

SEIS TESIS SOBRE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EUROPA (*)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

INTRODUCCION

Es inexcusable precisar, al inicio de estas páginas, cuál es el concepto de jurisdicción constitucional que en ellas se utiliza, pues esa expresión se emplea frecuentemente en diversos sentidos, sólo parcialmente coincidentes. A veces, jurisdicción constitucional se identifica con jurisdicción protectora de los derechos fundamentales, aunque tal protección no se efectúe en aplicación de Constitución alguna (1), en tanto que en otras el concepto se res-

(*) Estas tesis, con algunas más, tan en agraz que no son publicables, hasta completar el número de once en recuerdo de un texto célebre, fueron presentadas en México (septiembre de 1991) en el Seminario sobre *Tendencias actuales del Derecho*, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

La última de estas tesis, la sexta, fue expuesta y discutida, además, en la Mesa Redonda celebrada en Aix-en-Provence en julio de 1971 sobre *El acceso directo a la jurisdicción constitucional: técnicas y resultados*.

En el curso de esta discusión, muy viva, y frente a quienes a partir de mis observaciones críticas sobre su configuración actual cuestionaban la conveniencia de mantener abierta esta vía de acceso directo de los ciudadanos a la jurisdicción constitucional, yo expuse mi convencimiento de que, por el contrario, y fuesen cuales fuesen los problemas que plantea, el recurso de amparo es una institución indispensable para mantener vivos entre los ciudadanos la voluntad y el sentimiento de Constitución, es decir, para hacer de la Constitución un texto vivo. A mi postura se adhirieron los colegas (Vichtum, de Alemania; Adamovich, de Austria, y Saladin, de Suiza) que se habían ocupado de la misma institución en sus países respectivos.

(1) La imposibilidad de establecer un concepto único de jurisdicción constitucional fue demostrada ya hace más de sesenta años por Friesenhahn en el *Handbuch* editado por Anschütz y Thoma (vol. II, Tubinga, 1932, pp. 532 y ss.).

Un ejemplo de esa tendencia a identificar jurisdicción constitucional con jurisdicción protectora de derechos fundamentales la ofrece el trabajo de CAPPELLETI «¿Renegar

tringe hasta reducirlo sólo a aquella jurisdicción que puede resolver sobre la constitucionalidad de las leyes (2). Esta diversidad de usos, justificada por la necesidad de estudiar desde una perspectiva única instituciones en alguna medida diferentes, tiene su origen último en el hecho de que, en Europa, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, jurisdicción constitucional y jurisdicción que aplica la Constitución (*constitutional adjudication*) no son términos equivalentes. Aunque todos los jueces y tribunales del Estado deban aplicar su Constitución para resolver sobre la validez de los actos de la Administración o de las normas infralegales, como generalmente es el caso, se reserva a un Tribunal único, denominado Constitucional, la potestad de enjuiciar las leyes desde el punto de vista de su constitucionalidad. Por jurisdicción constitucional en sentido lato, o funcional, se entiende entonces la actuación total de estos órganos constitucionales, a los que, por la fuerza de las cosas, se les atribuyen otras muchas competencias.

Es este sentido funcional (3) el que aquí damos a la expresión jurisdicción constitucional, aunque, dada la finalidad del trabajo, no tomaremos en consideración aquellas competencias que no tienen por objeto controlar la actuación del poder, sino la de sus titulares (4), o que atribuyen al Tribunal Constitucional el contencioso electoral (5). Esta mutilación del concepto puramente funcional nos obliga a colocar también en un segundo plano la actividad que estos tribunales desarrollan para resolver los conflictos que oponen a las instituciones centrales del Estado con aquellos entes dotados de una autonomía constitucionalmente garantizada y cuyo contenido concreto no está a la disposición del legislador, sea cual fuere la denominación (*Länder*, Cantones, Regiones, Comunidades Autónomas, etc.) de tales entes y la del Estado (Fede-

de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional* (en lo sucesivo, *REDC*), núm. 17, pp. 9-46.

(2) Es el concepto que yo mismo utilicé en «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», en *REDC*, núm. 22, especialmente pp. 10 y 11.

(3) García-Pelayo («El *status* del Tribunal Constitucional», en *REDC*, núm. 1) utiliza la dicotomía material-formal, habitual en la literatura germánica. He preferido aquí el calificativo «funcional», para evitar otras connotaciones de la palabra «formal».

(4) Así, por ejemplo, las competencias que tienen los Tribunales Constitucionales alemán, austriaco e italiano para juzgar a los titulares de los más altos cargos del Estado e incluso imponer (en el caso de Austria e Italia) una sanción penal.

(5) La atribución al Tribunal Constitucional de competencia en el contencioso electoral es, por lo demás, casi inevitable, como evidencia el ejemplo español. La Ley Orgánica (en lo sucesivo, *LOT*) no atribuía originariamente competencia alguna de este género al Tribunal Constitucional, pero la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (*LO 5/1985*) prevé ya un recurso de amparo contra los acuerdos sobre proclamación de candidaturas. La reciente reforma de esta Ley (*LO 8/1991*) ha extendido esta competencia.

ral, Regional, de Autonomías) que los integra. Excusado es decir, por último, que, en consonancia con el valor que la expresión jurisdicción constitucional tiene en Europa, en lo que sigue no tomaremos en consideración aquellas formas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes existentes, más en la teoría que en la práctica (6), en algunos países europeos pero que se ajustan al modelo norteamericano.

El trabajo no pretende ser una exposición completa del sistema europeo de la jurisdicción constitucional. Ni sus obligadas dimensiones permitirían abordarla por grande que fuera el esfuerzo de síntesis, ni tal esfuerzo podría conducir a otra cosa que a actualizar, con detalles raramente trascendentes, obras ya hechas y seguramente conocidas de todos (7). Mi propósito no es el de describir esta jurisdicción, sino el de caracterizarla en su situación actual, escogiendo para ello los que me parecen ser los rasgos más salientes de su estructura y de su doctrina.

He escogido para esta caracterización, en razón de su agilidad, la muy escolástica fórmula de la tesis. Debe quedar claro para todos, sin embargo, que tanto la división del discurso en tesis distintas como el número de éstas son totalmente convencionales. Destinados como están a la discusión, los juicios que en ellas se enuncian no pretenden otro valor que el puramente asertorio.

(6) Sobre la *judicial review* en los países nórdicos, vid. mi trabajo «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», cit., pp. 12 y ss.

(7) Cf., entre otras, L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles* (1.ª ed., París, 1986) y «Europe Occidentale», en L. FAVOREU y J. A. JOLOWICZ (eds.), *Le contrôle juridictionnel des lois* (Aix-en-Provence, 1986); A. WEBER, «Generalbericht», en CH. STARCK y A. WEBER (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa* (Baden-Baden, 1986) [traducción castellana en *REDC*, núm. 17, pp. 47-85].

PRIMERA TESIS

En Europa, la jurisdicción constitucional es una institución propia de las nuevas democracias. Existe en los Estados cuya tradición democrática es más débil y quebradiza, y no, salvo de forma parcial y limitada, en aquellos otros cuya evolución constitucional se ha proseguido sin más quiebras graves que las originadas por la guerra (1).

Vista esta manifiesta correlación negativa entre estabilidad democrática y jurisdicción constitucional, produce cierta perplejidad la frecuente afirmación de que la jurisdicción constitucional es la coronación del Estado de Derecho o su perfeccionamiento (2), una afirmación que encuentra su origen en la doctrina germánica, tan influyente en Europa.

El razonamiento que conduce a esa concepción parte generalmente de la necesidad de dotar de eficacia directa a las normas constitucionales, para asegurar su supremacía frente a la ley y garantizar el respeto del poder a los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Los argumentos tradicionalmente empleados para negar la posibilidad de un control de la constitucionalidad de las leyes que sea realmente control judicial, y no simplemente, política de apariencia judicial, que en Europa expuso sobre todo Carl Schmitt, se desechan apelando, en último término, a los *facta concludentia*, y la resistencia de los demócratas del viejo estilo, hoy denominados jacobinos, a aban-

(1) Sobre el origen de la jurisdicción constitucional en Europa es de consulta obligada la obra de PEDRO CRUZ VILLALÓN *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939* (Madrid, 1987).

En la actualidad existen Tribunales Constitucionales en Austria, Alemania, Italia, España, Portugal, Polonia, Hungría y Yugoslavia y ejercen también la jurisdicción constitucional el Tribunal Federal Suizo, el Consejo Constitucional francés (aunque sólo bajo la forma de control previo) y el Tribunal Arbitral belga, cuyas competencias originarias se han visto considerablemente acrecentadas por la reforma constitucional de 15 de julio de 1988 (art. 107 ter), desarrollada por la Ley Especial de 6 de enero de 1989, sobre el Tribunal Arbitral.

El Tribunal Supremo Especial griego, integrado por miembros de otros Tribunales (Areópago, Consejo de Estado y Tribunal de Cuentas), actúa sólo ocasionalmente, para dirimir diferencias de criterio entre los Tribunales Supremos de los distintos órdenes y tiene una actividad muy limitada en lo que aquí interesa.

Dada la limitación competencial de los Tribunales polaco y yugoslavo y la situación político-constitucional de estos países, no serán tomados en consideración en lo que sigue. Tampoco puede intentarse una caracterización de la jurisdicción constitucional en Hungría, pendiente como está aún la aprobación de una nueva Constitución.

(2) Vid., por ejemplo, GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, pp. 15 a 20.

donar el dogma de la soberanía de la ley y la sujeción a ella del juez, con apelaciones a una concepción pluralista de la democracia y a la necesidad de proteger la libertad de la amenaza de la mayoría (3).

Estas construcciones teóricas, más fuertes por su coincidencia con las tendencias políticas dominantes que por su rigor interno, no han acertado hasta el presente a explicar por qué, en el terreno de los hechos, la amenaza de las mayorías, la fragilidad de la ley como garantía de los derechos fundamentales y la necesidad de atribuir a los jueces funciones que exceden de su cometido tradicional no son sentidas con la misma fuerza en todos los países europeos y sobre todo que sean escasamente sensibles a todo ello algunas sociedades cuya cultura política no está entre las menos desarrolladas del continente. Tampoco han logrado teorizar de modo plenamente satisfactorio la legitimidad de este poder del juez sobre la representación popular, que difícilmente podrá justificarse en nuestro tiempo mediante una apelación al principio aristocrático, aunque a veces esta apelación esté, en cierto sentido, implícita en el razonamiento, ni definir en términos precisos la naturaleza de los Tribunales Constitucionales, que son a la vez, se dice, órganos jurisdiccionales y políticos, aunque el componente político venga dado sólo, según se afirma con insistencia, por ser políticos los órganos cuya actuación controlan y revestir eventualmente trascendencia política sus propias decisiones. Pese a estas debilidades de la doctrina que le sirve de fundamento, en Europa la jurisdicción constitucional es una institución destinada a permanecer y a extenderse. Sus enemigos no propugnan hoy tanto su abolición como su reforma y el esfuerzo por limitar el poder de los jueces se sitúa sobre todo en el ámbito de la teoría de la interpretación más que en el de la teoría de la Constitución o de la democracia.

(3) Vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, 1985).

SEGUNDA TESIS

El lugar de los Tribunales Constitucionales en la estructura del Estado y su propia composición son reflejo de esa concepción de los mismos como órganos en donde lo político y lo jurídico se mezclan de forma no claramente definida.

Son considerados, por lo general, como órganos constitucionales (se utilice o no esta expresión) en cuanto que su existencia, su composición y sus funciones, al menos en sus grandes líneas, están establecidas en la Constitución. No resulta de ésta, sin embargo, con la misma claridad cuál es la articulación de los Tribunales Constitucionales con los restantes poderes del Estado, pues aunque la función que se les asigna es claramente jurisdiccional, su coexistencia con otro complejo orgánico «sometido sólo al imperio de la ley», por utilizar la fórmula de la Constitución española, y a cuya cabeza existe un Tribunal Supremo (o varios), hace difícil incardinarlo resueltamente en el ámbito del poder judicial (1).

Esta misma tensión entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción «ordinaria» se patentiza en la composición, por lo general muy reducida, al menos en relación con la que es habitual en los Tribunales Supremos de la Europa continental, de los Tribunales Constitucionales (2). Sea por haber partido de la idea, quizás no del todo demostrada, de que los jueces «de carrera» de los países de *civil law* no están preparados para el ejercicio de la juris-

(1) Sólo la Constitución alemana se ocupa conjuntamente del Tribunal Constitucional y de los demás tribunales del país en un mismo Título (IX. Jurisdicción). Las Constituciones austríaca, italiana y española regulan en Títulos distintos la jurisdicción o el poder judicial (Título 3.º-B de la Constitución austríaca, Título IV de la italiana y Título VI de la española) y el Tribunal Constitucional (Títulos 6, VI y IX, respectivamente).

Un lugar intermedio ocupa la Constitución portuguesa, que regula la composición y funciones del Tribunal Constitucional en su Parte 4.ª (Título I, Cap. II), pero lo incluye también en el Título V (Tribunales), aunque cuidando de establecer una neta distinción entre él y los demás Tribunales, que califica de «judiciales» (art. 212).

(2) El número de jueces que integran los diferentes Tribunales Constitucionales es el siguiente: Austria, 14 (y seis suplentes); Alemania, 16; Italia, 15; España, 12; Portugal, 13; Suiza, 6 o 7 (es la composición variable de las dos Secciones de Derecho Público que llevan a cabo la mayor parte de las tareas propias de la jurisdicción constitucional; el Tribunal Federal está formado, en total, por 30 jueces); Francia, 9 (también forman parte del Consejo Constitucional los ex presidentes de la República, pero su pertenencia al mismo es puramente teórica); Bélgica, 12 (6 de cada uno de los grupos lingüísticos); Hungría, 15 (actualmente sólo 10, en funciones).

dicción constitucional (3), sea, más probablemente, por el deseo de mantener de algún modo la concordancia entre la jurisprudencia constitucional y la dirección política del Estado (4), en todos los casos la designación de los jueces constitucionales se hace por un procedimiento distinto al utilizado para el nombramiento de los restantes jueces, frecuentemente con una participación decisiva del Parlamento (5), lo cual, como es inevitable, da lugar a que, también en este campo, opere la lógica propia del Estado de partidos.

Tanto el modo de designación de los jueces constitucionales como la limitación temporal de su mandato (6) son rasgos que acentúan la diferenciación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, en términos que la incorporación de jueces de carrera al Tribunal Constitucional, impuesta a veces por la norma y resultante otras simplemente de la práctica (7), no basta a eliminar, y ofrecen argumentos a quienes, movidos generalmente por un ánimo hostil, insisten en considerar la jurisdicción constitucional como una manifestación más de la política.

En éste, como en otros aspectos, nos encontramos al comienzo de una evolución que muestra algunas semejanzas con la que llevó a la identificación, si no orgánica, sí al menos funcional, de *justice administrative* y *justice judi-*

(3) Cappelletti ha insistido frecuentemente en esta idea. Vid., por ejemplo, su «General Report», en L. FAVOREU y J. A. JOLOWICZ, *Le contrôle juridictionnel des lois* (Aix-en-Provence, 1986), p. 314.

(4) Como evidencia el hecho de que, en casi todos los países en donde existe, la jurisdicción constitucional se haya instaurado en el momento de tránsito de un sistema político autoritario (o totalitario) a otro democrático, también una cierta desconfianza frente a los jueces del «antiguo régimen» ha desempeñado algún papel.

(5) Aunque el nombramiento corresponde formalmente en todos los casos al jefe del Estado, es el Parlamento el que designa a todos los jueces en Alemania, Suiza y Bélgica y a la mayor parte de ellos en España (8 de los 12) y Portugal (10 de los 13). La participación directa del Parlamento en estas designaciones es menor en Austria (6 de 14) e Italia (5 de 15). En Francia son los presidentes de las Cámaras, pero no éstas directamente, los que nombran a 6 de los 9 miembros del Consejo Constitucional (3 el presidente de la Asamblea Nacional y 3 el del Senado).

(6) Sólo en Austria y Bélgica son nombrados los jueces hasta la edad de jubilación (setenta años). El mandato es temporal, sin posibilidad de reelección, en Alemania (doce años), Italia (nueve), España (nueve) y Francia (nueve). En Suiza y en Portugal la duración del mandato es aún más breve (seis años), pero es posible la reelección; esta técnica ha llevado a Suiza a una situación semejante a la austríaca y verosímilmente dará el mismo resultado en Portugal, aunque la relativa brevedad de la experiencia no permite aún afirmarlo.

(7) Sólo en España no reservan la Constitución ni la Ley puesto alguno a los jueces profesionales, pero siempre han tenido este origen los magistrados designados por el Consejo Superior del Poder Judicial. Actualmente forman parte del Tribunal Constitucional tres magistrados procedentes de la carrera judicial.

ciare, y que sin duda aconseja someter a una segunda reflexión el sistema de temporalidad de los mandatos y arbitrar medidas destinadas a evitar, en cuanto sea posible, que en la designación parlamentaria de los jueces no se ceda a la tentación de repartir los puestos disponibles entre los diversos partidos de acuerdo con su respectiva fuerza (8). Para evitar los retrasos que la necesidad de lograr un *quorum* elevado ha originado reiteradamente tanto en Alemania como en Italia y España se han intentado remedios (hacer la designación por mayoría simple, otorgar a un órgano *ad hoc* o al propio Tribunal la facultad de propuesta) que hasta ahora se han mostrado ineficaces.

(8) En todos los casos en los que procede, la designación de los jueces por el Parlamento requiere un *quorum* cualificado (por lo general, dos tercios o tres quintos), pero esta técnica, plausible como medio de evitar que mayorías apenas suficientes o coyunturales adopten decisiones con efectos a largo plazo, no implica freno alguno de la *lotizzazione* y más bien la favorece.

TERCERA TESIS

Incluso simplificándolo en la forma que hemos propuesto en la introducción, el concepto de jurisdicción constitucional incluye una considerable variedad de sistemas que sólo ese alto grado de abstracción permite reducir a unidad.

Las técnicas utilizadas en los distintos sistemas nacionales para asegurar la sujeción del poder a la Constitución difieren profundamente unas de otras no sólo en lo que respecta al procedimiento, sino también en aspectos sustanciales. Los elementos de diferenciación más importantes vienen dados por: *a)* el elenco de poderes sometidos a control; *b)* la determinación de quienes son los legitimados para acudir ante el Tribunal Constitucional, y *c)* el modo de articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria.

Aunque de acuerdo con la opción adoptada respecto de cada uno de esos elementos cabe caracterizar el sistema francés como un sistema de orientación predominantemente política, en cuanto que la legitimación para acudir ante el Consejo Constitucional está reservada a órganos políticos o minorías parlamentarias, y sólo para controlar la actuación del poder legislativo, y, por el contrario, puede calificarse como predominantemente judicial el sistema suizo, en el que no existe el recurso abstracto ni cabe poner en cuestión la constitucionalidad de las leyes federales, resulta difícil situar en un *continuum* entre estos dos polos al resto de los sistemas europeos.

Esta dificultad viene no sólo del hecho de que la opción adoptada en cada uno de los sistemas en relación con los distintos elementos antes indicados responde a orientaciones distintas, de manera que, por ejemplo, se acumulan en algunos de ellos (es el caso de los sistemas alemán y español) la orientación política y la judicial, sino también de la consideración de que sería incorrecta cualquier calificación que se hiciese sólo a partir de las posibilidades ofrecidas por las normas, sin tener en cuenta la utilización real que de esas posibilidades se ha hecho en la práctica, que es función de la cultura jurídico-política de cada sociedad y que requeriría un acopio de datos no siempre fáciles de obtener y un análisis de los obtenidos que desborda con mucho de los límites de este trabajo.

La diversidad de los sistemas impide también establecer criterios que permitan comparar su eficacia respectiva. Parece evidente que la eficacia social, esto es, el grado de incidencia en la vida de los individuos de la jurisdicción constitucional, es función directa de las posibilidades de que éstas dispongan para acudir ante ella y que, en consecuencia, resulta mayor cuanto

más amplia es la legitimación y más extenso el elenco de los actos impugnables. Por el contrario, puede ser mayor la eficacia política de aquellos sistemas en los que la legitimación está restringida a órganos de esta naturaleza y sólo para dirimir diferencias de criterio respecto de los límites constitucionales de la ley.

En razón de consideraciones que, en parte, se recogen en ulteriores tesis, parece aconsejable incrementar en lo posible el componente específicamente jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales, disminuyendo, en consecuencia, su función como árbitros de las contiendas políticas. El recurso individual ante la jurisdicción constitucional y la participación en ésta de todos los órganos judiciales del país mediante una regulación adecuada de las cuestiones de inconstitucionalidad (control concreto de normas en la terminología germánica) son, evidentemente, los medios más adecuados para conseguir este incremento.

No cabe, sin embargo, extraer de esta preferencia razonada conclusión alguna de política legislativa, pues, como es obvio, ésta ha de tener en cuenta consideraciones de otro género y atender a las necesidades de cada sociedad, respecto de las cuales no puede el jurista opinar sin incurrir en la impertinencia

CUARTA TESIS

En la jurisdicción constitucional europea se entiende por recurso directo de inconstitucionalidad (control abstracto en la terminología germánica) una acción mediante la cual un órgano o una fracción de órgano (1) impugna una norma (2) fundamentando tal impugnación en la infracción de un precepto o un principio constitucional (3).

Aunque la configuración de este recurso no es la misma en todos los sistemas nacionales, el rasgo que lo caracteriza es el de que el actor opera en él simplemente «en interés de la Constitución», de manera que su legitimación *ad causam* es un elemento concreto de su *status* y no un instrumento para la defensa de sus propios derechos o intereses. Es este carácter de acción desligada del círculo jurídicamente protegido de quien la inicia, lo que sustancialmente distingue el recurso directo de aquellos otros procedimientos (recurso de amparo, *Verfassungsbeschwerde*, *Individualaufrag*) a través de los cuales las personas físicas o jurídicas (incluso personas jurídicas de derecho público) pueden pretender de la jurisdicción constitucional la invalidación de una norma que, directa o mediatemente, a través del acto administrativo o judicial que la aplica, lesiona alguno de los derechos que la Constitución garantiza al actor.

Este recurso existe, de una u otra forma, en todos los países del continente, salvo en Suiza, aunque en Italia sólo como instrumento, por lo demás no muy utilizado, para dirimir las contiendas competenciales entre el Estado y las Regiones.

Como fácilmente se comprende, la naturaleza política de los órganos legitimados para el recurso (4) y su abstracción, desligada de todo supuesto real

(1) Fracciones parlamentarias en todos los casos. La legitimación no se otorga directamente, sin embargo, en ninguno de ellos, a los grupos políticos o parlamentarios, sino a un conjunto de miembros de la Cámara (o de cada una de éstas, en aquellos sistemas en los que existen dos Cámaras de elección popular) determinado *a priori* mediante una cifra constante —así en España y en Francia— o como porcentaje del número de los miembros de derecho —así en Alemania, Austria y Portugal.

(2) La norma objeto del recurso ha de tener rango legal o formar parte de un Tratado o de un Reglamento Parlamentario en España y en Francia. En los países germánicos, como en Bélgica y en Portugal, la impugnación puede dirigirse también contra normas reglamentarias.

(3) En Portugal, también en la omisión del legislador por no dictar normas necesarias para el desarrollo de la Constitución.

(4) No todos los órganos legitimados para el recurso son órganos políticos en sen-

de aplicación de la norma, dotan de una fuerte carga política a esta vía procesal, mediante la que frecuentemente se prolonga en sede jurisdiccional una polémica ya abierta, y a veces enconada, en las Cámaras legislativas entre mayoría y minoría. Es evidente que muchas decisiones de los Tribunales Constitucionales implican la convalidación o invalidación de la postura mantenida por una u otra fuerza política, uno u otro partido y, en consecuencia, interpretadas como victoria de unos y derrota de otros, pero sólo en el recurso directo es la victoria política el objetivo inmediato del litigio. Que de este modo se arroja sobre los Tribunales Constitucionales una carga que difícilmente puede asumir sin grave quebranto de un órgano jurisdiccional, es también cosa obvia. Es esta evidencia la que determina la hostilidad de un sector doctrinal frente a este género de recursos, que para otros es, en cierto sentido, la pieza básica e indispensable, la clave de arco de cualquier sistema de jurisdicción constitucional.

Antes de tomar partido en esta disputa es necesario alguna precisión ulterior sobre una institución cuya unidad fundamental no es incompatible con una variedad de formas que exige una diversificación del juicio. Los criterios de diferenciación de estas formas son, de una parte, el que resulta del momento en el que puede iniciarse la acción, anterior o posterior al de entrada en vigor de la ley, que lleva a distinguir entre recurso previo y recurso repressivo o *a posteriori*; de la otra, el que impone la función que el recurso desempeña en el equilibrio entre los distintos poderes territoriales, que permite considerar como especies diferentes del mismo género aquellos que resuelven litigios entre órganos de un mismo ente (o más frecuentemente entre mayoría y minoría, dentro de un mismo órgano) y aquellos otros que, por el contrario, son proyección de un conflicto entre las instituciones centrales del Estado y uno o más de los «miembros» que lo integran, cuando el poder está territorialmente dividido de modo federal o cuasi federal. Es claro que el carácter objetivo del recurso sólo se da en estado puro en el primer caso, en tanto que en el segundo el actor defiende sus propias competencias, aunque no, en rigor, derechos subjetivos. A falta de una denominación mejor, llamaremos recursos objetivos a los primeros y conflictuales a los segundos.

Recurso previo en forma muy pura es el existente en el derecho francés, que no conoce ninguna otra vía procesal para controlar la constitucionalidad de las leyes. El carácter objetivo del recurso directo, presente, como hemos dicho, en todos los casos, resulta aquí acentuado por la obligación de someter

tido estricto en España, en donde puede interponerlo también el Defensor del Pueblo por violación de derechos fundamentales, y en Portugal, en donde también pueden acudir a él el Proveedor de Justicia y el Procurador General.

al control del Consejo Constitucional determinados tipos de normas (Reglamentos de las Cámaras y Leyes Orgánicas), cuya adecuación a la Constitución ha de ser examinada por el Consejo aunque nadie la ponga en duda. En los demás países en donde el recurso previo existe, no es nunca preceptivo y está limitado al examen de constitucionalidad de normas que, una vez aprobadas, quedan sustraídas a la libre decisión del legislador (5), o articulado como un instrumento (de muy dudosa eficacia, por lo demás), para salvar la responsabilidad del jefe del Estado en la ratificación de tratados o en la sanción de decretos legislativos o decretos-leyes que considera constitucionalmente ilícitos (6). En todo caso, la limitación de su ámbito permite afirmar que este tipo de recurso tiene una importancia secundaria, salvo, claro está, dentro del sistema francés.

El recurso directo o represivo o *a posteriori*, dirigido contra leyes ya promulgadas, con independencia de que hayan entrado o no en vigor, está abierto en todos los casos a los Gobiernos y, salvo en el caso de Italia, a las minorías parlamentarias; no son éstos los únicos legitimados, pero sí seguramente los más importantes.

Dada la improbabilidad de que en un sistema parlamentario el Gobierno ataque normas aprobadas por la mayoría parlamentaria que lo sostiene (7), la legitimación gubernamental para el recurso directo es utilizada sobre todo para iniciar recursos «conflictuales», esto es, para que el Gobierno central (o federal) ataque las leyes de los *Länder*, Regiones o Comunidades Autónomas, o los Gobiernos de éstas impugnen las leyes aprobadas por el Parlamento nacional. La legitimación de las minorías parlamentarias, aunque utilizable también para defender un determinado entendimiento de la delimitación competencial efectuada por la Constitución, encuentra su justificación teórica y su razón de ser práctica sobre todo en la conveniencia de ofrecer a la minoría un instrumento para defender, con argumentos jurídicos y ante un Tribunal, la concepción de los límites constitucionales (especialmente los derechos fundamentales) que en el debate político no ha logrado imponer.

(5) Fundamentalmente los Tratados Internacionales. En España, también los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y hasta 1985 todas las leyes orgánicas.

(6) En este caso, sin embargo, la sentencia del Tribunal opera como un veto devolutivo, que puede ser levantado por la Asamblea de la República mediante mayoría de dos tercios. También los ministros pueden iniciar un recurso previo respecto de reglamentos de ejecución o decretos legislativos de las regiones.

(7) La situación es imaginable sólo en caso de cambio de mayoría y, por tanto, de Gobierno. La brevedad del plazo disponible para la interposición del recurso, en unos casos, y la necesidad política de interponerlo, cuando se ha decidido hacer uso de él, tan pronto como la ley ha sido promulgada, la hacen difícil en la práctica.

Como muestra la experiencia, es extraordinariamente difícil, sin embargo, establecer una nítida distinción entre la argumentación jurídica y la política y punto menos que imposible evitar que, ante la conciencia popular, la actuación del Tribunal Constitucional en los recursos directos iniciados por la oposición se identifique con la propia de una tercera cámara política que actúa con la lógica propia de una institución de esa naturaleza.

Esta deformación de la imagen del Tribunal Constitucional, en sí misma gravísima, en cuanto que socava su única autoridad, que es la del Derecho, puede llevar también a los hombres políticos a ceder a la tentación de colocar en el Tribunal Constitucional a personas que no sólo comportan su propia concepción del mundo, lo que es natural y plausible, sino que, en un caso extremo, puedan ser sensibles a las apelaciones a la lealtad.

Aunque, hasta donde sé, en ningún país europeo se ha llegado a esta extrema perversión, el riesgo de que se produzca no puede ser dedeñado y su sola posibilidad, por lejana que sea, unida a la deformación de la imagen del Tribunal Constitucional en la conciencia popular que inevitablemente genera el recurso ante él de las minorías parlamentarias, permiten poner en duda la conveniencia de mantener abierta esta vía procesal cuya discutible eficacia no equilibra en modo alguno sus muchos inconvenientes (8).

El recurso directo del tipo que antes he denominado «conflictual» es, por el contrario, un componente esencial de la jurisdicción constitucional. Con las únicas excepciones de Francia y Hungría, todos los Estados europeos en los que existen Tribunales Constitucionales son, en mayor o menor grado, Estados compuestos, cuyo funcionamiento sería difícilmente concebible sin una instancia arbitral de este género, aunque no en todos ellos la apelación al Tribunal sea tan frecuente como en España (9).

Si bien el círculo jurídicamente protegido que el actor intenta defender a través del recurso no está integrado por derechos, sino más precisamente por competencias constitucionalmente garantizadas, es evidente que en estos supuestos el elemento subjetivo es determinante y que el litigio se plantea entre quien ejerce la *vindicatio potestatis* y quien se opone a ella, y que, aunque ambos se amparen en la defensa objetiva de la Constitución, la contienda tiene naturaleza predominantemente subjetiva. Esta realidad queda, sin embargo, oscurecida por la posibilidad de que el actor fundamente su pretensión

(8) La observación no es extensible, claro está, al sistema francés.

(9) En España, los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas siguen vías diferentes según cuál sea el rango de la norma que los origina. Cuando se trata de leyes, ha de formalizarse como recurso de inconstitucionalidad, en tanto que ha de plantearse un «conflicto de competencia» frente a las normas reglamentarias (o los simples actos de ejecución) a los que se reprocha la invasión competencial.

en la infracción de una norma constitucional que no delimita ámbitos competenciales.

Es evidente que, en aras del rigor y de la claridad del sistema, esta posibilidad debería ser eliminada, de manera que sólo como *vindicatio potestatis* pudiera plantearse en este caso el recurso de inconstitucionalidad. La lógica del Derecho puede tropezar aquí, sin embargo, con la de la política, y el jurista, que sólo en nombre de aquélla puede hablar, ha de aceptar su propia limitación. No parece, sin embargo, que sea incurrir en un exceso de soberbia afirmar que las consideraciones políticas en cuyo nombre se prescinde de la coherencia propia de lo jurídico han de ser muy poderosas para que autoricen a introducir en la jurisdicción constitucional elementos que han de tener inevitablemente efectos perturbadores.

QUINTA TESIS

La cuestión de inconstitucionalidad (control concreto de normas en la terminología germánica) es aquella vía procesal mediante la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la legitimidad de una norma, a propuesta del Juez o Tribunal que ha de aplicarla en un litigio concreto, cuya tramitación se suspende entre tanto.

Aunque los preceptos constitucionales y legales que establecen y regulan este modo de colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional no atribuyen al Juez o Tribunal proponente un juicio sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada, limitándose a decir que la cuestión ha de proponerse cuando el Juez tiene «dudas» acerca de ella (así en Austria, Alemania y España) o cuando no considera «manifiestamente infundada» la alegación en la que una de las partes del litigio afirma que la norma es contraria a la Constitución (en la fórmula italiana), es evidente que la cuestión implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisional y negativo, efectuado por el Juez o Tribunal que la suscita, y otro, definitivo o coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. El eufemismo de las fórmulas constitucionales y legales es simple proyección de la concepción, básica en el sistema europeo, según la cual el juicio de constitucionalidad de las leyes es monopolio de un solo Tribunal; más correcto es, por eso, entender, como tantas veces se ha dicho, que el juicio sobre la constitucionalidad de las normas es competencia de todos los jueces y Tribunales, aunque sólo el Tribunal Constitucional la tiene para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (1).

Esta vía procesal, que es la que más fácil y naturalmente articula la jurisdicción constitucional con la ordinaria y que, a diferencia del recurso directo, utilizable sólo de hecho o de derecho dentro de plazos muy breves, ofrece, como el recurso de amparo, un medio permanente para la depuración del ordenamiento, existe en Austria, Alemania, Italia, España y Bélgica; no en Francia ni en Suiza, cuyos sistemas son, por lo demás, muy distintos entre sí. Tampoco en Portugal, en donde todos los jueces pueden enjuiciar directamente la constitucionalidad de las leyes, aunque al solo efecto de decidir so-

(1) En rigor, la competencia del juez ordinario para enjuiciar la ley es más amplia, puesto que tanto en Alemania como en España (en este caso como competencia compartida con el Tribunal Constitucional) puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes preconstitucionales, aunque su declaración sólo tiene el efecto propio de una declaración de que la norma ha sido derogada.

bre su aplicación al caso. La posibilidad que las partes tienen para recurrir ante el Tribunal Constitucional portugués frente a las decisiones judiciales que han aplicado una ley en su opinión inconstitucional, o que no han aplicado, por considerarla así, una ley que a su entender no lo es, desempeña, sin embargo, una función análoga a la que cumple la cuestión de inconstitucionalidad en los países antes citados.

En todos ellos, en efecto, con la única excepción poco afortunada de España, las partes del litigio *a quo* se constituyen ante el Tribunal Constitucional para dirimir ante él la cuestión, y si bien en ellos el planteamiento de ésta es una decisión del juez, que no está vinculado por las peticiones de las partes, también en Portugal puede en principio el propio Juez frente a cuya decisión se intenta recurrir ante el Tribunal Constitucional inadmitir el recurso, aunque también esta inadmisión puede ser impugnada ante aquel mismo Tribunal.

El temor, quizás, de que los jueces pudiesen hacer uso ligero de esta facultad, amén, claro está, de la consideración de que son los Tribunales Supremos o Superiores los que con mayor autoridad pueden fijar la interpretación de las normas legales, llevó en el sistema austríaco a atribuirle en exclusiva a los Tribunales Supremos o a los que han de resolver definitivamente en segunda instancia. En el resto de los países la cuestión puede ser planteada por todos los órganos judiciales, unipersonales o colegiados y puede replantearse en las sucesivas instancias.

Esta generalización de la facultad de cuestionar la constitucionalidad de las leyes ha de ser considerada sin duda como un avance técnico de primera magnitud. Es cierto que así se evidencia que no todos los jueces comparten la misma concepción sobre elementos esenciales del ordenamiento, pero esta patentización, por así decir, de la realidad no implica, como desde algunos sectores doctrinales se ha llegado a afirmar, una politización de la justicia. Es, simplemente, la admisión, como componente normal de un orden jurídico-político libre, de una realidad viva, de la permanente tensión entre diversas concepciones de la libertad y el orden, que genera el dinamismo social y permite, a su vez, mantenerlo.

Es cierto, de otra parte, que esta generalización del cuestionamiento plantea no pocos problemas procesales. La impugnación de la ley aplicable puede llegar a ser un recurso fácil para abogados que carezcan de otro mejor y los jueces pueden incurrir en la tentación de ceder a las solicitudes que se le dirijan con este fin, inundando al Tribunal Constitucional de cuestiones destinadas seguramente a la inadmisión, pero que no por ello dejan de consumir tiempo y esfuerzo. De otro lado, el efecto suspensivo de las cuestiones admitidas alargan, a veces durante mucho tiempo, la resolución de los litigios en

donde se plantearon. Por último, es evidente que la distinta sensibilidad de los jueces respecto de los valores constitucionales origina una cierta desigualdad entre los justiciables, difícilmente aceptable sobre todo en aquellos casos en los que una parte de los órganos judiciales del país continúan aplicando normas legales respecto de cuya constitucionalidad no albergan duda alguna, pero que se encuentran pendientes de la decisión del Tribunal Constitucional en virtud de cuestiones planteadas por jueces que sí han sentido esa «duda». Este problema, como el que surge de la posibilidad de que una misma cuestión ya resuelta en sentido negativo, esto es, declarando que la norma no es contraria a la Constitución, es una consecuencia inevitable de la independencia judicial, a la que no cabe imponer límites en aras de un entendimiento «material» de la igualdad o de la agilidad funcional del Tribunal Constitucional.

SEXTA TESIS

Cinco Estados europeos (1) atribuyen al Tribunal Constitucional respectivo competencia para conocer de los recursos dirigidos por individuos o personas jurídicas contra actos del poder a los que imputan la vulneración de sus derechos fundamentales. Aunque, como ya se dijo en la introducción, a veces se identifica jurisdicción constitucional con jurisdicción protectora de los derechos que la Constitución consagra y aunque, como es obvio, el control de constitucionalidad de las leyes cumple en buena medida esta función, este recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*, como especie del género más amplio de la *Staatsrechtlichebeschwerde*, en terminología germánica), no encaja fácilmente en el esquema kelseniano (al menos en cuanto no vaya dirigido precisamente contra una ley) y debe su origen más bien a la tradición histórica de cada país, o simplemente a la imitación de lo ajeno. Por esta razón, su configuración es muy distinta de uno u otro caso. En Suiza existe desde antiguo (2), pero sólo cabe contra leyes, reglamentos o actos de los Cantones y únicamente puede acudir a él cuando no existe otra vía judicial (3). También Austria conoció, desde 1867, un recurso ante el Tribunal Administrativo frente a la vulneración de los derechos constitucionales. La Constitución de 1920 (art. 144), para completar el sistema de protección de los derechos,

(1) Suiza, Alemania, Austria, España y Hungría. En alguna medida, el recurso individual de inconstitucionalidad previsto en el artículo 280.1.b) de la Constitución portuguesa cumple, respecto de las leyes, una función análoga.

(2) Fue introducido por la Constitución de 1874 (art. 113.3.º). En la primera época, sin embargo, la Asamblea Federal hizo un uso frecuente de la facultad que le confiere el párrafo 2 de ese precepto, de manera que sólo la lesión de algunos derechos fundamentales podía hacerse valer ante el Tribunal Federal. En todos los demás casos el recurso había de dirigirse al Consejo Federal (Gobierno). Con el correr del tiempo, el elenco de los derechos fundamentales frente a cuya lesión puede buscarse el remedio judicial ha ido ampliándose y en la actualidad sólo tres derechos fundamentales (los llamados «pequeños derechos sociales»: el derecho de los soldados a ser equipados gratuitamente, el derecho a una enseñanza primaria gratuita y el derecho a un entierro decoroso: arts. 18.3; 27.2 y 3, y 53.2 de la Constitución) están reservados a la decisión gubernamental.

(3) Esto no significa, naturalmente, que el ciudadano esté desprotegido ante la actuación de las autoridades federales. Esa protección ha de buscarla, sin embargo, a través del recurso contencioso-administrativo. A través de éste puede ponerse también en cuestión la constitucionalidad de los Reglamentos federales. La *Staatsrechtlichebeschwerde* o recurso de amparo permite cuestionar también las Leyes y Reglamentos cantonales. La Ley federal no está sujeta a control alguno.

atribuyó al Tribunal Constitucional el conocimiento de estos recursos dirigidos, por lesión de los derechos fundamentales, contra resoluciones administrativas u órdenes o actos de ejecución contra una persona concreta (los llamados «actos exentos de procedimiento»). Como no pueden llevarse ante el Tribunal Constitucional las lesiones que se imputan a decisiones judiciales y como, de otra parte, la actuación de la Administración es generalmente residencial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el recurso de amparo austríaco (en cuyo conocimiento el Tribunal Constitucional actúa, según la doctrina de ese país, como «Tribunal contencioso-administrativo especial») es paralelo al recurso contencioso-administrativo ordinario, a través del cual también pueden hacerse valer, como es obvio, los derechos fundamentales. Aunque en su forma original el recurso no podía fundarse en la inconstitucionalidad de la norma aplicada, tras la reforma del artículo 144 de la Constitución por la Ley de 15 de mayo de 1975 también puede apoyarse en la ilegitimidad constitucional de ésta. Pese a ello, y en razón del escaso ámbito de esta «demanda individual» (*Individualantrag*), que tampoco permite impugnar las decisiones judiciales, el recurso de amparo austríaco sigue siendo un recurso paralelo y alternativo respecto del contencioso-administrativo y el Tribunal Constitucional remite al Tribunal de aquel orden una buena parte de los recursos que se le dirigen y sólo entra a conocer de ellos si, además de plantear alguna cuestión de interés constitucional, impugnan actos carentes de fundamento legal o que sólo en apariencia hacen aplicación de una ley o aplican una ley inconstitucional o que ha sido interpretada de modo contrario a la Constitución (4).

Frente a esta concepción estricta del recurso constitucional de amparo como un recurso utilizable sólo en defecto de otra vía judicial e impracticable, en consecuencia, contra las decisiones judiciales (5), que es la propia de los sistemas judiciales en donde se origina, la República Federal de Alemania primero (6) y tras ella, más siguiendo su ejemplo que como continuación de la

(4) Cf. K. KORINEK, en CH. STARCK y A. WEBER, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Europe* (Baden, 1986), p. 172.

(5) En Suiza, en donde, como se sabe, también la jurisdicción es en principio cantonal, el Tribunal Federal puede anular, sin embargo, las sentencias de los Tribunales cantonales que dieron por bueno el acto de la Administración al que se imputa la lesión del derecho garantizado por la Constitución o por los Tratados o que aplicaran una norma (excluidas las leyes federales) inconstitucional o interpretaron inconstitucionalmente una norma que en sí misma no lo era.

(6) El recurso de amparo fue introducido en la República Federal, sin apoyo constitucional expreso, por la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Ley de 12-III-1951). Dieciocho años después, la decimonovena Ley de Reforma de la Constitución (29-I-1969) incorporó la institución a la Ley Fundamental, mediante adiciones a los artícu-

malograda experiencia de la Segunda República (7), España (8), han instituido un recurso de amparo universal. Tanto en uno como en otro país, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional puede dirigirse no sólo contra actos de las Administraciones públicas, sino también contra sentencias judiciales.

En Hungría, por último, el Tribunal Constitucional, creado por la reforma constitucional de octubre de 1989, desarrollada en este punto por la Ley XXXII-1990, tiene entre sus competencias el conocimiento de los recursos de amparo contra la vulneración de derechos fundamentales. Como este recurso sólo puede dirigirse, sin embargo, contra actos de aplicación de una ley que sea lesiva del derecho afectado, no contra la defectuosa aplicación de leyes en sí mismas inobjetables y requiere que el recurrente sea titular del derecho lesionado, en tanto que el recurso de inconstitucionalidad, tanto por acción como por omisión, ha sido configurado como acción popular, resulta fácilmente comprensible que durante el primer año de funcionamiento (1990) del Tribunal Constitucional húngaro sólo se hayan presentado ocho recursos de amparo, en tanto que se debe a la iniciativa privada de individuos o de asociaciones la mayor parte de los más de ochocientos recursos de inconstitucionalidad que se han llevado ante el Tribunal.

Hallándose como se halla pendiente aún de aprobación la nueva Constitución (9), no es conveniente hacer juicio alguno sobre este original sistema

los 93 y 94. La constitucionalización del recurso de amparo es coetánea con la introducción de previsiones constitucionales respecto del estado de excepción (decimoséptima Ley de Reforma, de 24-VI-1968) y está políticamente conectada con ella.

(7) Sobre el recurso de amparo en la Segunda República española, vid. J. L. GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el derecho español* (Madrid, 1980).

(8) La Constitución de 1978 (art. 53.2) prevé la existencia de un recurso basado en los principios de preferencia y sumariedad para recabar de los Tribunales ordinarios la protección del derecho a la igualdad ante la Ley y a la objeción de conciencia y de los derechos y libertades reconocidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo (del Título I) y, «en su caso», de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De esta norma sólo resulta, por tanto, la existencia necesaria de un recurso de amparo judicial para la protección de los derechos y libertades mencionados y la no extensión de esa garantía reforzada a los derechos fundamentales enunciados en la Sección Segunda del mismo Capítulo, que incluye, entre otros, el derecho a contraer matrimonio (e, implícitamente, el derecho al divorcio), la propiedad privada, la libre elección de profesión u oficio, la libertad de empresa, el derecho a la negociación colectiva de trabajadores y empresarios y el derecho al cierre patronal. De acuerdo con lo previsto en este artículo 53.2, el artículo 161.1.b) de la propia Constitución remite a la Ley la determinación de los casos y formas en los que será procedente el recurso de amparo.

(9) Al aprobarse la reforma constitucional de octubre de 1989, se acordó que la nueva Constitución sería elaborada por el Parlamento resultante de las elecciones de

que parece concebido para un momento de transición en el que se pone el acento más en la función política que en la actuación estrictamente jurisdiccional del Tribunal Constitucional (10).

Aun excluido el caso húngaro, resulta imposible hacer, como fácilmente se entiende en virtud de lo dicho, un juicio global sobre el recurso de amparo en la jurisdicción constitucional europea que vaya más allá de una caracterización muy abstracta de tal recurso como una vía excepcional y subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales (a veces no de todos ellos) contra las vulneraciones imputables a actos del poder (aunque también, en algunos casos, especialmente en Alemania y España, a actos privados que la jurisdicción ordinaria consideró ajustados a derecho). En lo que sigue me reduciré, por tanto, al análisis de la forma germano-española del recurso de amparo, cuyo desarrollo plantea, en mi opinión, problemas de no desdeñable gravedad para la jurisdicción constitucional de uno y otro país.

Aunque el recurso de amparo español ha sido configurado de acuerdo con el modelo alemán, ni la regulación constitucional y legal del recurso es la misma en ambos países ni es del todo coincidente la doctrina establecida respecto del alcance del mismo en Alemania y en España. En tanto que allí, en donde todos los derechos fundamentales, e incluso algunos que la Constitución no define como tales (11), están protegidos por el recurso de amparo, en España sólo a parte de los derechos fundamentales (los contenidos en la Sección 1.^a del Capítulo 2.^o, pero no los de la Sección 2.^a) se extiende tal protección.

De otra parte, en la República Federal, a diferencia de lo que en España sucede, el amparo puede dirigirse también directamente contra las leyes, pero la diferencia es, en este punto, más aparente que real, pues el Tribunal Federal alemán sólo admite el recurso en estos casos cuando el recurrente se ve afectado en sus derechos de modo inmediato y actual por la simple promulgación de la norma, aun sin mediar acto de aplicación, lo que, como puede

1990. Hasta el presente, sin embargo, no existe proyecto alguno, aunque sí trabajos previos, y parece muy extendida la opinión de que la nueva Constitución no debe promulgarse hasta que se establezcan las condiciones políticas y económicas del país.

(10) Esta acentuación del momento político del Tribunal Constitucional se recoge explícitamente en el trabajo (mecanografiado) que el profesor János Zlinsky, miembro de aquél, tuvo la amabilidad de facilitarme y del que tomo alguno de los datos que expongo en el texto.

(11) Así resulta del artículo 93.4.a), que al definir las competencias del Tribunal Constitucional, se le atribuye «sobre los recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) que todos pueden presentar basándose en la afirmación de que el poder público ha vulnerado *alguno de sus derechos fundamentales o alguno de los derechos enunciados en los artículos 20.4; 33; 38; 101; 103 y 104*» (la cursiva es nuestra).

comprenderse y testimonia el escaso número de recursos deducidos (y sobre todo admitidos) por esta vía, raras veces sucede, y el Tribunal español desde el primer momento (Sentencia 41/1981) ha admitido la posibilidad del recurso de amparo dirigido contra la ley mediante la impugnación del acto que la aplica (12). Por último, el Tribunal alemán, mediante una interpretación muy amplia de la libertad de actuación implícita en el artículo 2.1 de la Constitución, ha hecho posible deducir, a través del recurso de amparo, cualquier pretensión de inconstitucionalidad (13), mientras que, por el contrario, su equivalente español ha sostenido hasta el presente, casi sin vacilaciones, que el único motivo por el que, a través del recurso de amparo, puede pretenderse la declaración de inconstitucionalidad de una ley es el de que ésta lesiona directamente alguno de los derechos protegidos (14). Pese a estas diferencias, ambos sistemas tienen la misma estructura y en los dos, y esto es seguramente lo decisivo, el recurso de amparo que impugna decisiones judiciales no ha de fundamentarse necesariamente en un defecto de constitucionalidad de la ley aplicada. Cabe no dirigir reproche alguno contra la legitimidad constitucional de la ley aplicable al caso e imputar directamente al órgano judicial la lesión del derecho fundamental por no haber aplicado la norma que debió o no haberlo hecho correctamente. Esta conversión del recurso constitucional de amparo en un medio de control del Juez, no del legislador, resulta de la inclusión entre los derechos fundamentales que tal recurso protege, en España y en Alemania, del derecho al «juez natural» y a un proceso con todas las garantías (15), pues, como es evidente, toda transgresión de la legislación

(12) Sobre el caso español, vid. I. BORRAJO INIESTA, «El amparo frente a las leyes», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98.

(13) Se entiende que la norma inconstitucional es una limitación ilegítima de la libertad de actuación y, por tanto, del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cf. E. BENDA, en CH. STARCK y A. WEBER (eds.), *op. cit.*, p. 135.

(14) En España, el examen de constitucionalidad de la ley aplicada en el acto al que se imputa la lesión sólo es posible en el recurso de amparo si, en razón del contenido material de la ley, está en ella el origen de la lesión (así, por ejemplo, STC 167/1986), o, dicho en otros términos: la aplicación de una ley inconstitucional no puede fundamentar el recurso de amparo si la razón de la inconstitucionalidad no es precisamente la violación de alguno de los derechos especialmente protegidos. Así, por ejemplo, el acto de aplicación de una ley que se considera inconstitucional por violar el derecho de propiedad no es recurrible en amparo. Esta doctrina es la que explica mi disenso frente a la STC 166/1986.

(15) En Alemania, la Constitución utiliza las expresiones de «juez legal» (art. 101) y «derecho a ser oído» (art. 103); la Constitución española, de «derecho al juez predestinado por la ley» (art. 24.2) y de «derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión» (art. 24.1). Pese al mayor laconismo de la expresión alemana, en relación con el texto español, que además enuncia en el mismo

procesal se convierte por esa vía en vulneración de un derecho fundamental y el recurso de amparo en una supercasación universal por defecto de forma.

Aunque, como es obvio, todos los Tribunales Constitucionales son, allí en donde existen, Tribunales Supremos *in suo ordine*, en cuanto que su interpretación de la Constitución es vinculante para todos los órganos judiciales y esta interpretación condiciona la de las normas de rango infraconstitucional en todos los países europeos dotados de jurisdicción constitucional, el Tribunal que la monopoliza coexiste con otro u otros Tribunales Supremos a los que, en principio, corresponde en exclusiva la tarea de corregir la interpretación y aplicación de las normas por los tribunales inferiores y asegurar la unidad de doctrina en cada una de las ramas del ordenamiento. Esta situación, en sí misma no exenta de inconvenientes, resulta sustancialmente modificada en el caso de Alemania y España, cuyos Tribunales Constitucionales, en razón de lo antes expuesto, son supremos de forma mucho más extensa e intensa que, por ejemplo, sus equivalentes austríaco o italiano.

La posibilidad de impugnar en amparo las decisiones judiciales alegando que en ellas se han aplicado normas inconstitucionales o se han aplicado de manera inconstitucional las que en otra interpretación no lo serían, que es la gloria del recurso de amparo y la vía más eficaz para hacer de la Constitución un texto vivo y un punto de referencia permanente para todos los ciudadanos, basta seguramente por sí misma para que la imagen del Tribunal Constitucional en la conciencia popular (o al menos en la conciencia de los litigantes sin éxito ante los tribunales ordinarios) sea la de una última y definitiva instancia que conviene agotar para apurar hasta el final la vía litigiosa o, en el peor de los casos, para retrasar durante algún tiempo la ejecución de las sentencias desfavorables. La estrecha conexión entre Ley y Constitución y la amplitud de la tabla de los derechos fundamentales contenida en las Constituciones de los dos países (en rigor, como la experiencia muestra, la situación sería casi la misma, aunque el único derecho consagrado fuese el derecho a la igualdad como derecho frente al legislador) ofrecen un ancho campo al ingenio de los abogados para dotar de relevancia constitucional a todos los errores en los que, en su opinión, han incurrido los jueces al seleccionar la norma aplicable al caso o en su interpretación.

Pero es que, además de todo ello, y como antes he señalado, la inclusión entre los derechos protegidos por el recurso de amparo de los derechos que corresponden a las partes del proceso en cuanto tales, permite llevar ante el Tribunal Constitucional todos los errores y transgresiones de procedimiento

artículo 24 una serie de derechos que derivan de los indicados, las consecuencias prácticas no son muy distintas.

y lo transforman en juez universal de la corrección procesal de todos los tribunales del país. Es cierto que los derechos procesales que la Constitución consagra no abarcan todos los que de las leyes resultan, pero es igualmente evidente que las leyes procesales son desarrollo de aquéllos y que no es fácil, ni en la teoría ni en la práctica, marcar la frontera entre unos y otros. El Tribunal Constitucional español, en una jurisprudencia muy reiterada (16), ha venido sosteniendo, por ejemplo, que la «noción de indefensión que la Constitución emplea es una noción material», no formal, de manera que no cualquier error del juez basta para producirla, dotándose así del amplio margen para la libertad de apreciación que toda noción no estrictamente formal comporta, pero también, como inevitablemente sucede en esos casos, abriendo la posibilidad de argumentar que el error cometido por el juez al computar un plazo o dirigir una comunicación han colocado a la parte en situación de indefensión.

Esta característica propia del sistema germano-español es el origen de la avalancha de recursos de amparo que abrumba a los respectivos Tribunales Constitucionales (17), la inmensa mayoría de los cuales se fundamentan pre-

(16) Vid. Sentencias 118/1983, 161/1985 y otras muchas.

(17) Para España, las cifras, referidas exclusivamente a los recursos de amparo, son las siguientes:

A Ñ O	Núm. de recursos	K-1	K-2
1980	218	—	—
1981	386	1,77	1,77
1982	434	1,99	1,12
1983	827	3,79	1,90
1984	807	3,70	0,97
1985	969	4,44	1,20
1986	1.225	5,61	1,35
1987	1.665	7,63	1,35
1988	2.113	9,69	1,26
1989	2.567	11,77	1,22
1990	2.993	13,73	1,77

Los índices K-1 y K-2 señalan, respectivamente, la variación en el número de asuntos ingresados cada año en relación con el año base (1980) y en relación con el inmediatamente precedente. Como evidencia el índice K-1, el volumen del *incremento* anual se mantiene prácticamente constante desde 1986; la tendencia al descenso del índice K-2 es simple consecuencia de la magnitud, mayor de año en año, de la cifra respecto de la que se establece la comparación.

cisamente en la lesión de lo que podríamos llamar, con un sentido distinto al que la expresión tiene en el mundo anglosajón, el «derecho al proceso debido» (18).

Tanto en España como en Alemania, la situación ha sido percibida desde hace tiempo, pero en uno como en otro país, el legislador no ha encontrado otra vía para atajarla que la de modificar el procedimiento de admisión de los recursos de amparo, esto es, haciendo cada vez más breve y expeditivo el camino que media entre la presentación del recurso y la decisión que rechaza su admisión a trámite. Esta vía, que ofrece no pocos inconvenientes, alguno de los cuales ya señalé en otra ocasión (19), permite sin duda abreviar el tiempo que media entre la presentación de un recurso y la decisión que decreta su inadmisión a trámite; un efecto seguramente nada desdeñable, dado que ésta es la conclusión estadísticamente más probable, pero que sirve poco para aligerar la carga de trabajo del Tribunal.

Estas decisiones de inadmisión, aun abreviadas, consumen, como es lógico, una buena parte del tiempo del Tribunal y reducen, en consecuencia, el disponible para preparar, deliberar y resolver la decisión sobre el fondo de las cuestiones que plantean problemas de auténtica relevancia constitucional. Quizás, en el momento de adoptar esa medida, algunos pudieran pensar que la rapidez de las decisiones de inadmisión pudiera tener algún efecto disuasorio. Quienes, a pesar de las experiencias ajenas en contrario, pudieron entonces albergar esa ilusión, deberán abandonarla con la simple lectura de las cifras que ofrecemos antes, en la nota 17.

De otra parte, es bien claro que cualquier modificación del procedimiento de admisión no libra al Tribunal de la necesidad de conocer y decidir en el fondo un sinnúmero de asuntos deducidos al amparo del artículo 24 de la Constitución (que es, como antes se ha visto, el que fundamenta la mayor parte de los recursos de amparo), cuya solución, no ya para descargar al Tribunal Constitucional de una carga que no es la suya, sino en simple beneficio de la justicia y de su rapidez, tiene su sede propia en los órganos judiciales ordinarios. En lo que toca a este extremo, y ciñéndome ya en exclusiva al caso español, la responsabilidad del legislador no viene sólo de su pasividad, sino, en alguna medida, incluso de su propia actividad.

(18) La vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución fundamenta la petición de amparo en 2.293 de los 2.993 recursos de amparo presentados durante 1990. En el 79 por 100 de los casos el recurso se dirige, en consecuencia, contra la decisión judicial.

(19) Cf. F. RUBIO LLORENTE, «El trámite de admisión del recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 60 (octubre-diciembre 1988).

En lo que toca a la inacción, me parece clamoroso que la regulación de la llamada audiencia al rebelde no haya sufrido alteración alguna desde el siglo XIX y siga basada en la presunción de que quien viva en una ciudad cualquiera durante tres meses ha de enterarse, inevitablemente, del contenido de las notificaciones hechas «en estrados». La improbabilidad de que tal cosa suceda hoy en Madrid o Barcelona (o Sevilla, o Valencia, o Bilbao, o...) no ha llevado a modificar la configuración que la venerable Ley de Enjuiciamiento Civil dio a esta acción rescisoria y obliga a llevar al Tribunal Constitucional pretensiones que todos los demás tribunales del país podrían atender con más eficacia y mayor celeridad.

Pero, como digo, el legislador también ha errado a veces en su actividad cuando, buscando remedio para males ciertos, ha olvidado las consecuencias que de tal remedio habrían de seguirse para la jurisdicción constitucional. Así, por ejemplo, al eliminar (art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) la viciosa práctica construida por la jurisprudencia con escaso apoyo legal y conocida como «incidente de nulidad de actuaciones». La supresión es, sin duda, plausible, pero al no ir acompañada de la apertura a otra vía que satisfaga las necesidades a las que con esa práctica se había intentado hacer frente, se ha creado una disparatada situación en la que todos los tribunales del país, incluido el Tribunal Supremo, cuando después de dictar sentencia advierten haber incurrido en un error grave de procedimiento, no tienen otro modo de remediarlo que el de recomendar a los justiciables víctimas del error que inicien un nuevo proceso ante el Tribunal Constitucional (20).

Este olvido de que el sistema jurisdiccional ha resultado radicalmente transformado por la institución de la jurisdicción constitucional se patentiza también, por ejemplo, en el mantenimiento de la concepción tradicional del recurso de casación como un recurso extraordinario cuyo acceso sólo está abierto para asuntos «graves» por la cuantía del objeto del litigio o por la magnitud de la pena impuesta. Una estructura que, naturalmente, no se ve afectada por la posibilidad de utilizar como motivo de casación la «infracción de Constitución» (21).

Es claro que, en pura teoría, la «unidad de doctrina legal» no es una exigencia inexcusable del principio de igualdad y que éste queda satisfecho con la aplicación de la ley por un juez independiente e imparcial, pero en la práctica, la conciencia popular entiende difícilmente que quepa hablar de trato igual cuando jueces diferentes (a veces colegios dicisorios distintos de un mis-

(20) Vid., sobre el tema, STC 185/1990.

(21) Cf. Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 5.

mo tribunal) interpretan de manera diversa un mismo precepto legal. La necesidad de atender a esta demanda social no puede seguramente convertir la casación en un recurso ordinario utilizable en todos los casos, pero sí aconseja, creo, que se arbitren los remedios procesales para satisfacerla sin arrojar también esta tarea sobre el Tribunal Constitucional, al que, por el contrario, sí tienen acceso todos los litigantes, sea cual sea la cuantía del objeto litigioso o la gravedad de la condena, y que por ello sólo en un pequeño porcentaje de casos ha de ocuparse de asuntos que han sido revisados ya por el Tribunal Supremo (22).

Sin duda, el propio Tribunal Constitucional tiene alguna responsabilidad en la creación de esta situación, que podría haber evitado con un entendimiento menos amplio de las exigencias derivadas del principio de igualdad en la aplicación de la ley (23), pero es difícil reprochar a un Tribunal que es intérprete supremo de la Constitución un exceso de sensibilidad respecto de los derechos que ésta consagra. No es éste, desde luego, el único caso en el que la sensibilidad del Tribunal Constitucional ha sido quizás excesiva. También la incorporación al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del derecho a la motivación de las decisiones judiciales se hizo en términos excesivamente rotundos y debería ser objeto de una rectificación más acentuada de la que ya se ha iniciado (24). En éstos, como en otros puntos, el Tribunal Constitucional español ha incurrido en excesos de generosidad, ha cometido pecado de juventud.

Menos excusable es la tendencia del Tribunal a considerarse más como un órgano instituido para controlar a los jueces que como un juez del legislador.

Esta tendencia se manifiesta ya, en términos muy acentuados, desde los primeros momentos de la actividad del Tribunal. En las veintisiete sentencias de este género dictadas durante su primer año de actividad (1981), concede el amparo sólo en once casos, pero en ninguno de ellos hace pronunciamiento alguno sobre la constitucionalidad de las normas. Más aún: en siete de esos casos, el amparo se otorga precisamente por violación del artículo 24 de la Constitución, al que en dos de ellos el Tribunal de oficio reconduce la demanda, que el recurrente originariamente fundamentaba en la vulneración de otros derechos fundamentales (25).

(22) De los 2.993 recursos de amparo presentados en 1990, sólo 705 se originaban en asuntos en los que la última decisión había sido dictada por el Tribunal Supremo.

(23) La doctrina está expuesta en la Sentencia 49/1982, aunque no es ésta la que la inicia. Ha sido después considerablemente matizada, aunque la solución más radical que recoge la sentencia 144/1988 no se ha mantenido de manera consistente.

(24) Cf., por ejemplo, Sentencia 116/1986.

(25) Son las sentencias números 1 (la primera de las dictadas por el Tribunal) y 18

El hecho es que, en razón fundamentalmente de la configuración del recurso de amparo, y en menor medida de errores propios y ajenos, el Tribunal Constitucional español se ve obligado a consagrar una buena parte de su actividad a revisar la actuación de los jueces, no a controlar la actividad del legislador.

Esta función, que sin duda estaba llena de sentido en los primeros años de vigencia de la Constitución, cuando los titulares de los diversos órganos del poder judicial no estaban aún penetrados por los valores de ésta, parece hoy menos necesaria. Pero sea cual sea la conveniencia de mantenerla, la cuestión es la de que no puede hacerse todo a la vez y que un solo Tribunal, de composición forzosamente reducida, no puede llevarla a cabo con éxito asumiendo, al mismo tiempo, otras funciones que ningún otro órgano puede asumir.

La desviación de la jurisprudencia constitucional hacia el desempeño de una tarea que no le es propia y que le abruma con un número creciente de demandas de amparo no sólo trae como consecuencia el retraso creciente en la resolución de los litigios que por esta vía acceden a ella, sino que también, inevitablemente, retrasa cada vez más la decisión que de ella esperan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia, que son, si cabe hablar así, su propia razón de ser.

Pese a la reforma, antes comentada, introducida en 1988 para aligerar el trámite de admisión, el número de recursos de amparo pendientes de solución aumenta de año en año (26). Como consecuencia de ello, y a pesar también de que el número de sentencias dictadas anualmente ha crecido hasta el límite de lo posible (27) y de que el número de asuntos ingresados anualmente por las restantes vías procesales se mantiene estable o incluso, en algunos casos,

de 1981. La «reconducción» de las demandas la efectúa el Tribunal haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 84 de su Ley Orgánica.

(26) Las cifras son las siguientes:

A Ñ O	Núm. asuntos resueltos	Núm. asuntos pendientes	K-2
1987	1.317	1.100	—
1988	1.977	1.228	1,501
1989	2.416	1.458	1,222
1990	2.703	1.735	1,110

(27) En la cuantía que se muestra: 1987, 209 sentencias; 1988, 265; 1989, 219; 1990, 214.

se ha reducido (28), continúa existiendo un preocupante número de asuntos pendientes de solución (29).

Esta verificación de unos hechos incontestables obliga sin duda a una reflexión sobre la conveniencia de mantener sin cambios la regulación hoy vigente.

No se trata de poner en cuestión la existencia misma del recurso de amparo, quizás el camino por el que más eficazmente actúa la potencialidad integradora de la Constitución y uno de los instrumentos más eficaces para la depuración del ordenamiento, en especial en lo que toca a la legislación preconstitucional (30), sino de reconsiderar cuál debe ser su función y, en consecuencia también, cuál el elenco de los derechos protegidos por esta vía procesal excepcional, para cuya determinación la Constitución deja al legislador un ancho margen de libertad.

La reflexión ha de centrarse sobre todo, claro está, en el artículo 24, que consagra un conjunto muy amplio de derechos, no todos los cuales tienen naturaleza estrictamente procesal (31). Es más que dudoso, a la vista de la experiencia de todo un decenio, que todos ellos requieran la protección de este recurso ante el Tribunal Constitucional, más dudoso aún que éste sea el mejor medio de protegerlos y casi evidente, a mi juicio, que el escaso grado de garantía suplementaria que de este modo se consigue no compensa en

(28) Los asuntos correspondientes a la competencia del Tribunal en Pleno (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y conflictos de competencia) ingresados durante los últimos cuatro años son los siguientes: 1987, 142; 1988, 143; 1989, 119; 1990, 123.

(29) Los asuntos resueltos y pendientes de resolución por el Pleno del Tribunal son los siguientes:

A Ñ O	Núm. asuntos resueltos	Núm. asuntos pendientes en 31-XII
1987	215	321
1988	119	345
1989	76	344
1990	115	536

(En razón de un cambio en el criterio estadístico, la cifra correspondiente a 1990 resulta superior a la que, de acuerdo con el criterio anterior, habría de figurar.)

(30) Cf. F. RUBIO LLORENTE, «Constitutional Review and Legislation in Spain», en CH. LANFRIED, *Constitutional Review and Legislation* (Nomos Verlag, 1988), pp. 138-139.

(31) Así el el derecho a la presunción de inocencia, aunque desde su primera sentencia (STC 31/1981) hasta 1987 (STC 150/1987) el Tribunal Constitucional lo trató como tal.

absoluto el detrimento que su mantenimiento comporta para todas las demás tareas del Tribunal Constitucional.

La reflexión debe hacerla el legislador en primer lugar, pero también seguramente el propio Tribunal, que es el primer responsable del mejor desempeño de las funciones que la Constitución le atribuye. La rectificación, en algunos extremos profunda, de la doctrina hasta hoy establecida en torno al artículo 24 CE (y en lo que toca a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, también en torno al artículo 14) es probablemente, en tanto que el legislador no adopte medidas más eficaces, una obligación inexcusable.

