ius litigationis*, ha infringido tal derecho fundamental, como consecuencia de errores en la aplicación de la normativa procesal. Dichos supuestos, en los que el TC entiende que los preceptos que regulan el proceso no ha sido bien interpretados por el TS, son los que generan más conflictos, porque en ellos la línea que separa los planos de la constitucionalidad y de la legalidad es borrosa y difícil de trazar. Piénsese en los ejemplos citados en este trabajo en los que el TC ha anulado una decisión del TS por razón de la práctica de la prueba, la falta de argumentación suficiente, la selección de una norma que no correspondería aplicar al caso, la aplicación de una norma que el TC entiende que es inconstitucional, la adecuada aplicación de una ley que, sin embargo, produce resultados contrarios a los principios constitucionales, etc. En todas estas situaciones lo que viene a señalar el TC es que *el máximo interprete de la legalidad* no la ha aplicado correctamente, porque lo ha hecho contraviniendo lo

establecido en la Constitución. Pero, además, cuando el TC determina tal infracción en su argumentación establece una doctrina sobre cual sería la constitucional aplicación del precepto legal; doctrina de obligado seguimiento por el resto de órganos jurisdiccionales, por eso, no es de extrañar que el TS vea usurpadas sus funciones.

Pero, al fin y al cabo, lo que no debe olvidarse es que, aunque TC y TS mantengan una relación competencial *horizontal* en materia de constitucionalidad y de legalidad, respectivamente, la suprallegalidad de la Constitución hace que esa competencia se convierta en *vertical* cuando están en juego garantías constitucionales, y por la amplia cobertura que nuestra Constitución ha querido otorgar a los derechos fundamentales, es normal que en un elevadísimo número de casos estén involucradas cuestiones de esta naturaleza.

(b) En cuanto al segundo de los derechos más invocados para recurrir en amparo una decisión judicial, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, hay que señalar que este derecho adquiere una trascendencia mayor cuando la decisión que se recurre es la de casación. Decimos esto porque, por un lado, precisamente la casación está pensada para asegurar la igual y uniforme interpretación de la ley, y sin embargo, como se ha comprobado, a menudo el TC ha venido a suplantar esta función haciendo uso del principio de igualdad. Y por otro lado, el TS, ejerciendo su función de nomofilaxis, establece cual es el exacto contenido de la ley atendiendo a las circunstancias del momento, por lo que cabría

pensar que está prácticamente exento de limitaciones a la hora de aconsejar un cambio en la interpretación de una ley; de hecho, el TC sólo ha exigido que los cambios de interpretación estén razonados y no respondan a simples arbitrariedades, sino a una justificación. Sin embargo, lo cierto es que el TC es quien determina en última instancia si concurren presupuestos tan indefinidos como son la arbitrariedad, irrazonabilidad o falta de justificación, con lo que el TC, alegando vulneración del derecho a la igualdad, puede anular aquellas decisiones del TS que introducen una nueva interpretación de la ley que podría ser contraria a la Norma Suprema, evitando así que arraigue una jurisprudencia que nacía viciada de inconstitucionalidad, que en caso contrario sería imitada, como es habitual, por el resto de jueces y tribunales.

El hecho es que, a pesar de que durante el período constituyente se rechazó el someter la jurisprudencia del TS al control de constitucionalidad, este control se ha impuesto por la posibilidad que brinda la LOTC de revisar las decisiones jurisdiccionales y por la obligación que la LOPJ impone a todo juez de aplicar las leyes de conformidad a lo establecido en la doctrina del TC. A lo largo de este trabajo se ha observado como el uso que se ha dado del recurso de amparo lo ha convertido en un instrumento de revisión de las decisiones de la jurisdicción ordinaria, con la producción de roces conflictivos entre ésta y la constitucional. Dichas controversias alcanzan lógicamente mayor grado entre aquel órgano que durante años ha ostentado la supremacía de un modo exclusivo, esto es, el TS, y el órgano que

ahora ocupa la posición suprema en materia constitucional, el TC, norma que está por encima de la legalidad ordinaria.

V. Cuestión distinta son las decisiones del TC que se han excedido de lo que constituye la actividad revisora que caracteriza al recurso de amparo. Nos referimos a los supuestos en los que el TC, además de anular la sentencia del TS, ha revalidado la de la instancia que éste previamente había revocado. El ejemplo más claro lo tenemos en el caso de la *prueba de la paternidad* con el que iniciábamos este trabajo. Se ha señalado que en estos casos, en los que la decisión anulatoria del TC va seguida de un pronunciamiento que sustituye al del tribunal ordinario, tal vez, "palpite un sentimiento difuso sobre la necesidad de imponer al tribunal ordinario las consecuencias de la decisión constitucional, ante la eventualidad de que se sustraiga la disciplina jerárquico-procesal"⁷¹⁰. Ello, al fin y al cabo, es reconocer que sigue existiendo esa *méfiante* o desconfianza hacia la correcta (entendida por constitucional) aplicación de la ley por los jueces, a pesar de que se afirme que esto está completamente superado. Quizás todavía queden reminiscencias de aquel sentimiento de recelo hacia el juez con el que se inició la transición española; o tal vez, simplemente constituya un modo de llevar al extremo el espíritu garantista de nuestra Constitución. Decimos esto porque decisiones del TC de este

⁷¹⁰ XIOL RIOS, Juan Antonio: "Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo»", en la obra colectiva *La sentencia de amparo constitucional*, op. cit, pp. 101-102.

tipo quizás traten de dar efectividad a los principios de preferencia y sumariedad que deben caracterizar a todo procedimiento dirigido a la salvaguarda de derechos fundamentales. Estas previsiones constitucionales pierden sentido cuando un asunto ha sido conocido ya por una o dos instancia judiciales, por el TS y por el el TC en amparo. Con esta filosofía el TC ha justificado la declaración de validez de una sentencia que había sido anulada por la instancia judicial superior, señalando que con ello se evita un nuevo proceso que no vendría sino a concluir lo mismo que se estableció en la instancia. Ello no supone, en el sentido estricto del término, suplantar al juez ordinario en la resolución de un pleito, sino un reconocimiento de que cierto juez de la instancia, garante natural de los derechos y libertades, ha desempeñado su función correctamente y otros no lo han hecho.

No obstante, aceptar esta argumentación como justificación de actuaciones del TC de este tenor supondría defender lo que no serían sino extralimitaciones del TC en su función de garante subsidiario de los derechos fundamentales. Tal vez, sólo habría que aceptar este tipo de decisiones del TC, sustitutorias de la de la instancia, cuando el objeto único del pleito fuera la presunta vulneración de un derecho fundamental, y la retroacción de actuaciones no condujese más que a un alargamiento inútil del proceso. Por el contrario, si el objeto inicial del pleito fuese una cuestión de legalidad ordinaria en la que se ve involucrado un derecho fundamental, la revalidación de una sentencia de la instancia por el TC, quizás asegurase una salvaguarda del derecho, pero, al mismo tiempo, supondría que el TC puede decidir sobre

aspectos de la más pura legalidad ordinaria, determinando cual es la correcta aplicación de la ley, función que corresponde al TS.

VI. Otra de las inevitables consecuencias de ese uso desmesurado que se ha hecho del recurso de amparo, convirtiéndolo en un instrumento de revisión de la actuación judicial, es la conocida sobrecarga de trabajo a la que se encuentra sometido nuestro TC. Sin embargo, también hay que decir que ello no sólo es propio de los sistemas constitucionales que cuentan con el recurso de amparo, como sucede en Alemania, sino también de todos aquellos tribunales que ocupan el último escalafón en su respectivo orden jurisdiccional; piénsese, por ejemplo, en medidas como el *writ of certiorari* introducido en Norteamérica con la finalidad de permitir seleccionar al Tribunal Supremo aquellos casos sobre los que se quiere pronunciar, deshaciéndose, de ese modo, de la enorme cantidad de asuntos que se le presentan diariamente; o en las medidas tendentes a restringir el acceso al recurso de casación que se han ido incorporando en nuestra misma legislación procesal. Precisamente esa tendencia a ampliar las causas de inadmisión del recurso de casación y a limitar los criterios de acceso al mismo imposibilita que muchos asuntos donde se ha producido una presunta vulneración de un derecho fundamental puedan acceder a la casación, pasando a ser conocidos directamente por el TC. Esto, por un lado, hace que le lleguen a este último casos que podrían haberse solventado en la vía ordinaria; de hecho, como decíamos en este trabajo, el TC ha aconsejado el agotar al máximo

las posibilidades que ofrece el recurso de casación para la salvaguarda de los derechos (STC 140/1985, de 21 de octubre); y por otro lado, convierte al TC en el "órgano casacional" de ese conjunto de decisiones judiciales que se toman en asuntos de baja cuantía, de escasa pena o de determinadas materias, que quedan exentas del control casacional del TS. En estos supuestos, el único control de la correcta aplicación de la ley por el juez es el que realiza el TC en amparo, determinando la corrección constitucional de tal interpretación judicial.

VII. Se han apuntado diversas soluciones para disminuir este exceso de trabajo del TC y aminorar las tensiones que se producen entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional; soluciones que, en general, apuntan hacia un mayor protagonismo de la jurisdicción ordinaria en la protección de los derechos fundamentales, dejando al TC un papel verdaderamente subsidiario, en el sentido de residual, o incluso pensando en excluir al mismo de la protección de tales derechos.

Las propuestas consistentes en hacer desaparecer el recurso de amparo, pasando a desempeñar dicho papel la jurisdicción ordinaria, olvidan que con ello los roces conflictivos entre ésta y la jurisdicción constitucional no desaparecerían. Basta pensar simplemente en la denominada "*guerra fra due corti*" que se generó en Italia en los años 70 y que se produjo en un sistema constitucional en el que no existe recurso de amparo. Ello se debe a que, como hemos comprobado, desde el mismo momento en que

perviven dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, surge el riesgo de que en muchas ocasiones se pronuncien de modo diferente sobre unos mismos preceptos, lo que hace inevitable la existencia de roces conflictivos entre ellas.

Si bien es cierto esto, y así lo hemos podido comprobar en Austria, Italia y Bélgica, también es verdad que en sistemas como el alemán o el español, donde, a través del recurso de amparo, el juez constitucional puede revisar la actuación judicial, a la conflictividad anterior se añade la conflictividad casuística. En estos dos países, no sólo es que puedan producirse interpretaciones diferentes de una misma norma en la jurisdicción ordinaria y en la constitucional, generándose las lógicas discrepancias entre ellas, sino que, además, la interpretación otorgada por el juez constitucional constituye una *revisión* de la establecida por el juez ordinario, incluso por el juez de la casación, viniendo la primera a sustituir a la segunda. Este control externo de la actuación judicial es lo que provoca las desavenencias y reticencias por parte del poder judicial a las que nos venimos refiriendo en este trabajo.

VIII. Por lo tanto, la salida a la problemática que se viene suscitando hay que buscarla no en la postura radical de eliminar el recurso de amparo, sino en intentar que, dando efectividad al principio de subsidiariedad, la protección de derechos se pueda alcanzar en la vía ordinaria, sin que se haga necesario acudir en amparo en el mayor número de ocasiones posibles. Para ello, indudablemente, es indispensable llevar a cabo la tan solicitada

modificación de la vía ordinaria de amparo existente actualmente, sustituyéndola por otra que dé cumplimiento a lo previsto en el art. 53.2 CE, que establezca una garantía de los derechos fundamentales en todos los órdenes jurisdiccionales, y que prevea la posibilidad de recurrir dentro de la jurisdicción ordinaria las decisiones de los jueces y tribunales presumiblemente vulneradoras de algún derecho fundamental. En esta misma línea, una reimplantación del incidente de nulidad de actuaciones establecido como un recurso y con un plazo para su presentación, tal vez, permitiría reparar en la vía ordinaria las posibles irregularidades procesales que ahora acaban siendo denunciadas en amparo. Todo ello está en perfecta consonancia con lo que se ha estudiado respecto a las finalidades que encierra el principio de subsidiariedad, esto es, el dar oportunidad a la jurisdicción ordinaria para que pueda subsanar los errores cometidos, evitando la que lo que puede resolverse en la instancia inferior, tenga que ser conocido por el TC.

Sin embargo, también se ha comprobado que el factor desencadenante del exceso de recursos de amparo presentados ante el TC, y el sentimiento reticente que provoca el elevado porcentaje de resoluciones judiciales que éste anula, *no se encuentra únicamente* en la necesidad de ese adecuado desarrollo del art. 53.2 CE, sino, en la enorme cantidad de vulneraciones de derechos fundamentales que se producen por parte de los tribunales ordinarios. Y ello se debe, como se ha visto más arriba, a la amplitud y complejidad de ciertos derechos y a la generosidad con que el TC los ha interpretado; nos estamos refiriendo, en concreto, a derechos como el principio de igualdad, el derecho a la tutela

judicial efectiva, el derecho al proceso debido, etc., artículos que, tal como han sido tratados, permiten al TC entrar fácilmente a revisar actuaciones procedentes de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, esta doctrina del TC consistente en interpretar los derechos constitucionales del modo más amplio posible, parece haberse aplicado por el propio TC con menor intensidad recientemente. Ello lo demuestra la STC de 10 de marzo de este año, donde el TC desestimó un amparo contra un STS que a su vez desestimaba un recurso contencioso-administrativo presentado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos por cuestiones de plazo. El TC excluyó la aplicación del principio *pro actione* que alegaba el demandante, por entender que tal principio no vincula en los supuestos en los que ya se ha admitido a trámite un recurso, sino únicamente en el acceso a la jurisdicción. Sin embargo, el mismo TC en otras ocasiones había realizado una interpretación amplia de este principio en aras a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del modo más extenso posible, pues al afirmar que el principio *pro actione* "no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso para acceder a la jurisdicción, que en las sucesivas fases, una vez se obtiene una primera respuesta judicial a la pretensión", (STC 37/1995, 58/1995, 138/1995, y 149/1995), estaba reconociendo que, en un grado mayor o menor, debe ser tenido en cuenta en cualquier momento del proceso.

No consideramos que la solución para disminuir la tensión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional deba pasar por realizar una interpretación más restrictiva de los

derechos fundamentales, y en concreto de los de carácter formal o procesal, pues ello iría en contra del espíritu con que nació nuestra Constitución. A este respecto hay que citar las palabras de Fernández Farreres, que recuerda que, "en cualquier caso, los excesos en que en que el Tribunal Constitucional puede parecer que incurre, o si se quiere, en los que incurre, aunque habría que justifica la existencia del exceso caso por caso, en el ejercicio de la competencia que para la tutela de los derechos fundamentales le ha sido atribuida, no pueden oscurecer el hecho decisivo de que esa atribución facilitó desde el primer momento que la jurisprudencia constitucional rectificase en profundidad viejos y superados planteamientos judiciales que, por pura inercia histórica, negaban la aplicabilidad directa de la Constitución, incluso en materia de derechos fundamentales, cuando no la propia normatividad del texto constitucional"⁷¹¹. En definitiva, lo que se está reconociendo es que, para conseguir el avance en un sistema jurídico que salió de una dictadura y estrenó una Constitución, el TC inevitablemente ha tenido que suplir, en muchas ocasiones, al juez ordinario, interpretando la legalidad ordinaria de tal modo que se diere cobertura a lo garantizado constitucionalmente. Tal vez haya que plantearse si después de casi 20 años de andadura constitucional, con una judicatura totalmente renovada, el TC debiera replegarse al cumplimiento de su función, en el sentido más estricto del término, velando más por la constitucionalidad de las leyes y por la salvaguarda de los derechos, que por la constitucionalidad de las

⁷¹¹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 18.

sentencias. Esta actitud de autocontrol o *self restraint* parece ser la actitud mantenida por el TC recientemente, y una de las muestras más claras de ello se encuentra en la STC 48/1996, de 25 de marzo, en la que el TC, aún reconociendo que la inescindible interrelación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional justifica el que se vea obligado a interpretar preceptos de legalidad ordinaria, se mantiene en las estrictas competencias que corresponden a la jurisdicción constitucional y ello lo expresa con las siguientes palabras: "basta y sobra la anulación del Auto donde se ha preterido el derecho fundamental invocado, sin otra providencia por nuestra parte. Es el propio sistema judicial quien ha de sacar consecuencias pertinentes de ésta nuestra sentencia" (FJ 3º). Ello constituye la esencia de la función que debe desempeñar el TC: Por un lado, debe encargarse de la salvaguarda de los derechos fundamentales cuando la misma no se ha obtenido en la vía ordinaria; por ello insistimos en la necesidad de articular aquellos mecanismos que sean necesarios para dar mejor cumplimiento al principio de subsidiariedad, pues, como recuerda García Morillo, "el Tribunal Constitucional es la *cúspide* del sistema de protección, *no su base*"⁷¹². Y por otro lado, otra función del TC, que le corresponde en exclusiva, es la determinación del contenido concreto de los preceptos constitucionales, lo cual significa que cuando el TC dice que "es el propio sistema judicial quien ha de sacar consecuencias pertinentes de esta nuestra sentencia", no está diciendo que los jueces deben actuar a su libre

⁷¹² GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La protección judicial...*, *op. cit.*, p. 25. (El subrayado es del autor).

arbitrio, sino que "deben sacar aquellas consecuencias que se derivan del ordenamiento", y éste obliga a los todos los jueces y tribunales, incluido el TS, a interpretar y aplicar las leyes de conformidad a los preceptos constitucionales tal y como hayan sido interpretados por el TC. Sólo si la judicatura acepta esta realidad habrá demostrado que es otra a aquella judicatura del período de la transición que mostraba sus reticencia a la hora de aplicar la Constitución en toda su extensión, porque aplicar la Norma suprema es aplicarla tal y como ha sido interpretada por el TC en sus sentencias. Consideramos que aún siendo imposible hacer desaparecer las controversias entre una y otra jurisdicción, las mismas disminuiría si tanto el TS como el TC aceptasen el papel que la Constitución ha otorgado a cada uno de ellos.

ANEXO:

INDICE CRONOLOGICO DE JURISPRUDENCIA CITADA

A) Sentencias del TC

STC 1/1981, de 26 de enero
STC 4/1981, de 2 de febrero
STC 10/1981, de 6 de abril
STC 16/1981, de 18 de mayo
STC 17/1981, de 1 de junio
STC 21/1981, de 15 de junio
STC 2/1982, de 29 de enero
STC 11/1982, de 29 de marzo
STC 15/1982, de 23 de abril
STC 30/1982, de 1 de junio
STC 49/1982, de 14 de julio
STC 56/1982, de 26 julio
STC 59/1982, de 28 de julio
STC 73/1982, de 2 de diciembre
STC 80/1982, de 20 de diciembre
STC 83/1982, de 22 de diciembre
STC 173/1982, de 2 de diciembre
STC 2/1983, de 24 de enero
STC 3/1983, de 25 de enero
STC 18/1983, de 14 de marzo
STC 19/1983, de 14 de marzo
STC 26/1983, de 13 de abril
STC 29/1983, de 26 de abril
STC 40/1983, de 18 de mayo
STC 43/1983, de 20 de mayo
STC 46/1983, de 27 de abril
STC 69/1983, de 26 de julio
STC 75/1983, de 3 de agosto
STC 105/1983, de 23 de noviembre
STC 108/1983, de 29 de noviembre

STC 4/1984, de 23 de enero
STC 23/1984, de 2 de febrero
STC 30/1984, de 6 de marzo
STC 31/1984, de 7 de marzo
STC 48/1984, de 4 de abril
STC 50/1984, de 5 de abril
STC 69/1984, de 11 de junio
STC 86/1984, de 24 de julio
STC 105/1984, de 15 de noviembre
STC 17/1985, de 9 de febrero
STC 49/1985, de 28 de marzo
STC 57/1985, de 29 de abril
STC 60/1985, de 6 de mayo
STC 65/1985, de 23 de mayo
STC 86/1985, de 10 de julio
STC 88/1985, de 19 de julio
STC 92/1985, de 24 de julio
STC 99/1985, de 30 de septiembre
STC 109/1985, de 8 de octubre
STC 139/1985, de 18 de octubre
STC 140/1985, de 21 de octubre
STC 142/1985, de 23 octubre
STC 160/1985, de 28 de noviembre
STC 26/1986, de 19 de febrero
STC 32/1986, de 21 de febrero
STC 41/1986, de 2 de abril
STC 53/1986, de 5 de mayo
STC 58/1986, de 14 de mayo
STC 61/1986, de 20 de mayo
STC 62/1986, de 20 de mayo
STC 97/1986, de 10 de julio
STC 104/1986, de 17 de julio
STC 116/1986, de 8 de octubre
STC 120/1986, de 22 de octubre

STC 124/1986, de 22 de octubre
STC 140/1986, de 11 de noviembre
STC 143/1986, de 19 de noviembre
STC 148/1986, de 25 de noviembre
STC 157/1986, de 10 de diciembre
STC 159/1986, de 12 de diciembre
STC 9/1987, de 29 de enero
STC 13/1987, de 5 de febrero
STC 15/1987, de 11 de febrero
STC 17/1987, de 13 de febrero
STC 20/1987, de 19 febrero
STC 30/1987, de 11 de marzo
STC 42/1987, de 7 de abril
STC 59/1987, de 19 de marzo
STC 69/1987, de 22 de mayo
STC 80/1987, de 27 de mayo
STC 84/1987, de 29 de mayo
STC 115/1987, de 7 de julio
STC 118/1987, de 8 de julio
STC 120/1987, de 10 de julio
STC 133/1987, de 27 de julio
STC 159/1987, de 26 de octubre
STC172/1987, de 3 de noviembre
STC 174/1987, de 3 de noviembre
STC 193/1987, de 9 de diciembre
STC 201/1987, de 16 de diciembre;
STC 209/1987, de 22 de diciembre
STC 6/1988, de 21 de enero
STC 23/1988, de 22 de febrero
STC 25/1988, de 20 de diciembre
STC 35/1988, de 2 de marzo
STC 36/1988, de 3 de marzo
STC 55/1988, de 24 de marzo
STC 78/1988, de 29 de abril

STC 107/1988, de 8 de junio
STC 191/1988, de 17 de octubre
STC 209/1988, de 10 de noviembre (Caso *IRPF*)
STC 211/1988, de 10 de noviembre
STC 265/1988, de 22 de diciembre
STC107/1988, de 8 de julio
STC 6/1989, de 19 de enero
STC 7/1989, de 19 de enero
STC 22/1989, de 1 de febrero
STC 34/1989, de 14 de febrero.
STC 45/1989, de 20 de febrero (Caso *IRPF*)
STC 51/1989, de 22 de febrero
STC 73/1989, de 23 de abril
STC 98/1989, de 1 de junio
STC 139/1989, de 20 de julio
STC 159/1989, de 6 de octubre
STC 18/1994, de 20 de enero
STC 20/1990, de 15 febrero
STC 24/1990, de 18 de junio
STC 25/1990, de 19 de febrero
STC 32/1990, de 26 de febrero
STC 33/1990, de 26 de febrero;
STC 50/1990, de 26 de marzo;
STC 56/1990, de 29 de marzo
STC 59/1990, de 24 de marzo
STC 61/1990, de 29 de marzo
STC 63/1990, de 2 de marzo
STC 73/1990, de 23 de abril
STC 90/1990, de 23 de mayo
STC 103/1990, de 4 de junio
STC 110/1990, de 18 de junio
STC 114/1990, de 21 de junio
STC 139/1990, de 17 de septiembre
STC 171/1990, de 12 de noviembre

STC 182/1990, de 15 de noviembre
STC 185/1990, de 15 de noviembre
STC 71/1991, de 8 de abril
STC 96/1991, de 9 de mayo
STC 98/1991, de 9 de mayo.
STC 128/1991, de 6 de junio
STC 139/1991, de 20 de junio
STC 207/1991, de 11 de noviembre
STC 214/1991, de 11 de noviembre
STC 18/1992, de 10 de febrero
STC 62/1992, de 27 de abril
STC 63/1992, de 29 de abril;
STC 71/1992, de 13 de mayo;
STC 85/1992, de 8 de junio
STC 88/1992de 8 de junio
STC 93/1992, de 11 de junio
STC 152/1992, de 19 de octubre;
STC 161/1992, de 26 de octubre
STC 184/1992, de 16 de noviembre
STC 186/1992, de 16 de noviembre
STC 190/1992, de 16 de noviembre
STC 195/1992, de 16 de noviembre
STC 217/1992, de 1 de diciembre
STC 223/1992, de 14 de diciembre
STC 227/1992, de 14 de diciembre
STC138/1992, de 13 de octubre
STC 7/1993, de 18 de enero
STC 8/1993, de 18 de enero
STC 13/1993, de 18 de enero
STC 15/1993, de 18 de enero
STC 55/1993, de 15 de febrero,
STC 63/1993, de 1 de marzo,
STC 72/1993, del 1 de marzo
STC 75/1993, de 1 de marzo

STC 78/1993, de 1 de marzo
STC 94/1993, de 22 de marzo
STC 111/1993, de 23 de marzo
STC 119/1993, de 19 de abril
STC 137/1993, de 19 de abril
STC 178/1993, de 31 de mayo
STC 181/1993, de 31 de mayo
STC 190/1993, de 14 de junio.
STC 209/1993, de 28 de junio
STC 230/1993, de 12 de julio
STC 286/1993, de 4 de octubre
STC 291/1993, de 18 de octubre
STC 316/1993, de 25 de octubre
STC 334/1993, de 15 de noviembre
STC 337/1993, de 15 de noviembre
STC 341/1993, de 18 de noviembre
STC 369/1993, de 13 de diciembre
STC 7/1994, de 17 de enero (*Caso prueba de la paternidad*)
STC 32/1994, de 31 de enero (*Caso Juan Guerra*)
STC 85/1994, de 14 de marzo
STC 87/1994, de 14 de marzo
STC 98/1994, de 11 de abril
STC 110/1994, de 11 de abril
STC 117/1994, de 25 de abril
STC 126/1994, de 25 de abril
STC 141/1994, de 9 de mayo
STC 142/1994, 9 de mayo
STC 147/1994, de 12 de mayo (*Caso Narcos*)
STC 148/1994, de 12 de mayo
STC 172/1994, de 7 de junio
STC 188/1994, de 20 de junio
STC 211/1994, de 13 de julio
STC 212/1994, de 13 de julio
STC 235/1994, de 20 julio

STC 255/1994, de 26 de septiembre
STC 184/1994, de 20 de junio
STC 199/1994, de 4 de julio
STC 37/1995, de 7 de febrero
STC 47/1995, de 14 de febrero
STC 58/1995, de 10 de marzo
STC 110/1995, de 4 de julio
STC 114/1995, de 6 de julio
STC 128/1995, de 26 de julio
STC 138/1995, de 25 de septiembre
STC 149/1995, de 16 de octubre
STC 162/1995, de 7 de noviembre
STC 184/1995, de 12 de diciembre
STC 81/1996, de 20 de mayo
STC 85/1996, de 21 de mayo
STC 100/1996, de de 11 de junio
STC 115/1996, de 25 de junio
STC 153/1996, de 30 de septiembre
STC 160/1996, de 15 de octubre
STC de 10 de marzo de 1997.

B) Autos del TC

ATC 114/1980, de 17 de diciembre
ATC 69/1981, de 31 de julio
ATC 232/1982, de 30 de junio
ATC 324/1982, de 25 de octubre
ATC 10/1983, de 12 de enero
ATC 51/1983, de 9 de febrero
ATC 595/1983, de 23 de noviembre
ATC 404/1984, de 27 de junio.
ATC 512/1984, de 5 de septiembre
ATC 359/1985, de 29 de mayo
ATC 878/1987, de 8 de julio

ATC 220/1989, de 27 de abril
ATC 426/1990, de 10 de diciembre
ATC 21/1993, de 21 de enero
ATC 168/1995, de 5 de junio
ATC 173/1995, de 6 de junio

C) Sentencias del TS

STS de 4 de marzo de 1983 (RA 1768)
STS de 3 de mayo de 1983 (RA 2630)
STS de 5 de octubre de 1983 (RA 2630)
STS de 2 de abril de 1985 (RA 2060)
STS de 4 de febrero de 1986 (RA 558)
STS de 15 de febrero de 1986 (RA 609)
STS de 12 de noviembre de 1986 (RA 6139)
STS de 12 de diciembre de 1986 (RA 7909)
STS de 23 de marzo de 1987 (RA 1715)
STS de 22 de octubre de 1987 (RA 7309)
STS de 30 de marzo de 1988 (RA 2573)
STS de 24 de junio de 1988 (RA 4724)
STS de 18 de julio de 1988 (RA 5726)
STS de 7 de octubre de 1988 (RA 7579)
STS de 24 de octubre de 1988 (RA 7635)
STS de 30 de abril de 1992 (RA 4473)
STS de 30 de mayo de 1994 (RA 4474)

D) Autos del TS

ATS de 2 de mayo de 1980 (RA 1917)
ATS de 5 de noviembre de 1980 (RA 4428)
ATS de 8 de febrero de 1993 (RA 1524)
ATS de 30 de enero de 1995 (RA 10019)
ATS de 24 de febrero de 1995 (RA 1603)

BIBLIOGRAFIA.

1. OBRAS SOBRE LA RELACION ENTRE LA JURISDICCION ORDINARIA Y LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL.

a) Libros.

- BACHOF, Otto: *Jueces y Constitución*, (Trad. R. Bercovitz), Madrid, Civitas, 1985.
- BALAGUER CALLEJÓN, Maria Luisa: *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, Civitas, 1990.
- BANDRES, Jose Manuel: *Poder Judicial y Constitución*, Barcelona, Bosch, 1987.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *El Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1996.
- FERNÁNDEZ SEPÚLVEDA, Angel: *Derecho judicial y Justicia constitucional: una aproximación al tema*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985.
- GARCIA MORILLO, Joaquín (Coord): *La Justicia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, (5 volúmenes).
- PEREZ ROYO, Javier: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988.
- PÉREZ TREMPES, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, CEC, 1985.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Ed. lit.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La delimitación de competencias entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*, Discurso apertura del año judicial. Memoria 1994 sobre la situación y funcionamiento de salas y servicios y

movimiento de personal en el Tribunal Supremo..., Madrid, CGPJ, 1994.

SANTOS VIJANDE, Jesús M^a: *Doctrina y Jurisprudencia del TC. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Granada, Ed. Comares, 1995.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

ALBERTI, Enoch; BON, Pierre; MODERNE, Franck: "Cronique à propos l'Espagne", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1994, pp. 419 y ss.

ALMAGRO NOSETE, José: "Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución", en *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, UNED, 1978, vol I, p. 283-344.

APARICIO PEREZ, Miguel Angel: "Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el poder judicial", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1983, p. 935-966.

AROSAMENA SIERRA, Jerónimo: "Jueces ordinarios y Constitución", *Documentación Jurídica*, nº 46, 1985, pp. 1-20.

BUSTOS PUECHE, Jose Enrique: "Planteamiento técnico del conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica La Ley*, nº 3601, de 6 de septiembre de 1994, pp. 1001-1010.

CARRETERO PEREZ, Adolfo: "El Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de la Comunidades Autónomas", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, T. I, pp.603-627.

CHOCLÁN MONTALVO, Jose Antonio: "Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el TC (A proposito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 137, 17 febrero 1994, pp. 1-5.

COLLI, Giovanni: "Corte di Cassazione e Corte Costituzionale", *Il Foro Padano*, 1965, nº 10, pp. 58-68.

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria", *Estudios Jurisprudenciales*, año II, nº 12, septiembre-octubre, 1994, pp. 41-72.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio: "Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso social. Una reflexión crítica y una propuesta", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 78, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Ignacio: "Conflictos de competencia entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo", en *El recurso de casación, Studia Iuridica*, nº 9, 1994, pp. 147-166. (Este trabajo se reintegra en la monografía, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO, Ignacio: *El Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis M^a: "Constitución, Ley, Juez", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, nº 15.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Angela: "Amparo y Casación civil. Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 3/4, 1988, pp. 305-320.
- FRIGINAL FERNANDEZ-VILLAVARDE, Luis: "Aproximación a una tesis articuladora de los recursos de amparo y contencioso-administrativo", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, t. II, pp. 1111-1142.
- LÓPEZ GUERRA, Luis: "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional", en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Ed. lit.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 27-62.
- MANZANARES SAMANIEGO, Jose Luis: "La delimitación de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional", en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Ed. lit.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 63-82.

- MUÑOZ CAMPOS, Juan: "Recurso de amparo frente a resoluciones judiciales. ¿Ante el TC o ante el TS?", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 639, 22 marzo de 1983, p. 1-3.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: "La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 1994 sobre filiación, desde una perspectiva procesal", *Poder Judicial*, nº 36, 1994, pp. 107-151.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: "La articulación de jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria. (Caso Bultó)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, pp. 179-202.
- ROVIRA SUEIRO, María E.: "Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 1994: Recurso de amparo 2106/1990 contra Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo. Supuesta intromisión en el ámbito protegido por el art. 18 CE: efecto de la revocación del consentimiento prestado por el recurrente", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 36, 1994, pp. 993-1004.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho constitucional*, Nº 4, 1982, p. 35-67.
- RUIZ PÉREZ, Joaquín Salvador: "Las garantías constitucionales y poder judicial", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 592, , 14 enero 1983, p. 1-3.
- SALAS HERNÁNDEZ, Javier: "El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº6, 1982, pp. 141 y ss.
- SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, Anselmo: "La investigación de la paternidad en las resoluciones del TC", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 143, de 31 de marzo de 1994, pp. 1-3.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "Poder Judicial y Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, nº 11 (número especial), 1989, pp. 13-41.

VIVES ANTÓN, Tomás: "Tribunales de Justicia y jurisprudencia constitucional", *Poder Judicial*, nº 2, 1986, pp. 9-13.

XIOL RIOS, Juan Antonio: "Crisis de la jurisprudencia y Tribunal Constitucional", en *Constitución y Derecho Público*, Estudios en homenaje a Santiago Varela, Moreno Catena (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

ZORRILLA, M.M.: "Aplicación del derecho objetivo por la justicia constitucional y la justicia ordinaria", *Estudios Deusto. Revista Universidad de Deusto*, Fascículo 92, 1994, pp. 197-224.

2. OBRAS SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

2.1. Obras generales sobre Justicia Constitucional.

a) Libros.

AA.VV.: *La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por los Prof. Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 1980.

AA.VV.: *El Tribunal Constitucional* (T. I, II y III), Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

AA.VV.: *La jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, (Coloquio Internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994), Madrid, CEC, 1995.

ALMAGRO NOSETE, José: *Justicia Constitucional*, Madrid, Dykinson, 1980.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *La Constitución española de 1978*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978.

BIDART CAMPOS, Germán J.: *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987.

BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1993.

- BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.
- BON, Pierre; MODERNE, Frank; RODRÍGUEZ, Yves: *La justice constitutionnelle en Espagne*, Aix-en provence, Economica, 1984.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Franciso; GOMEZ MONTORO, Angel Juan; MEDINA GUERRERO, Manuel; REQUEJO PAGES, Juan Luis: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1997.
- CANOSA USERA, Raúl: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, 1988.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; LÓPEZ GUERRA, Luis; PÉREZ TREMPES, Pablo: *Los procesos constitucionales (Segundo simposio de Derecho Constitucional)*, Cuadernos y Debates nº 41, Madrid, CEC, 1992.
- DE OTTO, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso: *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1983.
- El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.
- GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y Proceso*, Madrid, Tecnos, 1988.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *La justicia Constitucional: Derecho comparado y español*, Madrid, EDERSA, 1984.
- PEREZ GORDO, Alfonso: *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Barcelona, Bosch, 1982.

RUBIO LLORENTE, Francisco: *La forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993.

SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución*, (1929), Madrid, Tecnos, 1983.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

ALONSO GARCÍA, Enrique: "El Control del Tribunal Constitucional del sistema español de Fuentes del Derecho a través del art. 24 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988, p. 141-210.

APARICIO PÉREZ, Miguel Angel: "La aplicación de la Constitución por los jueces y de la determinación del objeto del amparo constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 3, 1989, pp. 47-85.

ARAGÓN REYES, Manuel: "El control constitucional en la Constitución de 1978", *Revista Estudios Políticos*, nº 7, 1979.

"Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979.

"Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de leyes anteriores y de la jurisprudencia", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, vol. I, pp. 560 y ss.

"La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, pp. 85-136.

ARZAMENA SIERRA, Jerónimo: "Valor de la jurisprudencia constitucional", en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, T. I, IEF, Madrid, 1979, pp. 277 y ss.

- BALAGUER CASTELLÓN, Franciso: "Tribunal Constitucional, poder legislativo y poder constituyente", en AA.VV., *Introducción a los derechos fundamentales: X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 207-225.
- BLANCO VALDÉS, Roberto: "La supremacía de la ley y sus consecuencias en la teoría constitucional de la revolución francesa", *Anuario de Derecho Constitucional*, n° 6, 1994, pp. 77-112.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl: "Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, tomo I, Madrid, Civitas, 1991.
- CAPPELETTI, Mauro: "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la Justicia Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 17, p. 18-76.
- "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", en volúmen colectivo *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, París, Economía, 1982.
- CASCAJO CASTRO, José Luis.: "La jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de Estudios Políticos*, n° 199, 1975, p. 149-198.
- "Kelsen y la Constitución española de 1931", *Revista de Estudios Políticos*, n° 1, 1978, p. 243-255.
- "Aproximación al tema de las funciones del TC", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, T. I, pp. 629-642.
- CASTILLO VERA, Pilar del: "Notas para el estudio del comportamiento judicial: el caso del TC", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 20, 1987, pp. 177-191.
- COCA VITA, Eduardo: "Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica", *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, 1983, pp. 1039-1081.

- DE ELIZALDE Y AYMERICH, Pedro: "El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, T. I, pp. 859-899.
- DE JUAN MATÍN, Angel: "Comentarios a la jurisdicción constitucional", en *El Tribunal Constitucional*, 1981, T. II, pp. 1329-1356.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Salvador: "Análisis crítico sobre la juridicidad del Tribunal Constitucional español", en el *Tribunal Constitucional*, T. I, Madrid, IEF, 1980.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "La posición jurídica del Tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10, 1984, pp. 11-61.
- GARÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: "El *status* del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho constitucional*, nº 1, 1981, pp. 11-34.
- "Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español", *Revista de Derecho Constitucional*, nº 2, 1992, pp. 7-32.
- GARRORENA MORALES, Angel: "La sentencia constitucional", *Revista de Derecho Político*, nº 11, 1981, p. 7-27.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina: "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pp. 63-89.
- GUTIERREZ ZARZA, M. Angeles: "Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español", *Revista de Derecho Procesal*, nº 3, 1995, pp. 1003-1040.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "Control de la constitucionalidad", en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y CLAVERO, Manuel: *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 571-588.

"Algunos rasgos sobre la cuestión de inconstitucionalidad", en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Ed. lit.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 83-112.

JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel: "Lo que se espera del Tribunal Constitucional", *Actualidad Jurídica*, nº 3, 1981, pp. 35-43.

KELSEN, Hans: "La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La Justice Constitutionnelle)", *Revue de Droit Public et Science Politique en France et à l'étranger*, 1928. Traducción en *Escritos sobre la Democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988.

LÓPEZ GUERRA, Luis: "El Tribunal Constitucional y el principio de *stare decisis*", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, T. II, pp. 1433-1455.

"la Justicia constitucional en España", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997, pp. 187-206.

LUCAS VERDÚ, Pablo: "Política y justicia constitucionales. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional", *El Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, 1981.

MARTÍNEZ SOPEDRA, Manuel: "El Tribunal Constitucional como órgano político", *El Tribunal constitucional*, Madrid, IEF, 1981, T. II, pp. 1785-1821.

PIBERNAT DOMENECH, Xavier: "La sentencia constitucional como fuente de derecho", *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, pp. 71 y ss.

"Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 29, 1990, pp. 143-191.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: "Constitución y remisión normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, 1993, pp. 115-158.

- RODRÍGUEZ BEREIJO, Alvaro: "Constitución y Tribunal Constitucional", *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 91, 1996.
- RUBIO LLORENTE, Francisco y ARAGON REYES, Manuel: "La jurisdicción constitucional", en *La Constitución Española de 1978*, 1980, pp. 797-852.
- "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22.
- "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992, p. 9-39.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: "La Constitución y el Tribunal Constitucional", en AA. VV., *La jurisdicción Constitucional en España. (Coloquio Internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*, Madrid, CEC, 1995.
- "Garanzie del cittadini e ruolo del Tribunal Constitucional", *Diritto e Società*, 1988, pp. 155-170.

2.2. Obras sobre el constitucionalismo histórico español.

a) Libros.

- ALCALÁ-ZAMORA TORRES, Niceto: *Los defectos de la Constitución de 1931 y tres años de experiencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.
- ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *La Constitución española de 1978*, Madrid, Ediciones del Foro, 1978.
- BASSOLS COMA, Martín: *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Madrid, CEC, 1981.
- DE ESTEBAN, Jorge: *Las Constituciones de España*, Madrid, Taurus, 1990.
- ROMERO MORENO, Jose Manuel: *Proceso y derechos fundamentales en la España del s. XIX*, Madrid, CEC, 1983.

RUIZ LAPEÑA: *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Barcelona, Bosch, 1982.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, CEC, 1978.

TOMÁS VILLARROYA, Joaquín: *Breve historia del Constitucionalismo español*, Madrid, CEC, 1981.

TOMÁS Y VALIENTE, Franciso: *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 1980.

Constitución: Escritos de introducción histórica, Marcial Pons, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

ALMAGRO NOSETE, José: "Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución", en *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, UNED, 1978, vol I, p. 283-344.

CASCAJO CASTRO, Jose Luis: "Kelsen y la Constitución española de 1931", *Revista de Estudios Políticos*, nº 1, 1978, p. 243-255.

MARÍN, Pascual.: "La administración de justicia en la Ley Orgánica del Estado", *Revista de Estudios Políticos*, nº 152, 1967.

RUIZ LAPEÑA, Rosa María: "El recurso de amparo durante la II República Española", *Revista de Estudios Políticos*, nº7, 1979, pp. 291-298.

TOMÁS VILLARROYA, Joaquín: "El Tribunal Constitucional en el anteproyecto de Constitución", *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, CEC, 1978, p. 199-216.

2.3. Obras sobre los derechos fundamentales y su protección.

a) Libros.

AA. VV.: *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, CEC, 1996.

AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988.

AA.VV.: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales en Alemania, España, Francia e Italia*, Actas del III debate sobre este tema celebrado en Madrid en 1989, publicado en Madrid, Civitas y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991.

AA.VV.: *XI Jornadas de Estudio. El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

BORRAJO INIESTA, Ignacio; DíEZ-PICAZO, Ignacio; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1995.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, BBV-Civitas, 1995.

CANO MATA, Antonio: *El recurso de amparo (doctrina del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, 1983.

Control de garantías por Tribunal Constitucional y otros estudios, Edersa, 1984.

CARRILLO, Marc: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios: La aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección judicial de los derechos fundamentales de la persona*, Madrid, BOE-CEC, 1995.

- CASCAJO CASTRO, Jose Luis Y JIMENO SENDRA, Vicente: *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1985 (2ª ed. 1992).
- CASTILLO RIGABERT, Fernando: *La admisión del recurso de amparo*, Murcia, Universidad de Murcia, 1991.
- CLAVERO SALVADOR, Bartolomé: *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1990.
- CORDON MORENO, Faustino: *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, La Ley, 1992.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva. Derechos y Garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1994.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Comentarios al Título III de la LOTC*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Angela: *El Derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990.
- GARCÍA RUIZ, J. Luis: *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid, Editorial Nacional, 1980.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1985.
- La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- GENEROSO HERMOSO, Maria Flor: *Práctica del recurso de amparo constitucional*, Madrid, Edigener-Dykinson, 1994.
- GIL-ROBLES, Alvaro: *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, CEC, 1996.
- GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERI LLOBREGAT, José: *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Madrid, Colex, 1994.

- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *Estudio-comentario jurisprudencial de la ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa*, Granada, Comares, 1995.
- LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, Jose Francisco: *Aspectos procesales de la tutela jurisdiccional contenciosa-administrativa de los derechos fundamentales, (Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo surgida del proceso especial regulado en la ley 62/1978)*, Granada, Comares, 1993.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Derechos fundamentales y libertad negocial (Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.
- OLLERO TASSARA, Andrés: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- OLIVER ARAUJO, Joan: *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986.
- QUADRA SALCEDO, Tomás: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El recurso de amparo constitucional. Naturaleza Jurídica*, características actuales y crisis, Madrid, CEC, 1987.
- SENES MOTILLA, Carmen: *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Madrid, Civitas, 1994.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

- ALBACAR LÓPEZ, José Luis: "Contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional (I)", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 442, 18 junio 1982, p.1-5.
- "Contenido y alcance del derecho de la tutela jurisdiccional (y II)", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 444, 22 junio 1982, p. 1-4.
- "La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 1090, 14 diciembre 1984, p.1-7.

- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Angel: "El alcance del fallo en el recurso de amparo (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994)", *Revista General del Derecho*, nº 598-99, 1994, pp. 7871-7902.
- ALFONSO BOZO, Alfonso de: "Las funciones del recurso de amparo constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983, pp. 679-686.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: "El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 29, 1990, pp. 193-222.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Angel.: "La aplicación de la Constitución por los jueces y de la determinación del objeto del amparo constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1989, nº 3, pp. 47-85.
- ARAGÓN REYES, Manuel: "Consideraciones sobre el recurso de amparo", AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1994.
- BALAGUER CALLEJÓN, Franciso: "Derechos fundamentales y Constitución normativa", en AA.VV., *Introducción a los derechos fundamentales: X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 207-225.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio: "Amparo frente a leyes", *Revista de Administración Pública*, nº 98, 1982, PP. 167-220
- "El amparo judicial: la innecesariedad e inconveniencia de encauzarlo mediante procedimientos específicos y de confiárselo a órganos especializados", *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXVII, 1994, pp. 75 y ss.
- "Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 43, 1995, pp. 25-49.
- CAMPOS NAVAS, Daniel: "El requisito procesal del agotamiento de la vía administrativa previa y el derecho a la tutela judicial efectiva. (Comentario a la STC 120/1993, de 19 de abril), *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 65, 1994, pp. 481-487.

- CANO MATA, Antonio: "Los ciudadanos y su posible intervención en el recurso de amparo y demás impugnaciones residenciadas en el Tribunal Constitucional", *Revista de Administración Pública*, nº 106, 1985, pp. 171-210.
- CARRILLO, Marc: "La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario, la ley 62/1978 de protección judicial de los derechos fundamentales de la persona" *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 11, 1992, pp. 83-112.
- CASTEDO ÁLVAREZ, Fernando: "El recurso de amparo constitucional", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, pp. 179-209.
- CASTILLO VERA, Pilar del: "Notas para el estudio del comportamiento judicial: el caso del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 20, 1987, pp. 177-191.
- CEDEÑO HERNÁN, Marina: "Corrección de errores materiales de la sentencia y carácter subsidiario de recurso de amparo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 72, 1995, pp. 643-653.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: "Sobre el amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pp. 9-24.
- "El recurso de amparo constitucional, el juez y el legislador", en CRUZ VILLALÓN, Pedro; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; LÓPEZ GUERRA, Luis; PÉREZ TREMP, Pablo: *Los procesos constitucionales (Segundo simposio de Derecho Constitucional)*, Cuadernos y Debates nº 41, Madrid, CEC, 1992.
- DE ALFONSO BOZZO, Alfonso; "Las funciones del recurso de amparo constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1983, p. 145-152.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El Tribunal Constitucional como última instancia jurisdiccional", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 2-3, 1982, pp. 337- 364.
- DÍEZ-PICAZO, Ignacio: "Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo", en la obra colectiva *La sentencia de amparo constitucional*,

Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Cuadernos y Debates, 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis María: "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994, pp. 9-37.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, Salvador: "El recurso de amparo y el Tribunal Constitucional", *Boletín de información del Ministerio de Justicia* nº 1151, 5 diciembre de 1978, p. 3-16.

EMBED IRUJO, Antonio: "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, T. I, 1980, pp. 901-926.

ESTEBAN GÓMEZ, José Carlos; "¿El Tribunal Constitucional tercera instancia?", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 906, 30 marzo 1984, p. 1-6.

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela: "Recurso de amparo frente a violaciones por actos de los poderes públicos", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 1233, 8 julio 1985, pp. 1-5.

"El recurso de amparo en cuanto tutela reforzada de los derechos fundamentales", *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 6, 1994, pp. 43-56.

FRIGINAL FERNÁNDEZ-VILLAVARDE, Luis: "Aproximación a una tesis articuladora de los recursos de amparo y contencioso-administrativo", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, T. II, 1981, pp. 1111-1142. .

GARBERÍ LLOBREGAT, Jose: "La invocación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo constitucional", *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1988, pp. 459 y ss.

GARCÍA MANZANO, Pablo; "Las vías judiciales previas al recurso de amparo constitucional", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, T. II, 1981, pp. 1143-1170.

- GARCÍA MORILLO, Joaquín: "La cláusula general de igualdad", en AA. VV., *Derecho Constitucional*, vol. I y II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 159-180.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín: "Recurso de súplica en vía laboral y amparo constitucional", *Relaciones laborales*, T. II, 1987, pp. 413-428.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás: "El derecho fundamental a una interpretación no extensiva en el ámbito penal. (Comentario a la STC 111/1993, de 23 de marzo)", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 17, 1993, pp. 27-39.
- GARCÍA TORRES, Jesús: "Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales", *Poder Judicial*, nº 10, 1988, pp. 11-33.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA Ernesto: "Sobre el carácter subsidiario del Recurso de amparo constitucional (Comentario a la Sentencia del TC 126/1992, de 28 de septiembre)", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 60, 1993, pp. 637-646.
- GIMENO SENDRA, Vicente: "Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 6, pp. 43-60.
- GUAITA MARTORELL, Aurelio: "El recurso de amparo contra tribunales", *Revista de Derecho Político*, nº 16, 1982-83, p. 65-91.
- GUASCH, Jacques: "La mise en cause de la constitutionnalité des lois a travers le recours d'amparo en Espagne", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, VIII, 1992, pp. 25-111.
- JIMENEZ CISNEROS CID, Francisco Javier: "Derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de ser protegidos mediante el recurso de amparo", *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 10, 1985, 143-163.
- JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, José Ignacio: "El recurso de amparo constitucional respecto de resoluciones judiciales", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, T. II, pp. 1309-1327.

- LAPUENTE ARAGO, Rosa: "Las dificultades del recurso de amparo, en cifras", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 2, 1990, pp. 141-193.
- LOZANO MIRALLES, Jorge: "Interpretación de la legalidad y principio de subsidiariedad en el recurso de amparo. Un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional, 15/1996: los riesgos de una senda abierta por la jurisprudencia constitucional", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 4154, 29 de octubre de 1996.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: "Problemas en la garantía y protección judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas", *Anuario de Derecho Público de la Universidad de Granada*, nº 2, 1990, pp. 78-140.
- LUCAS MURILLO, Pablo: "El amparo judicial de los derechos fundamentales", en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Ed. lit.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 113-152.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: "La vía judicial previa al recurso de amparo constitucional (El artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)", *El tribunal Constitucional, op. cit.*, 1981, t. II, pp. 1667-1709.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "Contra el Recurso de amparo", en *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Madrid, Ed. Akal, 1984.
- MEDINA RUBIO, Ricardo: "La idea de amparo y el principio de subsidiariedad" *El tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, T. II, 1981, pp. 1825-1847.
- MUERZA ESARZA, Julio: "El mínimo probatorio en la jurisprudencia constitucional", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 6, 1988, pp. 845-868.
- MUÑOZ SABATE, Luis: "El Tribunal Constitucional y la prueba", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1982, pp. 793-794.
- PELLERANO GÓMEZ, Juan M.: "El derecho de amparo", *Revista de Derecho Político*, nº 38, 1993, p. 505-523.

PERA VERDAGUER, Francisco: "Violación de derechos y libertades por órgano judiciales", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, T. III, 1981.

PÉREZ TREMPES, Pablo: "El recurso de amparo en la Constitución de 1978", apéndice al trabajo de GARCÍA RUIZ, Jose Luis: *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid, Editorial Nacional, 1980, pp. 273-294..

"El sistema español de protección de los derechos fundamentales y la práctica del TC (el recurso de amparo)", *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, pp. 426 y ss.

"Protección específica y protección general de los derechos fundamentales", AA.VV.: *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 1765-1789.

"El recurso de amparo constitucional. Aspectos procesales", Ponencia presentada en el Segundo Simposio de Derecho Constitucional, AA. VV., *Los procesos Constitucionales*, Cuadernos y Debates nº 41, Madrid, CEC, 1992, pp. 123-135.

"La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal", en Estudios en homenaje a Santiago Varela, MORENO CATENA, (Coord.): *Constitución y Derecho Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

PIBERNAT DOMENECH, Xavier: "El control de constitucionalidad en vía de recurso de amparo. El art. 5.2 de la LOTC y sus interpretaciones por el Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1983, pp. 687-702.

"Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 29, 1990, pp. 143-191.

RAZQUIN LIZARRAGA, Jose Antonio: "Agotamiento de la vía judicial previa y coexistencia del proceso especial de la Ley 62/78 y el contencioso-administrativo ordinario", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 67, pp. 423-462.

- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: "Hacia la objetivación del amparo constitucional. Comentario al auto de la sala 1ª del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 42, 1994, pp. 153-161
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: "Las paradojas del recurso de amparo tras la primera década de jurisprudencia constitucional (1981-1991)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pp. 25-33.
- ROIG BATALLA, Antoni: "El recurs d'empara: algunes notes sobre l'ATC de 19 de setembre de 1994", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 1995, pp. 387-394.
- "En torno al voto particular de la STC 18/1994, de 20 de enero. La autocuestión o control sucesivo de constitucionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 44, 1995, pp. 299-322.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: "El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley orgánica 6/1988)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 60, 1988, pp. 507-530.
- "Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, pp. 91-114.
- "El recurso de amparo constitucional", en AA.VV.: *La jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, (Coloquio Internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994), Madrid, CEC, 1995.
- SALAS HERNÁNDEZ, Javier: "Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas", *El Tribunal Consittucional*, Madrid, IEF, T. III, 1981.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis: "El artículo 24 de la Constitución y el recurso de amparo", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, T. III, 1981.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso: "Una sentencia polémica sobre la vía judicial previa (STC, de 2 de febrero de 1981, de amparo. partido

Comunista de España Marxista Leninista)", *Revista de Administración Pública*, nº 95, 1981, pp. 179-185.

SANTOLALLA LÓPEZ, Fernando: "El recurso de amparo y el desamparo del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Político*, nº 26, 1987, pp. 151-169.

SAUCA, José María: "Los derechos fundamentales en el Tribunal Supremo", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 5, 1988, pp. 475-489.

SERRERA CONTRERAS, Ramón: "La protección ordinaria de los derechos fundamentales", *Actualidad Aranzadi*, nº 173, 1994.

VILA SOLER, María Amparo: "El principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Recurso de amparo y recurso para la unificación de la doctrina. (Comentario a la sentencia del TC número 42/1993, de 8 de febrero)", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 66, 1994, pp. 669-680.

XIOL RIOS, Juan Antonio: "Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo»", en AA.VV., *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, CEC, 1996.

3. OBRAS SOBRE JUSTICIA ORDINARIA.

3.1. Obras sobre el Poder Judicial

a) Libros.

AA.VV.: *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, 1990.

AAVV: *El Poder judicial en Europa (Jornadas sobre el papel de los Tribunales supremos en la organización de la Justicia en Europa)*, 2 vol. Madrid, CGPJ, 1989.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio: *El poder judicial*, Madrid, Tecnos, 1986.
- BACHOF, Otto: *Jueces y Constitución*, (Trad. R. Bercovitz), Madrid, Civitas, 1985.
- CALAMANDREI, Piero: *Éloge des juges écrit par un avocat*, (Traducido del italiano al francés por M. Georges Petit), Bruselas, Dssart Editeur, 1939.
- CAPPELETTI, Mauro: *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990.
- CLAVERO SALVADOR, Bartolomé: *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1990.
- D'AMBRA, Dominique: *L'objet de la fonction juridictionnelle; dire le Droit et trancher les litiges*, Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- DE MARISCO, Alfredo: *Legislazione e giustizia nel fascismo*, Milano, Mondadori, 1939.
- DE OTTO, Ignacio: *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1989.
- DELPÉRÉE, Francis: *La crise du juge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, Luís María: *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, Jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1995.
- GIMENO SENDRA, Vicente (Coord.): *Estudios de Derecho Procesal, en honor a Victor Fairén Guillen*, 1990.
- Introducción al Derecho Procesal*, Valencia Tirant lo Blanch, 1993.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano: *La independencia del juez y la desorganización judicial*, Madrid, Mº Justicia y Civitas, 1991.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *Justicia y Estado Autonómico. Orden competencial y Administración de Justicia en el Estado compuesto de*

la Constitución Española de 1978, Madrid, Civitas-Ministerio de Justicia, 1994.

La Justicia y sus problemas en la Constitución, Madrid, Tecnos, 1996.

MONREAL, Antoni (ed.); GERPE LADÍN, Manuel; OLIVER ARAUJO, Joan; ÁLVAREZ CONDE, Enrique: *La división de poderes: el poder judicial*, Lleida, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1996.

RODRIGUEZ-AGUILERA, C.: *El Poder Judicial en la Constitución*, Barcelona, Bosch, 1980.

SIMON, Dieter: *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

APARICIO PÉREZ, Miguel Angel.: "El Poder Judicial", *Revista de Derecho Político*, nº 37, pp. 161-170.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: "La aplicación judicial del principio de igualdad", en AA.VV: *XI Jornadas de Estudio. El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 293-312.

CALVO GARCÍA, Manuel: "El valor del precedente judicial en el sistema jurídico español", en Seminario dirigido por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO sobre *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, Instituto Fernando el Católico, 1985, pp. 310 y ss.

CLAVERO SALVADOR, Bartolomé: "Códigos y Jueces (Las puertas y porteros de la Ley)", *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, pp. 67-89.

GABALDÓN LOPEZ, Jose: "Control democrático del poder judicial", *Poder judicial*, nº especial 11, 1989.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "La jurisdicción: unidad jurisdiccional y conflictos jurisdiccionales", en *El Poder Judicial*, vol. I, Madrid, 1980.

- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: "La igualdad en la aplicación de la ley y su tratamiento en la jurisprudencia", en AA.VV: *XI Jornadas de Estudio. El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.313-330.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: "Jueces, Consejo y Poder Judicial sobre la inadecuación del modelo de Juez-Funcionario a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho. Notas para un debate", *Revista General de Derecho*, nº 603, 1994, pp. 12589-12618.
- MOSQUERA, Luis: "La posición del poder judicial en la Consitución española de 1978", libro colectivo *La Constitución Española de 1978*, Madrid, Civitas, pp. 691-737.
- OLLERO TASSARA, Andrés: "Juzgar o decidir: El sentido de la función judicial", *Poder Judicial*, 1993, pp. 123-139.
- PERIS GÓMEZ, Manuel: "El poder judicial dentro del poder del Estado". *Poder Judicial*, nº esp. XI, pp. 259-275.
- REQUEJO PAGES, Juan Luis: "Jurisdicción, precedente, jurisprudencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 29, 1990, pp. 223-240.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel: "Función jurisdiccional y control político ¿Hacia una responsabilidad política del juez?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, nº 29, 1990, pp. 117-142.
- SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, Federico-Carlos y ALBACAR LOPEZ, José Luis: "Los controles del poder judicial", *Revista jurídica Española La Ley*, nº extr., 16 septiembre 1982, pp. 9-12.
- SALVADOR, Pablo: "Interpretación lingüística e interpretación jurídica en la aplicación judicial del derecho", en la obra dirigida por SCHOLZ, Johannes-Michael (Ed. lit.): *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt, Klosterman, 1992.
- SCHNEIDER, Hans Peter.: "Continencia judicial, estructura normativa abierta de derecho constitucional", en LOPEZ PINA (Ed.), *División de poderes e interpretación*, Madrid, 1987.

- TOMAS Y VALIENTE, Francisco: "De la administración de justicia al poder judicial", en *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, pp. 11-31.
- XIOL RIOS, Juan Antonio: "El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, nº 3, 1986, pp. 25-40.

3.2. Obras de carácter histórico sobre el poder judicial.

a) Libros.

- APARICIO PÉREZ, Miguel Angel.: *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Ministerio de Justicia y Universitat de Barcelona, 1996.
- BASTIDA, Francisco José: *Jueces y Franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*, Barcelona, Ariel, 1986.
- DE MARISCO, Alfredo: *Legislazione e giustizia nel fascismo*, Milano, Mondadori, 1939.
- MATA CORNELIO, Eugenio: *La casación civil: Bosquejo histórico, estado actual y estudio de los motivos 1º y 7º del art. 1692 LEC*, Valencia, Colegio de abogados de Valencia, 1946.
- MORENO PASTOR, Luis: *Los orígenes del TS (1812-1838)*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989.
- SAINZ GUERRA, Juan: *La administración de Justicia en España 1810-1870*, Madrid, Eudema, 1992.
- SCHOLZ, Johannes-Michael (Ed. lit.): *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt, Klosterman, 1992.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

FAIRÉN GUILLÉN, Victor: "La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)", en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 197-235.

LASO GAITE, Francisco: "Evolución histórica de la Casación civil en España", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1971, pp. 127 y ss.

LORENTE SARIÑENA, Marta: "Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria", *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, 1990pp. 205-215.

3.3. Obras sobre el Tribunal Supremo y el recurso de casación.

a) Libros.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio: *El recurso de casación contenciosa-administrativa*, Granada, Ed. Comares, 1996.

BARRADA FERREIROS, Alfonso; FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto; MALDONADO RAMOS, Jaime: *Recursos de casación civil y penal*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1996.

CHAMORRO, Jesús Vicente: *Del recurso de casación en materia civil*, Pamplona Aranzadi, 1991.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO: *Apelación y Casación*, Madrid, Colex, 1994.

GUZMÁN FLUJA, Vicente: *El recurso de casación civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio.: *Una nueva etapa de la administración de justicia y memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Tribunal Supremo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.

- LUZÓN CUESTA, Jose María: *El recurso de casación penal*, Madrid, Colex, 1993.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (Pr.): *La nueva casación civil: estudio de la ley 10/1992, 30 abril*, Madrid, Civitas, 1993.
- MONTERO AROCA, Juan: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, T. II, Madrid, Civitas, 1993.
- Introducción al Proceso Laboral*, Barcelona, Jose María Bosch Editor S.A., 1994.
- Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, Granada, Ed. Comares, 1996.
- MONTERO, Juan; ORTELLS, Manuel; GOMEZ, Juan Luis; MONTON, Alberto: *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil 1º*, (3ª Ed), Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1993.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual: *La unificación de la doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo: situación y funcionamiento de las salas y servicios, y movimiento de personal en el TS...*, Madrid, CGPJ, 1993.
- TOUAR MORAIS, Antonio: *El recurso de casación civil y el contencioso-administrativo: comentarios. Jurisprudencia. formularios*, Pamplona, Aranzadi, 1993.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

- ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo: "El recurso de casación para la unificación de la doctrina", *Revista Jurídica de catalunya*, nº3, 1992, pp. 733-746.
- ALONSO OLEA, Manuel: "La casación laboral por error de hecho", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 2, 1980, pp. 233-242.
- CALAMANDREI, Piero: "Pel funzionamento della cassazione unica" (1924), *Opere Giuridiche*, vol. VIII, Napoles, 1979.

- CASCAREJO SÁNCHEZ, M. A. y PINILLA GÓNZALEZ, M.A.: "¿Es necesario el recurso de casación para la unificación de doctrina para recurrir en amparo?", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 59, 1993, pp. 357 y ss.
- DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime: "La reforma de la casación", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1985, pp. 867-890.
- DE MIGUEL ALONSO, Carlos: "Notas sobre los motivos de casación civil en España", en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, pp. 413-425.
- DÍAZ PALOS, Fernando: "Constitución y casación penal (Indefensión y presunción de inocencia)", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 678, 17 mayo 1983, p. 1-2.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: "La función casacional y la unificación de la doctrina jurisprudencial", *La Ley*, nº 4, 1982, p. 1152.
- GIMENO SENDRA, Vicente: "La casación y el derecho a los recursos (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recurso)", *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1488, 1988.
- GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo: "La nueva casación civil", en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, pp. 103 y ss.
- MERODIO SOTILLO, M^a Jesús: "Recurso de casación para la unificación de la doctrina y recurso de amparo. (En vista al comentario de la Sentencia del TC 71/1993, de 1 de marzo, en recurso de amparo 863/1990)", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 65, 1994, pp. 489-500.
- MERODIO SOTILLO, M^a Jesús; SÁNCHEZ ROBLES, José: "Sobre la casación para la unificación de la doctrina y sobre las *condenas de futuro* (Comentario a la Sentencia del TC 83/1994, de 14 de marzo)", *Civitas. Revista Española de derecho del Trabajo*, nº 69, 1995, pp. 121-128.
- MUÑOZ SABATE, Luís: "La casación española: la corrección de un agravio hiperformalista", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, pp. 227-336.
- "Afán de recurrir", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1988, pp. 1073-1075.

"Meditaciones sobre el dilema casacional", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992, pp. 785-788.

ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: "El recurso de casación civil para unificación de doctrina según el proyecto de ley de Arrendamientos Urbanos", *Actualidad Civil*, nº 3, 1994, pp. 875 y ss.

RODRÍGUEZ OLIVER, Jose M^a: "La Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales de 1979", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 58, 1980.

SANTOS BRIZ, Jaime: "El Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior. Valor de la jurisprudencia", *Revista de Derecho Público*, nº 84-85, 1981, pp. 631-659.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V.: "Sentencia congruente y fijación de doctrina unificada. A propósito de invalidez provisional y autónomos", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 70, 1995, pp.283-290.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1979, pp. 329-344.

"Reforma de la Casación civil", en *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992 de medidas urgentes de reforma procesal)*, (Coord. Montero), Madrid, 1993.

TARUFFO, Michele: "La Corte de Casación entre la función de control de legitimidad y la de instancia", en AA.VV., *Estudios de Derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990.

4. OBRAS DE DERECHO COMPARADO:

4.1. Obras generales de Derecho comparado.

a) Libros.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M. Isabel; ALCÓN YUSTAS, M, Fuencisla: *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea (Textos y Comentarios)*, Madrid, Dykinson, 1996.

CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.

FAVOREAU, Louis; CAPPELLETTI, Mauro y otros: *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, (Traducción de Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas), Madrid, CEC, 1984.

FAVOREAU, Louis (Coord): *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits fondamentaux*, Paris, Económica, 1972.

Los Tribunales Constitucionales, Barcelona, Ariel, 1994.

GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1991 (1ª ed. 1951).

GÓMEZ ORFANEL, Germán (Ed. lit.); LÓPEZ GUERRA, Luis (Prólogo): *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

GONZÁLEZ-DELEITO DOMINGO, Nicolas: *Tribunales Constitucionales, organización y funcionamiento*, Madrid, Tecnos, 1980.

LENAERTS, Koenraad: *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruselas, Brulant, 1988.

LOMBARDI, Giorgio: *Costituzione i Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, Rimini, Maggioli, 1985.

LOSANO, Mario G.: *Los grandes sistemas jurídicos*, (traducc. de A. Ruiz, Miguel), Madrid, Debate, 1982.

ROUSSEAU, Dominique: *La Justice Constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992.

SHERIDAN, Maurice Y CAMERON, James: *European Community Legal Systems an introductory Guide*, London, Butterworths, 1992

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

CAPPELETTI, Mauro: "El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado", *Revista de Estudios Políticos*, nº13, 1980, p. 65 y ss.

GARLICKI, Leszek; ZADRZEWSKI, Witold: "La protection juridictionnelle de la Constitution dans le monde contemporain", *Annuaire international de Justice Constitutionnelle*, nº 1, 1985, pp. 17-37.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastian: "Consideraciones sobre los tribunales constitucionales", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 15, 1977, pp. 551-572.

WEBER, Albrecht: "La jurisdicción constitucional en Europa: una comparación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, pp. 47-83.

4.2. Obras sobre el sistema alemán.

a) Libros.

ALBERTI ROVIRA, Enoch: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, 1986.

BRACHER, Karl Dietrich: *La dictadura alemana*, vol. I y II, Madrid, Alianza Editorial, 1973.

FERRAND, Frédérique: *Cassation française et Révision Allemande*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

KOMMERS, Donald P.: *The constitutional jurisprudence of the Republic of Germany*, Durham and London, Duke University Press, 1989.

STERN, Klaus: *Derecho de Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, 1987.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

ANZON, Adele: "Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania Federale, Austria e Spagna", *Politica del Diritto*, nº 1, 1989, pp. 329-344.

ARMENTA DEU, Teresa: "El Tribunal Supremo de Baviera en la organización jurisdiccional de la República Federal Alemana", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 1, 1989, pp. 77 y ss.

ARNOLD, Rainer: "La reforma constitucional en Alemania", *Revista de Derecho Político*, nº 37, 1992, pp. 374-384.

EMBID IRUJO, Antonio: "La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana", *Revista de Administración Pública*, nº 115, 1988, pp. 403-423. .

FALLER, Hans Joachim: "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios políticos*, nº 7, 1979, p. 47-68.

"Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal alemán", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, 1992, pp. 127-137.

LEIBHOLZ, Gerhard: "El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la política", en *Problemas fundamentales de la Democracia Moderna*, Madrid, 1971.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Francisco: "La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros

de admisibilidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 34, 1992, pp. 99-125.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: "Apuntes a la Ley Alemana de Jueces", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 1, 1976, pp. 977-996.

"El Tribunal Constitucional Federal alemán", *El tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, T. II, 1981, pp. 1551-1570.

MÜNCH, Ingo Von: "El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, p. 269-289.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (traductor): "Robots y Abejas. Karlsruhe se asfixia en una montaña de recursos de amparo", *Focus*, nº 28, 1996, pp. 30-32.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Jose Luis: "Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pp. 139-148.

SCHLAICH, K.: "Procédures et techniques de protection des Droits Fondamentaux. Tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand", en la obra *Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Aix-en Provence-Paris, Económica, 1982.

SCHNEIDER, Hans Peter: "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", (trad. J. Abellán), *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5, 1982, p. 35-61.

STEIGER, Heinhard: "Controle abstrait des normes (abstrakte normenkontrolle) par la Cour Constitutionnelle de la RFA", *Administration Publique*, nº 1, 1987, pp. 13-27.

STEINBERGER, Helmut: "Algunos rasgos fundamentales de la Justicia Constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, nº 51, 1986, pp. 7-21.

STUTH, Sabine: "Il *bundesverfassungsgericht* e il profilo tecnico delle sue pronunce", *Quaderni Costituzionali*, 1989, pp. 287-297.

4.3. Obras sobre el sistema austriaco.

a) Libros.

EISENMANN, Charles: *La justice Constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928, reeditado en PUMA y Economica, 1986.

PERYROU-PISTOLEY, Silvie: *La Cour Constitutionnelle et le controle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, 1993.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

ANZON, Adele: "Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania Federale, Austria e Spagna, *Politica del Diritto*, nº 1, 1989, pp. 329-344.

ALONSO GARCÍA, Enrique: "El Tribunal Constitucional Austriaco", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de lo contencioso del Estado, IEF, 1981, vol. I, p. 409-459.

ERMACORA, Félix: "El Tribunal Constitucional austriaco", en Louis Favoreau y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, (Traducción de Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas), Madrid, CEC, 1984.

ERMACORA, Félix: "Diritti umani e giurisdizione Costituzionale in Austria", en Giorgio LOMBARDI, *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, Rimini, Maggioli, 1985, pp.61-71.

KELSEN, Hans: "Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine" (Trad. Louis Favoreau), *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 1, 1990, pp. 17-30.

ÖHLINGER, Theo: "La giurisdizione costituzionale in Austria", *Quaderni Costituzionali*, nº 3, 1982, p. 535-556.

"Tribunal Constitucional Austriaco. Objeto y alcance de la protección de los derechos fundamentales", en Louis Favoreau y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, (Traducción de Luis Aguiar de Luque y Maria Gracia Rubio de Casas), Madrid, CEC, 1984, pp. 475-533.

"L'evoluzione della giurisdizione costituzionale in Austria", en Giorgio LOMBARDI: *Costituzione e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato*, Rimini, Maggioli, 1985, pp. 37-59.

4.4. Obras sobre el sistema belga

a) Libros.

CEREXHE, Etienne: *La Réforme de l'Etat Belge*, Bruselas, E. Story-Scientia, 1993.

DELPÉRÉ, Francis (Coord.): *Propos sur la cour d'arbitrage: actualité et perspectives*, Bruselas, Bruylant, 1988.

Recueil d'Etudes sur la Cour d'arbitrage: 1980-1990, Bruselas, Bruylant, 1990.

Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel, Paris, Economica, 1991.

La Constitution Fédérale du 5 mai 1993, Bruselas, Bruylant, 1993.

La Belgique Fédérale, Bruselas, Bruylant, 1994.

Regards croisés sur la Cour d'arbitrage, Bruselas, Bruylant, 1995.

ERGEC, Rusen: *Introduction au Droit Public*, Bruselas, Story-Scientia, 1994.

SIMONART, Henri: *La Cour d'arbitrage*, Bruselas, Story-Scientia, 1988.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

MELCHIOR, Michel: "De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage", *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, n° 1, 1995, pp. 61-69.

LEROY, Michel: "Conflits ailleurs qu'à la Cour d'arbitrage", en *L'avènement des Communautés et des Régions*, Bruselas, De Bosch, 1990.

LOMBAERT, Bruno: "Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage", *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, n° 3, 1996.

RANSSON-ROLAND, Anne: "La question préjudicielle", en DELPÉRÉE, Francis (Coord): *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1991.

VANDERNOOT, Pierre: "La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes soumises à son contrôle", *Présence du Droit Public et des Droits de l'homme*, Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruselas, Bruylant, 1992.

VAN COMPERNOLLE, Jacques: "La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire", en DELPÉRÉE, Francis (Coord): *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruselas, Bruylant, 1995.

4.5. Obras sobre el sistema estadounidense.

a) Libros.

ABRAHAM, Henry: *Justice and Presidents*, Nueva York, Oxford University Press, 1985.

BAUM, Lawrence; QUERALT JIMENEZ, Joan (traductor): *El Tribunal supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Barcelona, Bosch, 1987.

BERGUER: *Government by Judiciary. The transformation of the fourteenth Amendment*, Harvard, Harvard University Press, 1977.

BRENNER, Saul: *Stare decisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

HAINES, Charles C.: *The american doctrine of judicial supremacy*, Berkeley, University of California, 1932.

ITURRALDE SESMA, Victoria: *El precedente en el Common Law*, Madrid, Diputación Foral de Gipuzkoa: Civitas, 1995.

MATTEI, Ugo: *Il valore del precedent giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffré, 1988.

NELSON, William O.: *The Charter of Liberty: The inspired origin and Prophetic Destiny of the Constitution*, Salt Lake City, Desert Book, 1987.

RUIZ, Gregorio: *Federalismo judicial. (El modelo americano)*, Madrid, Civitas, 1994.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

AHUMADA RUIZ, M^a Angeles: "El certiorari. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pp. 89-136.

ALONSO GARCÍA, Enrique: "El Tribunal Burguer y la doctrina de las *political questions* en los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, 1981, pp. 287-299.

"Los efectos formales de la declaración de inconstiucionalidad en el sistema norteamericano", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 6, 1982, pp. 209-257.

BELOFF, Michael J.: "Judicial Review-2001: A prophetic Odyssey", *Modern law Review*, 1995, nº 2.

BICKEL, A. M.: "Establishment and General Justification of Judicial Review", en *The least dangerous branch, the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University Press, 1986.

CORWIN, Eduard S.: "Marbury v.s. Madison and the doctrine of judicial review", en *The doctrine of Judicial Review, its legal an historical basis and others essays*, Gloucester, Peter Smith, 1963.

GARRO, Alejandro M.: "Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992, pp. 85-95.

4.6. Obras sobre el sistema inglés.

ADAMS, George: *Constitutional History of England*, London, Jonathan Cape, 1922.

DE LOLME, Jean Louis: *Constitución de Inglaterra*, (Estudio y Edición de Bartolomé Clavero), Madrid, CEC, 1992.

JACKSON, A. M.: *The machinery of Justice in England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1965.

JENNINGS, Ivor: *Parliament*, Cambridge, Cambridge University Press, 1957.

PEREIRA MENAUT, Carlos: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992.

4.7. Obras sobre el sistema itliano.

a) Libros.

ASSINI, Nicola: *L'oggetto del guidizio di costituzionalità e la "guerra fra due Corti"*, Milan, Giuffrè, 1973.

CALAMANDREI, Piero: *La cassazione civile*, I, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1920.

Estudios sobre el proceso civil, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milàn, Giuffrè, 1973.

MONTELLA, Mario: *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*, Dogana, Maggioli Editore, 1992.

PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de Derecho Constitucional* (Traducción de Javier Jiménez Campo), Madrid, CEC, 1984.

POGGI, Annamaria: *Il sistema giurisdizionale tra <attuazione> e <adeguamento> della Costituzione*, Napoli, Casa Editrice Jovene, 1995.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine: *Diritto Processuale Civile*, Padova, Casa Editrice Dorr. Antonio Milani, 1992.

TARUFFO, Michele: *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

BRANCACCIO, Antonio: "Problemi attuali della Corte suprema di cassazione", *Il Foro Italiano*, nº 5, 1989, pp. 205-219..

CALAMANDREI, Piero: "Corte Costituzionale e autorità giudiziaria", Conferencia ofrecida en Roma el 10 de febrero de 1956, Roma, Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori, 1956.

CAPPELLETTI, Mauro: "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", en volúmen colectivo *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, París, Economía, 1982.

CARAVAGLIOS, Raffaele: "La cassazione solleva questione di costituzionalità della presunzione Muciana, (Comentario a la sez. de la Corte di Cassazione di 22 novembre 1994)", *Il Corriere Giuridico*, nº 6, 1995, pp. 730-737.

CARAVITA, Beniamino; "I <poteri sotitutivi> dopo le sentenze della Corte Costituzionale", *Politica del Diritto*, nº 2, 1987, pp. 315-325.

CARBONE, Vincenzo: "Incostituzionalità sopravvenuta e giudizio di cassazione, (Comento alla Sez. della Corte di Cassazione di 7 febbraio, 1992)", *Il Corriere Giuridico*, nº 3, 1992, I, pp. 273-276.

- CIANCI, Salvatore: "La cassazione un istituto poco conosciuto", *La giustizia Penale*, 1987, p. 30-32.
- CRIZAFULLI, Vezio: "La funzione della Corte Costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive" *Rivista di Diritto processuale*, abril-junio de 1966, p. 206-232.
- D'AMICO, Marilisa: "Sulla <costituzionalità> delle decisioni manipolative in materia penale", *Giurisprudenza Italiana*, 1990, IV, pp. 254-280.
- FANELLI, Onofrio: "La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione", *Il Foro Italiano*, 1988, tomo I, pp. 3302-3314.
- GAMBINO, Silvio: "La jurisdicción constitucional y las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada", en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Ed. lit.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 251-314.
- M.S.R.: "La cassazione giudice sottordinato?", *Giustizia Civile*, T. II, 1990, pp. 2502-2504.
- MALTESE, Domenico: "Il controllo della motivazione della sentenza in Cassazione", *Jurisprudenza Italiana*, 1989, IV, pp. 141-150.
- MANGIAMELI, Stelio: "Sentenza interpretativa, interpretazione giudiziale e <diritto vivente> (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione - dell'indennizzo espropriativo nel sistema altoatesino)", *Giurisprudenza costituzionale*, II-1, 1989, p. 15-31.
- ONIDA, Valerio: "L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte Costituzionale", en *Libro homenaje a Mortati*, Roma, Giuffrè Editori, 1977.
- PIZZORUSSO, Alessandro: "La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale: comandi o consigli?", *Rivista di Diritto Pubblico*, nº 2-3, 1960, pp. 345-407.
- "Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano", en la obra colectiva: *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, T. I, 1981.

"Le opinioni dissenzienti ed il ruolo attuale della Corte Costituzionale", *Questioni Giustizia*, n° 1, 1994, pp. 34-41.

POLIMENO: "La cassazione rivendica l'interpretazione delle leggi", *Il Tempo*, 24-2-1965, p. 10.

RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, Jorge: "La Corte Constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981.

RUGGERI, Antonio: "La Corte Costituzionale: un <potere dello Stato>...solo a metà", *Il Foro Italiano*, 1987, V, pp. 522-540.

SANDULLI, Aldo M.: "Sulla<posizione> della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello stato", *Rivista di Diritto Pubblico*, n° 4, 1963, pp. 705-727.

SCÄFFER, Heinz: "Interpretazione della costituzione: Metodi speciali o generali?", *Nomos*, n° 3, 1993, pp. 59-80.

SPADARO, Antonino: "Le motivazioni delle sentenze della Corte come <tecniche> di creazione di norme costituzionali", *Nomos*, n° 3, 1993, pp. 83-101.

SPANGHER, Giorgio: "Note (minime) in tema di poteri della Corte di Cassazione", *Cassazione Penale*, 1991, pp. 592-594.

VACCARO, Maria José: "Il lavoro delle casalinghe tra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione. (Comentario a la sentenza de la Corte Costituzionale ,19 gennaio 1995)", *Il Corriere Giuridico*, n° 6, 1995, pp. 673-681.

4.8. Obras sobre el sistema francés.

a) Libros.

DRAN, Michel: *Le contrôle juridictionnel et la garantie des libertés publiques*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.

FAVOREAU, Louis; LOIC, Philip: *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, 1978.

FAVOREAU, Louis: *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, (5ª edición), 1991.

FERRAND, Frédérique: *Cassation française et Révision Allemande*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

PORTALIS, Jean Marie Etienne: *Discurso preliminar del proyecto de Código civil francés*, (1801), traducción de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, editado en Valparaiso, Edeval, 1978.

RENOUX, Thierry: *Le Conseil Constitutionnel et l'Autorité Judiciaire*, Paris, Económica, 1984.

ROUSSEAU, Dominique: *Droit Contentieux Constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1992.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

AMIRANTE, Domenico: "Il Conseil Constitutionnel fra diritto e politica", *Quaderni Costituzionali*, 1989, pp. 299-327.

BON, Pierre: "Le Conseil Constitutionnel français et le modèle des Cours Constitutionnelles européenne", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1991, pp. 45-72.

CASCAJO CASTRO, José Luis: "El consejo constitucional francés", en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección general de lo Contencioso del Estado, IEF, 1881, vol. I, p. 643-669.

CHARLE, Christophe: "Les magistrats en France du XIXème siècle", en SCHOLZ, Johannes-Michael (Ed. lit.): *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt, Klosterman, 1992.

CHARTIER, Yves: "La Cour de Cassation et l'évolution du Droit", *Gazette du Palais*, 1994, pp. 650-654.

FAVOREAU, Louis: "Le Conseil régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics", *Revue Droit Public*, 1976, pp. 5-120.

HALPERIN, Jean-Louis: *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution 1790-1799*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

LAVROFF, Dmitri Georges: "El Consejo Constitucional francés y la garantía de las libertades públicas" *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 3, 1981, p. 43-61.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: "Derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional", en *Boletín Informativo de Ciencia política*, nº 9, 1973, p. 57-83.

RENOUX, Thierry S.: "Le Conseil Constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France et das le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois de la diversité des institutions a l'unité du droit", *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 3, 1994, pp. 891-894.

5. OTRAS OBRAS CONSULTADAS.

a) Libros.

AA. VV.: *Derecho Constitucional*, vol. I y II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994

ALONSO GARCÍA, Enrique: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984.

ALONSO OLEA, Manuel: *Las fuentes del Derecho, en especial el Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1982.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: *Fuentes del Derecho*, (I y II), Madrid, Tecnos, 1991-1992.

GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

HAMILTON, Alexander; MADISON: *El Federalista*, Edición de Gustavo R. Velasco, México, Fondo Cultural Económico, 1987.

MORENO CATENA, Victor (Coord.): *Constitución y Derecho Público*, Estudio Homenaje a Santiago Varela, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

OLLERO TASSARA, Andrés: *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982.

PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

SCHMITT, Carl: *La dictadura*, (publicado por primera vez en 1931), Madrid, Alianza Editorial, Edición de 1985.

SIEYÉS, Enmanuel: *Escritos y discursos de la Revolución*, Estudio y traducción de Ramón Maiz), Madrid, CEC, 1990.

TOCQUEVILLE, Alexis de: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

TOUCHARD, Jean: *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Tecnos, 1964.

b) Artículos de Revistas y participaciones en obras colectivas

FLORES GIMÉNEZ, Fernando: "La normativa para los extranjeros no comunitarios en España", *Revista General del Derecho*, nº 585, 1993, pp. 5775 y ss.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki: "Colegios profesionales y potestad sancionadora. Comentario a la STS de 30 de mayo de 1994", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 43, 1995, PP. 199-205.

ZAGREBELSKY, Gustavo: "La doctrine du droit vivant", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1986.