

---

## El Tribunal Constitucional

*Rafael de Mendizábal Allende*

---

Arbor CLXXV, 691 (Julio 2003), 1229-1271 pp.

### 1. La Justicia Constitucional

#### 1.1. *Tipología del Estado de Derecho*

No hay una sola manera de configurar el Estado de Derecho en un sistema democrático. En una necesaria simplificación con fines didácticos pueden esculparse, en nuestro contexto geográfico e histórico, dos modelos muy individualizados. En Francia, dentro del régimen de separación de poderes, se da un predominio del Ejecutivo sobre los demás, como pone de manifiesto la supeditación del legislativo por mor del sistema parlamentario ya que, como en España, la Asamblea Nacional es en realidad emanación del Gobierno y no al revés<sup>1</sup>. El Poder judicial no existe —«*autorité judiciaire*»—, no hay Tribunal Supremo ni Constitucional sino varios: Tribunal de Casación, Consejo de Estado y Consejo Constitucional. El Tribunal Supremo en Francia es el pueblo, dijo De Gaulle. Los principios organizativos son la disgregación jurisdiccional y la colegiación de los órganos judiciales. En el proceso penal la vara alta está en posesión del Fiscal, Magistrado del Parquet, que lleva con correa y con bozal al Magistrado «*du Siège*» o estrado, hasta el punto de que el intento de dotar a aquel de cierta autonomía respecto del Ministro de Justicia ha sido calificado por la «*gauche divine*» como «*coup d'Etat*» y ha fracasado<sup>2</sup>. A su vez el tipo «judicialista» ha alcanzado su cota más alta en Estados Unidos donde la jurisdicción, en sus dos niveles, federal y estatal, es única y universal y cuyo Tribunal Supremo se ha convertido en «el más poderoso del mundo» y desde hace justamente dos siglos, implantó la revisión judicial de las Leyes y de los actos del Gobierno, erigiéndose en juzgador de los otros dos Poderes.

La Constitución española ha optado por un Estado *judicial* de Derecho acorde con nuestra idiosincrasia y nuestra tradición. El principio organizativo es la unidad de jurisdicción y todos los Poderes entran en su ámbito. El Ejecutivo desde 1956 ha venido teniendo como juez común o natural a la jurisdicción contencioso-administrativa, aun cuando esté sometido a todas (art. 106 CE), cláusula que se ha extendido por la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>3</sup> a las demás instituciones cuando realicen o ejerzan funciones materialmente administrativas como también a la Junta Electoral Central, cuyos actos están sometidos a tal jurisdicción por la doble vía del contencioso electoral o del recurso ordinario que la da nombre (STC 149/2000 sobre el art. 21 Ley Electoral). Por su parte, el Poder Legislativo lo está ahora en terrenos otrora vedados al Judicial, por ejemplo la validez de las actas de diputados y senadores (art. 70.2 CE) o los actos de las Mesas parlamentarias. En el resto de sus funciones entra en juego el Tribunal Constitucional, a través del conflicto, de la cuestión de inconstitucionalidad y del amparo en temas tan privativos como el suplicatorio o autorización para procesar a los parlamentarios por razón de delito cometido durante su mandato (STC 206/1992, de 27 de noviembre), en un recurso de amparo; o la facultad para declarar la urgencia en la tramitación parlamentaria de un proyecto de Ley que la STC 234/2000, en un conflicto entre el Senado y el Gobierno, resuelve en favor de éste.

### 1.2. *El nacimiento de la justicia constitucional*

La revisión judicial de las leyes y de los actos del Gobierno nació en 1803 con la sentencia del caso *Marbury v. Madison*<sup>4</sup>, como una manifestación más de la función jurisdiccional, al hilo siempre del caso concreto, vivito y coleando, sin abstracción alguna, en manos de todos los jueces, aunque la última palabra fuera dicha por el Supremo. No hay esquizofrenia funcional, ni dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, ni dos dimensiones normativas simétricas, ni dos justicias, la constitucional y la material. No hay posibilidad, pues, de tensiones o conflictos. La «ley suprema» y las demás están unidas indisolublemente en un conjunto que se explica recíprocamente. Esta hazaña (ya «fazañas», en la Castilla medieval, se llamaba a las sentencias de los jueces) fue posible por un cúmulo de factores convergentes, entre los que cuentan la concepción del «common law» con un alcance trascendente y el contexto en el cual se elabora la Constitución, donde se suscitó esa posibilidad, aunque no faltaran voces discrepantes, como luego se dirá.

Ahora bien, la sucinta Constitución no acoge esta solución (pero tampoco la rechaza, se dirá luego) en su Artículo III, dedicado a la rama judicial, con seis escuetos párrafos, solución que no nace, pues, «ex nihilo» pero sí inventa o encuentra el Tribunal Supremo. Conviene subrayar esta circunstancia. Por los años en que Napoleón se corona a sí mismo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por sí y ante sí, se arroga la función de enjuiciar a los otros dos Poderes, apoderándose de la Constitución.

En las trece Colonias estaba latente, desde su origen en el siglo XVII<sup>5</sup>, la convicción de que existían unas normas superiores al Derecho ordinario, vinculada al «common law», ley de la tierra. «Los comienzos de las Constituciones rígidas se encuentran en el siglo XVII», observa Bryce. «Los primeros pobladores de las colonias británicas en América del Norte habían vivido bajo gobiernos creados en cartas reales inalterables por las legislaturas coloniales». Así llegó a hacerse familiar la idea de un instrumento superior a la legislatura y a las leyes<sup>6</sup>. Es el «covenant», pacto en el cual los colonos establecen las condiciones de su propio gobierno. Uno de los primeros, y desde luego el más conocido, es el que suscribieron los «Pilgrimfathers» a bordo del «Mayflower» el 11 de noviembre de 1620, origen de la fundación de New Plymouth<sup>7</sup>. Por otra parte las «cartas» de libertades, privilegios y organización otorgadas por el Rey, si la Colonia era de la Corona o por el Señor (si eran señoriales), como las que Carlos II dio a Connecticut en 1639<sup>8</sup>, donde se utiliza ya el calificativo «fundamental» para la ordenanza, se limitaban muchas veces a confirmar el pacto originario, «cartas pueblas» o «fueros» en nuestra terminología con rango superior al de las disposiciones aprobadas por las asambleas de los vecinos<sup>9</sup>. Tan es así que hoy mismo los magistrados del Tribunal Supremo han sido llamados los custodios, conservadores o mantenedores del «covenant»<sup>10</sup>.

Desde una perspectiva teórica, aun cuando hincada en esa misma raíz, ya en 1761 había dicho James Otis<sup>11</sup> que todo acto contrario a la Constitución es nulo y Hamilton, en 1788, desde el concepto de «Constitución limitada», explicó que las limitaciones constitucionales «no pueden ser preservadas en la práctica sino por medio de los Tribunales de Justicia cuya función ha de consistir en declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución, sin lo cual todo derecho quedaría en nada. Alguna perplejidad puede producir la función de los Tribunales para un tal pronunciamiento —anulación de los actos legislativos— por contradecir la Constitución, que parece implicar la superioridad del judicial sobre el poder legislativo. No es

así. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido porque significaría que la representación del pueblo es superior al mismo pueblo. Los Tribunales se han diseñado como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para mantener a ésta dentro de los límites que le están asignados. La interpretación de las leyes es el propio y peculiar ámbito de los Tribunales. Una Constitución es en realidad y debe ser contemplada por los jueces como una ley fundamental»<sup>12</sup>.

En definitiva, las ideas y la realidad social que les había dado vida estaban en el ambiente como el polen en el aire, listas para fecundar las instituciones y encarnarse en ellas cuando se diere la coyuntura propicia, con un hombre que estuviere allí, en el lugar y en el tiempo adecuados, como Marshall<sup>13</sup>. Sin embargo, aunque confluyeran la Historia y la razón, el subconsciente colectivo y el super-yo, tengo para mí que la causa profunda fue el carácter de los hombres, el talante de los jueces que, como los demás funcionarios coloniales, estaban más cerca de la tierra que del Príncipe de un Reino lejano del cual habían huido sus antepasados buscando la libertad. Los jueces no se sentían delegados regios sino servidores de sus conciudadanos, con una carga latente de rebeldía hecha en seguida realidad en la Revolución y en la lucha por la independencia. No parece por tanto sorprendente que, acostumbrados a poner en solfa la soberanía opresora, desconfiaran también de la que ellos mismos habían instaurado para que nunca degenerara en despotismo, como refleja inequívocamente el sistema para la elección del Presidente. Es paradójico, sin embargo, que ese freno actuara, a la vez, como fuerza de cohesión para constituir un poder federal efectivo, ante el peligro de disgregación que significaba la práctica, hasta entonces existente, de que los Estados pudieran declarar unilateralmente, por sí y ante sí, la inconstitucionalidad de las leyes de la Unión. Esta fue la prerrogativa que el Supremo se arrogó, expropiándola a quienes a la sazón la detentaban. Por ello, no le falta razón a Louis B. Boudin cuando dice que «la revisión judicial tal y como la conocemos es primariamente una creación de la posguerra civil y que *Marbury v. Madison* estableció tan sólo el poder del Tribunal para determinar su propia jurisdicción»<sup>14</sup>. Aunque así fuera no sería poco.

En Europa, el viejo continente, las cosas eran muy distintas en este y en otros órdenes. Los jueces habían nacido en todos los países como delegados del Rey, supremo juez, con posibilidad teórica de avocar cualquier pleito tribunal o de juzgar personal y expeditivamente en única instancia, hasta el límite de la Edad Media y el Renacimiento,

como todavía lo hizo Isabel I de Castilla, la Católica. Eran, en la terminología de Weber, comisarios reales y emanación de la realeza con reflejo en su propio nombre (Merinos, Adelantados, Corregidores, Cortes, Chancillerías y Audiencias), en su nombramiento y retribución y en sus funciones. Esto es así en toda Europa. En Francia, sin ir más lejos, el Rey es juez por ser rey. Carlos V, en su lecho de muerte, dijo que en la Corona reside el «misterio de la justicia». Todos los súbditos del reino están sometidos a la justicia real. El rey configura a su albedrío las competencias y sus titulares, cambia los asuntos de un tribunal a otro o los juzga por sí mismo o por delegados que nombra al efecto. Cualquiera puede tener la función de juzgar («munus iudicandi») pero solo él tiene el poder<sup>15</sup>. Por lo que hace a España, la Administración, empezando por la Hacienda se somete desde muy temprano —el siglo XIII— a los jueces, que actuaban con independencia y firmeza frente a los oficiales del Rey<sup>16</sup>, y éste utilizaba a las Audiencias en Ultramar para limitar y controlar a los Virreyes, Capitanes generales y Gobernadores. Ahora bien, Corregidores y Oidores en los Tribunales de los Consejos jamás pondrán en entredicho el Poder Soberano como tal, cuya legitimidad y extensión son indiscutibles. El más alto magistrado del Reino después del Rey por ser Presidente del Consejo de Castilla, don Diego de Covarrubias, escribe también a finales del siglo XVI que el Rey poseía la jurisdicción máxima o «Mayoría», como juez supremo, intransmisible e inalienable, aunque concediera a los nobles o prelados la jurisdicción en instancia. Ninguna jurisdicción civil queda en el pueblo, que no tiene poder alguno de constituir jueces ordinarios ni de crear magistrados. A su vez el Reino Unido funcionaba en esta misma sintonía. Los jueces sólo son delegados del Rey, dice Bancroft y nada menos que Sir Francis Bacon compara a «los doce jueces del reino con los doce leones del Trono de Salomón. Deben ser leones, pero bajo el trono, conscientes de que no pueden fiscalizar o contradecir ningún aspecto de la soberanía» porque, en definitiva, «Rex est lex loquens».

El Juez europeo es dócil y se siente «funcionario», como luego demostrará en los años treinta del siglo XX y, por sí mismo, no alberga tentación alguna de imperialismo jurisdiccional. A pesar de ello, suscita una patente y constante desconfianza en los nuevos regímenes liberales, que heredan el recelo de los revolucionarios franceses respecto de los Parlamentos. La influencia de Francia, antijudicialista, amante de la disgregación jurisdiccional y de los Tribunales colegiados, que hasta hoy mismo ha eludido la palabra «poder» y utiliza el eufemismo «autoridad» judicial, extenderá esa desconfianza por todo el Conti-

nente. Sin embargo, será un francés, Alexis de Tocqueville<sup>17</sup>, el que descubra «La democracia en América» y, entre sus piezas, el original invento del juicio de constitucionalidad, casi en la mitad del siglo XIX y otro, André Blondel, quien por el año 1926, propugnaría su trasplante<sup>18</sup>.

La revisión judicial de las leyes y de los actos del Gobierno que surgen simultáneamente en el caso *Marbury v. Madison* prenderán a este lado del Atlántico, aunque con distinto calendario y muy distinto ritmo. Aquella lleva una marcha muy lenta y será un fenómeno más tardío, que lo contencioso-administrativo, siendo un austriaco quien ofrecerá la solución que se demostrará viable. Hans Kelsen, desde la cima de su construcción piramidal<sup>19</sup> del Derecho como una estructura lógica, sin carne ni sangre, parte de una premisa irreal consistente en la convicción de que en la formulación de la Ley no juegan intereses o valores, e incluso prejuicios, de quienes la hacen y la imponen, concepción deshumanizada muy semejante a la que pretendió convertir al Juez en la voz automática, aséptica y asexuada de la Ley. Imagina así un juicio aun cuando nunca lo llame así, que consiste en comprobar si la Ley ordinaria está acorde o con la Ley Suprema, depurando el ordenamiento jurídico de imperfecciones perturbadoras. Se trata, pues, de una escueta contradicción lógica entre normas abstractas, desligada de cualquier caso concreto, lo que separa esta operación de la potestad de juzgar, y lejos también del enunciado sustantivo de aquéllas, lo que la separa de la función legislativa. Para esto se configura un Tribunal único, con jurisdicción concentrada y una composición para la oportunidad, sin jueces profesionales, con el propósito de no despertar la desconfianza del Poder, que consigue. Sin la gracia torera de la faena judicial de Marshall, con la andadura sólida y desgarbada de un elefante jurídico, Kelsen consigue lo posible a su manera y su invento entra por la puerta grande de la Constitución de Austria en 1920<sup>20</sup>.

En el período de «entreguerras» que comprende apenas veinte años, pero vividos con una gran intensidad, el artilugio se extiende con cierta parsimonia. A Kelsen le sucederá como a tantos que buscando algo encuentran otra cosa distinta, y a veces ni se dan cuenta. Por más que eludiera la palabra enjuiciamiento o juicio y que intentara diseñar una operación de lógica jurídica, desencarnada, la realidad se impuso y el personaje, como Pygmalión, adquirió vida propia, rebelándose contra su creador. La operación se quitó la careta y dejó al desnudo que se trataba de juzgar y la justicia se hace con hombres y mujeres, no con sombras platónicas. La persona, concepto jurídico axial, nace del

proceso adonde se trasplanta desde el teatro, máscara de resonancia para hacerse oír de la gente. El Tribunal Constitucional recién nacido, legislador negativo con metáfora manida, lo que hace realmente es juzgar y legisla tan sólo en la misma medida en que se dice, también metafóricamente, que administran los jueces de lo contencioso-administrativo. Esta sustancia judicial marcará fatalmente su evolución, paralela en cierto modo a la de este orden judicial. Ahora bien, en un esquema tal, con una justicia ordinaria que enjuicie el caso concreto a la luz de la Ley, cuya constitucionalidad comprueba a su vez la justicia de este nombre, en un plano de abstracción, no son fácilmente imaginables encontronazos y ni siquiera fricciones. En teoría son paralelas que jamás se encontrarán en este mundo, aun cuando puedan hacerlo en el infinito del cielo de los conceptos.

El fin de la Segunda Guerra Mundial en 1945, con el triunfo de lo aliados por el empuje decisivo de los Estados Unidos de América, provoca una ola mimética del «way of life» norteamericano, como los cigarrillos rubios, las medias de nylon, las hamburguesas o la coca-cola, y de sus instituciones, como la legislación anti-trust y el sistema judicial. Surge de nuevo, como el Guadiana, la justicia constitucional, aunque a la europea y proliferan los Tribunales de tal tipo y denominación: italiano (1948), alemán (1949), turco (1961) y yugoslavo (1963). Una segunda oleada traerá los de España (1978) y Portugal <sup>21</sup>, salidas ambas de los regímenes autoritarios paralelos casi a la vez. Una tercera extenderá la institución a otros países europeos (Bélgica, Polonia, Hungría) y de la América hispana <sup>22</sup>, el último de ellos Bolivia a finales de 1997 <sup>23</sup>. El continente hispánico ha optado por el modelo europeo. No se dan allí las circunstancias que permitan la pujanza de lo judicial en ninguna de sus manifestaciones. El hábitat no es propicio y sobreviven con dificultades inimaginables en aquel ultramar, con actitudes a veces heroicas. Nada más expresivo que algunas palabras del Dr. Ernesto López Freire, a la sazón Presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales de la República del Ecuador, en cuya opinión «el Tribunal disminuido y debilitado sobrevive en precarias condiciones; persiste, entre otras razones, por el esfuerzo personal de sus miembros, cuya convicción democrática hay que enaltecer ...» <sup>24</sup>. En Guatemala dio ejemplo de valor y firmeza la Corte de Constitucionalidad en su momento <sup>25</sup>. En la República del Perú la Ley o Enmienda que prorrogaba el mandato del Presidente Ingeniero Alberto Fujimori quebró la unidad del Tribunal y dio ocasión a la que podríamos llamar la «crisis de las dos sentencias» <sup>26</sup>. Tratamiento aparte merece el Consejo Constitucional francés de la V República, que no es Tribunal, no está compuesto

necesariamente por juristas, tampoco actúa en forma procesal y emite un dictamen preventivo sobre la constitucionalidad de las Leyes de la Asamblea Nacional<sup>27</sup>.

La justicia constitucional tal y como aparece configurada primero en Austria y después de la guerra en la República Federal de Alemania, cuyo ámbito de competencia en principio se constreñía, en lo que aquí importa, al recurso de inconstitucionalidad, sufre dos injertos. Uno, muy temprano, en 1929, con ocasión de la reforma de la Constitución austriaca: el control concreto de normas por reenvío de los jueces ordinarios (cuestión de inconstitucionalidad) que guarda un claro parentesco con su misión originaria y razón de ser, aun cuando signifique ya una desviación del diseño kelseniano<sup>28</sup>. Otro, lo que es un verdadero cuerpo extraño, introducido por vía legislativa, el «recurso constitucional» («*verfassungsbeschwerde*») que se constitucionaliza años después, con ocasión de una reforma de la Ley Fundamental<sup>29</sup>. La función no confesada de tal recurso no era otra sino el control de la judicatura alemana, formada por jueces profesionales muchos de los cuales habían ejercido su oficio durante el III Reich y se habían doblegado a sus dictados, como puso de relieve ya desde el principio el caso Van der Lubbe, incendiario del Reichstag, condenado a muerte y ejecutado en virtud de una ley penal «*ex post facto*». Es fruto, pues, de la desconfianza, y se da para cualquiera que se sienta lesionado por los poderes públicos en sus derechos fundamentales. Por tanto, su objeto son, en la gran mayoría de los casos, sentencias judiciales, convirtiendo al Tribunal Constitucional en Supremo, con funciones paracasacionales.

La «cuestión» que introduce el caso concreto como factor desencadenante del juicio de constitucionalidad de la Ley, significa una trascendental variación cromosómica del sistema europeo acercándolo al modelo, el norteamericano. En esencia, transforma en difuso el control concentrado y en concreto el enjuiciamiento abstracto, inyectando en vena los intereses subyacentes y con ello el carácter jurisdiccional —léase judicial para mayor claridad de mi pensamiento—. Los jueces, y solo ellos, pueden suscitarlas. Ahora bien, un paso más allá, el recurso de amparo, que permite la impugnación indirecta de una Ley por inconstitucional con ocasión de los actos de los poderes públicos que la apliquen, cuyo respaldo fuere aquélla, extiende la legitimación activa a todos (ciudadanos o no), si bien dentro del perímetro de los derechos fundamentales especialmente protegidos. Lo meramente lógico o formal, deshumanizado, empieza así a materializarse, cobrando corporeidad, y en definitiva a humanizarse porque «la vida del Derecho no es lógica, sino experiencia», dicho en una de las muchas «joyas de cinco palabras»

que cinceló un Holmes, ya octogenario, cuando necesitaba el brazo de su letrado para ir al Tribunal<sup>30</sup>. Todos los seres vivos, los vivíparos tienden a regresar al útero materno. Lo que se pensó como una charada se quita la máscara y muestra que es un «juicio» y así la justicia constitucional se hace justicia a secas.

### 1.3. *La justicia constitucional en España*

Aunque pudieran rastrearse vestigios venerables en nuestra Historia, sería un puro anacronismo convertirlos en antecedentes o ancestros de algo tan diferente y tan separado en el tiempo como el enjuiciamiento de la legitimidad de la ley, cuya «grafé paranomai» podía denunciarse ante la «heliea» en la Grecia de Pericles. Nada hay en los textos ni en la jurisprudencia que permita poner en tela de juicio la palabra del Rey, únicamente enjuiciable a la luz de la palabra de Dios, como hicieron con decisión y profundidad los teólogos y juristas de la Escuela de Salamanca en el siglo XVI sobre los títulos de la presencia de España en las Indias y los derechos de los indígenas, de donde nacerían los derechos del «hombre y del ciudadano», pero sin la existencia de un instrumento institucional y de otro procesal para su exigibilidad. Sin embargo hay dos derechos fundamentales en nuestra actual terminología que llevan gestándose siglos. Uno de ellos, el que bajo el signo de la efectividad de la tutela judicial se apoya en un proceso público con todas las garantías. Efectivamente, en la España visigótica, el pacto entre Rey y súbditos está latente desde el IV Concilio de Toledo (año 633, cánón 75), donde también cabe rastrear el derecho a fallos legales y el principio de igualdad, con el derecho de defensa y de contradecir directamente al demandante que se consagra en las Cortes de León de 1188. El «Liber iudiciorum», libro de los jueces o Fuero Juzgo, traza en su libro II un diseño nítido, que toma como punto de arranque la separación de las funciones legislativa y judicial. «El facedor de las leis debe hablar poco e bien» (Ley VI) y «non debe facer derecho por desputación» (Ley II). Simétricamente, cuando no haya ley aplicable al caso, el juez se abstendrá de juzgar y emplazará a las partes ante el Rey, para que resuelva el pleito (L. XI). La potestad de juzgar corresponde a los jueces, siendo delito su usurpación, jueces que pueden ser ordinarios o especiales (L. XII, XV, XVI, XXV). Se protege la independencia (XXVI) y la imparcialidad, regulando la recusación (XXII), exigiéndoles responsabilidad por denegación de justicia

(XVIII), prevaricación (XIX) y dilación indebida del proceso (XX). Las sentencias han de ser motivadas, «deben dar razón de lo que juzgó» (XXIX), diseñándose el proceso con intervención de abogado (vocero) y procurador (personero), en el Título III, para preservar la igualdad de las partes (L. I) evitar: y «que por miedo del poderío non desfallezca la verdat»<sup>31</sup>. En la tierra vascongada quiso encontrarse también el antecedente del «habeas corpus» inglés en la institución del *etxejaun*, cabeza de familia y magistrado<sup>32</sup>. Un parentesco más cercano con la actual vía de amparo guardaban los procesos forales, firma de derecho y fuero de manifestación, en el reino de Aragón y su Justicia Mayor, figura que fue el antecedente invocado por la Constitución mexicana de 1857, a la cual ha seguido en este aspecto la de 1917, obra del Congreso de Querétaro, para el recurso homónimo que subsiste en la actualidad no obstante las últimas reformas constitucionales. Por su parte, las Cortes de Castilla nacieron hace casi un milenio para hacer efectivo el consentimiento de los súbditos como fundamento de la potestad tributaria de la Corona, configurando así el principio de legalidad en este ámbito, según ha reconocido en más de una ocasión nuestro Tribunal Supremo<sup>33</sup>.

Puestos ya en el siglo XIX, y muy avanzado, es claro que en España, cuando se promulga la Ley Orgánica del Poder Judicial el mismo día de la apertura de los Tribunales el año 1870, se conoce ya la revisión judicial de las Leyes nacida en los Estados Unidos. No sé cómo ni cuándo ni a través de quién llegó la noticia. Su exposición no tiene cabida en los libros de la época sobre el Derecho Político. No se busque en Colmeiro ni en los demás<sup>34</sup>. No parece inverosímil, sin embargo, que Montero Ríos estuviera al tanto y que —incluso—, y esta profecía histórica es más arriesgada, que le gustara, pero de ahí a buscar y encontrarla en la Ley Orgánica en una hermenéutica rebuscada, hay un salto en el vacío, cuando ni siquiera estaba en la mente de los juristas de la época la impugnación directa de los reglamentos por ilegalidad. Conviene retrollevarse a la época y recordar que a la sazón no se daban entonces la admiración y el mimetismo de lo norteamericano que hoy son habituales. Aquel país se veía como lejano y extravagante, inferior intelectualmente y del que nada se podía aprender<sup>35</sup>. Lo meritorio es que Tocqueville superara estos prejuicios y el complejo de superioridad francés. Lo normal era el desconocimiento por desinterés y ni siquiera menosprecio.

En cambio, entre quienes redactaron el proyecto de Constitución de la Primera República, en 1873, alguien conocía ya el invento norteamericano, pues en ese texto frustrado se pretendió establecer un

Tribunal Supremo Federal, con tres magistrados por cada Estado de la Federación, a quien correspondería suspender los efectos de cualquier ley contraria a la Constitución dada por el Poder legislativo, mientras que el Senado tendría a su cargo, entre otras, la misión de examinar si las leyes del Congreso desconocían los derechos de la personalidad humana o de los poderes de los organismos políticos, o de las facultades de la Federación o del Código Fundamental (arts. 70, 73 y 77), y si creyera que se vulneraba alguno de estos aspectos podía también suspender la promulgación de la Ley durante tres años, transcurridos los cuales habría de ser promulgada en el acto. Sin embargo, el Poder Judicial retenía la competencia de declarar, en su aplicación, si la Ley era o no constitucional <sup>36</sup>.

Medio siglo después, en 1923, se quiebra el sistema constitucional de la Restauración por un golpe de Estado y se instaura la llamada Dictadura por el teniente general Miguel Primo de Rivera <sup>37</sup>. En esa década ya no es Marshall el modelo, sino Kelsen, autor del sistema «austriaco» por haber nacido en Viena el primer Tribunal Constitucional, cuya influencia se hará notar en este régimen, sin llegar a fructificar y luego en la República. Así, en el anteproyecto de Constitución presentado a la Asamblea Nacional en 1929, durante el llamado Directorio Civil <sup>38</sup> se configuraba un Consejo del Reino, a quien se le encomendaría decidir, como órgano de justicia constitucional y Tribunal de tal naturaleza y jurisdicción delegada del Rey, los recursos de inconstitucionalidad de las leyes, que podrían interponerse en casos individuales y concretos de infracción constitucional o por inconstitucionalidad o ilegalidad de los reglamentos o disposiciones de carácter general publicadas por el Poder Ejecutivo, cuya eficacia —si se declarase así— se limitaba al caso concreto, vedándose a los jueces ordinarios pronunciarse sobre estas cuestiones. Al mismo tiempo se diseñaba el recurso de «amparo ciudadano» cuyo conocimiento se reservaba en un anteproyecto a unos Tribunales homónimos y en el proyecto a los ordinarios (arts. 45, 47, 93, 103...). El «martes negro» de Wall Street, con la Gran Depresión y el eclipse de la monarquía el 14 de abril de 1931, dejará el proyecto nonato.

Al advenimiento de la Segunda República, la Constitución de 1931 instauró un Tribunal de Garantías Constitucionales (arts. 95 y 161), que nacía con un defecto de origen o quizá más propiamente un exceso, su «talón de Aquiles», la inapropiada y numerosa composición, con la circunstancia agravante del método de selección de sus vocales. Sin embargo, este es el único antecedente o más bien antecesor auténtico de lo que hoy tenemos, cuya instauración efectiva se demoró hasta el

20 de octubre de 1933. La composición anunciaba ya su suerte, o más bien su mala fortuna, su «*fatum*». Estuvo formado por un número indeterminado de «Vocales», con un mínimo de once, a cuya cabeza estaba su Presidente, que lo fue don Álvaro de Albornoz habiendo corrido el riesgo de serlo nada menos que don José Ortega y Gasset, dos natos, los Presidentes del Consejo de Estado y del Tribunal de Cuentas y los demás electivos: dos Diputados, un representante por cada uno de las Regiones españolas, dos Abogados elegidos por todos los Colegios y cuatro Profesores de las Facultades de Derecho de España. Se excluyó deliberadamente de esta formación al Presidente y dos Magistrados del Tribunal Supremo que figuraban en el proyecto de Ley, por razones o motivos que convenían a cualquiera otro de los miembros pero que eran solo pretextos para encubrir, sin éxito, la desconfianza política. Esta exclusión se «revelaría como sumamente negativa» al igual que la condición leiga y no letrada de muchos de los componentes, incluso la presidencia.

Su competencia privativa comprendía el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad y de Amparo (con mayúscula inicial entonces) de garantías constitucionales, así como de los conflictos entre el Estado y una Región autónoma, o de estas entre si y entre el Tribunal de Cuentas y los demás organismos del Estado o de las Regiones más la exigencia de responsabilidad al Presidente de la República, de las Cortes, del Consejo de Ministros y a éstos, al Presidente y Vocales del propio Tribunal de Garantías, Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo, Fiscal General de la República, Presidente y miembros de los Gobiernos autonómicos, con otras de menor interés<sup>39</sup>. La traslación del enjuiciamiento de los aforados desde la Sala Segunda del Tribunal Supremo, especializada en lo penal, a uno de extracción política y composición en parte ni siquiera letrada, dice mucho de las intenciones de los autores y poco de su sentido del Estado. Con errores de bulto en su configuración, imperdonables en un país europeo con mil años de Historia a su espalda, no era difícil ser profeta y predecir —como lo hizo Ruiz del Castillo— que «el horizonte de la institución no ofrece muchas posibilidades a construcciones briosas de la Jurisprudencia». «Un Tribunal como este solo puede funcionar en conexión con instituciones bien establecidas y en un ambiente de estricta legalidad. No es posible que esta pieza marche bien si los demás no realizan su función y si el Derecho no satura el conjunto institucional. La vida política inaugurada con la fórmula de 1931 tenía que asfixiarlo»<sup>40</sup>.

En otra clave, el Rgimen autocrático anterior al actual, con unas coordenadas políticas tan distintas y tan distantes de hoy, promulgó

su séptima Ley Fundamental, Orgánica del Estado, en 1967, y donde incluyó un recurso de «contrafuero», equivalente a la inconstitucionalidad, con una terminología arcaizante acorde con otras piezas del régimen (Procuradores en Cortes, Fueros del Trabajo o de los Españoles), cuya decisión correspondía al Jefe del Estado (a la sazón con la «prerrogativa» de dictar leyes por sí, intransmisibles al Sucesor), previa propuesta del Consejo del Reino (arts. 59-62) y para cuya regulación se publicó la Ley 8/1968, de 5 de abril <sup>41</sup>. Hubo también, que yo recuerde, la tentación de reproducir el amparo con el nombre de «recurso de desafuero», aunque quizá el éxito de lo contencioso disuadiera a los valedores de la idea, no fuera que la gente lo utilizara y los jueces se lo creyeran.

Pues bien, la supervivencia de la infraestructura del Régimen una vez desaparecido su Caudillo, había creado una situación parecida a la de la Alemania derrotada en la Guerra Mundial, aunque no idéntica, por haberse producido en ésta una «ruptura» y en nuestro país tan sólo una «reforma», desde la legalidad a la legalidad por la vía de la legalidad. Sin embargo la semejanza era inquietante y fue acentuada por los acontecimientos. Es cierto que la judicatura española, en las dos últimas etapas del régimen anterior y sobre todo en la última, el «tardofranquismo», había sido puesta al margen de cualquier competencia problemática. La jurisdicción militar para lo que se llamó bandidaje y terrorismo, con una tremenda «vis expansiva» en función del lugar, las personas y el delito, el Tribunal de Orden Público para los delitos de opinión, delitos políticos y un sinnúmero de jurisdicciones especiales, preexistentes o creadas «ad hoc», dejaron a los jueces profesionales, salvo quienes voluntariamente se incorporaron a los artículos parajudiciales, fuera del juego de la política. No menos cierto también que muchos jueces luchamos desde nuestra sede judicial, en nuestras sentencias o fuera de ellas, en la calle, por los principios de la democracia, y en esa lucha tuvieron un papel protagonista, eficaz y decisivo, los magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo, grupo surgido en 1960, muchos de los cuales ocuparon puestos clave en los años de la transición y en los primeros de la democracia. Sin embargo, la cúpula judicial estaba compuesta por hombres adictos al Régimen periclitado y, lo que es peor, sin la menor sensibilidad histórica. La prueba de fuego fue la legalización del partido comunista, en cuyo forcejeo el pleno del Tribunal Supremo negó el «placet», por primera vez en su vida institucional, a quien había sido nombrado para presidir su Sala Cuarta, que era la encargada del caso, por el conocido talante monárquico y liberal de dicho magistrado <sup>42</sup>. La Sala

declinó la competencia que al efecto le otorgaba un Real Decreto-Ley, ejerciendo por primera y desafortunada vez un control sobre la validez de tal tipo de normas hasta entonces rechazado, aun cuando la ambigüedad de la respuesta permitiera la hábil maniobra de hacer el reconocimiento gubernativamente, por el Ministro del Interior en una sedicente y no poco sarcástica «ejecución de sentencia», empleando para ello una fórmula sibilina y equívoca, susceptible de hacer creer al profano que la legalización provenía del Tribunal Supremo»<sup>43</sup>, fórmula de la cual me confieso autor.

En aquel momento crucial, la judicatura española, arrastrada por quienes caminaban hacia atrás por la inercia de un pasado irreversible, perdió el tren de la Historia y, con él, muchas más cosas, ganándose en cambio el recelo de sus conciudadanos que ha durado hasta hace poco y sólo ha disipado el relevo generacional. Entre lo perdido en el tumulto estuvo la posibilidad de que la justicia constitucional se pusiera en manos de una Sala de tal nombre en el Tribunal Supremo, solución a la española preconizada en su momento por don Adolfo Posada<sup>44</sup> y por mí mismo, en una enmienda formulada al proyecto de Ley de Asociaciones en 1976<sup>45</sup>. La triste y peligrosa experiencia sufrida hizo renacer el «recurso de amparo». Por otra parte, el precedente del mismo Tribunal de Garantías Constitucionales y el modelo alemán propiciarán de consuno que se introduzca también entre nosotros la cuestión de inconstitucionalidad entre las competencias del Tribunal, si la plantea cualquier juez, por sí o a instancia de parte, cuando considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pudiera ser contraria a la Constitución.

#### 1.4. *El reto y la respuesta del Tribunal Constitucional de España*

Vaya por delante el reconocimiento expreso, para dar a cada uno lo suyo, de que el Tribunal Constitucional de España ha dado en conjunto la respuesta adecuada al reto histórico que fue su razón de ser, en la terminología que popularizó Toynbee<sup>46</sup>. En verdad que la suerte del sistema democrático estaba ligada indisolublemente a su «fatum»<sup>47</sup>, como lo estuvo en sus balbucesos y lo sigue estando, a la Corona y, por fortuna para el pueblo español aquel y esta han cumplido con creces su misión. Aunque veinte años no sean nada para la edad del hombre y del mundo (y para el tango), permiten no obstante una cierta perspectiva, cuando por otra parte en ese período, con la intensa aceleración histórica de nuestro tiempo, se ha consolidado la alternancia

de los partidos en el Gobierno y se han conseguido, con unos y otros, equilibrios parlamentarios muy positivos. En una mirada crítica, para no olvidar nunca que la democracia está hecha de razón y de pasión, pero no de adhesiones ciegas y fanáticas a nada ni a nadie, conviene antes de seguir que dejemos en su sitio al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, aun cuando su experiencia y ejemplo sean siempre útiles porque allí cuajó el invento, pero sin llevar la imitación o las comparaciones más allá de su propio significado<sup>48</sup>. Tiempo y espacio son distintos. Allí nació la revisión judicial de las Leyes y de los actos del Gobierno como un instrumento del federalismo para contrarrestar las tendencias centrífugas de quienes entonces se agrupaban. El Tribunal no lo utilizó contra el Congreso en el medio siglo siguiente hasta el caso «Dred Scott» en 1857, que destruyó el «compromiso de Missouri», porque convenía impulsar la expansión de un poder nacional, centrípeto, favorable al mercado único y, en cambio, se utilizó en muchas ocasiones contra los poderes estatales<sup>49</sup>.

En España, la situación, sin llegar a invertirse, era y es muy distinta. Viejo país en un viejo continente, había conseguido hacía 1500 la unidad bajo el cetro de los Reyes Católicos, unidas pero no confundidas las Coronas de Castilla y de Aragón, con la conquista de Granada, por el acero y la anexión de Navarra por la coyunda, unidad que evolucionaría hacia la unificación con Felipe II, la uniformidad con Felipe V y los Decretos de Nueva Planta a principios del siglo XVIII, hasta imponerse en el siguiente la centralización al modo napoleónico por obra del liberalismo y desembocar en la parodia de la España «una». Sin embargo, por debajo de ese proceso que navegaba desplegadas las velas al viento de la Historia, son constantes los fenómenos que dan testimonio de otras fuerzas e impulsos subyacentes. Las Comunidades en Castilla, las Germanías en Valencia, la Guerra de Cataluña bajo el Conde-Duque, la misma Guerra de Sucesión, las guerras carlistas a lo largo del siglo XIX y la Civil en el XX ponen de manifiesto no ya la rica variedad de los pueblos de España, sino su deseo de que su voz se oyera. Así llegamos a este siglo que se nos va, en cuya convulso acaecer está latente la tensión o el binomio unidad-diversidad. Para decirlo sin precisión pero con expresividad, así como el federalismo en América llevaba consigo la idea de unión, en cambio el desguace de un Estado unitario con cerca de tres siglos de existencia, lleva consigo gérmenes de desunión y vientos de separatismo.

El desafío para el Tribunal Constitucional español consiste, pues, en dar solución a ese problema, saliendo de la homogeneidad para

conseguir que las partes expliquen el todo y la estructura sea así un modo de conocimiento con significado trascendente. En muchos puntos sus líneas directrices pueden coincidir con las trazadas por el norteamericano, aunque desde perspectivas opuestas. Por ejemplo, ambos Tribunales han sido inexorables a la hora de diseñar un mercado único, como infraestructura de la unidad real o material, pero aquel lo crea «ex nihilo» mientras el otro brega por conservar el preexistente, obra de casi cinco siglos.

## **2. Control de Constitucionalidad y Poder Judicial**

### *2.1. Los dos planos de la justicia y la unidad del ordenamiento jurídico*

Hasta aquí hemos llegado en un viaje espiral por el túnel del tiempo, en un esfuerzo para comprender inteligentemente lo que sucedió. La razón vital será siempre histórica, aun cuando pegada al cuerpo de la naturaleza del hombre. Así las cosas, la separación de la justicia como estructura en dos canales, el ordinario y el constitucional, exige ineludiblemente la delimitación de los ámbitos de cada uno de estos dos sectores, deslinde y amojonamiento que ha de practicarse por virtud de la norma en juego. En un caso, la supremacía de la Constitución, cuyo guardián último es el Tribunal «ad hoc», pero cuya primera línea, la trinchera de su defensa, está en el campo de batalla judicial<sup>50</sup> y se mueve en ese plano elevado. Por otra parte, la tarea de dar a cada uno lo suyo en que consiste la justicia como valor social y constitucional ha de hacerse con sometimiento pleno al imperio de la Ley. En muchas ocasiones, las más, los problemas —los casos— tienen un primer y sustantivo aspecto en la legalidad pero no lo es menos que hay que trascender ésta para encontrar su dimensión constitucional en un estrato más profundo. Aunque a las veces se hable de la Constitución y del ordenamiento jurídico, separándolos en apariencia precisamente por juntarlos, la realidad es que componen una estructura inescindible y, por tanto, que la una y el otro se hallan interrelacionados hasta formar una unidad alejada de cualquier dicotomía abstracta. Desde el nivel de la legalidad se llega escalando hasta el constitucional, que a su vez le da su luz propia<sup>51</sup>.

Por otra, parte no pocos de los problemas con apariencia exclusivamente constitucional en estado químicamente puro, solo pueden ser comprendidos desde el plano de la legalidad. La Constitución

es un documento histórico, un texto que, dando un golpe de timón transcendental en nuestra evolución como pueblo en su larga marcha hacia la libertad, incide en un ordenamiento jurídico preexistente, producto a su vez de un milenio. Esta circunstancia evidente conlleva que en ella se acojan instituciones y se utilicen conceptos, cuya imagen y cuyo significado o contenido viene de antes y de fuera, aun cuando hayan de encuadrarse en un contexto dinámico. Esto, por otra parte, no es peculiar de la jurisdicción constitucional, sino algo inherente a la actividad jurisprudencial. Como dijo con humor un presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, «nos ha costado casi dos siglos *descubrir* que la Constitución contempla el derecho del detenido a disponer de Abogado desde el primer momento»<sup>52</sup>.

Estos dos planos o estas dos dimensiones en metáforas geométricas o físicas muy expresivas (vale más una palabra que mil imágenes) están colocados cada cual en su sitio en el olimpo de los conceptos o en la mente de Dios, o en un libro sobre Derecho, pero cuando los hombres se deslizan sobre su sombra platónica, tanteando el suelo y sin conocer el diseño, los traspiés son frecuentes y las caídas dolorosas. La unión hipostática de constitucionalidad y legalidad, discernibles en abstracto, intelectualmente, hacen enrevesados sus efectos en lo vital. Es evidente, y ya quedó dicho en las páginas anteriores, al explicar la razón histórica de la jurisdicción constitucional, que en el enjuiciamiento de una Ley a la luz de la Constitución por su impugnación directa, no parece imaginable encontronazo alguno con la actividad de los jueces ordinarios. Estos juzgan en Derecho, dentro del cual se incluye en principio cualquier Ley vigente y del cual se excluye, automáticamente, la que sea expulsada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, el propio juzgador del caso puede poner en entredicho constitucional la norma, por medio de la «cuestión» y ello provoca ya la intersección de las dos jurisdicciones. Por otra parte, cualquiera sin ser juez puede impugnar indirectamente la Ley por inconstitucionalidad con el argumento —pretexto o no— de ser la cobertura de un acto de aplicación procedente de los poderes públicos en la vía de amparo, sin que tampoco falten ocasiones de entrecruzamiento jurisdiccional en el planteamiento de los conflictos positivos de competencia, dado su ámbito objetivo que comprende no solo preceptos con rango de Ley sino disposiciones generales, de nivel inferior, emanadas de la potestad reglamentaria de las Administraciones públicas y actuaciones singulares, actos administrativos en suma.

Esta distinción de planos, problemática de suyo pero coherente con la división de la justicia en dos sectores, carece de sentido cuando

uno de ellos, el Poder Judicial, la utiliza para autolimitarse. Es el caso de la doctrina legal que a imagen y semejanza de la constitucional, constriñó el ámbito del proceso especial y sumario para la protección de los derechos fundamentales creado y regulado en la Ley 62/1978, a los aspectos constitucionales del objeto procesal, amputando el enjuiciamiento de la legalidad ordinaria. Esto, que es coherente con la posición del Tribunal Constitucional desprovisto de jurisdicción ordinaria, por no ser una instancia más, resulta absurdo cuando quienes juzgan son aquellos que ejercen con plenitud la jurisdicción, siendo señores de la legalidad y a la vez guardianes primeros de la constitucionalidad. Ejercen así ambas jurisdicciones, aun cuando —y esto es el hecho diferencial— en el aspecto de las garantías constitucionales no les corresponda la última palabra al Tribunal Supremo sino al Constitucional (art. 123).

La jurisdicción constitucional y la potestad judicial se mueven por lo general en zonas claras a los dos lados de la frontera que no es una línea continua y a veces ni discontinua, sino más bien una franja en la penumbra donde se solapan en más de una ocasión. Por ello, existen unas piezas cardinales, unos goznes a veces chirriantes que sirven para el engranaje o ensamblamiento, como embrague a veces y como portillos o vías de agua para la entrada de una en otra con normalidad o para la interferencia si se le da a esta palabra una acepción peyorativa o patológica. Con estos puntos de conexión se evitan (si funcionan bien) o se producen la fricciones. Son los pivotes sobre los que bascula el delicado e inestable equilibrio de los dos planos normativos y su heterogeneidad está en función de los distintos procesos constitucionales. La conexión con el caso concreto en las «cuestiones», el objeto de los conflictos o el amparo en su conjunto con todas sus facetas: ámbito, función subsidiaria, presupuestos procesales (invocación del derecho y agotamiento de la vía judicial), lo razonado (la motivación o la congruencia) y lo razonable (la arbitrariedad o el error), así como la extensión de la jurisdicción constitucional, que es un volver a empezar reconduciendo los efectos a su ámbito.

## *2.2. Los jueces perplejos y la duda de la constitucionalidad*

La cuestión de inconstitucionalidad para cuyo planteamiento están legitimados activamente todos los Jueces y Tribunales, pero sólo ellos, ofrece algunas zonas de fricción. La primera, su ámbito objetivo y, en definitiva, qué Leyes caigan dentro y cuáles fuera por virtud de su dimensión temporal, según fueren anteriores o posteriores a la Constitución. En segundo lugar, si el juzgador, que puede formularla de

oficio, debe hacerlo necesariamente cuando le fuere propuesta a instancia de parte. El último lugar le queda reservado al llamado «juicio de relevancia», o de «pertinencia» en la terminología del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la simétrica «cuestión prejudicial»<sup>53</sup>, que impone una tarea previa de *accertamento* o comprobación del vínculo entre las dimensiones constitucional y legal en ese caso concreto.

### 2.2.1. La inconstitucionalidad sobrevenida

Pues bien, toca ahora tratar un problema creado artificialmente por el propio Tribunal Constitucional en complicidad con el Poder Judicial. Por de pronto, en la Constitución aparecen no sólo la impugnación directa de las leyes con fundamento en una sedicente inconstitucionalidad, el «recurso», sino también la «cuestión» o impugnación indirecta, traída ya por la Segunda República como «excepción», si se mira procesalmente desde los litigantes, o como duda, si desde la óptica de quien ha de juzgar. Simultáneamente, el mismo texto deroga cuantas disposiciones se le opongan (art. 161.1 y disp. derog. 3). La convergencia de tales normas produjo así inevitablemente en los primeros tiempos, y todavía perdura aunque con menor frecuencia, el fenómeno de la llamada «inconstitucionalidad sobrevenida». Visto desde la distancia, no cabe la menor duda de que se permitió y, aun más, se impuso a los Jueces y Tribunales la función de expurgar el ordenamiento jurídico y limpiarlo de las normas inconstitucionales por sí y sin ayuda ajena. Ahora bien, la Ley Orgánica del Tribunal, que se integra en el bloque de la constitucionalidad, reguló esta situación pero sin aclarar, quizá por su misma evidencia, que se da sólo para las normas [art. 21.1.a)] posteriores a la Constitución.

Sin embargo, una distinción tan nítida ahora, no lo estuvo tanto entonces, por lo que sucedió. En efecto, los jueces ordinarios plantearon y el Constitucional de consuno aceptó, la homogeneización de este mecanismo judicial de impugnación de las leyes cualquiera que fuere su fecha. Por algo sería, me digo yo. Timidez en unos, energía expansiva en el otro, como características de una crisis histórica ya retratada. El hecho es que en 1981 hubo una dejación de funciones por aquéllos y una asunción excesiva o indebida de ellas por éste, con un inevitable desplazamiento de poder. El Tribunal se metió en huacal ajeno porque fue llamado desde fuera, no por su iniciativa, todo hay que decirlo y para ello hubo de encarar desde el primer momento un problema in-

terpretativo que, por lo demás, no era desconocido en otros países de nuestro entorno donde había obtenido distintas respuestas<sup>54</sup>. La razón histórica explica, una vez más, esta actitud ambivalente. Había variados factores que hacían inevitable el desplazamiento jurisdiccional, algunos de los cuales he expuesto y analizado en las páginas precedentes, que se resumen en la desconfianza institucional, muy marcada además por prejuicios de algunos de quienes compusieron el primer Tribunal Constitucional<sup>55</sup>. En el día de hoy, el transcurso del tiempo ha hecho desaparecer casi todos esos motivos, pero el Tribunal no ha cambiado su actitud abierta<sup>56</sup>.

Conviene destacar, sin embargo, que el Tribunal Supremo, hasta donde yo sé, no secundó esta evasión de los demás jueces hacia Domenico Scarlatti. Es seguro que hubo más de un caso, pero aquí voy a recoger sólo dos que conozco por experiencia propia. En una primera ocasión, la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) llegó a la conclusión de que el recurso de alzada *per saltum* al Consejo de Ministros, establecido para la Compañía Telefónica Nacional de España por la Ley de 30 de diciembre de 1945 y el Decreto de 31 de octubre de 1946 (Base XXVI) «no puede subsistir una vez vigente nuestra Constitución». La sentencia de 2 de junio de 1986 en consecuencia declaró «la nulidad sobrevenida por la mutación constitucional» de la cláusula contractual configurada por la sobredicha Base<sup>57</sup>. Dos años después, el 26 de diciembre de 1988, la misma Sala dictó otra sentencia donde, una vez razonada la inconstitucionalidad de cierto precepto, concluía que «en definitiva, con arreglo al principio de conservación de las normas, consideramos que esta lectura del art. 373 de las Ordenanzas de Aduanas (Ley preconstitucional) ha perdido toda fuerza por oponerse al art. 24 de la Constitución, en virtud de su disposición derogatoria tercera»<sup>58</sup>.

Aquí y ahora, pues, la única solución descartable de mano sería el cierre de la puerta a estas cuestiones, devolviéndolas a los jueces para que asuman su responsabilidad. Eso, que pudo resultar viable en 1981, resultaría hoy perturbador cuando no un brindis al sol, ya que después de veinte años, con la probada capacidad legiferante del español, las leyes supervivientes del régimen anterior son cada vez menos y sus aspectos conflictivos han sido ya depurados. Hay un tiempo para cada cosa, como dice el Cantar de los Cantares. El de volver a empezar —*begin the begin*— pasó a la Historia y, en ella, tampoco el cartero llama dos veces a la misma puerta, por más que se empeñe en convencernos de lo contrario una excelente película.

### 2.2.2. El planteamiento

El Tribunal Constitucional ha dicho con reiteración que «suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable» del juzgador<sup>59</sup>, quien por el doble juego de acción y omisión, absteniéndose de aplicar la Ley o aplicándola, pone de manifiesto que, en contra de la opinión del litigante, la considera constitucional. Tal actitud no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de nadie<sup>60</sup>, sin que aquel Tribunal pueda controlar esa decisión negativa y tacita<sup>61</sup>. En el trance de utilizar una norma cuya constitucionalidad se cuestione, el órgano judicial, sometido a la Constitución y a la Ley, puede y debe analizar con carácter previo tal tacha, aun cuando su conclusión, sin embargo, no tenga por qué ser explícita, salvo si la encontrare justificada y haya de abstenerse de manejarla para el caso controvertido, suscitando, por tanto, la correspondiente cuestión sobre su eventual inconstitucionalidad<sup>62</sup>. Si, por el contrario, prefiere aplicarla, ello significará expresivamente que la valora constitucionalmente correcta, en cuya situación puede al juzgador ofrecer también una respuesta explícita y razonada en la sentencia sobre la impertinencia de plantear una duda que no siente.

No empece a lo dicho la circunstancia de que otros hayan formalizado cuestiones de inconstitucionalidad sobre el mismo tema, porque ese planteamiento no vincula a los demás jueces y magistrados, incluso en la hipótesis de que éstos se hallaren situados en un nivel procesal y orgánico supraordenado y es más, aun cuando la hubiera propuesto el Supremo. Por otra parte, en el supuesto hipotético de darse tal vinculación, la separación del precedente tampoco menoscabaría la efectividad de la tutela judicial. Por lo demás, la cuestión de inconstitucionalidad no se configura en ningún momento como un «recurso»<sup>63</sup> y su función consiste en garantizar la primacía de la Constitución, tarea que corresponde con carácter primordial a la judicatura<sup>64</sup>. «Su decisión de plantearla, o no, queda extramuros del derecho de defensa de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo»<sup>65</sup>.

En definitiva, la «cuestión» no es una «acción» —en sentido procesal— reservada a los jueces para impugnar con carácter abstracto la validez de las leyes, sino un instrumento puesto a su disposición para cohonstar la doble vertiente de su sometimiento al imperio de la Ley, que comprende no sólo ésta en su acepción estricta, sino también la Constitución, Ley fundamental, primera o última según se prefiera. En definitiva, se trata de un control concreto de constitucionalidad, ligado al caso

y, por ello, su planteamiento exige dos requisitos, uno formal, la audiencia de los litigantes, y otro sustantivo, la relevancia de la norma en entredicho para la decisión final del pleito, que actúan ambos como presupuesto de la admisibilidad y cuya verificación, por ello, corresponde al Tribunal Constitucional en el umbral del proceso.

Empezando por el principio, la audiencia de las partes (incluido el Ministerio Fiscal) en el tramo final de la vía judicial, sea cualquiera el grado o nivel donde se produzca, no puede ser concebida con un talante formalista, en su significado peyorativo, sino con la función de garantía propia de las formas. En efecto, con ella se persigue que quienes son protagonista y antagonista en el estrado ayuden a formar la convicción del juzgador, con una actividad de colaboración propia de la estructura dialéctica del proceso. Sus alegaciones pueden coadyuvar a despejar la duda de constitucionalidad de la Ley o a consolidarla, en cualquiera de sus aspectos, ilustrando a quien ha de plantearla o rechazarla sobre su pertinencia al caso y, por otra parte, sirven también en muchas ocasiones para perfilar y delimitar su ámbito, vale decir su objeto. Sin embargo, no se agota con lo dicho la utilidad de la audiencia, que cumple también la función preventiva de evitar que con ella se desvirtúe su finalidad propia, utilizándola para «consultas» vacías de sustrato litigioso, con un alcance académico o teórico sin ceñirse al control concreto de las normas. No se desdeña, finalmente, que esos alegatos de parte puedan servir de auxilio al Tribunal Constitucional para comprobar si se dan los presupuestos procesales con un contenido sustantivo, a saber, que la norma legal cuestionada sea aplicable al caso y que de su validez constitucional dependa el fallo por el juez proponente<sup>66</sup>. Sin embargo, conviene dejar claro que este trámite es preceptivo, insoslayable, cuando el juzgador duda de la constitucionalidad o está seguro de la inconstitucionalidad, pero resulta innecesario cuando lo está de lo contrario. Ello nos pone en suerte el llamado «juicio de relevancia».

### 2.2.3. El juicio de relevancia

Viene al primer plano una pregunta previa en este tipo de procesos constitucionales que exige indagar si la cuestión es pertinente o, en otras palabras, si la solución que se le dé en sede constitucional es determinante de la respuesta judicial en la jurisdicción ordinaria. Va de suyo que el Tribunal en este aspecto tiene una mera actividad de *accertamento* o verificación, consistente en comprobar si, en efecto, el

precepto en entredicho es el fundamento único o principal de la pretensión objeto del proceso. Cuando el Juez autor de la cuestión opina que su decisión final en él está en función directa e inmediata y depende, en suma, de la constitucionalidad, o no, de aquel precepto, en el sentido de que no resultando ajustado a la Constitución, su sentencia accedería a la pretensión objeto del proceso o la rechazaría y así lo hace llegar en el Auto de planteamiento con absoluta convicción, que se refleja en la rotundidad de sus afirmaciones, anticipando su criterio con toda claridad, la comprobación ha de pararse en una primera lectura y con ella ha de bastar, sin entrar en más averiguaciones que prejuzgarían el litigio en el plano de la mera legalidad y no en su dimensión constitucional, única importante en este trance.

Por ello, cualesquiera que fueren el peso y la solidez de la panoplia argumental utilizada contra la admisibilidad de la cuestión por quienes se le opongan, ha de resultar irrelevante, por pertenecer a otro plano dialéctico. Se ha dicho y repetido que la selección de la norma y su interpretación, así como la subsunción en ella del supuesto de hecho, son operaciones inherentes a la potestad de juzgar que con carácter exclusivo y excluyente encomienda el art. 117.3 de nuestra Constitución a los Jueces y Tribunales que componen el Poder Judicial, como función privativa en la cual no corresponde al Tribunal Constitucional, en principio, entrometerse, salvo manifiesta inaplicabilidad de la norma en entredicho<sup>67</sup>. Una vez practicada tal operación de mera verificación ha de considerarse cerrado el llamado juicio de relevancia<sup>68</sup>.

### 2.3. *Los conflictos positivos de competencia y la jurisdicción contencioso-administrativa*

El abanico de órdenes judiciales o sectores jurisdiccionales está diseñado con nitidez en la Constitución, aunque dos de ellos —el civil y el penal— se den por existentes implícitamente y otros dos sean aludidos explícitamente —el militar y el contable—, mientras el otro es llamado por su nombre. En efecto, el enjuiciamiento directo e indirecto de las disposiciones generales con rango inferior a la Ley, se atribuye exclusivamente por la misma Constitución<sup>69</sup> a lo contencioso-administrativo. Ahora bien, la circunstancia de que no se hayan impugnado directamente en esa vía, no impide a todos los Jueces y Tribunales dejar de aplicar los reglamentos o disposiciones contrarias a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, como dice la actual Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 6), de cuya norma fue

precursora el art. 7 de la que con carácter provisional se promulgó en 1870 y rigió durante 115 años <sup>70</sup>.

La impugnación de una disposición general con rango inferior a la Ley, por su sedicente desajuste con ésta, no es sino una modalidad, la directa, primera y principal del control de la potestad reglamentaria, que la Constitución encomienda a los Tribunales ordinarios genéricamente <sup>71</sup> y que en tal modalidad corresponde con carácter exclusivo a la jurisdicción contencioso-administrativa, como cuida de advertir más adelante, para las Comunidades Autónomas. En definitiva, cuando se discute tan sólo la adecuación de un reglamento autonómico a una Ley básica estatal por motivos ajenos a los competenciales, su conocimiento corresponde, como ya ha quedado dicho, a la jurisdicción ordinaria y, en concreto, a la contencioso-administrativa.

Pues bien, en más de un caso la casuística jurisprudencial nos muestra, so capa de un aparente conflicto positivo de competencia, sin que en él se efectúe real reivindicación de ninguna concreta ni se niegue la ajena, que en realidad se pone en entredicho la adecuación de ciertos preceptos reglamentarios a otros de una Ley de la cual traen causa y son desarrollo, a las veces, con la remota advocación de un título competencial común donde se divide implícitamente la materia. Tal suele ser en estos casos la única connotación constitucional. El resto se mueve por completo en el plano de la legalidad, propio del Poder Judicial, sin que el juego de normas básicas y de disposiciones para su desarrollo, que deslinda los campos respectivos de las competencias estatales y territoriales, posea virtudes taumatúrgicas y le permita transformar la naturaleza de las instituciones jurídicas. En definitiva, el objeto procesal peculiar del conflicto se desvirtúa por no existir tal como contienda real y consistir en un contencioso-administrativo.

Es evidente que este proceso y el constitucional establecido para dirimir los conflictos positivos de competencias tienen aspectos comunes, pero también, por definición, otros que los individualizan. Desde una óptica subjetiva la legitimación activa se solapa, sin coincidir, ya que en sede constitucional tiene un *numerus clausus* y en la vía judicial está abierta a cualesquiera personas que aleguen *prima facie* un interés legítimo, en función del beneficio o perjuicio que pudiera derivarse eventualmente del mantenimiento o anulación del acto administrativo o de la disposición general con categoría inferior a la Ley en entredicho. Tal es, a su vez, la materia privativa de lo contencioso-administrativo y puede ser también ocasión de conflictos con otros actos y normas de los demás poderes públicos, sin perjuicio por otra parte de que

ciertas actuaciones excluidas de aquél, como son las de trámite, puedan dar lugar a éste. No obstante, el objeto procesal contiene un elemento más, el causal, que se refleja en la pretensión, lo que se pide y la razón por la cual se pide, *causa petendi*. Aquí está la característica diferencial de ambos procesos.

Efectivamente, el reproche que en el seno del proceso constitucional pueda imputarse al acto singular o disposición general ha de tener por soporte, en todo caso, la competencia como tema principal y único, desde la perspectiva de la Constitución<sup>72</sup>. El proceso contencioso-administrativo es, por su parte, el cauce ordinario para controlar judicialmente la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y aun cuando figure como causa de nulidad la manifiesta incompetencia de quien dictó el acto o la disposición impugnados, tal punto de referencia ha de encuadrarse en el contexto general dentro del cual se mueve este orden judicial, cuyo canon es el principio de legalidad, siendo, por tanto, tal dimensión su techo.

Pues bien, dicho esto no se me oculta que la *vindicatio potestatis*, aunque característica de los conflictos de competencia, no es su único y exclusivo elemento definidor si se lee con atención la doctrina constitucional sobre ellos. Allí se dice, y a ello hemos de atenemos en principio, que también es posible «sin recabar para sí la competencia ejercida por otro, entender que una determinada disposición o un acto no respeta el orden competencial establecido en el bloque de la constitucionalidad, siempre y cuando, además, esa disposición o acto afecten a su propio ámbito de autonomía»<sup>73</sup>. En tal sentido, el único motivo que puede dar lugar a un conflicto de esta clase es el sedicente vicio de incompetencia en el cual pueda haber incurrido la disposición o el acto impugnados, «siempre que aquél se funde directamente en la vulneración de las normas de distribución de competencias contenidas en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o las Leyes Orgánicas correspondientes»<sup>74</sup>. Dicho de otro modo, la naturaleza intrínseca del conflicto y el fundamento de la intervención del Tribunal Constitucional está en que las normas reguladoras de la competencia deben ser normas constitucionales o pertenecientes al bloque de la constitucionalidad. Lo esencial y característico de todo conflicto del cual pueda y deba conocer el Tribunal Constitucional estriba, por tanto, en el debate sobre el reparto constitucional de las competencias, concretando el mismo en la «... definición de los límites externos del poder» y no en la «... verificación del ejercicio concreto de tales poderes dentro de esos límites que no se discuten y en relación con un supuesto de hecho cuya delimitación es el objeto controvertido»<sup>75</sup>. Tal doctrina es la seguida

luego en los conflictos negativos <sup>76</sup>, pero ha sido contradicha en los positivos <sup>77</sup>.

Hay conflicto positivo, y con ello tiene el Tribunal Constitucional jurisdicción para conocer, cuando el Estado y una Comunidad Autónoma o dos Comunidades Autónomas entre sí controvierten los límites de sus respectivos ámbitos de actuación sobre la base de una diferente comprensión del sentido y alcance de las normas distribuidoras de la competencia en el bloque de constitucionalidad, cuya interpretación, o la de alguno de sus elementos, sea necesaria para estimar o desestimar las pretensiones deducidas. Quedan, por el contrario, relajadas al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa las pretensiones cuyo enjuiciamiento sólo exija la comprobación de la competencia a la luz de las reglas del bloque de la constitucionalidad y la verificación de que concurren en el caso concreto las circunstancias que determinen su inclusión en el supuesto controvertido de la norma donde se configure aquélla, por reunir los elementos definidores del ámbito de la competencia estatal o autonómica problemática.

El conflicto de competencia no constituye el remedio procesal utilizable cuando, sin plantearse una verdadera controversia competencial o, más aún, reconociendo explícitamente que quién ha ejercido la competencia, sin duda su titular, se alega, no obstante, que el ejercicio de la misma infringe por otros motivos el ordenamiento jurídico <sup>78</sup>. Cuando no se pongan en tela de juicio las normas constitucionales o estatutarias donde se configuren las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, ni se les niegue la potestad reglamentaria en este ámbito, como fue el caso que dio origen a estas reflexiones mías, el problema se reduce a comprobar si entre una Ley estatal que en el ejercicio de su competencia declara básicos ciertos preceptos y una disposición general de rango inferior (proceda de quien procediere, factor irrelevante aquí) se da la contradicción que se le achaca como fundamento de su impugnación. Es en definitiva un juicio de legalidad lo que se pide, propio de lo contencioso-administrativo. Se trata de encuadrar la actividad autonómica de ejecución y desarrollo mediante la potestad reglamentaria en el ámbito competencial de lo básico, ya previamente delimitado. Determinar el sentido y alcance de la norma básica (como dato y no como incógnita), interpretarla, en suma, no necesita para nada de las normas delimitadoras de la competencia misma <sup>79</sup>. En definitiva, pues, que los preceptos reglamentarios rebasen o respeten las bases ya configuradas como tales no pone en cuestión el orden constitucional de competencias, sino el prin-

cipio de jerarquía normativa como una de las manifestaciones del principio de legalidad <sup>80</sup>.

### 2.4. *El recurso de amparo y la vía judicial ordinaria*

El recurso de amparo constitucional tiene como ámbito propio el conjunto de los derechos fundamentales especialmente protegidos, que en sustancia son derechos subjetivos, mediante el mayor rango exigible para las Leyes que los regulen y una más completa tutela jurisdiccional, con un cauce «ad hoc» en la vía judicial ordinaria y el propio amparo ante el Tribunal Constitucional. Por ello, los demás derechos y libertades que no sean los comprendidos en la Sección 10, Capítulo II del Título I, más la igualdad y la objeción de conciencia, quedan extramuros del amparo [arts. 53.2 y 161.1.b)]. En suma, principios o valores como la seguridad jurídica, la legalidad o la dignidad humana, derechos como el de propiedad y al trabajo e instituciones como la potestad reglamentaria, el control judicial de las Administraciones Públicas, la función de juzgar y la obligatoriedad de las decisiones judiciales (arts. 9, 10, 33, 35, 97, 106, 117 y 118 CE) <sup>81</sup> carecen de virtualidad propia para servir con carácter autónomo como apoyo o respaldo de pretensión alguna en amparo, aun cuando por ser denominador común de tantas categorías jurídicas, contribuyendo a perfilarlas e incluso a entenderlas, puedan ser útiles para esclarecer algunos de los aspectos de las cuestiones controvertidas.

#### 2.4.1. Su función subsidiaria

Pues bien, en el proceso constitucional de amparo, cuando éste se pretende del Poder Judicial, su objeto inmediato consiste en una decisión, cualquiera que fuera su forma, donde se ponga fin a la vía jurisdiccional sin posibilidad de ulterior remedio. Tal es el marco propio en el cual ha de interesarse la salvaguardia de las libertades y derechos fundamentales y solamente una vez agotadas las oportunidades que ofrezca el sistema de acciones y recursos podrá plantearse el sedicente agravio en sede constitucional, nunca directamente. Aun cuando el rigor de esta regla general admita alguna excepción que no es del caso, lo dicho refleja la función subsidiaria que tiene encomendado el amparo constitucional, conectado a su vez con el principio medular de la independencia judicial, desde la incoación hasta la terminación

de cada procedimiento, en cuyo desarrollo nadie aparece autorizado para interferir <sup>82</sup>.

Ese carácter subsidiario, dejando actuar en primera línea a los Jueces y Tribunales que uno a uno ejercen y en conjunto conforman el Poder Judicial, por ser los guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas, se refleja en dos requisitos exigibles a la pretensión para su viabilidad procesal: *uno*, el agotamiento de la vía judicial, utilizando en ella todos los recursos disponibles y *otro*, haber invocado allí, sin éxito, la violación del derecho fundamental que sirva luego de soporte al amparo constitucional, exigencias que se remejen con frecuencia. Efectivamente, puesto en entredicho un determinado derecho, es en principio, necesario haberlo protestado o denunciado a tiempo en los mismos trance y momento en que fuere procesalmente posible <sup>84</sup>.

#### 2.4.1.1. La invocación del derecho fundamental

Una de las varias circunstancias que, como presupuestos de la admisibilidad de pretensión de amparo, sirven de protección a su talante subsidiario, como *ultima ratio* para garantizar los derechos fundamentales, cuya primera línea de defensa son los Jueces y Tribunales que componen el Poder Judicial, consiste en la alegación de haberse puesto en peligro o lesionado cualesquiera de aquellos, el que se aduzca en esa sede. Tal exigencia arrastra la de invocar formalmente en el proceso previo (civil, penal, contencioso-administrativo, social, militar o contencioso-contable) el derecho fundamental cuya vulneración actúe como soporte de la protección que se pida al Tribunal Constitucional, invocación que ha de hacerse tan pronto como, una vez conocido el hecho determinante de la violación, hubiere lugar para ello <sup>85</sup>. Este requisito procesal cumple una doble función, anverso y reverso de una misma raíz, la naturaleza subsidiaria del amparo, y por ello, la conveniencia de que el juzgador, en su ámbito propio, puede remediar por sí mismo la violación del derecho o libertad fundamental, a cuyo efecto ha de brindársele la oportunidad de tal subsanación, haciendo innecesario así el acudir al amparo. Esta explicación funcional <sup>86</sup> actúa como factor de comprensión para una interpretación teleológica, más allá de la letra, de esta regla preventiva.

Esa carga de haber invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, ha de ser cumplida por el agraviado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello, carga

cuyo incumplimiento produce un efecto obstativo e impide el enjuiciamiento de los temas a los cuales afecte. El sitio y el momento adecuados como sede previa y ocasión oportuna para la protesta o denuncia de los vicios o defectos es en principio, el momento mismo de la producción y en el acto, o en otro caso por medio de la interposición del recurso correspondiente (reposición, súplica, apelación...) que a su vez en algún caso sirve para cumplir simultáneamente el otro presupuesto procesal de este remedio subsidiario del amparo.

### 2.4.1.2. El agotamiento de la vía judicial

Pues bien, situados en el perímetro del derecho a la efectividad de la tutela judicial, desde la concepción genérica y global que parece la más adecuada al caso, es claro que conlleva varias exigencias entrelazadas. La primera de ellas, que la pretensión formulada ante el Juez competente al efecto reciba una respuesta no sólo en la primera instancia sino también en los demás grados procesales, si los hubiere, sean ordinarios o extraordinarios. Tal respuesta, única o múltiple, ha de recaer en principio sobre el aspecto sustantivo de la controversia, lo que en el lenguaje forense suele llamarse el fondo de la cuestión, aun cuando también pueda consistir, no subsidiariamente sino en su caso, en una resolución sobre los aspectos extrínsecos o formales de la pretensión, como su inadmisión o la extinción del proceso, que impida llegar a ese fondo, quedándose así en la superficie <sup>87</sup>.

Por lo dicho, la Ley Orgánica del Tribunal configura como presupuesto procesal de la pretensión de amparo, para preservar su carácter subsidiario, el agotamiento de la vía judicial mediante la utilización de todos los recursos, cuyo incumplimiento provoca simétrica y automáticamente la aparición de una causa de inadmisibilidad [art. 50.1.a LOTC) <sup>88</sup>. Sin embargo, todos los recursos no son todos los posibles o imaginables, sino sólo aquellos que puedan ser conocidos y ejercitados por los litigantes, sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente <sup>89</sup>. Ahora bien, para dar por satisfecha esta carga procesal basta la mera tentativa, al margen de su viabilidad y, por tanto, aun cuando luego no fuere admitido el recurso por carecer de contenido, pero nunca por el incumplimiento manifiesto e insubsanable de los requisitos formales, o fuere desestimado. Aquí no es el resultado lo importante sino que se agoten todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, sean ordinarios o extraordinarios, pero que permitan, en su caso, una reparación adecuada

de las lesiones de los derechos fundamentales que se denuncian<sup>90</sup> en su sede natural.

La palabra «recursos» tiene aquí y ahora una acepción estricta y rigurosamente procesal, como equivalente a medios de impugnación, tanto ordinarios, del cual es tipo la apelación, como extraordinarios —casación— e incluso excepcionales —revisión—, excluyendo de su ámbito cualquier otro instrumento distinto, como la aclaración o la posibilidad de instar una y otra vez el mismo tema<sup>91</sup>. Tampoco la «cuestión de inconstitucionalidad» constituye, obviamente, «recurso» alguno por ser más bien una pregunta o una consulta, como la calificaba la Constitución de 1931<sup>92</sup>. Lo mismo puede predicarse de la «cuestión prejudicial» ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por otra parte, el itinerario de los recursos —en algún aspecto «via crucis»— no puede prolongarse más allá de los disponibles mediante escritos sin soporte formal, aunque tengan el propósito plausible de poner de manifiesto errores eventualmente cometidos por el juzgador en una resolución que diga la última palabra «ope legis»<sup>93</sup>. En suma, son tres las vías al respecto<sup>94</sup>, la interposición de los recursos establecidos en las leyes procesales, la declaración de nulidad de oficio siempre que no haya recaído Sentencia definitiva y, finalmente, cualesquiera otros medios y entre ellos la audiencia al rebelde<sup>95</sup>.

#### 2.4.2. La balanza de la rebotica

Cuando se enfrentan dos o más derechos fundamentales, como los hombres que luchan a garrotazos en ese grabado de Goya, se hace necesario un análisis comparativo para determinar cual haya de ser el vencedor en esa lid, porque ninguno de ellos tiene preferencia respecto de otros «a priori». Todos los derechos limitan con los demás derechos y los derechos de los demás. Esa pesquisa, llamada en la jurisprudencia norteamericana «balancing test», se llama aquí «ponderación» que es lo mismo pues su etimología nos lleva de la mano a la acción de pesar y un paso más allá a la balanza de la justicia, y se da con frecuencia en los amparos donde pugnan la libertad de expresión y el derecho al honor. Se trata en suma de una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución. Pues bien, esto que resulta inconcuso por haberlo dicho así, una y otra vez, el Tribunal, veda en efecto que éste actúe como una tercera instancia

o como una supercasación, pero no coarta el ejercicio de su propia perspectiva jurisdiccional.

### 2.4.2.1. El deslinde de los derechos fundamentales colindantes

En tal línea discursiva, cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como suele suceder, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuere la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión «como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva» del uno o del «otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle». De aquí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador para averiguar si su Sentencia sacrifica debida o indebidamente uno de ellos en aras del otro, a la luz exclusiva de la Constitución, limitando el enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado<sup>96</sup>.

### 2.4.2.2. Los intereses constitucionalmente protegidos

Ese análisis comparativo de los distintos derechos fundamentales entre si o en su relación con el interés general se da también, por su propia naturaleza, cuando se trata de adoptar, o no, las medidas cautelares adecuadas (y, en su caso, las contracautelas) que alguna de las partes solicite, siempre que no sea automática por imperio de la Ley o la misma Constitución.

Aunque la Ley Orgánica del Tribunal no lo diga así, explícitamente, no parece discutible que la interposición del recurso de amparo, por su propia naturaleza intrínseca, no obsta a la vigencia, efectividad o ejecutoriedad de las disposiciones generales, actos de la Administración o de cualquier otra institución del Estado y sentencias, que son su objeto. Es una consecuencia de la presunción de legitimidad que alcanza a todas las actuaciones de los poderes públicos, presunción inherente a la entera actividad pública (legislativa, ejecutiva y judicial) que está presente y operante, aunque implícita, en la Constitución y a las veces explícita en el resto del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como contrapeso de tal presunción nuestro sistema de justicia constitucional configura la posibilidad de que el Tribunal suspenda la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo<sup>97</sup>. Desde una perspectiva procesal aparece como una medida cautelar, que cumple una función de equilibrio entre el poder y la libertad, conectándose directa e inmediatamente a la garantía de la efectividad de la tutela judicial que consagra el art. 24 de nuestra Constitución. En efecto, el soporte de tal medida consiste en el riesgo o la certeza de que la ejecución ocasionará un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad, según dice el art. 56 de la Ley Orgánica, convirtiendo así una eventual sentencia favorable en una mera declaración de buenos propósitos, desprovista de eficacia práctica. La suspensión preventiva del acto o disposición objeto del proceso de amparo exige una delicada ponderación de los intereses generales o los derechos fundamentales de terceros, cuya perturbación grave o lesión actúa como límite de la medida cautelar, y el interés particular del demandante en amparo. En tal aspecto es el potencial perjudicado quien ha de justificarlo. Por otra parte, el análisis de la situación ha de hacerse sin prejuzgar la cuestión principal, aun cuando sin perderla de vista, con una mirada al soslayo<sup>98</sup> e incluso de frente como ha ocurrido en más de un caso<sup>99</sup>.

En esta ponderación de intereses, sin olvidar que en un Estado de Derecho las Sentencias claman por ser cumplidas, como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial —arts. 24.1 y 118 CE—<sup>100</sup>, no resulta menos claro también que la libertad, como valor, inspira la entera concepción constitucional desde su pórtico, donde se invoca como el primero y principal de los pilares del sistema (art. 1 CE). Este principio se despliega en un abanico de manifestaciones fenoménicas, libertades concretas configuradas como derechos fundamentales, con una más intensa protección, entre las cuales se encuentra la libertad personal (art. 17.1 CE), soporte de las demás. Si a ello se añade que la privación de esa libertad es irreversible y no puede ser restaurada en su integridad y sustancia, sin que una eventual indemnización de daños y perjuicios pueda tener otra función que la compensatoria, muy lejos de la *restitutio in integrum*, queda patente la necesidad de suspender la ejecutoriedad de las Sentencias impugnadas en este aspecto, extensible al arresto sustitutorio por impago de multas y a las penas restrictivas de derechos, ya que, en caso contrario, el eventual otorgamiento de amparo habría perdido su finalidad práctica, pues el actor tendría cumplida para entonces la pena de prisión y, en su caso, el arresto sustitutorio<sup>101</sup>.

Por ello, en la ponderación de ambos valores constitucionales a la hora de adoptar, o no, la medida cautelar de suspender el cumplimiento de la condena impuesta, el Tribunal vino decantándose, con carácter general y sin excepción alguna por el segundo y en definitiva, acogía siempre como principio rector el «favor libertatis», suspendiendo automática, mecánicamente el cumplimiento de la pena de prisión<sup>102</sup>. Sin embargo, en el caso «Nécora»<sup>103</sup>, se da un golpe de timón, un «overruling», aunque así no se dijera o, si se quiere de otra manera, se adapta aquella doctrina a las circunstancias concretas del supuesto, aunque —se añada— ello no tenga que ser «necesariamente» así en todos los supuestos porque ambos valores —ejecutoriedad de las Sentencias y libertad personal— pueden ver incrementado o disminuido su peso por la concurrencia de circunstancias específicas que hagan derrotar el fiel de la balanza hacia el lado donde se sitúa el respectivo interés, general el primero y particular el otro. Puede así ocurrir que el interés estructural y genérico, constitucional en suma, de dar cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes, se vea potenciado por el específico que provocan de consuno la gravedad de los hechos penados y la alarma social provocada por su perpetración<sup>104</sup> y que el legítimo interés del demandante de amparo en conservar la libertad personal mientras se resuelve su pretensión, se debilite por la duración de la pena privativa de libertad puesta en relación con la que lleva normalmente, estadísticamente pues, la tramitación de un proceso de esa clase<sup>105</sup>. El interés general reclama en tal caso con especial intensidad el cumplimiento de la pena, para satisfacer la función de prevención general, disuasoria y ejemplificadora, que le es inherente junto a la retributiva, sin que ello haga perder al amparo su finalidad de manera absoluta, sino parcial y limitadamente en la hipótesis de que tuviera éxito y siempre dejando a salvo la competencia de los jueces encargados de ejecutar la sentencia, en aplicación de la legalidad ordinaria, para adoptar en cada momento las medidas que consideren pertinentes al respecto<sup>106</sup>.

Otro es el supuesto de «los daños o perjuicios exclusivamente patrimoniales que puedan producir la ejecución de una Sentencia o un acto administrativo», «siempre reparables en la misma especie, el dinero, mediante su indemnización, consiguiéndose así la *restitutio in integrum* sin que justifiquen por si mismos la suspensión de la ejecutoriedad de aquellas o la efectividad de éstos». Es el caso, por ejemplo, de «la condena al pago de las costas procesales», «prestación de dar, obligación pecuniaria en suma, cuantificada y recuperable en principio, incluido el perjuicio sufrido por el lucro cesante, aun cuando esta afirmación

admite matizaciones en función de circunstancias objetivas (cuantía) y subjetivas (situación económica del condenado), sin mencionar la depreciación monetaria. Por esta su naturaleza ha merecido trato distinto, permitiéndose la ejecución con o sin afianzamiento<sup>107</sup>. Lo mismo ocurre con la pena de multa<sup>108</sup>.

Sin embargo aunque toda cuestión patrimonial sea reparable económicamente la reparación no siempre sustituye a la «restitutio in integrum». Por ello, cuando se trata de la demolición de ciertas construcciones existentes en un edificio arrendado o no a terceras personas y a veces el cese de actividades desarrolladas en el mismo, el amparo podría resultar ineficaz si al final del largo camino, y ganado el pleito, los vencedores se toparan con una situación irreversible una vez derruida la obra nueva y clausurada la industria que alberga, con perjuicios incalculables y, en cualquier caso, con grandes dificultades para su concreción y cuantificación. Tal ha sido el criterio constante en estos casos<sup>109</sup>. Este criterio, para un buen entendedor, apunta a otro mito, el que proclama la reparabilidad en todo caso de los perjuicios originados por el pago de una cantidad de dinero. El Tribunal Supremo, en 1986, lo desmontó, haciendo observar que el perjuicio económico, puede inducir otros en cadena de distinta índole, irreparables o de la misma pero difusos y afectar a terceras personas, ajenas al litigio (inestabilidad de la empresa y desempleo de los trabajadores, entre otros), perjuicios en definitiva irreparables.

Desde otra perspectiva, el Tribunal Constitucional ha roto por primera vez otro de los mitos que han señoreado el campo de las medidas cautelares, como lo hizo en su día, dentro de lo contencioso-administrativo, la vieja Sala Tercera en el Auto de 15 de mayo de 1988, en la línea de lo que se ha llamado «fumus boni iuris», aún cuando un punto más acá. Aquel, en principio, es un juicio probabilístico, mientras que aquí se trata de una certeza, sin talante profético alguno<sup>110</sup>. En efecto, aun cuando se tratara de perjuicios exclusivamente patrimoniales, el caso contemplado allí ofrecía una singular característica: que las pretensiones ejercidas por el demandante llegarían a buen puerto con absoluta seguridad. No era un juicio probabilístico, vinculado al tufo del buen derecho o «fumus boni iuris», sino una certeza, por coincidir su contenido con el de una serie de Sentencias<sup>111</sup> en todas las cuales el Tribunal Constitucional había dado la razón a los demandantes. En consecuencia, hubiera carecido de sentido favorecer la ejecutoriedad de un pronunciamiento judicial cuya suerte adversa se conocía de antemano más allá de cualquier duda razonable y, por ello, resultaba procedente suspenderlo sin afianzamiento alguno<sup>112</sup>.

### 2.4.3. La arbitrariedad

La arbitrariedad es, en la doctrina del Tribunal Constitucional, el polo negativo de lo «razonable» o puesto en razón. Aún cuando el art. 9 CE donde se proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos quede extramuros del ámbito del amparo constitucional no sólo por razones ordinales sino sustantivas, por no configurar un derecho subjetivo en favor de nadie, es evidente no obstante que a su luz ha de ser perfilada la efectividad de la tutela judicial, cuya negación intrínseca, por incorporar un mandato terminante a quienes ejercen en cualquier medida cualquier potestad, la judicial entre ellas, es la arbitrariedad que no debe confundirse con la discrecionalidad o facultad de elegir entre soluciones igualmente legales. Aquella consiste en la carencia de «fundamento alguno, ni de razón o de experiencia», en definición de Feijóo<sup>113</sup>, convirtiendo en caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad<sup>114</sup>.

Cuando se produce una distonía evidente entre los hechos que se aceptan y las conclusiones a las cuales se llega en una decisión judicial y se cierran los ojos ante hechos reconocidos con efectos negativos casi automáticos y notorios por lo demás, no puede calificarse tal actitud como razonable y sí como arbitraria. También lo sería la interpretación que produjera al resultado incoherente de reflejar por sí misma la imposibilidad material de su cumplimiento, poniendo de manifiesto así el carácter decisionista o voluntarista del pronunciamiento judicial<sup>115</sup>. En definitiva, no cabe utilizar un soporte metodológico absurdo o extravagante, ni cualquier otro axiológico con valores ajenos a los contenidos en nuestra Constitución, que «conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios»<sup>116</sup>.

Las decisiones judiciales, en todos los grados jurisdiccionales y cualesquiera que sean su contenido, sustantivo o procesal, y su sentido, favorable o desfavorable, han de exteriorizar el proceso mental que ha llevado a la parte dispositiva. La motivación de las Sentencias, como exigencia constitucional (art. 120.3 CE) que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho de una efectiva tutela judicial, ofrece una doble función. Por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que procedan (uno de ellos, el de amparo)<sup>117</sup>. Actúa, en definitiva, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un elemento preventivo de la arbitrariedad<sup>118</sup>.

#### 2.4.4. El error notorio

El error material o de hecho, con trascendencia en el pronunciamiento judicial y que además resulte evidente o manifiesto, notorio en suma, ha sido otro de los portillos por donde la jurisdicción constitucional ha penetrado en la ordinaria. No es fácil separar el error de hecho y el de Derecho, como muestra la jurisprudencia o doctrina legal del Tribunal Supremo en lo contencioso-administrativo, con ocasión de las devoluciones de ingresos indebidos en el ámbito de la Hacienda Pública. La casuística en la doctrina constitucional no es copiosa por razones obvias. Los jueces cometen errores de tal tipo, por supuesto, pero esporádicamente y, en muchos supuestos, por la masificación de los asuntos.

El error notorio en aspectos tan importantes del supuesto de hecho que sirve de soporte a una Sentencia donde se llega a una conclusión que resulta equivocada sin más, por su propia lógica, evidente por tanto y reconocible por todos, menoscaba la efectividad de la tutela judicial desde el momento en que produce una contradicción, también ostensible, entre los antecedentes y los razonamientos jurídicos. Falta pues la congruencia interna como guía inequívoca de la decisión judicial última si se observa que el peso específico de la argumentación manejada para su fundamento se pone en el resultado de una operación aritmética mal hecha. Por ello, la equivocación está vinculada directamente a la *ratio decidendi* y el salto cuantitativo conlleva un cambio cualitativo en la calificación jurídica. El Tribunal Constitucional ha de detenerse aquí, en la mera posibilidad que refleja el tiempo condicional si se observa que el meollo de este tipo de debate consiste en la subsunción de un elemento de hecho plenamente probado en una norma procesal, tarea propia de la jurisdicción ordinaria, como se ha dicho tantas veces. El otorgamiento del amparo en tal caso implica única y exclusivamente la anulación de la Sentencia impugnada para que, una vez depurado así el error patente que contenga, se dicte otra en el sentido adecuado, a juicio del Tribunal donde hubiera concluido la vía judicial.

#### Notas

<sup>1</sup> MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael de), *El sistema judicial en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional*, «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación» n° 30, Madrid 2000, págs. 339-395.

<sup>2</sup> TERQUERM (Francis), *Le coup d'Etat judiciaire*, Éditions Rasay, París 1998.

<sup>3</sup> La evolución que llevó a la solución actual en MENDIZABAL ALLENDE (Rafael de), *Pasado, presente y futuro de la jurisdicción contencioso-administrativa*, «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación» n° 31, Madrid 2001 págs. 153-269.

<sup>4</sup> Sobre el segundo elemento de ese binomio, la revisión judicial de los actos del Gobierno, que no es tema aquí y ahora, GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo): *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid 1995, así como GONZÁLEZ GARCÍA (Julio V.), *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid 1996; CUCHILLO FOIX (Montserrat), *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano* (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), Escola d'Administració Pública de Catalunya, Ed. Civitas, Madrid 1996.

<sup>5</sup> FRIEDMAN (Lawrence M.), *A History of American Law*, 20 ed. Touchstone Book, Simon & Schuster, New York, 1985.

<sup>6</sup> BRYCE (James), *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Instituto de Estudios Políticos, 20 ed. Madrid 1963, págs. 98-99.

<sup>7</sup> JELLINEK (Georg), *Teoría General del Estado*, traducción de la 20 edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires 1978, pág. 385.

<sup>8</sup> JELLINEK, *ibid.* pág. 389 y HAURIUO (Maurice), *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1927, págs. 306-7.

<sup>9</sup> ARAGÓN (Manuel), *Sobre las nociones de supremacía y superlegalidad constitucional* en «Homenaje a Carlos Ruiz del Castillo», Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1985, pág. 9.

<sup>10</sup> LERNER, *Nine scorpions in a bottle Great judges and cases of the Supreme Court*, Edite by Richard Cunnings, Arcade Publishing, New York, 1994. pág. 66, como epígrafe del cap. 5.

<sup>11</sup> *Argument against the Writs of Assistance.*

<sup>12</sup> HAMILTON (Alexander), MADISON (James) y JAY (John), *The Federalist Papers*, editados y con una Introducción de Clinton Rossiter, A Mentor Book, Penguin Group, New York, 1961, pgs. 466-67, párrafo n° 78 escrito por Hamilton.

<sup>13</sup> Su grandeza venía de la circunstancia accidental de que «él llegó primero», dijo O.W. Holmes, según Lerner, *ob. cit.* pág. 89.

<sup>14</sup> BOUDIN (Louis B.), *Government by Judiciary*, vol. 2 1932, pgs. 230-31; CORWIN, *Court over Constitution.*

<sup>15</sup> OURLIAC (Paul), *La puissance de juger: Le poids de l'Histoire*, en «Droit», Revista francesa de teoría jurídica, n° 9, abril 1989, sobre el tema «La fonction de juger», pág. 29.

<sup>16</sup> MENDIZABAL ALLENDE (Rafael de), *La Contaduría Mayor de Cuentas*, Revista de Derecho Judicial, y separata, n° 25, enero-marzo 1966, págs. 11-35.

<sup>17</sup> DE TOCQUEVILLE (Alexis), *La Démocratie en Amérique.*

<sup>18</sup> BLONDEL (André), *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois (Etude critique comparative: États Unis-France)*, «Sirey», París 1926, pág. 8.

<sup>19</sup> La metáfora es del propio Hans Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*. (Método y conceptos fundamentales), traducción y prólogo de Luis Legaz y Lacambra, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1933, págs 52 y ss.

<sup>20</sup> KELSEN (Hans), *La garantie juridictionnelle de la Constitution: Justice Constitutionnelle.* «Revue de Droit Public, abril-junio 1928, págs. 233 y ss.

<sup>21</sup> CARDOSO DA COSTA (José Manuel M.), *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 20 ed., Coimbra 1992, y *A Evolução Constitucional No Quadro Da Constituição da República de 1976*, Coimbra 1994.

<sup>22</sup> FAVOREU (Louis), *Les Cours constitutionnelles*, «Que sais-je». Presses Universitaires de France, Paris 1986; CRUZ VILLALÓN (Pedro), *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1987.

<sup>23</sup> Según me informó el ex Presidente de la República don Jaime Paz Zamora, en la Universidad de Alcalá de Henares, con ocasión del II Encuentro Interreligioso, el mismo día de la aprobación por el Congreso.

<sup>24</sup> *Informe al H. Congreso Nacional 1994-1995*. Cfr. Raúl Moscoso Álvarez, *Apología del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales, Quito 1993.

<sup>25</sup> *El Golpe de Estado del 25 de mayo de 1993 y retorno a la institucionalidad*, Documentos, Guatemala, Centro América mayo de 1995.

<sup>26</sup> Sobre todo ello, «Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 1997», editado por el Centro de Estudios Constitucionales de España.

<sup>27</sup> Sobre el Consejo Constitucional Francés, LUCHAIRE (François) y GOGUEL (François), en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, págs. 55-132 y 293-318, respectivamente.

<sup>28</sup> Que «no encaja en el esquema kelseniano» lo avisó lúcidamente RUBIO LLORENTE (Francisco), en *Síntesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, REDE n° 35 y en *La forma del Poder*, «Estudios sobre la Constitución», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pág. 591.

<sup>29</sup> Sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, SCHLAICH (Klaus) y RUPP (Hans G.), en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, págs. 133-232 y 319-412, respectivamente; MANZANARES SAMANIEGO (José Luis), *El Tribunal Constitucional Federal Alemán* en la obra colectiva «El Tribunal Constitucional», Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 19 vol. págs. 1551-1570.

<sup>30</sup> LERNER, ob. cit., pág. 78.

<sup>31</sup> El espejo de la literatura nos devuelve la misma imagen. En la primera mitad del siglo XIV el Arcipreste de Hita escenifica un juicio que empieza como civil y se decanta en criminal con un notable realismo y una gran vivacidad, manejando la palabra y el verso como si de una cámara cinematográfica se tratara. El caso empieza por una demanda «apta e bien formada», con los demás requisitos legales, que el lobo presenta contra la raposa ante el alcalde, juez, o adelantado, un simio, el animal más alto en la escala zoológica por su parecido al hombre. El buen varón es «sotil e sabio», sabidor «grande», «letrado e de buena ciencia», cuya potestad le viene «del rey en su comisión/especial para todo esto e complida jurisdicción». Sedente en el estrado, «assentado en la su abdiencia, «emplazada por fuero» la raposa, comparece el lobo con su demanda, «apta e bien formada, clara» y con todos los requisitos legales, pues tenía buen abogado, el galgo, demanda que expone verbalmente y, leída que fue la acusación, la raposa pide como primera providencia «dadme un abogado, que fable por mi vida», a cuya petición accede el juez dándole veinte días para buscarlo. En fin, vistas las distintas alegaciones, de ambas partes y practicadas las pruebas, el juzgador leyó la sentencia, escrita por él mismo, sentencia razonada, donde se analizan los argumentos jurídicos y se ponderan las pruebas testifical y la confesión, que desecha por prestada por miedo. «Non apellaron las partes», aunque «los abogados dixieron contra el juez / que había mucho errado» por haber aplicado la ley según su arbitrio, a lo cual el simio les redarguyó que podía decir lo que es derecho y ley por haber «poder del rey en su comisión / especial para todo esto e conplida jurisdicción».

<sup>32</sup> LEIZAOLA, *Contribución de los vascos a la formación y a la Ciencia del Derecho*, 1935.

<sup>33</sup> SÁINZ DE BUJANDA (Fernando), «Organización política y Derecho Financiero» *Hacienda y Derecho*, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, págs. 230-264. Véase al respecto la Sentencia de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1988 (actualidad Administrativa, núm. 598/1988), donde se alude una vez más a esa trayectoria histórica, que aparece quizá por primera vez en otra de 1 de diciembre de 1986 («Doctrina legal monográfica. Tasas y exacciones parafiscales», *Gaceta Fiscal*, núm. 45, junio, 1987). La misma Sala ha contemplado, desde tal perspectiva histórica, la vertiente del gasto público. Así, la Sentencia de 30 de junio de 1986, dictada precisamente en un conflicto presupuestario entre la Comunidad Autónoma de Canarias y los Cabildos, empezaba diciendo que «la aprobación de los presupuestos está en la raíz histórica de nuestras Cortes, como lo está el control del gasto público» (Actualidad Administrativa, núm. 34, 15-21, septiembre, 660/1986, págs. 1965-1966). Sobre esta resolución puede consultarse el magnífico comentario de César Albiñana García-Quintana, bajo el título «Nulidad radical o absoluta de disposición distinta de la Ley (territorial) que apruebe los presupuestos de una Comunidad Autónoma», publicado en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 26, 1985, págs. 135-140.

<sup>34</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES (Vicente), *Curso de Derecho Político*, Valencia 1983, pág. 337, menciona a «los autores del Federalista» con ocasión de la independencia judicial. Que yo sepa, es la primera cita de este libro en España.

<sup>35</sup> En la época de la Guerra de Secesión, 1861-1865, «Los militares europeos menospreciaban a sus colegas norteamericanos, considerándolos unos aficionados... Aquella contienda fue fructífera en experiencias militares de todo tipo sin que ningún Estado Mayor europeo se hiciera eco». CARDONA (Gabriel) y LOSADA (Juan Carlos), *Weyler, Nuestro hombre en la Habana*. Planeta, Barcelona 1997, pág. 35.

<sup>36</sup> HENNESSY (C.A.M.), *La República Federal en España*, «Pi y Margall y el Movimiento Republicano Federal», Aguilar, Madrid 1966.

<sup>37</sup> MENDIZÁBAL ALLENDE (Rafael de), *El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la Administración contemporánea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2001, págs. 165 y ss., cuyo capítulo IV *La Revolución de 1868 y el Tribunal de Cuentas*, se había publicado en la *RdF* y *HP*, nº 74, marzo-abril 1968, págs. 301-376.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ CALBET (M<sup>a</sup> Teresa), *La Dictadura de Primo de Rivera, el Directorio Militar*, Ediciones El Arquero Madrid 1987; GARCÍA CANALES (M.), *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, C.E.C., Madrid, 1980.

<sup>39</sup> MEILÁN GIL (José Luis), *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española*, 1971; BASSOLS COMA, *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981; RUIZ LAPENA (R M<sup>a</sup>), *El Tribunal de Garantías en la II República Española (1931-1936)*; CRUZ VILLALÓN, ob. cit. págs. 301-340.

<sup>40</sup> RUIZ DEL CASTILLO y CATALÁN DE OCÓN (Carlos), *Manual de Derecho Político*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1936-1939, pág. 707-15.

<sup>41</sup> Que yo recuerde sólo hubo un recurso de tal índole, contra el reglamento disciplinario de los funcionarios públicos. ESTEBAN (Jorge de), VARELA DÍAZ (Santiago), LÓPEZ GUERRA (Luis), GARCÍA RUIZ (José Luis) y GARCÍA FERNÁNDEZ (Francisco Javier), *Desarrollo político y Constitución española*, con prólogo de Manuel Jiménez de Parga, Ediciones Ariel, Barcelona 1973; FERNÁNDEZ CARVAJAL (Rodrigo), *La Constitución Española*, Editora Nacional, Madrid 1969. Dentro del mismo contexto pero muy anterior,

GUASP (Jaime), *La Justicia Constitucional en España*, «Revista de la Facultad de Derecho de México», tomo X, enero-diciembre 1960, núms. 37 al 40, págs. 203-219, recogido en *Estudios Jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragoneses Alonso, Editorial Civitas, Madrid 1996, págs. 241-55.

<sup>42</sup> DE MIGUEL GARCÍ-LÓPEZ (Adolfo), *Jaque a la Justicia*. «Duelos y quebrantos judiciales», Ed. Planeta, Madrid 1980, pág. 134.

<sup>43</sup> En «ABC», se publicó el 11 de mayo de 1997 un indignado artículo anónimo con el título «Por el prestigio del Tribunal Supremo», cuyo autor era «un destacado miembro de la carrera judicial».

<sup>44</sup> POSADA (Adolfo), *El régimen constitucional*, Madrid 1930, y *La reforma constitucional*, Madrid 1931; *La nouvelle Constitution espagnole*, Sirey, París, 1932 (cap. XVI) y su Tratado I, II, págs 536 y ss.

<sup>45</sup> En ella, firmada el 16 de abril, propuse la supresión de un proyectado «Tribunal de Garantías» en función del principio de unidad jurisdiccional, Diario de Sesiones, 1976.

<sup>46</sup> TOYNBEE (Arnold), *A Study of History*, compendio de Somervell. «El gran acierto de Toynbee ha sido la implantación de la categoría reto-respuestas «Challenge-response» en el campo histórico, inspirada en el desafío de Mefistófeles a Dios»; *Prólogo* de L. Rodríguez Aranda a «*El Mundo y el Occidente*» de Arnold Toynbee, Aguilar de Ediciones, Madrid 1953, págs. XIV y XV.

<sup>47</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, «Revista Española de Derecho Constitucional» n° 1, 1981, pág. 36.

<sup>48</sup> La evolución viva del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a lo largo del siglo XX puede contemplarse en cuatro obras ya citadas por mí: «Honorable Justice» la biografía de O.W. Holmes escrita por Norwich para las tres primeras décadas; «Nine Scorpions...» de Lerner; «The Brethren» de Woodward para 1969-1975 y «Turning Right» de Savage, 1986-1992, POWE JR. (Lucas A.), *The Warren Court and American politics*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England 2000; BLAS (Vicente), Ed., *The Burger Court, «The Counter-Revolution that Wasn't*. Yale University Press. New Haven and London, 1983 YARBROUGH (Tirsley E.), *The Rehnquist Court and the Constitution*, Oxford University Press, New York 2000 y *The Rehnquist Court, «judicial activism on the Right»*, ed. Herman SCHWARTZ, Hill and Wand, New York 2002. O'CONNOR (Sandra Day), *The Majesty of the Law, «Reflections of a Supreme Court justice»*, Random House, New York 2003. También, «*History of the Supreme Court of the United States*».

<sup>49</sup> FRIEDMAN (Lawrence M.), *A History of American Law*, 20 ed., «A Touchstone Book», Simon & Schuster, Nueva York 1985, págs. 122, 133 y 345.

<sup>50</sup> STC 54/1997, Actualidad Administrativa n° 33/97, págs. 2173-2180.

<sup>51</sup> STC 102/1995, Actualidad Administrativa n° 31/95, págs 1671-1711.

<sup>52</sup> BURGER (Warren E.), *Voto particular* a la Sentencia sobre el caso «Coleman v. Alabama», 22 de junio de 1970.

<sup>53</sup> MENDIZABAL ALLENDE (Rafael de), «La recepción del Derecho Comunitario Europeo en la Jurisprudencia Española», *Noticias CEE*, CISS, mayo 1993, n° 100, págs. 79-84.

<sup>54</sup> SSTC 23/1988 y 105/1988.

<sup>55</sup> ATC 296/1992 y STC 90/1994, así como el Voto particular a la STC 73/1996 obra del magistrado Pedro Cruz Villalón.

<sup>56</sup> MEDINA GUERRERO (Manuel) y HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO (Joaquín), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos de control de constitucionalidad de normas con valor de ley* (septiembre de 1995-julio de 1996), Asociación de Letrados, «La Sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley», TC, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 309-40.

<sup>57</sup> *Actualidad Administrativa* n° 32/1986, págs. 1847-51.

<sup>58</sup> MENDIZABAL ALLENDE (Rafael de), *Las potestades constitucionales de la Hacienda Pública y su configuración jurisprudencial. Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid 1991. También, «Doctrina Legal Monográfica, Renta de Aduanas» (II), Gaceta Fiscal n° 68, julio 1989, pág. 105-106.

<sup>59</sup> SSTC 148/1986 y 23/1988.

<sup>60</sup> AATC 10/1983 y 301/1995.

<sup>61</sup> STC 67/1988.

<sup>62</sup> STC 23/1988.

<sup>63</sup> SSTC 206/1990 y 119/1991.

<sup>64</sup> STC 133/1987; BACHOF (Otto), *Jueces y Constitución*, Instituto de Estudios Políticos 1998, págs. 565-67, pág. 31.

<sup>65</sup> STC 159/1997, *Actualidad Administrativa* n° 8, 1998, págs. 565-67.

<sup>66</sup> STC 17/1981; AATC 875/1986, 185/1990, 145/1993 y 136/1995.

<sup>67</sup> JIMÉNEZ CAMPOS (Javier), «Cuestiones irrelevantes», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n° 7, 1995, Asamblea Regional y Universidad de Murcia, págs. 79-10.

<sup>68</sup> STC 55/1994 *Actualidad Administrativa* n° 15/94, págs. 852-855. La protección de la infancia y el seguro de vida.

<sup>69</sup> Art. 153 c).

<sup>70</sup> STC 325/1994, *Actualidad Administrativa* 5/95, págs. 262-67, «El error judicial».

<sup>71</sup> Art. 106.

<sup>72</sup> Arts. 62 y 63 LOTC.

<sup>73</sup> STC 235/1991, que asume el criterio de la 11/1984, también la 1/1986.

<sup>74</sup> AATC 886/1988 y 280/1990.

<sup>75</sup> STC 88/1989.

<sup>76</sup> AATC 142/1989, 322/1989 y 357/1990 y SSTC 156/1990 y 37/1992.

<sup>77</sup> SSTC 67/1992, 74/1992 y 243/1993.

<sup>78</sup> ATC 886/1988.

<sup>79</sup> STC 88/1989.

<sup>80</sup> *Voto particular* a la STC 172/96.

<sup>81</sup> SSTC 165/1993, 233/1993, 28/1994 y 102/1994, en *Actualidad Administrativa* núms. 28/93, *Elecciones generales y Código Penal*; 40/93, 19/94 y 22/94, *Dimensión constitucional de las medidas cautelares en lo contencioso-administrativo*; págs. 1535, 1565, 1443 y 1219, respectivamente.

<sup>82</sup> SSTC 247/1994 y 31/1995, *Actualidad Administrativa* n° 13/1995. págs. 702-6.

<sup>83</sup> Art. 44.1 A) y c) LOTC.

<sup>84</sup> STC 142/1997, «*Actualidad Administrativa*» n° 44/97, págs. 1761-1764.

<sup>85</sup> Así lo exige el art. 44.1 c) de la Ley Orgánica.

<sup>86</sup> SSTC 46/1986 y 55/1991.

<sup>87</sup> STC 28/1994, *Actualidad Administrativa* n° 19/94, págs. 1443-1446.

<sup>88</sup> STC 54/1997, *Actualidad Administrativa* n° 33/97, págs. 2173-2179.

<sup>89</sup> SSTC 142/1992 y 11/1993, Actualidad Administrativa nº 11/93, págs. 595-598. *El principio de comedididad en el proceso.*

<sup>90</sup> STC 31/1995, Actualidad Administrativa nº 13/95, págs. 702-706. *La casación para unificación de doctrina.*

<sup>91</sup> STC 54/199, Actualidad Administrativa nº 33/97, págs. 2173-2179.

<sup>92</sup> STC /199 , planteamiento.

<sup>93</sup> STC 177/1995.

<sup>94</sup> STC 185/1990.

<sup>95</sup> De todo lo anterior se infiere que la demanda incurrió en el defecto no subsanable previsto en el art. 44.1.a) LOTC, procediendo, por tanto, declarar en este momento procesal la inadmisibilidad de la misma. Ahora bien, dado que aquella interpretación en el sentido más favorable de las «normas procesales que integran alguna vía rescisoria de las Sentencias firmes», a que nos referimos en la citada STC 185/1990, ha venido subrayándose de forma progresiva por la doctrina legal del Tribunal Supremo respecto de la audiencia al rebelde, así como por este mismo Tribunal, muy en particular a partir de la STC 310/1993, pero sin que hasta el presente hubiese llevado a apreciar, por medio de Sentencia, el incumplimiento del requisito del agotamiento de «todos los recursos utilizables en la vía judicial» [art. 44.1.a) LOTC], como ahora se hace, procede apreciar que, en el presente caso, el plazo previsto para plantear la audiencia al rebelde deberá ser computado a partir de la fecha en que se notifique a la actora la presente resolución (STC 15/1996).

<sup>96</sup> STC 170/1994. Actualidad Administrativa nº 30/97, págs. 1708-1712. MEDIZABAL ALLENDE (Rafael de), *Libertad de expresión y derecho al honor*, en la obra colectiva «Los derechos individuales en la Constitución española: la doctrina del tribunal Constitucional», Fundación El Monte, Sevilla 1993, pág. 59-83, así como *La libertad de prensa en el nuevo texto penal*, AEDE nº 21, págs. 8-2. *Jurisprudencia constitucional en materia de información y comunicación*. «Deontología, Función Social y Responsabilidad de los Profesionales de la Comunicación», Consejo Social de la Universidad Complutense, Madrid 2002, págs 95-114.

<sup>97</sup> En el juicio de amparo, la Sala que conozca de él suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiera de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. Podrá, no obstante, denegar la suspensión cuando de ésta puede seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero (art. 56.1 LOTC).

<sup>98</sup> *Las medidas cautelares en los procesos constitucionales*, «Actualidad Administrativa» nº 26/1996, pág. 1829.

<sup>99</sup> ATC 328/1995, Actualidad Administrativa nº 26/96, págs. 1529-1531.

<sup>100</sup> ATC 120/1993. Actualidad Administrativa nº 23/1993. págs. 1279-81, *El tufillo de buen derecho y las medidas cautelares*.

<sup>101</sup> ATC 120/1993, Actualidad Administrativa nº 23/1993, págs. 1279-1281 «Al cierre: El tufillo de buen derecho y las medias cautelares».

<sup>102</sup> Así lo reconoce el ATC 127/1995.

<sup>103</sup> Este es uno de los Autos que denegaron la excarcelación de los condenados en el caso «Nécora», precisamente el de quien responde al alias de «Sito Miñanco». Viene precedido de otro que sirve para mostrar su exacto significado y destacar su singularidad por marcar una novedosa orientación jurisprudencial.

Pues bien, los hechos por los que el demandante había sido condenado (tráfico de drogas), la pena privativa de libertad que se le impuso (veinte años) y el tiempo que le queda por cumplir (según sus cálculos casi doce años), que excedía con mucho el que en a la sazón llevada la tramitación de un recurso de amparo (algo más de un año, aproximadamente), aconsejaron en ese caso no suspender la ejecución de la condena, con independencia de cuanto la Administración Penitenciaria pudiera decidir sobre su situación.

<sup>104</sup> ATC 152/1995.

<sup>105</sup> ATC 197/1995, Actualidad Administrativa nº 26/96, págs. 1531-33.

<sup>106</sup> Este mismo criterio fue aplicado en el «caso Filesa». En el ATC 420/1997 se suspende cumplimiento de una pena de prisión de 3 años, resultante de 2 condenas: una de 1 año y otra de 2; en el 419/1997, no se suspende la de 11 años, resultante de 3 condenas a 3 años y una a 2 años.

<sup>107</sup> AATC 120/1993, 190/1995 y 328/1995, Actualidad Administrativa nº 23/1993, págs. 1278-1281. *El tufillo del buen derecho y las medidas cautelares*; 26/96, págs. 1535-1536; y 26/96, págs. 1529-1531.

<sup>108</sup> ATC 200/1995.

<sup>109</sup> AATC 52, 53, 54, 55 y 97/1995. ATC 230/1995, Actualidad Administrativa nº 26/96, págs. 1533-1535.

<sup>110</sup> ATC 190/1995.

<sup>111</sup> STC 111/1993 de 25 de marzo, obra del Pleno y diez más que la Sala Primera dictó el mismo día que este Auto. En todas ellas el objeto eran otras tantas Sentencias de varias Audiencias Provinciales (Alicante, Murcia, Navarra, Palma de Mallorca), donde se condenaba a distintos miembros de la Asociación de Gestores Inmobiliarios en promociones de edificaciones como autores de otros tantos delitos de intrusismo tipificado por el art. 321.1 del Código Penal.

<sup>112</sup> ATC 190/1993.

<sup>113</sup> *Teatro Crítico Universal*, L. III, «La balanza de Astrea», pág.

<sup>114</sup> STC 325/1994, Actualidad Administrativa nº 5/95, págs. 262-267. *El error judicial*.

<sup>115</sup> *Voto particular* a la STC 54/97, Actualidad Administrativa nº 33/97, págs. 2173-79.

<sup>116</sup> STC 137/1997, F.J. 7?.

<sup>117</sup> En las Cortes de Cádiz, el diputado José Cea, presentó ya un Proyecto de Ley por el que se establece el deber de motivar las sentencias penales. Proyecto que no llegó a ser ley. Es útil recordar las directrices dictadas hace ciento ochenta años:

1º.— La motivación exige referirse a la ley, de la cual se hace aplicación, impidiendo que la resolución se funde en el arbitrio judicial, originador de la inseguridad jurídica del ciudadano.

2º.— La motivación favorece una mayor perfección en el juicio interno de la elaboración de las sentencias, en cuanto que obliga a los jueces a un diligentísimo estudio para no exponerse a aventurar sus deliberaciones a la censura de la gente ilustrada.

3º.— La motivación ejerce una función persuasiva y didáctica, pues sabiendo los litigantes las causas y razones por la que se pierden o gana los pleitos, se convencieran de su sinrazón.

<sup>118</sup> STC 54/1997, Actualidad Administrativa nº 33/97, pág. 2173/79.