

LA APLICACION DE LA CONSTITUCION POR LOS JUECES Y LA DETERMINACION DEL OBJETO DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Miguel A. Aparicio Pérez

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCION AL ESTUDIO Y DELIMITACION DE LOS OBJETIVOS DEL SEMINARIO

La intención del presente seminario es la de efectuar una reflexión sobre los ámbitos normativos en los que actúa la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de su actividad jurisdiccional en relación con el superior control de constitucionalidad que corre a cargo del Tribunal Constitucional. Sin duda, este entrecruzamiento de planos ya ha sido dilucidado en sus aspectos básicos por la doctrina¹ e, incluso, ha constituido una vieja preocupación por mi parte² a la que sigo sin poder ofrecer más que alguna que otra idea que pueda seguir delimitando este campo conceptual.

Ello quiere decir que, a la hora de precisar el objeto, hemos de buscar en qué consiste la intersección entre ambos planos; cómo y por qué se produce; cuáles son las líneas de fricción inadecuadas y cuáles pueden ser las de acoplamiento. Como es obvio, el entrecruce se produce allí donde la respectiva actividad de ambos órganos constitucionales cobra una mayor similitud, es decir, a través del juego del amparo constitucional e infraconstitucional de los derechos. Por eso, pese a que la actividad de ambos se mueve sobre muy parecidos objetos, tal vez lo mejor (y, tal vez también, lo posiblemente más novedoso) sea el intentar delimitar los campos de actuación a través del acentuamiento de las diferencias.

¹ Recordemos la importante aportación de F. RUBIO LLORENTE con su trabajo «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional» (*REDC*, núm. 4, Madrid, 1982). Este tema, ya clásico, ha sido abordado por una gran variedad de autores desde diferentes perspectivas y sobre ellos volveremos al desarrollar los diversos aspectos que ocupan estas líneas.

² Vid. mi trabajo «Algunas consideraciones sobre la Justicia Constitucional y el Poder Judicial», en *RJC*, núm. 4, Barcelona, 1983, pp. 141-172.

Esta primera pretensión metodológica se ha de plasmar en el análisis del *status* que ocupa dentro de nuestro ordenamiento jurídico la actividad jurisdiccional ordinaria y cuáles son sus notas distintivas respecto a la constitucional. En definitiva, intentaremos observar los ámbitos y «no-ámbitos» de la aplicación de la Constitución por los jueces y tribunales ordinarios.

Pero, como es sabido, dichos jueces y tribunales en el ejercicio de su actividad en cualquiera de sus posibles manifestaciones son los sujetos «prestacionales» de un (o varios, según la postura que se adopte, como ya veremos) derecho fundamental: la tutela judicial efectiva. Con ello puede suceder siempre que tal actividad se eleve al plano de la constitucionalidad, aunque sea por vía negativa, si ocurre que tal tutela es indebidamente prestada o, simplemente, no lo es. De esta forma y aunque consiguiéramos delimitar los ámbitos de actuación, se nos aparece un segundo estrato en que la colisión puede producirse, con lo que no podremos por menos que intentar volver a delimitar no sólo el complicado concepto de qué sea tal tutela judicial, sino también su operatividad constitucional. Esto constituirá la segunda parte del trabajo.

Por último, yendo de lo particular a lo general, intentaremos volver al planteamiento inicial formulando una serie de propuestas en el plano funcional que puedan permitir una adecuada integración entre el nivel constitucional que ha de suponerse siempre para el recurso de amparo sustanciado ante el Tribunal Constitucional y el nivel garantista infraconstitucional que, en principio, debe ser la función «ordinaria» —valga la redundancia— de los jueces y tribunales ordinarios.

II. EL ESTATUTO JURIDICO DE LA APLICACION DE LA CONSTITUCION POR LOS JUECES

Es ya clásico el análisis que efectuaba García de Enterría sobre las posibilidades de aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria. Decía este autor que «el carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y tribunales del sistema y no sólo al Tribunal Constitucional». Y tal vinculación, a su juicio, se traducía en la aplicación de los correspondientes preceptos constitucionales en los siguientes supuestos:

- Enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes en dos formas alternativas: *a)* juicio de «posibilidad» de inconstitucionalidad de la ley aplicable, planteando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad; *b)* juicio positivo de constitucionalidad de la ley, al aplicarla para solucionar el caso concreto objeto del litigio.
- Juicio de inconstitucionalidad de los Reglamentos, como previo a cualquier aplicación de los mismos, con la consecuencia

de la inaplicación pura y simple de los Reglamentos que se estimen inconstitucionales (aparte de ilegales).

- Juicio de inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (administrativos y judiciales) y privados y negación de la validez de estos actos cuando se concluya su inconstitucionalidad.
- Interpretación conforme a la Constitución de la totalidad del ordenamiento, tanto de leyes como de reglamentos³.

La extensión ofrecida a la aplicación directa de la Constitución era, pues, notable. Ello obedecía, a mi juicio, a una doble y oportuna finalidad dadas las necesidades del momento en que se produjo: rechazar de plano la naturaleza simplemente programática de los preceptos constitucionales y afianzar el carácter normativo superior del texto constitucional. Con el paso del tiempo, sin embargo y aun admitiendo el esencial acierto de las afirmaciones anteriores, la falta de profundización en las mismas puede llevarnos, paradójicamente, a una situación no deseada: que esa aplicación de la Constitución en su doble cualidad de norma jurídica y norma jurídica superior se transforme, a su vez, o en una mera declaración programática o en un campo abonado donde quepa cualquier tipo de activismo judicial⁴.

1. *Concepto de aplicación de la Constitución. Efectos normativos y efectos integrativos-interpretativos. La distinción entre normas completas y normas incompletas*

Planteadas así las cosas, lo primero que hay que abordar es qué se entiende por «aplicación» de la Constitución en cuanto ésta se nos

³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid (Civitas), 1981, p. 67.

⁴ Vid. F. RUBIO LLORENTE, «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional», en *RDP (UNED)*, Madrid, 1982-83, pp. 27-37, y mi trabajo antes cit., p. 966. De todas formas, hay que señalar que existen sutiles teorizaciones sobre este tipo de activismo, y no me refiero al tan manidamente denostado «uso alternativo del Derecho». Véase, por ejemplo, el entusiasmo que muestra Dworkin sobre el activismo del Tribunal Warren en pro de la integración racial y otros derechos civiles y negando, en cambio, que tal Tribunal hubiera dado un nuevo contenido a la Constitución y ni siquiera que los hubiera creado *ex novo*, sino que se limitó a defender la Constitución cuya teoría moral básica es que los hombres tienen derechos morales contra el Estado: «La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución y, particularmente, el *Bill of rights* está destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común» (R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona (Ariel), 1984, p. 211; en general, sobre este punto, vid. todo el cap. V, pp. 209-233). A partir de esta afirmación de la teoría moral básica, el problema, como es obvio, se convierte en una cuestión de razonamiento y nada impide (como así ha sucedido) que al cambiar la composición del tribunal hayan cambiado los componentes de la teoría moral.

presenta como una norma jurídica. Y, básicamente, son dos los sentidos que este término puede tener: el referido a su eficacia normativa y el que atañe a su poder de conformación integrativa del resto del ordenamiento. Por el primero contiene un mandato de acción de obligado cumplimiento por los sujetos a quien se dirige; por el segundo se genera el principio de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución⁵.

Es obvio así que la aplicación de la Constitución en su vertiente integrativa e interpretadora vincula inmediatamente a todos los poderes públicos y su efecto de acción es permanente y general. En este sentido, los jueces y tribunales ordinarios quedan vinculados por la misma y, por eso también, por la interpretación que de ella efectúa el Tribunal Constitucional en su función de intérprete supremo.

Sin embargo, no sucede lo mismo en su vertiente de eficacia normativa como mandato. Como ha puesto de relieve Alejandro Nieto⁶, la Constitución, más que ninguna otra norma jurídica, contiene dos tipos de preceptos: los completos y los incompletos. Los primeros determinan el supuesto de hecho y prevén la consecuencia jurídica en el caso de que tal supuesto se produzca, teniendo, por lo tanto, plenos efectos normativos y pudiendo ser aplicados en dicho sentido en forma directa; los segundos, por el contrario, carecen de alguno de esos componentes y, por ello, necesitan de otros preceptos o normas para que se produzca el entrelazamiento entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Y lo cierto es que nuestra Constitución contiene no sólo un gran número sino también una gran variedad de esta clase de normas incompletas.

⁵ A mi juicio, la obra más sugestiva sobre la naturaleza específica de la interpretación constitucional sigue siendo la de Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid (CEC), 1984, especialmente porque introduce una concreción de los supuestos generales de la interpretación constitucional (deducidos de la práctica norteamericana) a la dinámica de nuestro Tribunal Constitucional. Desde un punto de vista de la Teoría General del Derecho (en su orientación académica de la Filosofía del Derecho) puede verse el trabajo de Juan Ramón DE PÁRAMO ARGÜELLES, «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional», en *REDC*, núm. 22, pp. 89-116, y la bibliografía que adjunta sobre el tema (pp. 116-119). Es, asimismo, de necesaria consulta el trabajo de A. PÉREZ LUÑO, «La interpretación de la Constitución», en *RCG*, núm. 1, pp. 82 a 132.

⁶ Alejandro NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *RAP*, núm. 100-102, Madrid, 1983, pp. 371 a 415. Este trabajo, frecuentemente citado por la doctrina, constituye uno de los más serios intentos de conseguir una redefinición del ámbito realmente operante en materia constitucional. Su planteamiento, con el que coincidimos en todos sus aspectos, arranca de considerar insuficiente la proclamación de norma jurídica para la Constitución. Según el autor, «esta doctrina, aunque venga inspirada por las intenciones políticas más elogiadas, adolece del importante defecto de confundir normatividad con aplicación directa de las normas y control jurisdiccional». Y más adelante añade: «desde el punto de vista técnico, la cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, en muchos casos (tanto en el Derecho público como en el privado) no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación» (*ob. cit.*, p. 387).

No cabe, pues, pretender para todos los supuestos posibles esa «aplicación» inmediata de todas las normas constitucionales por lo que luego veremos con mayor detalle.

Pero, si esta primera constatación aparece como evidente con sólo plantearlo desde la perspectiva de las normas objetivamente consideradas, adquiere unos perfiles más delimitados si la completamos con una perspectiva subjetiva, es decir, atendiendo al órgano encargado de aplicarlas, que en nuestro caso, no es otro que la jurisdicción ordinaria.

2. *El razonamiento judicial. Normas-dato y normas-producto*

Pues bien, sin perjuicio de precisiones posteriores, es para nosotros obvio que el ejercicio de la jurisdicción, en cuanto actividad aplicatoria del ordenamiento, lleva en su esencia la resolución de un conflicto intersubjetivo, cuya definición constitucional viene otorgada por el concepto de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. En cualquier caso, incluso en el supuesto de las acciones penales⁷, la relación jurídica que se dirime tiene una estructura, cuando no un contenido, de conflicto entre derechos subjetivos⁸; y, en consecuen-

⁷ Como es sabido, uno de los problemas aún vigentes de la doctrina procesal gira en torno a la teoría de la acción: tesis unas que abogan por una consideración abstracta de la acción, desvinculada de la pretensión, mientras que las otras —tesis— concretas ligan la acción a la pretensión al menos en cuanto esta significa una petición de protección por parte del Derecho. Ciertamente es, como señala V. GIMENO SENDRA, *Constitución y Proceso*, Madrid (Tecnos), 1988, pp. 73-74, que, aunque nuestro precepto constitucional acoge la tesis concreta como derecho de todas las personas a «obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos», dicha tesis no se adecúa al proceso penal porque, como dice el autor, «el derecho subjetivo de penar no asiste a las "personas" individualmente consideradas, sino al "poder judicial" (art. 117, 3.º) y en última instancia, al pueblo español, de donde recibe su encargo (art. 117, 1.º y 2.º)». Sin embargo, el tema es, a nuestros efectos, indiferente porque lo que se ventila en dicho proceso penal, al margen del significado del derecho de acción, es no sólo el poder de castigar del Estado sino también el derecho subjetivo del inculcado a no recibir dicho castigo, o a recibir el que jurídicamente corresponda.

⁸ No se nos escapa que no toda actividad jurisdiccional gira en torno a relaciones jurídicas intersubjetivas en conflicto y que existen determinados recursos, como el de casación, creados también en beneficio objetivo de la ley (y, a partir de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de la Constitución); pero ello no evita que el arranque de la actividad jurisdiccional y su misma razón de existir resida, precisamente, en ese conflicto, sin el cual no cabe actividad de protección objetiva del ordenamiento. Como señala Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, el recurso de casación «tiene una función predominantemente parciaria, en el sentido de que *principalmente* tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales, aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomo filáctica) y unificadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Vid. en *Derecho Procesal*, II, Valencia (Tirant lo Blanch), 1988, p. 604, junto con GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y ALMAGRO NOSETTE. El subrayado es mío.

cia, la actividad jurisdiccional es, ante todo, una decisión de un órgano del Estado de naturaleza independiente que soluciona el conflicto mediante la aplicación, en sentido estricto, de los efectos normativos del ordenamiento.

Cuestión distinta es la que se refiere a la delimitación práctica de hasta dónde llega o puede llegar esa aplicación de los efectos normativos del ordenamiento. Parece, en este sentido, bastante claro que el margen de vinculación (o dicho en términos más comunes, el margen de interpretación) de un juez o tribunal ordinario respecto de la norma que tenga que aplicar a cada caso concreto depende, en último extremo, de la propia naturaleza de esa norma⁹. Pero esto no desdice que la auténtica actividad aplicatoria del derecho consista, en definitiva —y según la vieja doctrina clásica—, en determinar la norma o normas aplicables al supuesto de hecho para adoptar la correspondiente solución.

Ahora bien, ¿en qué sentido puede aplicar el juez o tribunal ordinario uno o varios preceptos constitucionales de forma directa y *positiva* para solucionar el conflicto que se le somete a su decisión?

Entramos con ello, necesariamente, en el confuso y discutido campo del razonamiento judicial donde se mezclan los más variados entresijos conceptuales (no por casualidad constituye un centro básico y polémico tanto de la Teoría del Derecho como de la Ciencia del Derecho) que van desde el cuestionamiento clásico del juez como la *vox legis* hasta la defensa de la libre creación del derecho por los jueces. En cualquier caso, nadie discute hoy que el juez se limite a esa función de fedatario de la norma y que no participe en cierto grado en el proceso creativo del derecho: el juez necesariamente interpreta y, al interpretar, necesariamente crea. Como señala Prieto Sanchís, «el producto de la interpretación es un significado al que podemos denominar “norma-producto”, concretamente el significado atribui-

⁹ Vid. J. GARCÍA TORRES, «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», en *RPI*, núm. 10, Madrid, 1988. Esta aportación doctrinal, extraordinariamente sugestiva, viene a mantener tres líneas de desarrollo básicas: la primera, referida a la interacción que se produce entre la actividad de control constitucional por parte del Tribunal Constitucional y la actividad del Legislador, de manera que cuando aquél delimita la vinculación de éste a los derechos fundamentales queda, a su vez, vinculado. Esta interdependencia se produce, sin embargo, de una forma muy abierta («la jurisprudencia constitucional se caracteriza y *debe* caracterizarse, por su resistencia a señalar confines precisos a los derechos fundamentales para que puedan seguir siendo mina y venero. Visto el fenómeno en perspectiva normativa, *derechos fundamentales-fuente* equivalen a normas constitucionales con apertura máxima, más elevadamente *open-textured*», *ob. cit.*, p. 16). La segunda está representada por la vinculación de jueces y tribunales del Poder Judicial a los derechos fundamentales y se caracteriza por su dependencia directa de la interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional, aunque frente al legislador siempre podrán interponer la cuestión de inconstitucionalidad. La tercera, en un apunte muy breve, se refiere a la inmediata vinculación de los órganos administrativos respecto de la Constitución y de las leyes, con carácter global y directo.

do a la "norma-dato", lo que equivale a sostener que la interpretación incorpora una dimensión volitiva, esto es, propiamente normativa; en modo alguno, que las leyes o "normas-dato" sean creadas por el intérprete¹⁰. Por otro lado, este autor formula un modelo hipotético de razonamiento interpretativo judicial: frente a (o mejor dicho, matizando) la vieja postura que señala los tres momentos de la actividad judicial en la clásica forma silogística, indica Prieto Sanchís, que la primera fase no comienza con la atribución de significado a un enunciado normativo sino que, previamente, han de verificarse «algunas operaciones que con frecuencia condicionan o casi "prejuzgan" el resultado final». Y estas operaciones previas, son la *calificación provisional de los hechos y la individualización de la norma*¹¹. La calificación de los hechos implica la utilización de nociones que forman parte del lenguaje normativo (si los hechos tienen o no relevancia jurídica, por ejemplo); mientras que la individualización de la norma o grupo normativo supone «elegir ciertos enunciados y rechazar otros de acuerdo con criterios no siempre regulados y en cuya delimitación pueden intervenir consideraciones extralegislativas» (pp. 89-90). Con ello se pasa al elemento central de la interpretación: *la atribución de significado al enunciado normativo* previamente seleccionado. En esta fase es donde la presencia del texto constitucional condiciona extraordinariamente esa concreción de la atribución de significado: «de un lado, la Constitución amplía las facultades de enjuiciamiento por cuanto el tribunal no sólo ha de interrogarse sobre el sentido e idoneidad de la norma para resolver el caso, sino también acerca de su validez constitucional; de otro, los valores y principios han de estar siempre presentes en las operaciones de atribución de significado (...)» (p. 93). A partir de aquí, se produce una reintegración procesal entre hechos y significado atribuido a la norma o grupo normativo, aunque todavía pueden surgir nuevas dificultades antes de adoptar la decisión que solventa el caso: la aparición de antinomias o de redundancias que exige una nueva selección de la norma y de su significado atribuible al caso (pp. 98 y ss.). Estos distintos momentos los separa el autor con la finalidad de resaltar los aspectos propiamente creativos de derecho en la acción de juzgar, sin que se trate de fases necesarias temporalmente sucesivas.

Por eso, y a los efectos que nosotros perseguimos, podemos recalificar esas fases en tres planos distintos: un primer plano, de mero enjuiciamiento o búsqueda de la norma aplicable al caso controvertido; uno segundo de eliminación de disposiciones o normas que, por

¹⁰ LUIS PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid (Tecnos), 1987, p. 84. Me interesa traer esta cita a colación por cuanto uno de los elementos que me propongo abordar es el de si es diferenciable la operatividad de la norma constitucional en el conjunto del razonamiento judicial ordinario de la que poseen las normas infraconstitucionales: en ese sentido, la diferenciación entre «norma-dato» y «norma-producto» entiendo que puede ser importante.

¹¹ Vid. PRIETO SANCHÍS, *ob. cit.*, pp. 88 y ss. Seguiremos utilizando las sugerencias de este autor, señalando en el texto la página o páginas de donde se recogen.

vicios formales o materiales, no le son aplicables; y un tercero de solución de la controversia mediante la *iuris-dictio*. En la primera búsqueda (siempre en el terreno lógico-simbólico de una determinada estructura del razonamiento judicial)¹², el juez ha de limitarse a analizar el sistema de fuentes y la operatividad general que para la aplicación del derecho contienen los principios propios del Estado de Derecho (y especialmente, los contenidos en el artículo 9.3 CE); en virtud del sistema de fuentes, unas normas serán pertinentes (aplicables) al caso y otras no, pero de entre las primeras puede estimar que algunas violan los principios estructurantes del ordenamiento jurídico; por fin, depuradas las dos fases anteriores, se llegará a la resolución de la *litis* mediante la conocida subsunción del hecho en la norma aplicable. Esto no significa eliminar del proceso de toma de decisión ningún momento creativo autónomo por parte del juzgador; significa únicamente simplificar, enmarcándolo, el concreto juego de normas y distinta posición en ese proceso con las que debe afrontar la solución del conflicto.

3. *La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria, utilizada como norma de solución de conflictos intersubjetivos*

A pesar de la generalidad y casi obviedad de las afirmaciones anteriores, puede que no sean del todo inútiles ya que nuestro objetivo es el de proceder a un replanteamiento general de grandes afirmaciones, cual es el de valor normativo e inmediatamente vinculante de la

¹² Vid. las fases que A. ROSS desarrolla en materia de razonamiento judicial, aunque hay que tener en cuenta que para dicho autor el sistema de fuentes depende básicamente de la aplicación que del derecho hacen los jueces de acuerdo con una determinada cultura jurídica (A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, 1970). Tras abordar este autor la descripción de los diversos métodos de interpretación desde la perspectiva indicada, pone de manifiesto el elemento central, a nuestro juicio, de la operación jurisdiccional. Dice ROSS que «la administración de justicia, aun cuando su camino resulta preparado por procesos cognoscitivos, es por su naturaleza propia, sin lugar a dudas, una decisión, un acto de voluntad». Por eso, afirma más adelante: «La interpretación de la ley (en un sentido más amplio) es en esta medida un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento.» *Ob. cit.*, pp. 132 y 133, respectivamente. Es conocida también la postura de H. KELSEN sobre el acto de voluntad de creación normativa que para él supone la sentencia judicial como último peldaño concretizador de la escala normativa: «Los tribunales aplican las normas jurídicas generales *al dictar normas individuales*, determinadas en su contenido por las normas generales, que estatuyen una sanción concreta, sea la ejecución forzosa civil, sea una persona (...) la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la concreción de la Constitución y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y, de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (abstracto) a lo individual (concreto) se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido» (H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires [Eudeba], 1979, p. 246).

Constitución. Porque la primera obligación del juez reside en aplicar tanto el sistema de fuentes como los principios estructurantes del ordenamiento. Según ella, queda vinculado a los principios de jerarquía, legalidad, no retroactividad de las normas penales o sancionadoras, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, etc.; y en este sentido estará aplicando la Constitución porque de ella —como fuente de fuentes— emana todo el sistema; pero, adviértase, que ésta no es una actividad aplicatoria inmediata, sino mediata, en cuanto mecanismo en el que tendrá que fundar su decisión de aplicar una norma y no otra para resolver el conflicto. De la misma naturaleza participa el segundo de los planos mencionados, ya que en definitiva se trata de un juicio depuratorio del ordenamiento, sin carácter vinculante, al menos *erga omnes*. Únicamente, por tanto, en la tercera de las fases se produce una auténtica actividad aplicatoria decisional, influida e impregnada, sin duda, de las dos anteriores pero que supone la que manifiesta en su esencia la naturaleza de la actividad judicial ordinaria que se suele mover *en el plano de la legalidad* y no —en términos generales— *en el plano de la constitucionalidad*. *Afirmación que se efectúa con conciencia clara de que «la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como mundos distintos e incommunicables» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de abril de 1984).*

Pienso que, sin duda, eran estas cuestiones las que movían al profesor y magistrado constitucional Luis Díez Picazo a plantearse: «¿En qué casos se puede producir una aplicación directa de la Constitución por los Tribunales de Justicia? Si la pregunta se centra de esta manera —añadía—, la respuesta empieza a tener que ser vacilante y no ya tan clara. Ha de tratarse de pretensiones de los ciudadanos, ejercitadas de forma concreta ante los tribunales de justicia para reclamar un comportamiento positivo o negativo de otros ciudadanos o de poderes públicos del Estado.» Y terminaba este razonamiento señalando: «Se comprende enseguida que la pretensión, o el debate, o litigio que en torno a ella se suscite *sólo puede ser decidido por una norma cuyo supuesto de hecho coincida con los hechos del litigio, de modo que se pueda producir una aplicación de la consecuencia jurídica. Si llegamos a esta conclusión, me parece que el único campo posible de aplicación directa es el de los derechos fundamentales que disponen de un ámbito especial de protección*»¹³. El autor emplea, pues, el concepto de aplicación en su sentido estricto, es decir, en el de la utilización de una norma para solventar un determinado conflicto.

De todas formas, aun así, no queda claro ni que la Constitución como norma directamente aplicable por el juez se mueva únicamente en el ámbito de los derechos fundamentales ni tampoco que se mueva —en el plano que estamos siguiendo— en *todo* el ámbito de

¹³ Luis Díez PICAZO, «Constitución, Ley, Juez», en *REDC*, núm. 15, p. 19. El subrayado es mío.

los derechos fundamentales. Por eso, antes de continuar con esta panoplia de dudas, tal vez sea conveniente retomar con un cierto sistema las preocupaciones iniciales y volver a esos ámbitos aplicatorios a los que se refería el profesor García de Enterría. Y en el primero de ellos aparecía el del «enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes».

Y en este campo, parece relativamente sencillo convenir que aparecen dos momentos indiscutibles en que la jurisdicción ordinaria opera directamente con la Constitución: cuando interpreta que una ley preconstitucional ha quedado derogada por la Constitución y cuando decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Pero lo mejor será que analicemos por separado el significado de ambas figuras.

4. *La derogación de las leyes preconstitucionales*

Como es sabido, el apartado 3 de la disposición derogatoria de nuestra Constitución señala que «asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución». Y, como también es sabido, la derogación no consiste sino en la pérdida de vigencia de una norma por la promulgación de otra posterior, de igual o superior rango, que la contradiga o expresamente la elimine del ordenamiento jurídico. Supone, en definitiva, la finalización «natural» de la vida jurídica de una norma, sin que implique juicio alguno sobre sus elementos constitutivos (validez).

a) *El significado de la derogación como cláusula convencional de interpretación*

Ahora bien, la derogación o expulsión del ordenamiento de una norma jurídica por la entrada en escena de otra posterior juega de manera muy distinta según sea realizada de forma expresa y concreta (queda derogada la Ley X) o bien lo sea de una forma tácita y/o genérica (quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a la presente ley, o, simplemente, no contenga disposición derogatoria alguna). En el primer caso, existe una legislación negativa expresa y concreta y, por lo tanto, la eficacia derogatoria se extiende por el contenido normativo del mandato negativo. Por el contrario, en el segundo hay que determinar y concretar ese contenido o contenidos; es decir: hay que interpretar.

Ello no implica, por supuesto, una diferencia en la naturaleza de ambos tipos de derogación: una vez realizada la oportuna concreción sus efectos son los mismos, ya que en ambos casos se produce la eliminación del ordenamiento de una o varias normas jurídicas por la acción de una norma jurídica posterior. Sin embargo, aunque la

naturaleza jurídica sea idéntica, su operatividad es muy diferente: al mediar en el segundo supuesto la actividad del intérprete, necesariamente entran en escena los distintos mecanismos de interpretación, de manera que los ámbitos de la derogación quedan, o pueden quedar, relativamente difuminados e incluso contradichos por otros criterios. Lo ponía de manifiesto A. Ross: «Se piensa a menudo que cuando se trata de la relación entre leyes diferentes, las inconsistencias pueden ser resueltas mediante dos simples reglas convencionales de interpretación, como *lex posterior* y *lex superior* (...) Pero no es correcto elevar este principio a la categoría de axioma absoluto (...) Además la fuerza del principio variará según los diferentes casos de inconsistencia.» Y a continuación, introducía una serie de ejemplos: «En los casos de inconsistencia entre reglas particulares anteriores y reglas generales posteriores, *lex specialis* puede, según las circunstancias, prevalecer sobre *lex posterior* (...) En los casos en que las reglas se superponen parcialmente (...) *Lex posterior* sólo se aplica en la medida que, en términos subjetivos, el legislador "tuvo la intención" de reemplazar la ley anterior»¹⁴. Etc.

Como quiera que sea, se puede observar que la tarea depuradora del ordenamiento anterior a la Constitución mediante el mecanismo derogatorio es compleja. Pero se puede observar también que, en cualquier caso, esa tarea no contiene rasgo alguno de ejercicio de una voluntad normativa creadora (aunque sus resultados puedan materialmente tenerlo) y que se mueve dentro de los límites (por muy amplios que éstos sean) de la interpretación.

Pues bien, una de las funciones tradicionales del ordenamiento judicial, sobre todo desde el momento en que se instaura el recurso de casación por infracción de doctrina legal tras la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (en el que el Tribunal Supremo realiza la función unificadora de la jurisprudencia), ha sido la de declarar el, por así decirlo, estado de la cuestión en materia de vigencia normativa. Pero, obsérvese, que ésta ha sido siempre una función heurística, de investigación y hallazgo, y no constitutiva en sentido originario. Las declaraciones de derogación, en dicha óptica, *no derogan*, sino que expresan y exteriorizan cuál o cuáles son las normas que han de ser tenidas en cuenta para la solución de un determinado supuesto y cuál o cuáles no lo pueden ser, simplemente, porque ya no existen. Así, como toda la doctrina conviene, la derogación en dicho campo opera como un principio convencional de interpretación, es decir, de concretización para cada caso, de la norma aplicable. Por tales razones, la declaración de cualquier tribunal ordinario entendiendo que una determinada norma se halla derogada *no forma nunca parte del valor de cosa juzgada*, precisamente porque, en nuestro sistema, los jueces carecen de capacidad autónoma de creación normativa en sentido estricto.

¹⁴ A. Ross, *ob. cit.*, p. 127.

b) *El contenido de la aplicación derogatoria: carácter interpretativo y carácter declarativo-no constitutivo*

Con esta primera aproximación nos podemos plantear ya el significado constitucional que posee «la aplicación» por los jueces de la Constitución a los efectos de declarar derogada una norma preconstitucional. Como puede suponerse, no pretendemos movernos en la posible polémica sobre la atribución competencial del control de constitucionalidad, problema que, por lo demás, ha sido resuelto por la propia doctrina del Tribunal Constitucional, según es sobradamente conocido: la solución, aceptada con naturalidad en estos momentos, viene dada por el reparto concurrente de atribuciones distintas, según la cual el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad (declaración de nulidad de una ley anterior por oponerse a una ley superior-Constitución) y los jueces y tribunales ordinarios declaran la inaplicabilidad de una ley anterior por hallarse en contradicción con una ley posterior (Constitución), es decir, declaran la derogación. Así, por la primera función se anula una ley del ordenamiento por la conocida figura de la inconstitucionalidad sobrevenida; por la segunda, se declara extinta e ineficaz. En la primera se efectúa un juicio y una *decisión* sobre la «validez» de la ley anterior; en la segunda, exclusivamente, *una declaración* sobre su vigencia; en la primera puede tener la nulidad efectos retroactivos; en la segunda, carece de ellos; y así sucesivamente¹⁵.

¹⁵ Como decimos, no se trata de volver sobre datos suficientemente conocidos, magníficamente descritos, por lo demás, en P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid (CEC), 1985, pp. 150 y ss., donde se relatan las distintas opciones doctrinales y jurisprudenciales sobre este tema. Baste, sin embargo, introducir un resumen de la doctrina establecida, tras los primeros titubeos, por el Tribunal Constitucional en que se recoge todo el alcance de la distinción: «La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, en lo que ahora interesa, en que la Constitución es una ley superior —criterio jerárquico— y posterior —criterio temporal—. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar —de una parte— a la inconstitucionalidad sobrevenida, y *consiguiente invalidez*, de las que se opongan a la Constitución, y —de otra— a su *pérdida de vigencia* a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su *derogación*» (STC 4/1981, de 2 de febrero). Y en la STC 11/1981, de 8 de abril, explicaba la concurrencia entre ambas figuras: «En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la *contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación*. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser *concurrentemente* la derogación y la nulidad.» Pero es en la STC 77/1982, de 20 de diciembre, donde con mayor claridad se exponía que la derogación se produce directamente por la mera colisión entre norma posterior y norma anterior, es decir, en el seno del propio ordenamiento y no porque cualquier órgano público así lo decida. Indicaba, en su fundamento jurídico 2, lo siguiente: «Los derechos fundamentales se ejercitan de acuerdo con su contenido constitucionalmente sancionado y, de estar desarrollados legalmente, de acuerdo con lo

En consecuencia, si la derogación se produce al margen de que sea o no sea declarada, esta actividad declaratoria difícilmente puede ser considerada como algo de naturaleza diferente a la de la mera interpretación constitucional. Pablo Pérez Tremps manifestaba una opción opuesta a la que aquí se mantiene, y conviene recoger el razonamiento en toda su extensión para poder resaltar acuerdos y diferencias. Indicaba este autor:

«Ahora bien, observando el problema de la adecuación de las leyes viejas a la nueva Constitución desde la perspectiva de la naturaleza que tal juicio de adecuación [posee], el tema sufre un giro en su planteamiento. Resulta obvio que la comprobación de si existe o no oposición material entre una ley y la norma fundamental exige utilizar esta última como parámetro, sea la ley en cuestión pre o postconstitucional. Se trata, pues, de un juicio materialmente constitucional. Se trata, pues, de un juicio materialmente constitucional en que los preceptos o principios fundamentales del ordenamiento son la cobertura bajo la que debe inscribirse todo el ordenamiento. *La naturaleza del juicio pone de manifiesto, pues, que cuando el juez ordinario posee, aunque sea de forma compartida, como en España, competencia para conocer de la adecuación de la ley vieja a la nueva Constitución, se convierte en un juez constitucional y, en consecuencia, en intérprete de la norma fundamental*»¹⁶.

Por lo pronto, como es obvio, disentimos de la última y tajante afirmación. Tal vez, si se invirtieran los términos y se dijera que el juez, en cuanto intérprete de la Constitución, ejerce funciones de juez constitucional, la afirmación podría ser compartida; pero el asegurar que, por el hecho de que el juez ordinario interprete una norma subconstitucional en contraste con la Ley fundamental, se convierte en juez constitucional, es tanto como afirmar que la jurisdicción ordinaria se transmuta, dentro de determinados espacios, en jurisdicción constitucional; lo que, a todas luces, es, en nuestra opinión, incorrecto. Y ello porque, al margen de otras consideraciones, al juez ordinario le falta un atributo esencial que, en cambio, sí posee el juez constitucional: la capacidad de transformar el enjuiciamiento interpretativo en decisión vinculante *erga omnes*.

En efecto —y como ya hemos visto—, la derogación, por así decirlo, se produce al margen de la voluntad del juez. Parafraseando a los

que disponga la Ley correspondiente, siempre que ésta sea posterior a la CE y no haya sido declarada inconstitucional por este Tribunal. Si la ley reguladora del derecho fundamental es anterior a la Constitución e infringe ésta, no cabe duda que debe considerarse inaplicable en lo que vulnera dicha norma constitucional por haber quedado derogada. Lo mismo debe concluirse, y con mayor razón, cuando la norma que vulnera la Constitución Española es de naturaleza reglamentaria, y todo ello sin necesidad de que el legislador, la Administración o los Tribunales, según los casos, hagan una declaración en tal sentido.»

¹⁶ P. PÉREZ TREMPs, *ob. cit.*, pp. 155-156. El subrayado es mío.

clásicos, se mueve en el ámbito del conocimiento y no en el de la voluntad. En consecuencia, su actividad de intérprete le sirve para decidir sobre la aplicación de la norma infraconstitucional y no sobre la aplicación de la Constitución. En este sentido, aparecen dos vertientes, bastante claras, a nuestro juicio, en que tal cuestión se demuestra: en la posible contradicción entre declaración de derogación y declaración de constitucionalidad de una norma y en las disposiciones de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial al ordenar cuáles son los ámbitos de actuación del juez.

En el primer caso, no es difícil plantearse el supuesto en que un juez ordinario deje de aplicar una ley preconstitucional, estimándola derogada por la Constitución, sin haber buscado —y siendo ella posible— una interpretación de la norma favorable al texto constitucional. Es indudable que cabrá un pronunciamiento posterior del Tribunal Constitucional en que, sosteniendo la opinión contraria, conceda validez a la norma que se ha entendido derogada, siendo nula y sin ningún efecto (aparte del que haya adquirido el valor de cosa juzgada) la interpretación anterior.

Y es que, efectivamente, como observaba con agudeza Luciano Parejo¹⁷, el problema de la derogación y de la inconstitucionalidad sobrevinida gira en torno a los mecanismos de resolución de un conflicto internormativo. En tal sentido, con dicho autor, considero que el tipo de enjuiciamiento o valoración que efectúa el juez ordinario y el que efectúa el Tribunal Constitucional es el mismo («Toda relación de una norma legal ordinaria con la Constitución se plantea, exclusivamente, en términos de constitucionalidad, es decir, de conformidad o disconformidad con ésta, *con independencia de que el conflicto se trate por razón de ser la norma fundamental, a la vez, posterior y superior a la ordinaria o en virtud, exclusivamente, de su superioridad sobre ésta*»). Pero ello no implica que, aun siendo el tipo de enjuiciamiento idéntico, las consecuencias deban ser también idénticas. Sin duda, en ambos supuestos se resuelve el conflicto internormativo pero, desde luego, no se resuelve de la misma manera y con los mismos efectos: la inconstitucionalidad anula la norma definitivamente; la declaración de derogación ni la anula (porque la fuerza derogatoria corresponde exclusivamente a las normas posteriores de igual o superior rango y no al juez) ni la inaplicación individualizada tiene otros efectos que los que operen en el concreto proceso jurisdiccional de que se trate.

El que los efectos sean distintos no es cuestión sin importancia; antes al contrario, pone de manifiesto la distinta operatividad (y consiguiente *aplicación*, en sentido estricto) que la Constitución adquiere cuando es utilizada por el Tribunal Constitucional a cuando lo es por los tribunales ordinarios. De haber triunfado la postura mantenida

¹⁷ Luciano PAREJO ALFONSO, «La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevinida», en *RAP*, núm. 94, pp. 201 y ss.

en el comentado voto particular¹⁸ a la STC de 2 de febrero de 1981, se hubiera¹⁹ concedido «una fuerza reduplicada a las normas producidas bajo la legalidad política anterior, en relación con las leyes aprobadas por las Cortes Generales surgidas de la legalidad constitucional»; por el contrario, el reconocimiento de competencia al Tribunal para determinar la inconstitucionalidad de tales leyes anteriores «tiene una eficacia social también indudable y supone imprimir a la Constitución, y al nuevo sistema jurídico-político, una especial profundidad en su *fuerza transformadora*, en su vis innovadora del ordenamiento jurídico»²⁰.

Por todo ello, podemos concluir en que los tribunales ordinarios realizan —y deben realizar— un enjuiciamiento (interpretación) constitucional en el momento de determinación de la norma o normas aplicables al caso, pero que tal operación no les identifica con la jurisdicción constitucional.

Por el contrario, tanto la Constitución como la interpretación del Tribunal Constitucional operan en la actividad jurisdiccional ordinaria como normas de mediación, obligatorias para el juez, pero no de aplicación directa (en términos generales) para la solución del caso concreto, único ámbito en el que, como decíamos, se puede desenvolver. Esto queda reflejado con, a nuestro juicio, suficiente rotundidad en el criticado artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985:

«La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes *interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los principios y preceptos constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*»

Al margen de las dos primeras oraciones (carácter de norma suprema y vinculación de jueces y tribunales, que no son sino una de las muchas redundancias que aparecen en nuestro derecho positivo²¹), este precepto diseña el espacio «natural» para el ejercicio de la actividad judicial: la *aplicación* (esta vez, en el sentido fuerte de la expresión) de las Leyes y Reglamentos. Qué quiere decir «conforme a

¹⁸ Como es sobradamente conocido, el voto particular a la STC de 2 de febrero de 1981, debido al magistrado Francisco Rubio Llorente, mantenía la improcedencia de que el TC se pronunciara sobre la validez de las normas preconstitucionales, entendiendo que la plena operatividad de la disposición derogatoria de la Constitución entregaba esta función en exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

¹⁹ Diego LÓPEZ GARRIDO, «Un año de Tribunal Constitucional», en *RDP*) núm. 13, p. 205.

²⁰ D. LÓPEZ GARRIDO, *ibidem*, p. 206. Vid. también un resumen y comentarios en Pedro CRUZ VILLALÓN, «Dos años de jurisprudencia constitucional española», *RDP*, núm. 17, pp. 11 a 15.

²¹ Pensemos en el flagrante y llamativo caso de la repetición literal de preceptos constitucionales en todos los Estatutos de Autonomía. Con ello, a base de invocar con los motivos más peregrinos el texto constitucional, éste inevitablemente se devalúa y pierde su imprescindible eficacia.

la interpretación de los mismos [preceptos constitucionales] que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» se lo planteaba Tomás S. Vives en un provocador (y, por lo tanto, creativo) artículo que terminaba con el siguiente diagnóstico: «En tales circunstancias, un precepto impreciso que no resuelve los problemas y que mezcla las diversas clases de resoluciones recaídas en los distintos tipos de procesos en una suerte de “noche, donde todos los gatos son pardos”, no resulta recomendable, pues su única virtualidad es la de aumentar la confusión»²². Sin duda, la confusión se aumenta pero la idea es clara: los jueces y tribunales han de *aplicar* las leyes y reglamentos: a) de conformidad con la Constitución, y b) de conformidad con lo que el Tribunal Constitucional diga qué es la Constitución. Lo que, aunque sea sólo una extraña versión normativa de la frase del *Chief Justice* Ch. E. Hughes que la Constitución es lo que los jueces (de los EE.UU.) dicen que es²³ —en nuestro caso, el Tribunal Constitucional—, sirve siquiera para aumentar nuestra sospecha de que la LOPJ resitúa la función jurisdiccional ordinaria en una doble y escalonada dependencia antes de entrar en su terreno propio: la dependencia a la Constitución y la dependencia al Tribunal Constitucional. Con lo que, sin duda, por seguir con el argumento anterior, pone bien a las claras la posición concreta que la Constitución como norma tiene a la hora de ser aplicada por los tribunales ordinarios.

Pero conviene seguir analizando otros ámbitos aplicatorios antes de extraer las conclusiones que nos proponemos. Para ello, debemos analizar, en segundo término, la cuestión de inconstitucionalidad.

5. *La aplicación judicial de la Constitución en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad*

Se ha indicado por el TC (STC, 17/1981, de 1 de junio) que la «cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución». La primera afirmación es obvia: la cuestión no es un recurso directo; la segunda, en cambio, aun gozando del mismo grado de obviedad que la anterior, poco nos dice sobre la naturaleza jurídica de tal «instrumento». En tal «instrumento», cuya finalidad reside en que el juez no aplique una ley inconstitucional, ¿se configura como un derecho de acción «abstracta» ante la jurisdicción constitucional?; ¿supone un caso excepcional

²² T. S. VIVES, «Tribunales de Justicia y Jurisprudencia Constitucional», en *RPJ*, núm. 2, 1986, p. 13.

²³ «We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.» Charles EVANS HUGHES, *Adresses*, New York, 1908.

de legitimación activa para iniciar un proceso constitucional por razón de interés público?²⁴; ¿acaso existe una previa aplicación de la Constitución por el juez ordinario, de forma que su cuestión o pregunta presupone, en cierta medida, no sólo la colaboración sino también el asentimiento del Tribunal Constitucional?, etc.

Como es sabido, la regulación de la cuestión de constitucionalidad en nuestro sistema vino dada en primer término por el artículo 163 CE y después fue reiterada por el artículo 35 de la LOTC. A su tenor, «cuando un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos». Y, de acuerdo con el artículo 35.2 de la LOTC, se especificaba el momento procesal para el planteamiento de la cuestión («concluido el procedimiento, dentro del plazo para dictar sentencia»), la determinación del objeto de la cuestión (concreción de la Ley cuya constitucionalidad se cuestiona y del precepto constitucional que se considera infringido) así como la relevancia que tal planteamiento guarda con la decisión del proceso *a quo* («especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión»).

Estos requisitos son justificados y teorizados por el Tribunal, en cuanto indispensables para que la cuestión sea admitida a trámite, señalando: «Figura entre tales exigencias la de que de la validez de la

²⁴ ALMAGRO NOSETE (*Justicia Constitucional*, Madrid, 1980) considera que la potestad del juez o tribunal para interponer la cuestión «debe situarse en área diferente a la legitimación». J. GONZÁLEZ PÉREZ (*Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, 1980) prefiere hablar de «competencia» como atributo del órgano jurisdiccional. A. PÉREZ GORDO hablaba de «ausencia de acción, de interés específico y, consecuentemente, de partes» (en «Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad», en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 198). Lo cierto es que, al margen de importantes, sin duda, conceptualizaciones procesales, el órgano judicial *a quo* ejerce objetivamente un derecho de acción, si por derecho de acción se entiende la capacidad de *provocar* (en su sentido más etimológico y jurídico) el inicio de un proceso jurisdiccional. No es exacto, a mi juicio, en consecuencia, la inexistencia de interés específico porque ese interés ya se halla en la pretensión. Y la pretensión no es otra que la norma cuestionada sea analizada en sus elementos de validez por el Tribunal Constitucional y de ese análisis surja la decisión jurisdiccional constitucional: la validez (con todas las matizaciones de una sentencia interpretativa, si es que cabe) o la nulidad. Por lo tanto, en términos estrictos, la pretensión del tribunal *a quo* no reside en que la norma sea declarada inconstitucional, ni en lo contrario: reside en la necesidad de moverse en un principio de seguridad jurídica y de jerarquía normativa del que él no dispone en su determinación y por lo que debe acudir a quien constitucionalmente puede delimitarlo: el Tribunal Constitucional. De esta forma no es sólo un «interés público» lo que se persigue con la cuestión (vid. bibliografía en nota 39, p. 128, de la *ob. cit.* de PÉREZ TREMPs, en que se resumen las distintas posturas sobre este punto), sino uno o varios mandatos constitucionales que engloban tanto el interés particular como el interés general como, incluso, el propio orden de convivencia.

norma cuestionada dependa el fallo del proceso en que la cuestión se suscita ya que, en otro caso, faltarían las graves razones que permitirían acometer el juicio de constitucionalidad de la ley. Su dependencia implica que debe existir una correlación lógica y directa entre la eventual eliminación de la norma legal cuya constitucionalidad se cuestiona y la satisfacción de las pretensiones objeto del *petitum* de las partes en el proceso *a quo*, correlación que el órgano judicial llamado a resolver *debe poner de relieve de manera razonada ante este Tribunal*, pues, en caso contrario, sería imposible determinar si la cuestión planteada se ajusta a los límites constitucionales²⁵.

Pues bien, sin necesidad de repasar todas y cada una de estas exigencias, lo cierto es que nos hallamos ante dos momentos no sólo fácilmente distinguibles sino también extraordinariamente distantes. Por el primero, el juez ordinario plantea la pregunta (en la que lo de menos es que muestre sus dudas o su seguridad sobre la inconstitucionalidad de la ley que se cuestiona); por el segundo, resuelve el Tribunal Constitucional no sólo sobre la pregunta (si entra en el fondo de la misma) sino incluso sobre su admisión a trámite. De hecho, el juicio de constitucionalidad efectuado por el juez *a quo* es escasamente relevante a los efectos de la *aplicación* de la Constitución: quien la aplica, de nuevo, es el Tribunal Constitucional.

Esta regulación ha dado pie a la gran mayoría de autores a identificar esta función de la jurisdicción ordinaria con la propia de la constitucional. Rubio Llorente lo decía en términos extraordinariamente expresivos:

*«Los jueces ordinarios son, en España como en Alemania, jueces de la constitucionalidad, no sólo porque deben inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución e interpretar las leyes, en la medida en que su tenor literal lo permita, de acuerdo con ella, sino porque el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no procede entre nosotros, a diferencia de lo que ocurre en Italia, cuando el juez no considera “manifiestamente infundada” la argumentación en la que las partes basan la excepción frente a la constitucionalidad de una ley, sino sólo cuando el juez mismo considere que la norma aplicable “puede ser contraria a la Constitución”»*²⁶. Y P. Pérez Tremps terminaba sus comentarios sobre la cuestión de inconstitucionalidad, remachando:

*«Lo que interesa resaltar a la vista de estas páginas, en conclusión, es que la potestad de los jueces para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional supone una necesaria aplicación de la Constitución por su parte»*²⁷.

Sin duda, lo que señalan estos (y otros²⁸) autores es cierto, mas

²⁵ Fundamento jurídico 2, de la STC 94/1986, de 8 de julio.

²⁶ F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación...», *ob. cit.*, p. 46.

²⁷ P. PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, *ob. cit.*, p. 143.

²⁸ Lo cierto es que en nuestro país existen muy escasas monografías sobre la cuestión de inconstitucionalidad específicamente considerada. Como obras independientes, se halla la recopilación de A. CANO MATA, *Cuestiones de inconstitucio-*

entendido desde el plano del enjuiciamiento. Porque, también en este caso, la realidad desnuda sigue siendo la misma que la que comentábamos en el anterior epígrafe: los jueces o tribunales²⁹ pueden y deben efectuar cuantos juicios interpretativos les sirvan para precisar la norma o el conjunto normativo utilizable para la solución del caso concreto; pero, disponiendo de ley, no *pueden, simplemente, aplicar la Constitución*, sino que tienen que *acudir al Tribunal Constitucional para que sea éste y no ellos quien aplique la Constitución*, es decir, quien declare qué norma y en qué condiciones es aplicable al caso controvertido. Por eso, alienta un, tal vez, matiz irónico (sin duda involuntario en la intención del autor) cuando Rubio Llorente añade a la consideración anterior que «*¡Lo único!* [el subrayado y las admiraciones son mías] que se le sustrae al juez ordinario es la facultad de declarar por sí mismo la inconstitucionalidad, pues esta competencia, el *Verwerfungsmonopol*, sí es exclusiva del Tribunal Constitucional»³⁰. Ahí es nada: el juez ordinario puede iniciar cuantas acciones estime pertinentes pero quien decide no es él, sino el Tribunal Constitucional.

No pretendo, como se puede colegir de las precisiones anteriores, marcar líneas polémicas mediante la fijación de categorías jurídicas nuevas. Con mucha mayor simplicidad (pues tales son mis condiciones y, en este ámbito, difícilmente podría competir) intento mostrar cuáles son las conclusiones o doctrina común que no me convence y por qué. Y, desde luego, en este tema, me satisface muy poco lo que ya se ha dicho y considerado. Me atrevo a formular una afirmación quizás excesiva: a mi juicio, *la cuestión de inconstitucionalidad no sólo no es un mecanismo de aplicación de la Constitución por los jueces, sino que es un mecanismo dirigido a impedir esa aplicación para trasladarla (y reforzar, así) al Tribunal Constitucional*. De no ser así, llevaría razón García de Enterría, cuando, en su ánimo de extender al máximo la aplicabilidad directa de la Constitución, se mostraba favorable a reconocer al juez la facultad de inaplicar directamente una ley

nalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional, librito descriptivo de sentencias y, a e estos efectos útil en ese sentido. La bibliografía que se viene comentando en este trabajo es, en nuestro nivel de conocimiento, la única que trata entre nosotros dicho tema. Era casi desesperado el intento que efectuaba Gerardo RUIZ-RICO en su trabajo de investigación para acceder a la plaza de profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada para manejar «bibliografía patria» sobre su «tema»: la cuestión de inconstitucionalidad.

²⁹ Vid. A. GUAITA, «El recurso de amparo contra Tribunales», en *RDP*, núm. 16, pp. 65-91, en que precisa la identidad conceptual de «Juez» y «Tribunal»: «Pero, realmente, tribunal indica juez, el órgano que juzga, aunque sea unipersonal o individual, el que se sienta para juzgar en el tribunal (de ahí tribuna), porque tribunal no era originariamente el juzgador, sino *el lugar* en y desde el que se juzgaba: *el estrado en que se sentaban los magistrados* (también el monumento a un magistrado o a un general, el arengario desde el que éste se dirigía a las tropas en campaña, el estrado del pretor en el teatro y, en general, plataforma o elevación) y, más tarde, los magistrados mismos que se sentaban en ese estrado», p. 72.

³⁰ F. RUBIO LLORENTE, *ob. cit.*, p. 46.

que considere inconstitucional, especialmente en casos de vulneración de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos³¹. Pero es que la operatividad de nuestro sistema de fuentes no es ésa, y, en tal sentido, dicha posición no deja de ser una petición de principio, ya que, si bien es coherente con el rango superior de la Constitución, ignora el papel de monopolio concentrado en materia de control de constitucionalidad que corresponde a nuestro sistema.

Asunto muy distinto es que nos hallemos ante un momento crucial y funcionalmente trascendente en la colaboración entre órganos constitucionales del Estado; y que nos hallemos ante un enjuiciamiento por parte del poder judicial sobre la adecuación de una norma a la Constitución; y es más, que sin la opinión de este último no pueda realizarse una depuración y adaptación permanente del ordenamiento jurídico con relación a la Constitución, como ya había expuesto J. Arozamena en las jornadas sobre el Tribunal Constitucional³². Pero todo ello no quita que el «instrumento» de la cuestión de constitucionalidad, activado por la jurisdicción ordinaria, es utilizado final y decisivamente por el Tribunal Constitucional. Existe, sin duda, un principio básico de colaboración entre órganos constitucionales del Estado que pertenecen a órdenes jurisdiccionales distintos, pero ahí acaba la cuestión y en absoluto implica que esta colaboración suponga dos momentos de aplicación directa de la Constitución: mientras uno sugiere, interroga, inicia la acción, pero en ningún caso aplica, el otro sí lo hace en todos sus extremos³³.

Con esta descubierta, pues, en el ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad creemos que queda patente la función «auxiliar» de la

³¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución*, ob. cit., pp. 77-79.

³² J. AROZAMENA SIERRA, «El recurso de inconstitucionalidad», en la ob. col. cit. *El Tribunal Constitucional*, en que justamente señalaba que: «se atribuye a los jueces y tribunales un primer filtro de constitucionalidad y la legitimación y, por exigencia de su propia función, la obligatoriedad de provocar el mecanismo invalidatorio de la norma constitucional» (p. 146). Pero es que, efectivamente, ese primer filtro se agota en sí mismo y el Tribunal Constitucional es muy libre de seguir o no la iniciativa del juez *a quo*.

³³ Sin introducirme en juicios de intenciones sobre por qué lo obvio (y, sin acudir a extrajurídicas citas, es obvio que algunos seguimos en esta época en la necesidad de justificar o razonar lo obvio —otros, obviamente, no—) de que al poder judicial se le ha dejado un escaso margen de maniobra para determinar qué sea la Constitución, personalmente estimo que los apologetas se han excedido en aplicar «la tópica a la jurisprudencia», si se me permite. A base de explicar muy profusamente, y con gran y seleccionada doctrina comparada, que la aplicación de la Constitución, por así decirlo, es cosa de todos y, especialmente, del poder judicial, no ha sido objeto de tales demostraciones que unos aplican más y otros aplican menos; y, sobre todo, que a unos se les aplica más y a otros se les aplica menos. Realismo ingenuo que, evidentemente, tiene explicaciones más que fundadas dentro del ámbito en que nos desenvolvemos y que yo comparto, pero que, a veces, hay que traducir: dicho en otros términos, las polémicas iusnaturalismo-positivismo, interpositivista, interiusnaturalista (pues poco más hay en el mercado) cuando son planteadas en serio, a los sujetos (activos y pasivos) del derecho en general y del derecho constitucional en particular, les trae bastante sin cuidado.

jurisdicción ordinaria y, en ningún caso, su facultad aplicatoria directa de la norma fundamental. En este sentido, conviene, una vez más, subrayar que *el juicio o enjuiciamiento de constitucionalidad* puede realizarlo cualquier operador jurídico³⁴, pero que quien *aplica* la Constitución es el Tribunal Constitucional. Lejos quedan, pues, los problemas sobre la «prejudicialidad» de la cuestión y sobre los demás requisitos procesales que, a estos efectos, han de darse por conocidos. Y, sobre todo ésto, queda una afirmación final y rotunda que luego nos servirá en ulteriores ocasiones: *la inconstitucionalidad* de un acto, disposición, norma o mera actuación de hecho tanto de los poderes públicos como de los sujetos privados, deviene en tal porque el órgano jurisdiccional competente *así lo determina*. El *ex nunc* y el *ex tunc* son expresiones de meras cláusulas interpretativas que habrán de jugar una vez que la decisión se ha producido y dentro de todas las circunstancias que concurren en el caso concreto. Pero no antes y, mucho menos, con carácter general³⁵.

6. *La aplicación judicial de la Constitución en el control de los Decretos Legislativos*

Avanzadas así las cosas, debemos intentar agotar los casos particulares para pasar a la formulación de las propuestas más operativas. Y, entre ellas, deseamos la inaplicación singular de los reglamentos, por ser un ámbito propio del Derecho Administrativo, y nos enfrentamos con la actuación directa de la Constitución por los tribunales ordinarios en lo que les es propio: la delimitación de derechos subjetivos directos que la Constitución reconoce y que ellos están obligados a aplicar en forma directa.

Queda, no obstante, una cuestión que, aunque lateral al tema que estamos tratando, reafirma en parte la tesis hasta aquí defendida: nos referimos al *control judicial de los Decretos-Legislativos*. Como es sabido, en materia de desarrollo de leyes de delegación dispone el artículo 82.6 de la CE que «sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control». La discusión doctrinal y jurisprudencial gira, en síntesis, en torno a si los tribunales ordinarios pueden controlar el llamado «exceso de delegación» en que puedan incurrir los decretos legislativos o, por el contrario, si tal control corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional. La primera

³⁴ Sobre esta extraña denominación de oficio, título u ocupación («operador jurídico») no puedo dejar de coincidir, en lo que me sea posible, con el resumido juicio que efectuaba Tomás S. VIVES en el trabajo enunciado: «con tanta impropiedad como cursilería» (*ob. cit.*, p. 10). Yo diría más, pero, posiblemente, con menor exactitud.

³⁵ Acerca de la polémica sobre la expansión temporal de los efectos de las Sentencias Constitucionales, vid. Raúl BOCANEGRA SIERRE, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid (IEAL), 1982, especialmente pp. 240-248.

doctrina (mayoritaria y hasta cierto punto aceptada por el propio Tribunal Constitucional³⁶) entiende que los tribunales ordinarios pueden controlar los casos de *ultra vires* de los Decretos-Legislativos precisamente porque en lo que excedan a la delegación *no tienen rango de ley*; la segunda mantiene la posición de la no posibilidad de control ordinario con monopolio del Tribunal Constitucional porque son *normas con rango incondicionado de ley*.

Según puede comprobarse, la conclusión en ambos casos, en lo que a nosotros nos interesa, es la misma: el control de normas con rango de ley únicamente corresponde al Tribunal Constitucional.

Con ello podemos ya pasar al ámbito de la aplicación de la Constitución por los jueces en la materia que les es propia: la solución del conflicto mediante el reconocimiento de los derechos subjetivos.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES, TUTELA JUDICIAL Y APLICACION DE LA CONSTITUCION

1. *Introducción: la confluencia de la jurisdicción ordinaria y de la constitucional en la resolución de conflictos intersubjetivos*

Hasta estos momentos hemos pretendido demostrar la particular vigencia del principio de legalidad como ámbito relativamente autónomo («autonomía relativa», por utilizar la terminología política de los años setenta) en materia de la aplicación del ordenamiento jurídico por la jurisdicción ordinaria. Pero, dejábamos dicho entre líneas, que, si bien existía un sector constitucional de directa aplicación por los jueces (el referido a los derechos fundamentales o, más extensamente, a los derechos inmediatamente exigibles —sección 1.^a y sección 2.^a del Capítulo II del Título I CE—), no teníamos muy claro si esa aplicabilidad directa abarcaba *todos* los preceptos incluidos en

³⁶ La STC 18/1982, de 4 de mayo, señala textualmente en Fundamento jurídico 2.º: «no puede desconocerse el carácter que la moderna doctrina atribuye a la potestad reglamentaria como una técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, como un instrumento de la Administración en la ordenación de la sociedad, que relativiza la distinción entre los productos normativos de la Administración con mero valor reglamentario y los que adquieren fuerza de ley y acentúan, por el contrario, el elemento de la delegación legislativa que habilita a la Administración para ejercer facultades normativas». Este acogimiento (un tanto ambiguo, todo hay que decirlo) de la doctrina mayoritaria (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y con ellos prácticamente toda la doctrina administrativista) ha sido cuestionado por parte de la doctrina proveniente del área del Derecho Constitucional, especialmente J. JIMÉNEZ CAMPO e I. DE OTTO, y últimamente cuenta con un magnífico trabajo que desarrolla estas posturas de E. VÍRGALA FORURIA («La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos Legislativos como normas con rango incondicionado de Ley»), aún inédito.

dicho sector ni, tampoco, si sólo se refería a ellos. Es hora, pues, de avanzar la intención de lo anteriormente escrito y las razones y propuestas que ocasionaban estas iniciales dudas.

Según ya dejábamos indicado, la pertinencia en demarcar el «ámbito natural» del funcionamiento de la jurisdicción ordinaria perseguía la posibilidad teórica y práctica de continuar manteniendo un cierto nivel de «legalidad» reservado y un cierto nivel de «constitucionalidad» también reservado. No pretendía, en cambio, ni el afirmar la condición estanca y separable de ambos niveles ni, mucho menos, contrastar como absolutamente diferentes la función jurisdiccional ordinaria respecto de la función de control de la constitucionalidad.

Porque lo cierto es, como también apuntábamos, que se produce una clarísima línea de confluencia, cuando no de confusión, en aquel momento en que ambas jurisdicciones realizan una tarea *materialmente* similar: la de resolver conflictos jurisdiccionales concretos en los que se solventa la atribución de un derecho subjetivo. Y esto, según es de sobras sabido, ocurre cuando lo que se dilucida, a través del correspondiente recurso, hace referencia al reconocimiento, defensa o mero enjuiciamiento atributivo de un derecho fundamental.

Sin embargo, también aquí se puede producir la delimitación normativa de las respectivas líneas de actuación, al menos desde una perspectiva de garantismo formal: la protección *ordinaria* de los derechos, incluidos *los derechos fundamentales*, corresponde, en nuestro sistema jurídico, a los jueces ordinarios; la protección *extraordinaria constitucional* corresponde al Tribunal Constitucional. Se hace evidente que tal afirmación es demasiado simplista y, por lo mismo excesiva; y al revés. El juez ordinario, en materia de *protección directa* de derechos fundamentales, cumple una función *directamente constitucional*. Pero no es menos evidente que, aun así, el juego entre «vía ordinaria» y «vía extraordinaria» debe tener *algún significado* y a descubrirlo nos dedicaremos en las líneas posteriores.

En definitiva, nuestro propósito será verificar los grados de certidumbre y los posibles grados de acotamiento de la afirmación que efectuaba Lorenzo Martín-Retortillo en los siguientes términos:

«El problema central es sólo éste: ¿cómo se defienden mejor los derechos? A la vista de este interrogante mi conclusión es que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en lugar de favorecer y ayudar, perturba. Lo importante, en mi opinión —continuaba el insigne administrativista—, aparte de los mecanismos ideológicos de defensa —partidos y asociaciones, literatura y espectáculos, opinión pública y actuaciones ciudadanas, y un largo etcétera—, al considerar las exigencias de los sistemas jurídicos, es apurar la defensa ante la jurisdicción ordinaria»³⁷. Creo que, efectivamente, ése es «un» problema central

³⁷ LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, *Materiales para una Constitución*, Madrid (Akal), 1984, p. 194, del capítulo o apartado XV, significativamente titulado «Contra el recurso de amparo». Como es conocido, en esta obra comenta el autor sus

sobre el que caben distintos planteamientos y, en consecuencia, distintas propuestas de *acercamiento* a «una» de las soluciones. En tal dirección se mueven estas consideraciones, más para promover una reflexión propia y colectiva que para andar muy seguro de que lo que se indica es lo más adecuado.

2. *Carácter preferente de la protección jurisdiccional ordinaria*

Indicaba J. Pérez Royo que «el Tribunal Constitucional ha tenido bastante cuidado en delimitar su posición en relación con el Poder Judicial, resaltando expresamente que en nuestro sistema constitucional son los jueces y tribunales los que única y exclusivamente administran justicia y a los únicos a los que toca decidir en qué forma se ha de aplicar la ley, así como, también en exclusiva, el conocimiento, calificación o valoración de los hechos que han dado lugar al proceso, sin que el Tribunal pueda entrar en este terreno, a menos que, al llevar a cabo esta operación, se haya producido una lesión de algún derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo»³⁸. Efectivamente, nuestro sistema de protección jurisdiccional de los derechos, *incluidos los derechos fundamentales*, es ante todo un sistema judicial. Lo establece con claridad el artículo 53.2 de la Constitución creando un procedimiento especial de protección judicial de los derechos fundamentales y, con carácter general, se vuelve a recoger en el artículo 117.3 de la misma («El ejercicio de la potestad jurisdiccional *en todo tipo de procesos*, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»); precepto que de nuevo es repetido por el artículo 2.1 de la LOPJ y desarrollado más tarde por su artículo 7.1 con el siguiente tenor: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los jueces y tribunales y *están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.*»

Es evidente, pues, que nuestro sistema de protección es judicial. De donde si esa protección se presta adecuadamente el Tribunal Constitucional no podrá entrar a conocer del caso. Lo señalaba con mucha claridad, entre otros, el Auto TC 325/1982, de 6 de octubre: «El Tribunal Constitucional no puede sustituir el criterio judicial en la interpretación y aplicación de las leyes, menoscabando el contenido

intervenciones parlamentarias en el proceso constituyente en cuanto miembro del Senado, adscrito al Grupo Progresistas y Socialistas Independientes.

³⁸ J. PÉREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid (Tecnos), 1988, pp. 103-104. Vid. también, en el mismo sentido, J. SALAS, «El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial», en *REDC*, núm. 6, pp. 141 a 177.

singular y específico de la jurisdicción ordinaria, que según el artículo 117 de la Constitución corresponde a jueces y tribunales, salvo en el supuesto de existir violaciones de garantías constitucionales, que afecten a los derechos y libertades fundamentales, protegidos en los artículos 14 a 29 de la ley superior, y tengan su origen inmediato y directo en una decisión judicial, pero sin poder extender su imperio más allá, convirtiéndose en una tercera instancia u órgano censor o revisor, *ejercitando un mero control de simple legalidad.*»

La preferencia de la protección judicial ordinaria se da, pues, con carácter tendencialmente general y, a los efectos que pretendemos, tal protección es igualmente preferente si se presta por el procedimiento especial previsto en el artículo 53.2 CE como si se efectúa a través de los procesos comunes.

Ahora bien, dicha protección se realiza dentro del marco constitucional concreto configurado como derecho fundamental y como garantía institucional de los derechos que se derivan del propio ordenamiento jurídico.

3. *La tutela judicial efectiva (como función exclusiva del Poder Judicial, como servicio público prestacional, como derecho subjetivo fundamental y como garantía de todos los derechos subjetivos)*

J. García Torres describía en forma muy colorista la amplitud y complejidad de la tutela judicial garantizada en el artículo 24 de nuestra Constitución. Aunque la cita es larga nos interesa reproducirla en su totalidad:

«Echemos una ojeada a la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 24.1 de la Constitución, *selva selvaggia* propicia a insólitos encuentros. El artículo 24.1 da derecho a las personas identificables como interesados en el expediente administrativo, en el escrito de interposición o en la demanda contencioso-administrativa, a ser emplazadas directa y personalmente. El artículo 24.1 CE otorga igualmente a quienes recurren de nulidad un auto dictado por árbitros de equidad el derecho de que el Tribunal Supremo se limite a ejercer jurisdicción rescindente. El artículo 24.1 concede también derecho a que las partes puedan usar de los recursos establecidos por el legislador, aunque no a que puedan entenderse existentes recursos no establecidos en las leyes procesales. Asimismo, el artículo 24.1 inviste del derecho a que las sentencias contengan una "motivación reconocible como aplicación del sistema jurídico". El artículo 24.1, en fin, confiere derecho no sólo "a la remoción inicial de los obstáculos" que la Administración pueda oponer al efectivo cumplimiento de una sentencia contencioso-administrativa firme, sino que postula además que los propios órganos judiciales reaccionen frente a ulteriores actuaciones o comportamientos enervantes del contenido

material de sus decisiones y que lo hagan, esto es lo esencial, en el procedimiento incidental de ejecución.» Y terminaba García Torres destacando algo no por obvio menos importante: «Obsérvese lo variado de los supuestos, la distancia de unos a otros, la amplitud del campo que abarcan, *prácticamente todo el derecho procesal*»³⁹.

Como es lógico, los ejemplos los extraía el autor de la jurisprudencia constitucional y, en un breve repaso de la misma, podrían ser aumentados casi indefinidamente⁴⁰. Pero de esta amplitud de supuestos que, en forma abierta, van delimitando el contenido de la tutela judicial se extraen, además, otras consecuencias. La primera de ellas —tal vez la más general— es la de que nuestra Constitución eleva al rango de derecho fundamental y garantía institucional⁴¹, simultáneamente, el sistema ordinario de protección jurisdiccional de todos los derechos subjetivos que se derivan del ordenamiento.

Ello implica que se establece tanto el derecho subjetivo fundamental de los ciudadanos (en sentido amplio) a recibir dicha tutela como la obligación del Estado (del Estado-juez, en este caso) a prestarla. E implica, también, que cada ciudadano que interviene en un proceso particular es portador de ese derecho fundamental, convertido en cauce y garantía constitucional del proceso mismo. De forma que en *el supuesto teórico de que no se vulnerase jamás ni el derecho a la tutela judicial ni los derechos procesales que contiene el artículo 24.2 CE, la instancia al recurso de amparo constitucional sería superflua*. Ello es así porque es la jurisdicción ordinaria y no cualquier otro órgano quien posee la primigenia competencia en materia de resolución de conflictos intersubjetivos (según dejábamos recogido al comienzo de estas páginas), mientras que cuando actúa el Tri-

³⁹ J. GARCÍA TORRES, *ob. cit.*, pp. 14-15. El subrayado es mío. Esta variedad de supuestos y los problemas que la propia extensión del artículo 24 puede acarrear a la hora de fijar el objeto procesal del amparo constitucional han sido puestos de relieve por toda la doctrina. E. GARCÍA DE ENTERRÍA lo había señalado con anterioridad al trabajo que citamos: «Así los derechos que nutren con mayor amplitud la vía de amparo, el del artículo 24 de la Constitución (...), derecho con el que podría intentarse llevar al amparo el contenido mismo de las Sentencias de todos los órdenes sin más que calificarlas de inefectivas, y desde luego la mayor parte del Derecho Procesal Penal y aun de otros procesos (...), lo que podría hacer juez a dicho Tribunal (Constitucional) de la unidad de las jurisprudencias de todos los órdenes jurisdiccionales» («Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisdicción en la Constitución», en *REDC*, núm. 10, p. 41). Sobre este importante trabajo volveremos más adelante.

⁴⁰ Baste para comprobarlo el ojear el denso trabajo de recopilación y sistematización de Joaquín GARCÍA MORILLO, *La Justicia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1987, especialmente el vol. III, dedicado al artículo 24 de la CE.

⁴¹ Para el estudio de la difícil, cuando no imposible, separación entre derecho fundamental y garantía institucional, véase el magnífico trabajo de José María BAÑO LEÓN, «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», en *REDC*, núm. 24, pp. 155 a 179, especialmente el ap. V, pp. 174 y ss.

bunal Constitucional siempre se da prioritariamente un componente de defensa objetiva del ordenamiento constitucional, incluso en aquellos casos en que se ventilan derechos subjetivos. Y por eso también, el tan mencionado *carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional*, recientemente glosado por el magistrado Francisco Rubio Llorente (Ponente) en la importante STC 110/1988, de 8 de junio, dentro de su FJ 3.º, ante un auto judicial que señalaba que, en todo caso, quedaba a los apelantes «la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». «Esta última afirmación —decía la sentencia—, que tan directamente atañe a la función de este Tribunal, implicaría, de ser aceptada en sus puros y simples términos, que, en situaciones como la presente, *el recurso constitucional de amparo se convierte en un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales*, al que es forzoso acudir directamente sin intentar previamente de los órganos judiciales el remedio de la violación que se cree haber sufrido. *Este entendimiento choca frontalmente, sin embargo, con la concepción de esta vía procesal como remedio subsidiario que se deriva de modo inequívoco del precepto constitucional que la instaura (art. 53.2) y que ha sido recogida en el Título III de nuestra Ley Orgánica y desarrollada por una abundante doctrina de este Tribunal*»⁴².

De todas formas, conviene detenernos y matizar los perfiles y ámbitos de ese funcionamiento preferente de la jurisdicción ordinaria.

Según se ha señalado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido configurando el contenido del derecho a la tutela judicial a la par que, con diversas alternativas, ha ido también diferenciándolo de los derechos procesales concretos que contiene el artículo 24.2 CE. Como es sabido, por el primero, en términos muy amplios, suele entender el derecho a obtener una resolución fundada en derecho y a la ejecución de esa resolución. Lo indicaba, entre otras, la STC 55/86, de 9 de mayo: «El contenido normal del derecho a la tutela judicial consiste en el logro de una resolución sobre el fondo de las preten-

⁴² STC 110/1988, de 8 de junio, *BOE* de 24 de junio. El caso que se sometía al Tribunal es de enorme interés: se trataba de un supuesto en el que, tras dictar sentencia en apelación en un juicio de faltas y devenir ésta firme por no ser recurrida, comparecen el condenado y el responsable civil subsidiario alegando, como así demuestran, que no habían sido citados para el acto de vista en apelación. El Juzgado de Instrucción admite que se ha producido indefensión por error imputable al propio Juzgado, pero afirma que no puede anular la sentencia porque ésta ya es definitiva, de acuerdo con lo que dispone el artículo 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ante ello, efectúa la consideración sobre la «posibilidad de interponer el recurso de amparo», objeto del comentario que acabamos de transcribir en el texto. Para un comentario descriptivo de dicha sentencia, vid. Antonio CANO MATA, «Posibilidad de anulación por la jurisdicción ordinaria de sentencia penal condenatoria definitiva y firme, que infringe la Constitución, sin necesidad de acudir al recurso extraordinario de revisión o de amparo. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 110-1988, de 8 de junio», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1988, pp. 725-736.

siones formuladas al órgano jurisdiccional, contenido que sólo cede cuando concurra alguna causa legal de inadmisión que sea razonablemente aplicada por aquél y a condición también que el razonamiento judicial se ajuste a las normas constitucionales y no se desvíe del sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental.»

Ello comporta, pues, entre otras manifestaciones, el derecho de acceso al proceso idóneo para el caso, proscribiéndose los formalismos innecesarios que lo impidieren, el derecho a los recursos si estuvieren legalmente establecidos, el derecho a un pronunciamiento sobre el fondo, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a que las sentencias se hallen fundamentadas, el derecho a que los jueces y tribunales apliquen el sistema de fuentes y el derecho a la ejecución de las sentencias, en cuanto grandes capítulos de esa primera afirmación general que, a su vez, se desmenuzan en otros contenidos particulares (algunos de los cuales se mencionaban en la cita anterior de J. García Torres).

Este cúmulo de manifestaciones del derecho a la tutela judicial ponen de manifiesto, en mi opinión, que nos encontramos ante un verdadero *derecho sustantivo* y no meramente adjetivo o procesal, aunque ésta no parezca ser la opinión del Tribunal Constitucional. Este, en sentencia 99/1985, de 30 de septiembre (ponente: Francisco Tomás y Valiente), señalaba de manera textual que «siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece, o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo al tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 de la CE), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio “sólo por ley” puede regularse (art. 53.1 de la CE)» (FJ n.º 4). Todo lo que se dice en este fundamento jurídico es verdad y, a mi juicio, importante. Pero, en idéntico parecer subjetivo, pienso que no se extraen las naturales consecuencias de tan trascendentes aseveraciones. En primer lugar, porque no queda del todo claro que el derecho a la tutela sea *sólo* un derecho de prestación. Que no lo es, ni siquiera para el propio Tribunal Constitucional, lo demuestra otra sentencia, la 26/1983, de 13 de abril, donde, también textualmente, se lee: «El derecho a la tutela judicial efectiva posee un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la sentencia 32/1982 de este Tribunal, también el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño. *Esta complejidad impide incluir la definición constitucional del artículo 24.1 en cualquiera de los términos de una clasificación dicotómica que, como la que distingue entre derechos*

de libertad y derechos de prestación, sólo ofrece cabida para derechos de contenido simple...»⁴³.

Y es que, en la misma línea de opinión, ni los derechos de prestación deben ser siempre derechos de configuración legal, en tanto que difieran a la acción del legislador el contenido no sólo esencial, sino lo que es más importante, efectivo de los mismos, ni tampoco los derechos de libertad o de autonomía son siempre directamente ejercitables independientemente de la propia acción del legislador. Sin embargo, hay una idea extraordinariamente lúcida en tal afirmación sobre los derechos de configuración legal: *se está queriendo aludir* (siempre en mi opinión) *a que los cauces de actuación del juez ordinario vienen predeterminados por la ley*, o, como ya insistíamos en el comienzo de estas líneas, *que el ámbito de actuación natural de los jueces se desenvuelve en la vía infraconstitucional que puede (o no) desarrollar derechos fundamentales constitucionales*. Y esto, sin entrar en la polémica interna del propio Tribunal, sobre si la tutela judicial posee un contenido autónomo distinto de los derechos más concretos recogidos en el artículo 24.2 CE⁴⁴.

En cualquier caso, este elemento enlaza con los criterios de delimitación *formal* entre la actividad jurisdiccional ordinaria y la actividad protectora del Tribunal Constitucional. García de Enterría describía los principales criterios utilizados por el Tribunal Constitucional alemán señalando que: «En esencia, la idea básica parece estar en la distinción entre una lesión directa y otra indirecta de los derechos fundamentales, para reservar el amparo sólo a la primera (...). Las cuestiones de observancia de la legalidad por los Tribunales

⁴³ El ponente era el magistrado Francisco Rubio Llorente. No es extraño encontrar en los fundamentos jurídicos diferencias de doctrina bastante sustanciales. Ahora bien, de cualquier forma, la consideración del derecho a la tutela como un derecho de prestación ha sido de una extraordinaria trascendencia, porque no sólo plantea la obligación del Estado a prestarlo conforme a pautas o *standards* medios propios de nuestro ámbito cultural y político, sino que se desprende la inmediata responsabilidad directa del mismo por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Pero sobre esto volveremos en el momento adecuado.

⁴⁴ Vid., por ejemplo, la STC 89/85, de 19 de junio, donde se señala que la tutela judicial «no es un concepto genérico dentro del cual se hayan de entender insertos derechos que son objeto de otros preceptos constitucionales distintos como es, por ejemplo, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas...». Es posible —añade— la violación de los dos «incluso en relación de causa a efecto, pero jurídicamente no es admisible una implicación recíproca por la que se afirma la existencia de una lesión porque se haya producido también la otra». En cambio, también, por ejemplo, las SSTC de 14 de julio de 1981 y la 18/1983, de 14 de marzo, estiman violación de la tutela por haberse producido una dilación indebida. A los fines que nosotros pretendemos esta diferencia es irrelevante, aunque creemos que no se pueden establecer tan radicales afirmaciones y dependerá de los supuestos concretos para que cada derecho pueda actuar autónomamente o no: si se produce una dilación indebida *sin resolución* es obvio que la única forma de reponer al sujeto en el derecho violado (ex art. 55.1.c) de la LOTC) es ordenar la producción de tal resolución que es, a su vez, parte esencial del derecho a la tutela del artículo 24.1 CE.

y por la Administración no son de la competencia del Tribunal Constitucional, el cual ha de limitarse a la protección de la Constitución, de modo que sólo las lesiones de ésta le conciernen (...). Ahora bien, esos conceptos son, como se comprende, directivos o aproximativos y, por ello, bastante imprecisos en su aplicación. El Tribunal opera, por eso, una "ponderación de intereses" en cada caso⁴⁵. A juicio de este autor, el único criterio cierto es el propio criterio del Tribunal, como dueño de su jurisdicción, que entrará a conocer de un caso cuando entiende que ha de resolver una cuestión jurídico-constitucional relevante. Y añade: «Esto es, *al Tribunal se le asigna una cierta función de vigilante general del sistema judicial ordinario en materia de derechos fundamentales*, campo donde le deja normalmente actuar, y en el que interviene sólo si observa que alguna práctica judicial o alguna situación concreta puede requerir una definición de la recta doctrina constitucional, definición que él se reserva»⁴⁶.

A mi juicio, ése es el exacto papel —en sede principio— que debe jugar *nuestro* Tribunal Constitucional, tanto más que en el caso alemán, *por cuanto, a diferencia de éste, la vía judicial previa es obligada*. Al no darse en nuestro sistema el recurso de amparo directo (salvo en materia de decisiones no legislativas parlamentarias), es evidente que cualquier protección jurisdiccional es función previa y, tendencialmente, debiera (de acuerdo con ese mismo sistema) ser definitiva.

Ahora bien, decíamos que esta actividad jurisdiccional ordinaria se desenvuelve básicamente en el nivel infraconstitucional. Añadimos ahora, que se sigue desarrollando en ese nivel incluso en los supuestos de protección de los derechos fundamentales.

En efecto, tras más de diez años de Constitución, la gran mayoría de los derechos fundamentales constitucionales ya han sido desarrollados por las correspondientes Leyes Orgánicas y han recibido una abundante jurisprudencia por parte del Tribunal Constitucional. Existe, pues, un amplio cuerpo legal y jurisprudencial del que los jueces y tribunales ordinarios pueden disponer (art. 5.1 de la LOPJ, ya mencionado) y al que quedan directamente vinculados. Incluso en materia tan resbaladiza como el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE, el Tribunal Constitucional ha construido una doctrina, siempre difícil y siempre abierta⁴⁷, que ha de entenderse no sólo

⁴⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad...», *ob. cit.*, p. 44.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 45. El subrayado es mío.

⁴⁷ Vid. la excelente obra de José SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la Justicia Constitucional*, Madrid (IEAL), 1985, especialmente la segunda parte, destinada al caso español, pp. 129 y ss. Desde óptica distinta, pero también de sumo interés, conviene estudiar la sistematización doctrinal que efectúa Enrique ALONSO GARCÍA en su trabajo «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», en *RAP*, núm. 100-102, vol. I, pp. 21-102. Más recientemente, es de obligado estudio la obra de M. RODRÍGUEZ PINERO y M.^º F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos), 1986. Este principio (con estructura

como la concreción interpretativa de tal principio, sino también como su *concreción normativa*. Puesto que la igualdad es una categoría relacional, su exigibilidad ha de plantearse siempre respecto de relaciones jurídicas concretas capaces de conferir o limitar derechos subjetivos, no pudiéndose, en consecuencia, normativizar por vía general⁴⁸. Y esta exigibilidad sólo puede ser determinada coherentemente por el Tribunal Constitucional.

Es cierto que el principio de igualdad, en cuanto se adhiere a una relación jurídica determinada, delimita el contenido de derechos subjetivos. Y acabamos de indicar que, como tal, a diferencia de los demás derechos constitucionalmente consagrados, no puede ser regulada *in extenso*. Luego, dado su poder vinculatorio directo y dada su consideración constitucional-estructural de derecho fundamental podrá ser aplicado también directamente por la jurisdicción ordinaria en la resolución de conflictos intersubjetivos. Sin embargo, la operatividad de este principio en manos de los jueces es muy distinta a la que posee cuando es utilizado por el Tribunal Constitucional: en aquéllos funciona como principio interpretativo delimitador de las pretensiones de las partes y del bloque normativo a aplicar; en éste, funciona como concreción normativa constitucional en su función de depuración del ordenamiento jurídico. De manera que, de nuevo, nos encontramos con la posibilidad de distinguir planos distintos y diferenciables entre las respectivas actividades jurisdiccionales. En definitiva, pues, afirmamos la posibilidad de distinguir entre dos niveles de actuación (constitucional e infraconstitucional) en función del ámbito respectivo de competencias y del concreto juego de intereses jurídico defendido.

De opinión contraria es el profesor García de Enterría. Según él:

de derecho público subjetivo fundamental) es frecuentemente utilizado en aplicación directa por la jurisdicción ordinaria y es causa de uno de los ámbitos de mayor inseguridad jurídica, cuando no actuación arbitraria, de los Tribunales. Por eso es imprescindible que en este campo dicha jurisdicción se base estrictamente en la doctrina constitucional o, al menos, razone muy mesuradamente los criterios que utiliza para la apreciación de lesión o no de dicho principio. La afirmación, por ejemplo, de la Sala 6.^a del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1985, es modélica en este sentido: «La doctrina del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Ley Fundamental al establecer el sentido y alcance del principio de igualdad consagrado en el artículo 14, ofrece unas especiales características de fijeza y claridad...»

⁴⁸ Recuérdese la doctrina sentada en la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA, en que declaraba inconstitucionales los preceptos legislativos meramente interpretativos de la Constitución reservando para sí tal facultad. Vid. los comentarios sobre dicha Sentencia contenidos en *REDC*, núm. 9; especialmente sobre este punto, el de Pedro CRUZ VILLALÓN, «¿Reserva de Constitución? (Comentario al Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)», pp. 285 a 208. Queda claro que, en la perspectiva de la interpretación constitucional, la supremacía corresponde al Tribunal Constitucional y que esa supremacía le confiere carácter normativo creando, en definitiva, determinadas normas subconstitucionales. Sobre este último punto, vid. E. ALONSO GARCÍA, «La interpretación de la Constitución», *ob. cit.*, pp. 174 y ss.

«Estas distinciones, que son puramente formales, pueden parecer claras, pero no pasan de ser pautas indicativas, útiles frecuentemente como directivas de aplicación, pero frágiles para poder construir sobre ellas soluciones definitivas, desde el momento en que la Constitución penetra en la totalidad del ordenamiento y no es una norma más incluida en el mismo al lado de las otras y, por tanto, separable de éstas»⁴⁹. Critica este autor la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, a su juicio y en este ámbito, «está apoyada en criterios de un formalismo bastante convencional, como la distinción entre legalidad ordinaria y norma constitucional, y por ello conducirá, inevitablemente, de no ser cuidadosamente vigilada, hacia soluciones también formalistas, que al final suelen ser siempre las peores»⁵⁰.

Como se puede deducir, no participamos de ese criterio por varias razones. En primer lugar, porque las propuestas de «valores jurídicos sustanciales» que ofrece dicho autor son relativamente evanescentes y, por tanto, de una gran subjetividad a la hora de hacerlos jugar como criterios de delimitación operativa entre ambas jurisdicciones (defensa de la Constitución, eliminación de las tareas de pura justicia subjetiva y protección efectiva de los derechos fundamentales⁵¹ como guía de desenvolvimiento del Tribunal Constitucional): nadie puede estar en desacuerdo con esos principios, pero probablemente existiría una gran dificultad en convenir en qué consisten cada uno de ellos en los casos concretos. En segundo lugar, porque si partimos — como necesariamente hay que partir — de la presunción de legitimidad en la actuación de las instituciones públicas y, más concretamente, del Poder Judicial, el camino queda relativamente expedito por lo que luego veremos y, de paso, se adquiere un grado de seguridad jurídica que de otra forma será imposible. Y, finalmente, porque la distinción entre el nivel de constitucionalidad (en el que se da un elemento fundamental de control objetivo⁵²) y el nivel de legalidad es relativamente de fácil identificación si se tiene en cuenta cuál es el juego de los intereses en presencia.

Esa configuración de un posible «Estado de jueces» que viene contradicho por cualquier mínima observación de la realidad y que se fundamenta en una arcana manipulación del método jurídico⁵³,

⁴⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad...», *ob. cit.*, p. 51.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 53.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 51-52.

⁵² Vid. Manuel ARAGÓN REYES, «De la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *REDC*, núm. 17, pp. 85 a 136.

⁵³ Vid. Dieter SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona (Ariel), 1986, y el prólogo o estudio preliminar que introduzco en dicha obra. En síntesis, y sin ningún ánimo de polémica, por mucho que se diferencie (y posiblemente haya que diferenciarlo) el método jurídico de los métodos propios de las demás ciencias sociales, la realidad en la que recae o sobre la que se proyecta el último producto de ese método es la misma: la sociedad concreta que recibe la correspondiente definición y que le ayuda o le perjudica a mantener unos determinados niveles de convivencia, colaboración o conflicto, dentro de la naturaleza esencialmente desigual de sus propios componentes. Esconder, disfrazar u olvidar esa mínima

acompañada de un poderoso componente iusnaturalista, curiosamente limita y disminuye la eficacia de los postulados del Estado de Derecho y supone atribuirles no sólo una función creadora del derecho sino la función misma en exclusiva, olvidando que su sometimiento al ordenamiento no sólo reside en los postulados del propio sistema sino también se muestra como una exigencia del tipo de Estado que la Constitución española consagra⁵⁴. Ahora bien, ese sometimiento ocurre en un sistema jurídico determinado que es el nuestro, y *no es ni el británico ni el norteamericano, ni tampoco, a los efectos que nos ocupan, es el alemán ni el italiano, pese a las semejanzas e importaciones que se hayan efectuado de todos ellos y, especialmente, de los dos últimos*. Por supuesto, todo esto no quiere decir que nuestro sistema jurídico sea el mejor: quiere únicamente indicar que es diferente en algunos aspectos y que, tal vez, lo más procedente sea profundizar y llegar hasta el final de su propia capacidad antes de incorporar, en una permanente huida hacia adelante, construcciones dogmáticas pensadas para ajenas realidades dogmáticas (es decir, sistemáticas), de forma impostada y miméticamente irreflexiva. Con lo anteriormente expuesto, puede observarse ya el perfil definitivo de lo que estábamos planteando desde el comienzo de estos comentarios: el defender una doble línea de actuación reconocible y diferenciable entre el nivel de legalidad y el nivel de constitucionalidad. Y que esta posición, seguida por el Tribunal Constitucional, nos lleva a extremos funcionalmente adecuados a los postulados de los que parte dicha posición, *sin merma alguna de las garantías jurisdiccionales protectoras de los derechos ciudadanos*. Permítanos insistir en que aquí no se defiende que ambos planos actúen por separado sino que son *funcionalmente identificables a los efectos de obtener criterios de actuación y, consecuentemente, de abstención*. Pérez Tremps indicaba que esta diferenciación ya se había intentado en Austria sin resultado positivo⁵⁵; estimamos, sin embargo, que nuestro modelo —tal vez, afortunadamente— es distinto y que, en él, cabe con cierta facilidad el distinguir los niveles de actuación —y control— objetiva constitucional de los niveles de actuación de la jurisdicción ordinaria.

inmediatez nos llevaría ya, entre otras cosas, a analizar los juicios de intenciones de quienes realizan tales operaciones de oscurecimiento.

⁵⁴ Albert CASAMIGLIA, en su trabajo introductorio a *Los Derechos en serio*, de DWORKIN, comentando la doctrina de este último, afirma que «el hombre de la calle sabe que el poder supremo no se encuentra en los jueces y sostener “en bruto” la teoría de la discreción judicial supone reconocer —en última instancia— que los jueces pueden desvirtuar mediante interpretación no sólo las leyes sino incluso la Constitución» (*ob. cit.*, pp. 21-22).

⁵⁵ Pablo PÉREZ TREMPs, *ob. cit.*, p. 193. Obsérvese, sin embargo, que tampoco estamos defendiendo el sistema austríaco kelseniano, sino más simplemente, teniendo en cuenta la unidad del ordenamiento y la interinfluencia de todas las esferas jurisdiccionales, de encontrar pautas formalizadas de distribución y colaboración de funciones.

4. *El carácter subsidiario y supletorio del recurso de amparo constitucional. Su naturaleza de defensa objetiva de la Constitución*

Citábamos antes al magistrado Rubio Llorente, al glosar el punto de la preferencia de la protección jurisdiccional ordinaria. El carácter subsidiario y extraordinario de la intervención constitucional quedaba manifiesto. Ahora bien, ¿cuáles son los términos de esa subsidiaridad y naturaleza extraordinaria? Porque lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional está siendo una de las Cortes de esta clase más intervencionistas en el ámbito judicial.

Por otro lado, no hay que insistir en el hecho evidente y ya tan repetido del peligro de colapso en que puede encontrarse el Tribunal Constitucional ante el alud de recursos de amparo que se ve obligado a conocer, con el paradójico resultado al que se puede llegar de que él mismo se convierta en conculcador del derecho fundamental al proceso sin dilaciones indebidas.

Pues bien, nuestro punto general de partida era el de que los jueces defienden la Constitución y *la aplican mediadamente* a través de la correcta aplicación del ordenamiento infraconstitucional. Tempranamente, nuestro Tribunal Constitucional había advertido el carácter subsidiario y objetivo de su actuación: «la finalidad del recurso de amparo es la protección en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, *cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias*. Junto a este designio, proclamado en el artículo 53.2, *aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular*» (STC 1/1981, de 26 de enero; el subrayado es mío). La confluencia, pues, del aspecto subjetivo y el aspecto objetivo del recurso de amparo se produce porque «las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias», es decir, porque el Poder Judicial *no ha ejercido correctamente su función de tutela judicial efectiva*. Es cierto, como el Tribunal Constitucional ha insistido en tantas ocasiones, que el derecho a la tutela no comporta el derecho a la satisfacción de la pretensión, por lo que hipotéticamente cabrá siempre una efectiva prestación de tutela y una denegación de la pretensión. Pero, una de dos: o esa denegación está fundada en derecho (con lo que, para que el Tribunal Constitucional pudiera revocar tal decisión, se convertiría el recurso de amparo en una instancia revisora más, contra toda la doctrina que el propio Tribunal ha establecido) o no está fundada en derecho, con lo que la tutela ha sido conculcada. Sobre todo, a partir de la fundamental STC 23/1988, de 22 de febrero, en que se sienta por vez primera la doctrina de la capacidad del Tribunal Constitucional para controlar la aplicación por los jueces del sistema de fuentes⁵⁶, con lo que se extiende extraordinariamente el ámbito de la tutela judicial.

⁵⁶ Véase el magnífico comentario a esta STC de E. ALONSO GARCÍA, «El control

Luego, la delimitación material del recurso de amparo se produce siempre como consecuencia de una lesión de tutela o derecho procesal constitucional adherido o «filial» (como los denomina E. García de Enterría) y, de esta forma, *la verificación por parte del Tribunal Constitucional de la corrección de la actuación de los órganos judiciales a quo se convierte en el presupuesto mismo del recurso de amparo y, simultáneamente, en su objeto central.*

Mas, por otro lado, ya hemos comentado los límites que el propio Tribunal se ha impuesto en el control de este tipo de actividad (*self-restraint*), no sólo por lo que hablábamos de la presunción de legitimidad en la actuación de todos los órganos constitucionales del Estado, sino también por entender que hay zonas acotadas de libre disposición judicial (siempre que no vulneren la Constitución) que no pueden ser «suplidas» por la supremacía de aquél. De ahí que, en todo caso, el recurso constitucional de amparo se proyecta en una vertiente *prioritariamente objetiva* al deber siempre analizar el sometimiento a la Constitución de las decisiones o actuaciones generadas por los órganos judiciales, a la vez que, como resultado, se garantiza la protección del derecho subjetivo objeto de la *litis*.

5. *El control de la prestación de la tutela judicial como ámbito ordinario del recurso de amparo*

Con lo que acabamos de indicar, estimo que el centro de la cuestión se traslada al campo «natural» de la actuación de los tribunales ordinarios. No se me oculta que dicho campo está plagado de dificultades que van desde el inadecuado funcionamiento de la Administración de Justicia hasta la complejidad del ordenamiento (confuso sistema de fuentes, hiperproducción normativa, sentencias constitucionales interpretativas, vinculación a la jurisprudencia constitucional, etc.), pasando por un aún «embrionario» desarrollo de la mentalidad constitucional. Y que, por lo tanto, se requieren medidas «extrasistémicas» para que las propuestas que aquí se defienden puedan tener una cierta operatividad. Pero, simultáneamente, no hay que olvidar un hecho bien transparente: el Tribunal Constitucional no puede sustituir a toda la Administración de Justicia; su misión básica de defensa de la Constitución y depuración del ordenamiento no puede desviarse continuamente en la atención a vulneraciones individuales que debieran ser reparadas en otras instancias.

por el Tribunal Constitucional del sistema de fuentes del derecho a través del artículo 24 de la Constitución», en *REDC*, núm. 24, pp. 191-210. Allí podemos leer: «En este sentido, la Sentencia 23/1988 constituye una novedad e incluso, si se prefiere, una auténtica revolución, toda vez que, al menos hasta la fecha, la utilización correcta o no del sistema constitucional de fuentes del derecho por un Tribunal ordinario, en su función de intérprete-aplicador de la legalidad constitucional u ordinaria era una cuestión en principio totalmente sustraída al control del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo...» *Ib.*, p. 193.

De esta forma, debe ejercer esa función suprema garantizando la adecuación a la Constitución de los centros productores de decisiones jurídicas, desde el control de constitucionalidad hasta el también control de constitucionalidad de los órganos judiciales. No se trata de intentar introducir por la puerta falsa el fallido recurso de amparo contra la jurisprudencia sino, al contrario, de respetar al máximo el ámbito autónomo de la misma en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Por todo lo indicado, las lesiones a los derechos y libertades fundamentales producidas por «disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes» (art. 43.1 LOTC) deben ser solventadas por la jurisdicción ordinaria, mediante aplicación estricta del artículo 5 de la LOPJ; y no sólo en muy contados supuestos que más tarde veremos debieran ser resueltos en el fondo por el Tribunal Constitucional.

Este criterio permite una adecuada utilización de la reforma introducida en el artículo 50 de la LOTC mediante la cual la Sección puede inadmitir cualquier recurso por unanimidad y sin motivación razonada mediante providencia, pudiendo introducir así, por vía indirecta, el sistema americano del *writ of certiorary* que la doctrina tantas veces ha ensalzado⁵⁷.

6. *La excepcionalidad del recurso de amparo como sistema de cierre y sistema de reserva*

Si entendemos que el recurso de amparo, más que a la solución del conflicto subjetivo, debe atender al control de la corrección constitucional en el comportamiento judicial es porque de esta manera —pensamos— se produce una articulación lógica y una división de funciones coherente entre la actividad protectora judicial y la actividad jurisdiccional constitucional y entre los planos jurídicos tendenciales en que ambas deben operar: la primera en la solución de conflictos intersubjetivos, la segunda en el plano del control constitucional. Sin embargo, como toda la doctrina señala y hemos repetido a lo largo de las líneas anteriores, esos planos no son excluyentes en virtud, básicamente, del principio de unidad del ordenamiento y de la superior jerarquía de la norma constitucional. Quiere ello decir, que por mucho que se llegara a delimitar formalmente la separación entre ambos —siquiera fuera a efectos instrumentales— siempre hay materias en que los dos se interpenetran. O dicho de otra forma:

⁵⁷ Vid. J. L. CASCAJO y V. GIMENO, *El recurso de amparo*, Madrid (Tecnos), 1985, p. 67. También, el amplio comentario que dedica a este sistema E. GARCÍA DE ENTERRÍA en «Principio de legalidad...», *ob. cit.*, pp. 46 a 50.

siempre habrá un campo donde la actividad del Tribunal Constitucional será necesaria más allá del mero control de la actuación jurisdiccional ordinaria, especialmente cuando dicho ámbito se refiere al tratamiento de los derechos fundamentales que, por definición, son de permanente *textura abierta* y cuya continua actualización corresponde en último extremo al propio Tribunal Constitucional.

Por ello, manteniendo el criterio de que la actividad de este último debe circunscribirse *esencialmente* al control de la actividad judicial, entendida ésta en términos de tutela, no se cierra la funcionalidad del recurso de amparo para otros extremos especiales. Y así, continuaría siendo indispensable para:

a) *Los supuestos en que el Tribunal Constitucional estimara conveniente modificar su propia jurisprudencia en materia de derechos fundamentales.* Como quiera que para realizarlo se necesita la decisión del Pleno, tal medida sería doblemente excepcional: por un lado, admitir un recurso de amparo que no versara sobre la prestación de la tutela; por otro, requerir automáticamente la avocación del asunto por parte del Pleno. Con ello se conseguiría un doble y positivo objetivo: eliminar las, a veces, frecuentes contradicciones en la doctrina de las Salas y garantizar la seguridad y unidad de la propia doctrina, ante la exigencia de su seguimiento por parte de la jurisdicción ordinaria.

b) *La señalización y apertura de nuevos contenidos en los derechos fundamentales.* Pensemos no sólo en esa naturaleza abierta de los derechos, sino también en la presencia de *auténticas cláusulas positivas constitucionales de apertura* como la que contiene el artículo 10.2 CE y que constituyen un gran mecanismo de ampliación y desarrollo de los derechos fundamentales. Esa función creadora debe seguir en manos del Tribunal Constitucional, precisamente para que los derechos no pierdan su naturaleza constitucional y su contenido se degrade al que le dé la correspondiente regulación positiva.

c) *La corrección de la doctrina jurisprudencial ordinaria en materia de derechos fundamentales.* Es éste un campo muy difuso pero, quizás por ello, muy importante. Consistiría en revisar la doctrina sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares (*Drittwirkung*), único mecanismo actual para lograr la operatividad de esos efectos y que, en gran medida, depende de consideraciones culturales o ideológicas de cada momento. Por otro lado, esta posibilidad de corrección permitiría conferir una mayor fuerza normativa a las decisiones del Tribunal Constitucional con los consiguientes efectos aplicativos por la jurisdicción ordinaria.

d) *Supuestos extraordinarios.* Aquí es donde jugarían los elementos que se derivan de la autonomía del propio Tribunal en cuanto dueño de su jurisdicción. En efecto, es el momento en que entrarían en escena todos esos «valores jurídicos sustanciales» a los que se

refería el profesor García de Enterría y que, como cláusula de cierre, podrían ser utilizados en supuestos especiales para determinar el conocimiento del fondo de un asunto.

7. *La necesidad de activar complementariamente las otras vías jurídicas de control de la prestación de la tutela judicial: el sistema de responsabilidad judicial*

Para terminar estas notas, únicamente me queda llamar la atención sobre algo aparentemente paradójico: si las previsiones sobre las diversas modalidades de responsabilidad judicial (penal, civil y disciplinaria) únicamente pueden desencadenarse (en sus supuestos más importantes) a partir de la violación de las obligaciones que para el juez comporta la prestación de tutela, ¿cómo es que, declarada por el Tribunal Constitucional la comisión de dicha lesión, no se genera procedimiento alguno de exigencia de responsabilidad? Como es sabido, desde los comienzos de nuestro constitucionalismo la responsabilidad judicial se ha considerado como la contrapartida de su independencia. Independencia que no quiere decir arbitrariedad y que, por lo tanto, implica responsabilidad. Por otro lado, el tipo penal de prevaricación, tanto en su vertiente culposa como en la dolosa, se desenvuelve en el específico ámbito de los contenidos del derecho a la tutela: otro tanto sucede con el retardo malicioso, etc.

La utilización de estos mecanismos es, sin duda, muy delicada. Pero, sin llegar a positivizar un sistema de responsabilidad objetiva cada vez que se aprecie una lesión a la tutela, sí podría el Tribunal efectuar alguna referencia a la misma; referencia que, sin duda y dada la *auctoritas* que posee, incidiría muy favorablemente en un mayor celo en la prestación de la justicia, que no en otra cosa consiste la adecuada protección de los derechos fundamentales.

8. *A modo de conclusión*

Las anteriores reflexiones han perseguido *artificialmente* resaltar diferencias. Por así decirlo, suponen echar un vistazo a las concepciones antiguas de las que parte en el Continente la Justicia Constitucional y ver si en ellas quedaba algo que pudiera ser aprovechado. Por eso, la insistencia en delimitar la actividad de la jurisdicción ordinaria respecto de la constitucional desde la perspectiva de división funcional y competencial, remarcando el nivel infraconstitucional y el nivel constitucional. Y, por eso también, hemos insistido en el aspecto de control que posee la actividad del amparo constitucional sobre la jurisdicción ordinaria: el campo de la constitucionalidad se sobrepone jerárquicamente al infraconstitucional y ello permite no sólo legitimar sino también abogar por la existencia de ese control.

Por último, la delimitación del objeto a la tutela judicial efectiva viene dada por la especialidad de nuestro sistema que así lo permite: que los jueces se pronuncien siempre con carácter previo y que, al hacerlo, pongan en juego la obligación del Estado para satisfacer los derechos de tutela facilita circunscribir el amparo constitucional a estas actividades, localizando, en un recurso circular, los planos de constitucionalidad e infraconstitucionalidad.

La propuesta es muy simplificadora y, desde luego, más que discutible. Pero eso es lo que vamos a realizar en este seminario con la esperanza de que, al menos, no sea inútil ni para nosotros ni para los derechos fundamentales.

Universidad de Barcelona, mayo de 1989.

BIBLIOGRAFIA BASICA

A) *Obras específicas*

- CASCAJO CASTRO, J. L. y GIMENO SENDRA, V.: *El recurso de amparo*, Madrid (Tecnos), 1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid (Civitas), 1981.
- GARCÍA MORILLO, J.: *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1985.
- PÉREZ TREMPES, P.: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid (CEC), 1985.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid (Tecnos), 1987.
- TOMÉ GARCÍA, J. A.: *Protección procesal de los Derechos Humanos ante los Tribunales ordinarios*, Madrid (Montecorvo), 1987.

B) *Estudios en revistas especializadas*

- AGUIAR DE LUQUE, L.: «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político* (UNED), núm. 18-19.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10.
- RUBIO LLORENTE, F.: «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4.

