

DIVIDE ET OBTEMPERA?

Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos (1)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS: 1.1. *Modelo europeo*. 1.2. *Convergencia de jurisdicciones*.—2. LOS RASGOS GENERALES DEL «MODELO KElsenIANO» Y SUS DEBILIDADES INHERENTES: 2.1. *El «modelo kelseniano» y la «constitucionalización de la política»*. 2.2. *Las vías de relación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria y las tensiones inherentes entre ambas*: 2.2.1. *La relación horizontal*. 2.2.2. *La relación vertical*.—3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El título paródico del presente trabajo no es sólo una provocación. Con mejor o peor fortuna, expresa también la inquietud que lo anima: el temor a que la multiplicación de las jurisdicciones que protegen nuestros Derechos frente al poder político, conduzca en último término a debilitar el control judicial de éste. Es obvio que la organización de nuestros Estados parece movida por dos impulsos de sentido opuesto, y que al mismo tiempo que la división entre las *political branches of government* se hace cada vez más borrosa, la tarea de proteger al individuo frente a la acción del poder, originariamente encomendada a una jurisdicción única, aparece hoy dividida entre varias jurisdicciones distintas y no siempre bien avenidas. Dos jurisdicciones internas, la constitucional y la ordinaria, en la mayor parte de los Estados del continente, a las que hay que sumar una tercera, la del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), en todos los casos, y aun una cuarta, la del Tribunal Europeo de Justicia (TEJ),

(1) Texto de la conferencia preparada para las Jornadas organizadas en el *Institut für Föderalismus* de la Universidad de Hannover en honor del Profesor Hans Peter Schneider.

para los países miembros de la Unión Europea. Salvo esta última, que aquí no será tomada en cuenta, la creación de las otras fue impulsada sin duda por la voluntad sincera de robustecer la protección de los ciudadanos frente al Poder, de asegurar el sometimiento de éste al Derecho. Pero es bien sabido que las construcciones humanas no siempre logran cumplir su propósito y a veces incluso sirven al contrario. Ironías de la historia, para los descreídos, o argucias de la razón, para quienes creen que es ésta la que la guía.

En todo caso, bien o mal fundada, fue esa inquietud (2) la que me llevó a acometer el trabajo cuyo contenido describe el subtítulo *modo germánico*, y cuya conclusión está todavía muy lejos. Aunque se trata de una reflexión desde España, y en consecuencia basada en la situación española, no pretende ser una crítica de esa situación, o al menos no sólo eso. Está construido a partir de la hipótesis de que, si bien algunas de las deficiencias o disfunciones no puramente ocasionales, perceptibles en el sistema jurisdiccional español, son imputables a defectos peculiares de nuestras propias normas, o de los hombres que las aplican, hay otras, las más importantes, que resultan necesariamente de debilidades inherentes al «modelo europeo» que aquí hemos reproducido y son éstas las que constituyen el foco de la investigación. Este propósito obliga a tomar en cuenta sistemas que conozco peor que el español, con lo que, aun reduciendo el estudio del Derecho extranjero al de aquellos sistemas nacionales que más han influido en el nuestro, tanto en el momento constituyente como después, la tarea a realizar es ingente. Entre otras razones por la de que, como saben todos los que se han acercado al Derecho Comparado, las doctrinas jurídicas nacionales emplean frecuentemente categorías peculiares y, lo que es aún peor, utilizan las mismas expresiones para designar categorías cuyo contenido no es exactamente el mismo a uno y otro lado de las fronteras.

En las páginas que siguen ofrezco un adelanto provisional de algo de lo ya hecho respecto de la relación entre las jurisdicciones que integran la parte interna, o nacional, del «modelo europeo». En la primera parte, preciso el sentido que atribuyo tanto a esta expresión como a la de «convergencia de jurisdicciones», de la que también me he servido para definir el objeto de mi modesta investigación. Tras ello, en la parte segunda y más extensa, expongo los rasgos

(2) La duda sobre la justificación de mi inquietud es, por lo demás, puramente retórica porque manifiestamente no soy el único en experimentarla. Buena prueba de ello la ofrecen los trabajos del Grupo de Pisa en su seminario del pasado año (*Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli y E. Rossi,; G. Giappichelli, Torino 2002) y las comunicaciones y debates recogidos en el volumen 61 de las Publicaciones de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho del Estado (R. ALEXY, PH. KUNIG, W. HEUN, G. HERMES: *Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, Walter de Gruyter, 2002).

esenciales de lo que llamo «modelo kelseniano», en cuyas debilidades inherentes cabe encontrar, según la hipótesis, algunas de las dificultades con las que nos tropezamos en España, que ejemplifico con referencias concretas de nuestra jurisprudencia. En la tercera parte, a modo de breve conclusión, apunto algunas de las ideas que actualmente intento desarrollar, de manera que esa suelta conclusión es apenas un plan de trabajo.

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Para facilitar la comprensión y la crítica de lo que sigue, parece indispensable comenzar por precisar el significado que en el presente trabajo se atribuye a las expresiones utilizadas para designar los dos conceptos centrales en torno de los que todo él gira.

1.1. *Modelo europeo*

Un modelo en el que la protección de los Derechos está encomendada a tres jurisdicciones distintas (constitucional, ordinaria e internacional), que frecuentemente convergen en la decisión de un mismo asunto. Por lo general se denomina «modelo europeo» un sistema en el que el control de constitucionalidad de la ley queda en manos (parcialmente, como se verá después), de un órgano jurisdiccional no integrado en la organización judicial. Como ese sistema de jurisdicción constitucional no es más que el componente interno (por lo demás, el más importante), de lo que aquí llamo «modelo europeo», que tiene también un componente internacional, para referirme a él utilizaré la expresión, también común, de «modelo kelseniano».

1.2. *Convergencia de jurisdicciones*

La afirmación de que las tres jurisdicciones convergen en la protección de los Derechos no requeriría explicación alguna si no fuera por el hecho de que, por razones conocidas y en las que ahora no es necesario entrar, la idea de los Derechos con la que opera habitualmente la doctrina constitucional europea, es casi exclusivamente formal. La definición de los distintos tipos de Derechos prescinde en consecuencia generalmente de su contenido y se construye tomando en consideración únicamente su forma. Derechos Fundamentales son Derechos consagrados por la Constitución y directamente exigibles por eso

frente al legislador; Derechos Humanos (en el sistema jurídico europeo) son los Derechos recogidos en la CEDH, vinculantes para los Estados incluso por encima de la propia Constitución; los Derechos que nacen de la ley son, por último, derechos simplemente «legales», Derechos que el legislador puede crear, suprimir y modificar a su arbitrio. De acuerdo con esta visión puramente formal de los Derechos (correcta e indispensable, pero insuficiente) tiende a considerarse también que las tres jurisdicciones de las que hablamos y que desde luego actúan en planos distintos, son paralelas, no convergentes: la jurisdicción internacional protege los Derechos Humanos, la Constitucional los Fundamentales y la ordinaria los «legales».

Los titulares de los Derechos son en todo caso los mismos y los contenidos protegidos idénticos o análogos, por lo que en la realidad no hay sin embargo paralelismo, sino convergencia. En lo que toca a la jurisdicción constitucional y la ordinaria, es cosa evidente, porque esta última, que está vinculada por la Constitución y por tanto por los Derechos Fundamentales, contribuye también a su protección, que lleva a cabo de dos maneras distintas: utilizándolos como criterio básico de interpretación (una interpretación «sistemática» peculiar, puesto que ha de tener en cuenta el distinto rango de las normas), y colaborando con la jurisdicción constitucional en su defensa frente al legislador. En la relación entre jurisdicción internacional y jurisdicciones internas, porque, en lo sustancial, los Derechos Humanos y los Fundamentales tienen el mismo contenido y por supuesto, el contenido inmodificable de estos últimos se mantiene idéntico, con indiferencia de que se opongan, ley mediante, a la Administración, o al resto de los ciudadanos, o se hagan valer directamente frente al legislador, o frente al Estado en su totalidad. En definitiva, dado que las tres jurisdicciones protegen los mismos Derechos «materiales», su convergencia es inevitable y es esta convergencia la que establece el ámbito protegido y el grado de protección. Lo más que podría argüirse es que se trata de una convergencia parcial, no total, puesto que la jurisdicción ordinaria protege, además, otros «derechos», que existen sólo en el marco de libertad que los Derechos Fundamentales y Humanos permiten al legislador. Este argumento, que no niega la existencia de la convergencia, pero limita su alcance, ha de ser corregido a su vez, si no para invalidarlo, sí para matizar su fuerza, con dos consideraciones importantes y conectadas entre sí. La de que es punto menos que imposible separar nítidamente la esfera de la «constitucionalidad» y la de «legalidad», y la de que, siendo los Derechos Fundamentales (y Humanos) derechos de *status*, derechos que configuran la posición básica del individuo como sujeto de Derecho, sus titulares los invocan por lo general en relación con alguno de sus derechos simplemente «legales», y al pedir del juez un remedio eficaz de su vulneración, lo que realmente esperan es que éste satisfaga el de-

recho «legal» que creen tener también frente al poder, o más frecuentemente frente a terceros. Una conocida dama de la sociedad madrileña invoca ante los tribunales su derecho a la intimidad, a fin de que se satisfaga su derecho (legal) a ser resarcida del daño causado por una revista que airea detalles de su vida íntima (3). El miembro supérstite de una pareja de hecho no se opone al desahucio para defender el principio de igualdad, sino para seguir legalmente en el goce de la vivienda que ya venía ocupando (4). Los propietarios de máquinas de juego, no demandan la devolución del impuesto pagado para defender el principio de irretroactividad de las normas, sino para recuperar su dinero (5), etcétera.

2. LOS RASGOS GENERALES DEL «MODELO KELSENIANO» Y SUS DEBILIDADES INHERENTES

La unidad de este «modelo europeo» de protección de los Derechos, que integra las distintas jurisdicciones que convergen en la protección de los Derechos, está construida desde la perspectiva de éstos y en consecuencia, sólo existe desde ella. Es una perspectiva indispensable, pero no permite prescindir en modo alguno de la diferencia existente entre los dos planos, el internacional y el interno, cuyos respectivos esquemas habrán de ser considerados por tanto separadamente. Ni permite tampoco, por lo demás, prescindir de las muy significativas diferencias que, en el orden interno, se dan entre los distintos Estados europeos: la muy obvia que separa a los Estados que cuentan con un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, cualquiera que sea éste, y los muy pocos que carecen de él, y la apenas menos importante que lleva a distinguir entre los Estados que confían ese control a la jurisdicción ordinaria y los que la encomiendan a un Tribunal único, no integrado en ella, de acuerdo con lo que aquí llamamos «modelo kelseniano» de justicia constitucional. Dado el objetivo del presente trabajo, únicamente la realidad de estos Estados se tendrá en cuenta al exponer el aspecto interno del «modelo europeo» de protección de los Derechos (6).

(3) Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 115/2000 y 186/2001 y Sentencias el Tribunal Supremo, Sala Primera (STS1.º) de 31-XII-1996, 20-VII-2000 y 5-XI-2001.

(4) *Vid.* por ejemplo, STC 222/1992.

(5) STC 159/1997 y SSTs de 29-II y 13-VI/2000, entre otras.

(6) Como es evidente, tanto en los escasos Estados europeos que carecen de control de constitucionalidad, como en los pocos en los que este control sigue otro modelo distinto, difuso (países nórdicos, Grecia) o centralizado en la cúspide de la jurisdicción ordinaria (Irlanda), plan-

2.1. El «modelo kelseniano» y la «constitucionalización de la política»

Para la doctrina hoy dominante, con pocas excepciones, el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley es un elemento típico del moderno Estado de Derecho. De acuerdo con esta concepción, para la que las críticas en otro tiempo dirigidas contra la *judicial review* (C. Schmitt, G. Lambert, etc.) son poco más que vestigios arqueológicos, la institución se ha extendido por toda Europa y son pocos los Estados que carecen de ella. Cuando se firmó el Tratado de Roma, existía sólo en dos de los seis Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea; actualmente está presente en trece de los quince Estados que componen la Unión Europea y en los doce que en un futuro no lejano, aunque aun impreciso, habrán de incorporarse a ella. En el Este de nuestro continente, la situación es aun más homogénea y todas las Constituciones surgidas tras la descomposición de la Unión Soviética, incorporan algún sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley. La configuración de tal control presenta características diferentes en los distintos Estados, pero en la inmensa mayoría de ellos (7), se acomoda en lo sustancial al modelo comúnmente llamado «europeo», que aquí se denominará «kelseniano».

La denominación se utiliza no sólo para evitar el equívoco a que daría lugar el uso de la misma expresión (la de «modelo europeo») con dos valores distintos, sino también para subrayar el rasgo que mejor sirve para diferenciar este modelo de todos los demás y que, pese a las transformaciones inducidas por la práctica en el diseño original de Kelsen, se ha mantenido invariable desde 1920 hasta nuestros días: la separación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.

Los muy numerosos trabajos consagrados a estudiar la evolución del modelo kelseniano, coinciden en la descripción de los cambios profundos inducidos en él por la práctica y acentúan, casi sin excepción, la aproximación entre este modelo y el de la *judicial review* norteamericana. Una aproximación producida no sólo por la difuminación en Europa del carácter teóricamente abstracto del control, sino también por la frecuente utilización en los Estados Unidos de vías procesales y técnicas decisorias que a su vez se alejan no poco de la concepción originaria.

Las conclusiones alcanzadas en esos estudios son el punto de partida del

tea problemas la relación entre la jurisdicción interna y la internacional y en consecuencia también a ellos debe extenderse un estudio completo del «modelo europeo». El que aquí se intenta es por ello sólo parcial.

(7) Una información actualizada sobre la materia puede encontrarse en las Actas del *XII Congreso de Tribunales Constitucionales Europeos* (Bruselas, septiembre 2002).

presente. Sólo porque el control de constitucionalidad de la ley se encauza hoy en Europa predominantemente a través de vías procesales, la cuestión de inconstitucionalidad o el recurso individual, que obligan a plantear la relación entre Constitución y ley desde una perspectiva concreta, en el marco de casos cuya decisión final no es competencia, en principio, de la jurisdicción constitucional, cabe hablar de una convergencia entre ésta y la ordinaria y de ambas con la internacional del TEDH. No se trata pues de volver sobre lo ya hecho, o menos aun de negarlo, sino de continuarlo, poniendo en primer plano otro aspecto de esa evolución, que en Europa, como en los Estados Unidos, es seguramente consecuencia de un cambio, si no en el concepto de Constitución, sí en el valor decisivo que hoy se atribuye a los Derechos, cuya salvaguardia ha pasado a ser, tanto para la opinión pública como para la doctrina jurídico constitucional, la función esencial del control de constitucionalidad de la ley, su verdadera razón de ser (8).

Aunque, como es bien sabido, al hablar de control concentrado como un rasgo típico del modelo kelseniano, se quiere decir sólo que es un Tribunal único el que goza en exclusiva de la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, aunque no de la competencia para examinar la conformidad o disconformidad de éstas con la Constitución, se suele pasar por alto el hecho de que este rasgo típico no es sin embargo un rasgo distintivo, un criterio que por si solo lo defina frente a otros «modelos». Control concentrado existe también en Estados en los que tal poder es monopolio del Tribunal Supremo, o más precisamente, del órgano que, sea cual fuese su denominación, está en la cúspide de la jurisdicción ordinaria. Así, por ejemplo, sin salir de la Unión Europea, en la República de Irlanda, en donde además, junto al control por vía de excepción, existe una forma de control abstracto *a priori*, cuya práctica lo asemeja mucho al que, en algunos Estados fieles al modelo kelseniano, se pone a dis-

(8) La afirmación requiere, como es obvio, alguna matización. En los Estados de estructura compuesta, federal o regional, como de hecho son muchos de los que cuentan con un sistema de control de constitucionalidad, el impulso inicial para establecerlo, ha venido de la necesidad de garantizar jurisdiccionalmente la distribución territorial del poder. Así sucedió en los Estados Unidos y así ha seguido siendo después; también seguramente en España. Aunque esta justificación no ha desaparecido, su carácter, por así decir, puramente político y local, ha hecho que quede relegada a un segundo plano, frente a la justificación, más universal y de mayor relevancia ética, que viene de la necesidad de proteger los Derechos frente a todos los poderes públicos, incluido el legislativo. Es el desempeño de esta función, que de hecho absorbe la mayor parte del esfuerzo de los Tribunales Constitucionales, el que da origen a la convergencia de la jurisdicción constitucional con la ordinaria y la internacional. En el presente trabajo, la jurisdicción constitucional es estudiada por esto sólo desde esta perspectiva, incompleta, pero no deformante de la realidad.

posición de las minorías parlamentarias (9). El criterio decisivo no es el mayor o menor grado de concentración del control, sino la atribución del mismo a un órgano que no forma parte del Poder Judicial, de la jurisdicción ordinaria (10). Buena prueba de ello es el hecho de que la existencia de un órgano de ese género lleve a inscribir el francés entre los sistemas que siguen el modelo kelseniano, e incluso a considerarlo como su más pura realización.

La distancia entre la idea a partir de la cual se construyó la *judicial review* y la que sirve de base al modelo kelseniano, se hace así muy patente en Francia, en donde esa distancia llega a su límite. La jurisdicción constitucional no se construye allí, como en la mayor parte de los Estados europeos, a partir de la idea de que la Constitución ha de ser aplicada por todos los jueces, para evitar que la actuación de estos produzca resultados imprevisibles y una inseguridad generalizada, sino sobre el supuesto implícito de que los jueces no han de aplicar nunca la Constitución, sino sólo la ley, que si ha de ser depurada, debe serlo antes de que llegue a sus manos (11).

La utilización de la dualidad de jurisdicciones, constitucional y ordinaria, como criterio distintivo del «modelo kelseniano», obliga en consecuencia a diferenciar en su seno dos variantes bien diferenciadas, según que el control de constitucionalidad de la ley esté unido, o no, a la aplicación judicial de la Constitución. Cuando no lo está, como en Francia, o la aplicación judicial de la Constitución sólo se extiende a ciertos preceptos de la misma, como en Bélgica (12), el juez ordinario no tiene ni la obligación ni el poder de examinar la conformidad entre Constitución y ley. Cuando, por el contrario, como sucede en la mayor parte de los casos, la Constitución forma parte del Derecho que los jueces han de aplicar, pesa sobre ellos la obligación de interpretar de conformidad con ella todas las normas de rango inferior, y cuando esa interpretación

(9) Tomo la información de J. M. KELLY, G. HOGAN y G. WHYTE: *The Irish Constitution* (3.ª ed., Dublín, 1994).

(10) Pese a la singularidad del sistema (*vid. infra*, nota 15), incluyo por eso a Portugal entre los países que siguen el modelo que aquí llamo «kelseniano».

(11) Sobre el origen la evolución y la actividad del Consejo Constitucional francés, *vid.* L. FAVOREU y L. PHILIP: *Le Conseil Constitutionnel* (4.ª ed., París, 1988), así como L. FAVOREU y otros: *Droit Constitutionnel* (4.ª ed., París, 2001), págs. 257 y sigs. En esta última obra (págs. 178-183) se hacen unas interesantes observaciones sobre el desplazamiento de los «principios generales» por el control de constitucionalidad, que probablemente no es un fenómeno exclusivamente francés.

(12) Sobre el sistema belga, *vid.*, H. SIMONART: *La Cour d'Arbitrage* (Bruselas, 1988); F. DELPERÉE y A. RASSON-ROLAND: *Recueil d'Etudes sur la Cour d'Arbitrage* (Bruselas, 1990); F. DELPERÉE: *Regards croisés sur la Cour d'Arbitrage* (Bruselas, 1995), y sobre todo las detalladas crónicas sobre la actividad del Tribunal en el *Annuaire International de la Justice Constitutionnelle*.

conforme sea imposible, la de no aplicarlas, si son normas infralegales, o cuestionarlas ante el Tribunal Constitucional, si son normas con valor de ley.

De esta diferencia resulta otra, decisiva para el objeto del presente trabajo, porque afecta directamente a la forma que en unos y otros sistemas adopta la «constitucionalización de la política», que es una consecuencia necesaria del control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley, sea cual sea la forma que tal control reviste. A partir del punto en el que la conformidad material con la Constitución se convierte en una condición indispensable de la validez de la ley, que es la forma necesaria para la inmensa mayoría de las decisiones políticas, la argumentación sobre la adecuación o inadecuación constitucional de la ley se convierte en un elemento central del debate político, que en consecuencia se «constitucionaliza» (13), con lo que experimenta una profunda modificación. De una parte, se amplía el elenco de actores y se hace más complejo el juego de alianzas, pues aunque los jueces no se enfrentan como tales con los restantes partícipes en el debate, y hablan (o deberían hablar) sólo a través de sus decisiones, es inevitable que estas sean entendidas y utilizadas como elementos de apoyo o censura a unos u otros. De la otra, esta incorporación de los jueces al debate político, querida o no por ellos, obliga al uso de un lenguaje nuevo que ofrece también posibilidades dialécticas distintas. El significado «político» del enfrentamiento de los jueces con los actores no judiciales, y en especial el de los jueces entre sí, se expresa a través de conceptos y modos de razonar que sólo los iniciados pueden utilizar y comprender, y aun ellos no sin dudas e incertidumbres (14).

(13) La expresión es sin duda equívoca, pero no encuentro otra mejor para trasladar la de «constitutional politics» que utiliza Stone, y que, por lo demás, tampoco en inglés está libre, me parece, de ese defecto. Como bien se entiende, la «constitucionalización» del debate político no significa que la adecuación de las decisiones políticas a la Constitución haya quedado asegurada, sino sólo el hecho de que esa adecuación se convierte en objeto necesario del debate. Para el desarrollo de la noción, vid. A. STONE SWEET: *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (Oxford University Press, 2000), especialmente págs. 22-30.

(14) En la obra citada en nota anterior (págs. 26-27), A. Stone Sweet se ocupa también brevemente de esta cuestión, estrechamente ligada, como es evidente, con la de la autonomía del razonamiento jurídico, su neutralidad política. Se trata, sin embargo, de una mera referencia, acompañada de algunas indicaciones bibliográficas, no de un intento de ahondar en un aspecto esencial de la «constitucionalización» del debate político, en general y, más en particular, del debate entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. Quizás la levedad en el tratamiento del tema se deba precisamente al hecho de que el autor, que inició sus trabajos en este campo con un conocido libro sobre el Consejo Constitucional francés, no valora suficientemente las diferencias existentes entre el sistema francés y los de Alemania, España e Italia, que también estudia en este libro. Por ello, aunque más de una vez alude al enfrentamiento entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, no se ocupa de analizarlo en profundidad. Se trata por lo demás de una opción deliberada que no resta valor a un libro excelente.

Esta «constitucionalización» de la política, que es también «judicialización», presenta sin embargo características muy distintas si los jueces forman parte de una estructura única que desempeña en su integridad la función jurisdiccional, o si, por el contrario, el desempeño de esa función aparece atribuido a dos «jurisdicciones» distintas. En el primer caso, que es por ejemplo el de los Estados Unidos de América, el elemento relevante es exclusivamente el de la orientación política individual de los jueces; en el segundo adquiere relevancia también su pertenencia a una u otra «jurisdicción», pues cada una de ellas, como portadora de un interés institucional específico, es también, en cuanto tal, partícipe en el debate político. Desde esta perspectiva, la diferencia existente entre las dos variantes del modelo kelseniano, la francesa y la común, es tan profunda que se hace difícil considerarlas especies de un mismo género, pues evidentemente no son los mismos los actores potenciales del debate político en Francia (o parcialmente en Bélgica), de una parte, y en el resto de los Estados aquí considerados, de la otra. En el sistema francés, a los actores específicamente políticos (partidos, Parlamento etc.) se agrega sólo el Consejo Constitucional; en el resto de los países, además del respectivo Tribunal Constitucional, son también partícipes potenciales todos los jueces que integran la jurisdicción ordinaria y que como tales contribuyen al ejercicio del control de constitucionalidad de la ley.

2.2. *Las vías de relación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria y las tensiones inherentes entre ambas*

En la variante común del «modelo kelseniano», la relación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional se canaliza a través de dos vías diferentes. Una, horizontal, en la que ambas jurisdicciones colaboran en el ejercicio del control de constitucionalidad de la ley; otra, vertical, en la que la jurisdicción ordinaria queda subordinada a la constitucional, que puede examinar y eventualmente invalidar sus decisiones. Ambas parten de la idea de que, como exige el reconocimiento de su fuerza normativa plena, la Constitución ha de ser aplicada por los jueces, pero ambas están inspiradas también por la desconfianza en la capacidad de estos para interpretarla correctamente y respetarla siempre. La primera, cuya forma típica es la cuestión de inconstitucionalidad existente en la inmensa mayoría de los Estados europeos, es un elemento necesario del modelo (15). La segunda, que ejemplifican bien la *Verfassungsbesch-*

(15) La cooperación entre ambas jurisdicciones es sin duda un elemento necesario del sistema, que no exige, por el contrario, que esta cooperación haya de canalizarse a través de la cues-

verde alemana o nuestro recurso de amparo, está menos extendida que la anterior y, a diferencia de ésta, comporta una actuación del Tribunal Constitucional posterior a la decisión judicial y no, como en la cuestión, anterior a ésta; puede ser útil para subsanar defectos inherentes a la relación de cooperación, pero está orientada primordialmente a remediar violaciones de la Constitución que no derivan necesariamente de la inconstitucionalidad de la ley aplicada.

2.2.1. *La relación horizontal*

En esta variante del modelo, que es la común, todos los jueces están obligados a aplicar la Constitución y en consecuencia a no aplicar las normas que se le opongan, pero si la relación entre ambas jurisdicciones se articula sólo horizontalmente, como cooperación, su decisión de inaplicar no es nunca definitiva. En Portugal, porque frente a la sentencia judicial que niega la aplicación de una ley por entenderla inconstitucional, se da siempre recurso ante el Tribunal Constitucional. En la forma típica de la cuestión, adoptada en la mayor parte de las Constituciones europeas, porque el juicio de inconstitucionalidad del juez ordinario ha de ser sometido por él al Tribunal Constitucional antes de incorporarlo a su sentencia, que habrá de basarse en el que este Tribunal emita.

Dejando ahora de lado la modificación que esta vía ha producido en la naturaleza real de un modelo de control de constitucionalidad que se quería abstracto, aislado de las circunstancias del caso concreto, lo que importa para nuestro estudio es subrayar que en esta relación de cooperación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, aquélla no puede revisar el juicio de constitucionalidad hecho por ésta cuando su resultado es positivo. Sólo cuando es negativo puede invalidarlo o ratificarlo. En el supuesto, hoy quizás puramente académico, de que la jurisdicción ordinaria estuviera concentrada en un solo órgano, como la constitucional, o de que sólo un tribunal ordinario estuviera facultado para elevar cuestiones de inconstitucionalidad, sería este tribunal único el verdadero protector de los Derechos, o más precisamente, el encar-

tación de inconstitucionalidad, aunque sea ésta su forma típica. La identificación entre la necesidad de la cooperación entre ambas jurisdicciones y la forma típica de esa cooperación, es la que lleva a considerar el sistema de control de constitucionalidad de Portugal como un sistema mixto, a medio camino entre el modelo kelseniano y el de la *judicial review*. Si, como en el presente trabajo, se adopta como criterio distintivo del modelo kelseniano el de la dualidad de jurisdicciones, no hay razón para atribuir una naturaleza mixta al sistema portugués, cuyo funcionamiento no difiere sensiblemente en la práctica del propio de los sistemas «puros». Según la información de que dispongo, el modelo portugués ha sido recogido en la nueva Constitución de Estonia.

gado de determinar su contenido intangible y el grado mínimo de protección que la Constitución tolera. Este portavoz único de la jurisdicción ordinaria únicamente habría de dirigirse al Tribunal Constitucional cuando juzgara que el legislador había tocado lo intangible, o reducido en exceso la protección, un juicio que el Tribunal Constitucional por su parte sólo podría invalidar si estimase que no se ha producido ni lo uno ni lo otro, que ni la inmisión de la ley en el ámbito protegido afecta a lo intangible, ni la protección concedida (frente los actos del poder o frente a terceros) queda por debajo de lo constitucionalmente admisible.

Como evidencia este esquema simplificado, en los sistemas de control de constitucionalidad en los que la relación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria se articula únicamente como cooperación entre ambas, la primera actúa realmente como protectora de la ley frente al juez, y desempeña por eso una función que se asemeja por eso a la propia de la casación en su concepción original. También pone de evidencia lo obvio: el hecho de que la división del control de constitucionalidad entre dos jurisdicciones distintas, una facultada sólo para proponer la declaración de inconstitucionalidad y otra que sólo puede decidir a partir de esa propuesta, implica inevitablemente una demora en el fallo que el juez ordinario ha de pronunciar y en consecuencia induce en éste un interés institucional legítimo a eludir el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad, extremando al máximo las posibilidades que ofrece la interpretación de las normas. También, por último, y en conexión con lo anterior, que al quebrarse la sujeción rígida del juez al imperio de la ley, cuya validez puede poner en cuestión, cambia radicalmente su relación con los demás poderes del Estado y se modifica profundamente el modelo del razonamiento judicial; no por decisión subjetiva del juez, sino como consecuencia objetiva de su obligación de aplicar un cuerpo normativo integrado sustancialmente por principios. Reducida a esta forma esquemática, la relación de cooperación entre las dos jurisdicciones no generaría más tensiones inherentes que las nacidas de la eventual disparidad de criterios entre los respectivos órganos, ni podría dar lugar a disparidades en la aplicación de la ley en territorios distintos.

La situación es muy diferente cuando, como sucede hoy realmente en la mayor parte de los sistemas nacionales, la relación de cooperación se establece entre dos jurisdicciones de estructura muy asimétrica. Concentrada en un órgano único la constitucional y distribuida la ordinaria entre los numerosos componentes de un complejo orgánico muy amplio. Una organización que no está jerarquizada, puesto que todos los elementos que la componen gozan de independencia, pero sí estructurada de forma piramidal, de manera que los órganos superiores tienen competencia para revisar las decisiones de los inferiores, de acuerdo con el sistema de recursos, y se atribuye al órgano situado en la

cúspide la función específica de asegurar la unidad de doctrina, la homogeneidad en la interpretación de la ley.

De esta asimetría resultan consecuencias bien conocidas y perturbadoras. En primer lugar, las propias de la diversidad de criterios entre los diferentes órganos de la jurisdicción ordinaria y de la inevitable asincronía con la que estos han de abordar los mismos problemas. Ni a todos los jueces se les plantea al mismo tiempo la necesidad de hacer un juicio previo sobre la constitucionalidad de la misma ley, ni todos llegan al hacerlo al mismo resultado. La ley que un juez aplica en sus términos literales por no ver en ella sombra alguna de inconstitucionalidad, puede exigir para otro una interpretación que para ser conforme a la Constitución, ha de alejarse de la literalidad y adolecer para otro, por fin, de una inconstitucionalidad irremediable, que impide su aplicación y obliga a cuestionarla ante el Tribunal Constitucional. Y todo esto, en una secuencia temporal muy variada, que da origen a problemas muy diversos (16).

Si la ley es aplicada por algunos jueces antes de que otros la cuestionen, la eventual sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional no surtirá efecto alguno para quienes fueron parte en los procesos decididos por aquellos, si fueran ya firmes sus sentencias. La desigualdad entre quienes se han visto obligados a sufrir la aplicación de una ley inconstitucional y quienes han logrado evitarla puede explicarse teóricamente como una consecuencia necesaria del transcurso unidireccional del tiempo, pero esta justificación teórica servirá de poco para impedir que los perjudicados se sientan víctimas de una injusticia. Sobre todo si, como a veces ha sucedido, habían solicitado en vano del juez que desestimó sus demandas el planteamiento de la cuestión (17).

Si, por el contrario, en el momento en el que un juez ha de aplicar una determinada ley sobre cuya conformidad con la Constitución no alberga duda alguna, ésta ha sido ya cuestionada por otro ante el Tribunal Constitucional, se puede evitar que se produzca una desigualdad como la que se acaba de exponer, haciendo que el proceso que ante él se inicia quede detenido y no se decida antes de que el Tribunal Constitucional dicte su sentencia. Esta fórmula, frecuentemente apoyada en la doctrina, ofrece sin embargo algunos inconvenientes de monta. De una parte, multiplica el efecto dilatorio que, como ya se ha dicho, es inherente a este modo de relación entre jurisdicciones diversas; de la otra, plantea un problema aun mayor que el que intenta resolver, pues la vinculación del juez, en contra de su propio criterio, a lo decidido por otro, de rango superior, igual o incluso inferior, implica en cierto modo la introducción, en forma extra-

(16) Un buen ejemplo de estos problemas puede verse en las SSTC 184/1990 y 222/1992.

(17) STC 159/1997.

vagante, del principio *stare decisis* en un sistema basado en la sujeción exclusiva del juez a la ley. Ciertamente, la vinculación determina sólo el aplazamiento de la decisión, no su contenido, pero del simple aplazamiento surgen muchas veces perjuicios que quizás considere injustos quien se ve obligado a imponerlos como consecuencia de una decisión ajena, adoptada en un asunto distinto.

Situaciones de este género son probablemente inevitables en cualquier sistema de control de constitucionalidad de la ley, y un cierto grado de desigualdad, como consecuencia de la diversidad de criterios, es inherente a la distribución de la potestad jurisdiccional entre una pluralidad de órganos, independientemente de que exista o no control de constitucionalidad de la ley. La relativización de estas disfunciones inevitables, no debe hacer olvidar, sin embargo, que la supuesta capacidad del «modelo kelseniano» para evitarlas fue uno de los argumentos básicos utilizados para ponderar la superioridad de este modelo sobre el de la *judicial review*. Un defecto específico de aquel modelo es, en cambio, el de dar origen, ya en esta vía de cooperación entre las dos jurisdicciones, a una relación muy tensa entre el Tribunal Constitucional y el órgano situado en la cúspide de la jurisdicción ordinaria, entre nosotros, el Tribunal Supremo.

Estas tensiones vienen especialmente de la posibilidad que la relación de cooperación con el TC ofrece a todos los órganos judiciales de acudir a ella para invalidar una doctrina del TS (o de otros tribunales superiores) de la que disientan, quebrando así el monopolio de la función nomofiláctica y debilitando la obligación de interpretar las leyes de conformidad con la Constitución. Esta quiebra se produce necesariamente, pero se hace aún más grave cuando el juez ordinario utiliza la cuestión precisamente para liberarse de la doctrina legal establecida por el TS. El mecanismo es sencillo: cuando un juez cree que aunque un determinado precepto legal podría ser objeto de una interpretación conforme, la «doctrina legal» establecida al respecto por el TS es inconstitucional, puede hacer tres cosas, apartarse de dicha doctrina, oponiéndole su propia interpretación, aceptarla, aun considerándola inconstitucional, o por último, renunciar a su facultad de interpretar el precepto de otro modo (incumplir su obligación de interpretación conforme) y plantear ante el TC su inconstitucionalidad, en la interpretación que de él hace el TS. En el primer caso, puede ver su sentencia revocada en apelación o casación; en el segundo, actúa en contra de su conciencia; en el tercero, incumple una obligación legal para asegurar un objetivo constitucional. Cuando, por excepción, el TS dispone de facultades para decretar por sí mismo la inconstitucionalidad de las normas aplicables (leyes preconstitucionales) es esta última fórmula la única utilizable (18).

(18) Ejemplos del uso de esta técnica se encuentran en las STC 222/1992 y 126/1997.

2.2.2. *La relación vertical*

La evidencia de que el control de constitucionalidad de las leyes no basta por sí mismo para asegurar la protección de los Derechos Fundamentales, ha llevado en España, siguiendo muy de cerca el ejemplo alemán, a complementar la relación «horizontal» con una relación «vertical» de supra y subordinación, que permite al juez constitucional revocar la decisión del juez ordinario, no sólo cuando éste aplica una ley inconstitucional, sino también cuando su decisión infringe los Derechos garantizados por la Constitución por cualquier otra causa (interpretación o aplicación inconstitucional de leyes que intrínsecamente no lo son etc.). Esta nueva vía de relación entre ambas jurisdicciones remedia también la incapacidad en la que la justicia constitucional se encuentra para ir más allá de la ordinaria al determinar el ámbito protegido por los Derechos o la intensidad de la protección cuando la relación entre ambas se articula sólo como relación de cooperación,

La apertura de esta nueva vía, cuya eficacia en España se ve reducida por el hecho de que el ámbito cubierto por el recurso de amparo, que no incluye todos los Derechos, ha sido además objeto de una interpretación restrictiva por parte del Tribunal Constitucional (19), plantea sin embargo problemas nuevos. Uno de ellos, quizás el más visible, es el de incrementar enormemente, hasta hacerla casi inmanejable, la carga de trabajo de la jurisdicción constitucional. Como el recurso directo de los individuos ante el TC lo convierte casi inevitablemente en una especie de casación universal, cuyo acceso no está restringido en función de la cuantía del litigio o de la magnitud de la pena, el TC, como el BVG en Alemania, se ve abrumado por un ingente número de recursos. Las reformas introducidas para facilitar la inadmisión *a limine*, generosamente utilizadas, no han reducido significativamente la afluencia de recursos nuevos, y aunque abrevian el tiempo necesario para resolver, no han bastado para impedir el crecimiento continuo de los casos pendientes y por tanto la duración de todos los procesos constitucionales. Entre ellos, claro está, también los que nacen de una cuestión de inconstitucionalidad, con lo que se hace también mayor la resistencia de los jueces a acudir a ella.

Junto a este problema, menos aparente pero más grave, está el de que con esta relación vertical entre ambas jurisdicciones, se acentúa y se hace más difí-

(19) La STC 159/1997, repetidamente citada, es un buen ejemplo de las consecuencias que entraña esta interpretación restrictiva, según la cual el recurso de amparo no es un instrumento idóneo para remediar las lesiones que resultan de la aplicación de una ley inconstitucional cuando el origen de la inconstitucionalidad no es precisamente la vulneración de uno de los Derechos especialmente protegidos por tal recurso.

cilmente soluble la tensión entre ellas. Como el objeto sometido al juicio del TC es en esta vía directamente la sentencia del juez ordinario, es en ella en donde con más fuerza se plantea la necesidad de distinguir con claridad los ámbitos reservados a ambas jurisdicciones, una tarea para la que no se han encontrado hasta el presente instrumentos teóricos claros. El esfuerzo de nuestro Tribunal Constitucional por distinguir entre «juicio de legalidad» y «juicio de constitucionalidad», una distinción inspirada quizás por la que en Alemania se hace entre «Derecho Constitucional específico» y Derecho ordinario», no ha logrado plasmarse (20) en fórmulas inequívocas que permitan dar respuesta a la acusación de que esa distinción no es más que una fórmula verbal que utiliza en su provecho el juez que tiene la última palabra (normalmente, claro está, el juez constitucional) (21). Y a esta necesidad de delimitar las esferas propias de cada una de las jurisdicciones desde el punto de vista de las normas aplicables, que se plantea casi con la misma fuerza en la relación horizontal de las jurisdicciones que en la relación vertical, se añade, en ésta última, la de separar el juicio del Derecho de la valoración de los hechos, en la que teóricamente el juez constitucional no debería en ningún caso entrar. Una prohibición que entendida rigurosamente, conduce sin embargo al absurdo, pues obliga al juez constitucional a abstenerse de emitir juicio alguno sobre los hechos que el juez ordinario declara probados, por arbitraria que su conclusión resulte, o a aceptar que la situación de hecho definida por el juez no está cubierta, como éste eventualmente ha sostenido, por el derecho fundamental que se alega. Por eso, tampoco es sorprendente que los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional para aplicarla sean más bien erráticos (22). Y por último está el hecho de que este modo de relación ofrece aun más posibilidades que el puramente horizontal, de cooperación, para que los jueces inferiores, con la colaboración del TC, logren hacer prevalecer su criterio frente al del Tribunal Supremo. Buena muestra de ello es la violencia con la que el Tribunal Supremo ha reaccionado cuando la decisión del TC ha servido para provocar una «subversión» del sis-

(20) Entre otras razones, aunque no es la única, porque los preceptos constitucionales, especialmente los materiales, como base que son del ordenamiento entero, son comunes a todas las ramas del ordenamiento y han de ser utilizados por los jueces al construir la «norma de decisión» del caso que han de resolver. La ampliación del contenido de los Derechos Fundamentales, cuyo conjunto es ya difícilmente discernible del cubierto por el principio general de libertad, obliga a entender que toda configuración legal de derechos puramente «legales» comporta, en mayor o menor medida, para quienes son partes en la relación jurídica, una limitación de Derechos fundamentales cuya licitud constitucional ha de ser examinada por el juez del caso.

(21) Sobre la distinción en España, *vid.* SSTC 53/1982, 30/1993, 119/1993 y 214/1998, entre otras.

(22) *Vide* al respecto, entre otras muchas, SSTC 13/1987, 59/1990 o 207/1992.

tema establecido, devolviendo fuerza a la decisión de un tribunal inferior, antes revocada por él (23).

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la actualidad, la discusión sobre la situación de la jurisdicción constitucional en España se centra en la necesidad de aligerar la carga de trabajo del TC. Un problema real cuya solución ha de incidir necesariamente en la relación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria y que, en consecuencia, sólo puede buscarse teniendo en cuenta el conjunto de problemas que plantea la dualidad de jurisdicciones; más bien pluralidad, pues no cabe ignorar la incidencia que sobre el sistema jurisdiccional español ejerce el elemento internacional del «modelo europeo», la jurisdicción de Estrasburgo.

Como se ha recordado en las páginas que preceden, la existencia de un control judicial de constitucionalidad de las leyes, sea cual fuere su forma, lleva necesariamente a una «constitucionalización» de la política, que implica también su «judicialización». Liberados de la sujeción estricta al imperio de la ley, los jueces reflejan directamente en sus decisiones su propia concepción de los principios constitucionales, que inevitablemente estará más cerca de la mantenida por unos actores políticos y más lejos de la de otros.

En este contexto, el «modelo kelseniano» introduce una escisión entre dos jurisdicciones, la ordinaria y la constitucional, que por sí misma basta para debilitarlas, pues la legitimidad de la *jurisdictio* radica esencialmente en su *autoritas*, que inevitablemente se ve disminuida cuando las distintas jurisdicciones llegan a soluciones distintas. La coexistencia de jurisdicciones distintas no es, de otra parte, del todo pacífica. La dualidad da lugar a intereses «institucionales» distintos, frecuentemente contrapuestos como consecuencia de las tensiones que surgen de la relación entre ambas jurisdicciones y que eventualmente las llevan, o pueden llevarlas, a buscar la alianza de los actores específicamente políticos. La «rama menos peligrosa del poder», que debe esta condición a la de ser también la más débil, ve así acrecentada su debilidad.

Para reducir los inconvenientes de esta situación no cabe prescindir de la «constitucionalización» de la política, pues ésta es inherente al lugar central de los Derechos y cuando se pretende echarla por la puerta, entra por la ventana (24). Sólo quedan pues, en apariencia, dos caminos. El de intentar una de-

(23) Así, en el Discurso de Apertura del Año Judicial 1994-1995 (frente a la STC 7/1994) y más recientemente en la STS Sala 1.ª de 5-XI-2001, antes citada.

(24) Un buen ejemplo de ello lo ofrece la práctica a la que los jueces franceses acuden cada vez con mayor frecuencia, de sustituir el juicio de constitucionalidad de las leyes, en el que no

limitación clara del ámbito propio de cada una de las jurisdicciones, o el de eliminar la dualidad, ninguno de los dos fácilmente practicable. El intento de construir una dogmática que permita distinguir nítidamente entre «constitucionalidad» y «legalidad» tiene escasas posibilidades de éxito y tampoco son muchas las de separar la interpretación de las normas de la valoración de los hechos.

A la vista de estas dificultades, a las que en España se han de añadir las que vienen de la configuración constitucional de ambas jurisdicciones, y en especial de la equívoca atribución a la ordinaria de la potestad de juzgar como potestad exclusiva, podría pensarse que sólo es posible la solución radical, la supresión de la dualidad, pero tampoco el camino que lleva a ella está libre de obstáculos. Los de carácter práctico son probablemente insuperables, pero aunque no lo fueran, no faltan razones para dudar de la conveniencia de suprimir la dualidad de jurisdicciones. La mayor parte de las aducidas por Kelsen para justificar la necesidad de encomendar el control de constitucionalidad de la ley a un Tribunal que no forma parte de la jurisdicción ordinaria, no son ya válidas, si alguna vez lo fueron. Sigue siendo evidente, sin embargo, la inadecuación para esta función de nuestras estructuras tradicionales, en las que la jurisdicción aparece dividida en órdenes distintos, cada uno coronado por un tribunal propio, con independencia de que estos estén agrupados formalmente, como en España sucede, en un Tribunal Supremo mastodónico. Esta inidoneidad estructural, ya puesta de relieve por Kelsen y sobre la que ha insistido mucho Cappelletti (25), no desaparece con el simple paso del tiempo, como sucede con la inidoneidad coyuntural, más bien personal que institucional, que se da en los momentos de cambio político profundo (26). Para cambiar una estructura que es obra de siglos y está profundamente arraigada en nuestras sociedades, haría falta sin embargo una revolución que ni es posible ni nadie quiere. De lo que resulta que no cabe prescindir por entero de los Tribunales Constitucionales, cuya existencia no implica sin embargo necesariamente el

pueden entrar, por un juicio de «convencionalidad», merced al cual ejercen de hecho una especie de control difuso. *Vid.* sobre el tema, entre otros, D. DE BECHILLON: «De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution», en *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 14 (2), marzo-abril 1998.

(25) *Vid.* por ejemplo *Comparative Constitutional Law*, en colaboración con W. COHEN (The Bobbs-Merrill Company, 1979), o: *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Clarendon Press, Oxford, 1989).

(26) Esta inidoneidad coyuntural, a cuya existencia he aludido de pasada en otros lugares (*vid.*, por ejemplo, «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», recogida en *La forma del poder* (Madrid, 1997), ha sido analizada sobre todo por Bruce Ackerman, entre otros lugares, en el libro *La política del diálogo liberal* (trad. española, Gedisa, Barcelona, 1999).

mantenimiento de la dualidad en sus términos actuales. Los intentos de modificarlos, atribuyendo a los Tribunales (Supremos) ordinarios la elección, de entre sus propios miembros, de todos los jueces constitucionales, como se ha hecho en Luxemburgo, o por otra vía, mediante la compleja doctrina del *diritto vivente*, como en Italia, ni tienen asegurado el éxito, ni están libres de inconvenientes notorios. Tal vez sería posible ensayar otra vía, que llevaría casi a la superación de la dualidad, desechando las actuales vías de relación entre el Tribunal Constitucional y los restantes, para sustituirlas por otras que se asemejen más a las vías tradicionales de recurso.

