

# ¿CRISIS DEL AMPARO CONSTITUCIONAL? PALIATIVOS Y POSIBLE TRASPLANTE SISTEMÁTICO. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL CASO «ERE»

Crisis of the appeal constitutional? Protection palliative care and potential systematic transplantation. Regarding the “ERE” judgments

LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS

Universidad Nacional de Educación a Distancia

lrr@rodriguezramos.com

## Cómo citar/Citation

Rodríguez Ramos, L. (2025).

¿Crisis del amparo constitucional?

Paliativos y posible trasplante sistemático.

A propósito de las sentencias de los «ERE».

Revista Española de Derecho Constitucional, 134, 243-280.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.134.08>

## Resumen

El recurso de amparo constitucional está en crisis, requiriendo cuidados paliativos en su agonía para después renacer superando la actual y aporética binaridad jurisdiccional incompatible con la unidad del ordenamiento jurídico, terapia que requiere soluciones *de lege ferenda* a corto y medio plazo. Configuran el diagnóstico que aconseja esa terapia quirúrgica en dos fases, la identidad de competencias de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en este punto que impide trazar una frontera entre ambas más allá de la estrictamente funcional, identidad que genera conflictos de competencia positivos, pero, sobre todo, negativos que causan indefensión al justiciable, problema al que se suman los de parcialidad y arbitrariedad que afectan hoy al Tribunal Constitucional.

**Palabras clave**

Legalidad penal; presunción de inocencia; jurisdicción ordinaria; jurisdicción constitucional; competencia; imparcialidad; arbitrariedad; nombramiento de magistrados; recurso de amparo.

**Abstract**

The constitutional protection appeal is in crisis, requiring palliative care in its final stages of life in order to be reborn, overcoming the current aporetic jurisdictional binary incompatible with the unity of the legal system. This therapy requires short- and medium-term *de lege ferenda* solutions. The diagnosis that advises this two-phase surgical therapy is the identity of the jurisdictions of the constitutional and ordinary jurisdictions at this point, which prevents drawing a boundary between the two beyond a strictly functional one. This identity generates positive conflicts of jurisdiction but, above all, negative that leave the plaintiff defenseless. This problem is compounded by the problems of partiality and arbitrariness that currently affect the Constitutional Court.

**Keywords**

Criminal legality; presumption of innocence; ordinary jurisdiction; constitutional jurisdiction; impartiality; arbitrariness; appointment of judges; appeal for constitutional protection.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN: 1. Planteamiento. 2. Modalidades de los conflictos jurisdiccionales. II. ANÁLISIS DE LOS CONFLICTOS: 1. En presunción de inocencia y legalidad penal. 2. Parámetros legales de las respectivas competencias. III. EXISTENCIA Y COEXISTENCIA DE LAS DOS JURISDICCIONES: 1. Nacimiento de la jurisdicción constitucional. 2. Concepto y naturaleza del recurso de amparo. IV. OTRAS PATOLOGÍAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA ACTUALIDAD: 1. La falta de imparcialidad objetiva. 2. La arbitrariedad del árbitro y consiguiente indefensión. V. POSIBLES SOLUCIONES A CORTO Y MEDIO PLAZO. VI. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

---

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. PLANTEAMIENTO

Periódicamente se repintan conflictos entre la jurisdicción constitucional y el orden penal de la jurisdicción ordinaria en la resolución de recursos de amparo<sup>1</sup>, desconociéndose los «conflictos negativos de competencia»<sup>2</sup> derivados de los inadmitidos a trámite. Once recientes sentencias del Tribunal Constitucional<sup>3</sup> —TC— relativas al llamado «caso de los ERE» andaluces, son el ejemplo más reciente. Nueve de dichas sentencias han fundado su revocación declarando que se había lesionado el derecho fundamental a la legalidad de los delitos, pues no eran subsumibles las conductas enjuiciadas en los tipos delictivos de prevaricación y

---

<sup>1</sup> Ciertamente que, como acredita Lascuráin (2023), no son tantos los conflictos entre la jurisdicción constitucional y los diversos órdenes de la jurisdicción ordinaria, en un cómputo estadístico desde la creación del TC. El desconocimiento de las demandas de amparo no admitidas a trámite impide saber si deberían haberse planteado más posibles conflictos, en el sentido de que el TC hubiera sido más estricto en su función de guardián de los derechos y libertades fundamentales frente a las resoluciones de los jueces y tribunales. En definitiva, que no se han computado los «conflictos negativos de competencia entre las dos jurisdicciones». Sobre esta cuestión puede verse Serra Cristóbal (2014), Matía Portilla (2016) y Xiol Ríos (2018).

<sup>2</sup> «Jurisdicción» y «competencia» se utilizan aquí como sinónimos, aun cuando en otros ámbitos resultaría sinecdótico.

<sup>3</sup> SSTC 93/2024, de 19 de junio, 94 a 98/2024, de 3 de julio, 99 y 100/2024, de 16 de julio, y 101 a 103/2024, de 17 de julio.

malversación<sup>4</sup>, y las cuatro restantes han sumado o alternado a la anterior infracción sustantiva la procesal de ausencia de prueba plena capaz de destruir la presunción de inocencia<sup>5</sup>, nuevo conflicto así resuelto que se suma a los anteriores<sup>6</sup>. Tienen especial interés estas sentencias, en primer lugar, por el «ruido mediático» que han generado al considerarse una instrumentación partidista del TC para

<sup>4</sup> SSTC 93/2024, de 19 de junio, 94 y 95/2024, de 3 de julio, 99/2024, de 16 de julio, y 101 a 103/2024, de 17 de julio.

<sup>5</sup> SSTC 96, 97, 98 y 100/2024.

<sup>6</sup> Las sentencias en casos más famosos son las siguientes:

1.<sup>a</sup> La STC 56/1982 de 26 de julio, aun careciendo de consecuencias procesales y sustantivas para el recurrente en relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el cauce casacional previsto en el art. 849.2.º LECr, es digna de mención por constituir el primer conflicto.

2.<sup>a</sup> La STC 136/1999 —Pleno—, de 20 de julio, que revocó la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, que condenó a miembros de la Mesa de Herri Batasuna, alegando desproporcionalidad de las penas impuestas contraria al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

3.<sup>a</sup> La STC 237/2005, de 26 de septiembre, que estimó el amparo contra el auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la sentencia del Tribunal Supremo que denegaron el acceso a la jurisdicción española, al no considerar aplicable al caso el principio de justicia universal previsto en el art. 23.4 LOPJ, declarando merecedores de la tutela judicial efectiva española a los perjudicados por delitos cometidos en Guatemala.

4.<sup>a</sup> La STC 29/2008, de 20 de febrero, que revocó la del Tribunal Supremo que consideraba interrumpido el plazo de prescripción de los delitos por el mero ejercicio de la acción penal o de la presentación de una denuncia (art. 132 CP), por estimar que solo un acto judicial puede suponer dirigido el procedimiento contra una persona determinada.

5.<sup>a</sup> La STC —Pleno— 39/2012, de 29 de marzo, confirmando la recurrida del TS, ratificando la doctrina Parot, que la STEDH —Gran Sala— de 21 de octubre de 2013 declaró contraria al Convenio europeo de derechos humanos, por conculcar el principio de legalidad de las penas.

6.<sup>a</sup> La STC 97/2019, de 16 de julio —lista Falciani—, que ratificó la STS 116/2017, de 23 de febrero, cuando, en congruencia con su doctrina inicial sobre la prueba ilícitamente obtenida, debería haberla anulado por conculcar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías legales.

Otras sentencias del TC conflictivas en este ámbito han sido, por ejemplo: la STC 172/2016, de 17 de octubre, amparando al magistrado que había sido condenado por prevaricación por sus decisiones como juez de familia; las sentencias derivadas de la STC Pleno 8/2017, de 19 de enero, negando a los solos supuestos de inexistencia del hecho imputado la reducción de los casos de indemnización por prisión provisional; los amparos a los condenados por administrar clubes de cannabis (la primera es la STC Pleno

eximir a los compañeros de partido penalmente condenados, cuando tales absoluciones eran improcedentes según los votos particulares y los medios causantes del ruido; en segundo término, por ser el desencuentro más reciente entre el TS y el TC, y, por último, por tratarse de unas sentencias que, desde la perspectiva penal y procesal penal, son un acierto del TC en lo atinente a la real conculcación del derecho a la legalidad penal, por haber interpretado extensivamente los tipos delictivos de la prevaricación y de la malversación, primero la Audiencia de Sevilla y luego el TS, pero, al mismo tiempo, errar esas mismas sentencias en lo atinente a invadir el TC competencias de la jurisdicción ordinaria, que, además, se reservan al tribunal de instancia en dicho ámbito.

En este artículo se termina ofreciendo una solución a corto plazo reformando la ley reguladora del TC, y otra subsidiaria si la anterior no fuera suficiente, planteando la hipótesis de que el recurso de amparo pudiera abandonar la jurisdicción constitucional y residenciarse en la ordinaria, soluciones que exige la crisis en la que se encuentra actualmente la jurisdicción constitucional, por la aparente falta de imparcialidad de sus magistrados, derivada de su muy intensa vinculación con los partidos políticos que les postularon para dicho cargo, y también por su presunta arbitrariedad al inadmitir sin motivación demandas de amparo por falta de «especial relevancia constitucional», restricción que concurre con la inadmisión de recursos de casación por infracción de normas constitucionales, para las sentencias que hayan sido previamente revisadas en apelación, generándose así los conflictos negativos de competencia con la correspondiente indefensión de los justiciables afectados, que tienen que resignarse a que no se les reconozca ni se remedie la lesión de sus derechos fundamentales en los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Como punto de partida de este trabajo se han elegido los derechos fundamentales a la legalidad de los delitos (art. 25 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24 CE), si bien las conclusiones a las que se llega son extensibles a los demás derechos fundamentales vinculados con el orden jurisdiccional penal y descritos en el art. 53.2 CE<sup>7</sup>. No se pretende, pues, criticar estas sentencias

---

146/2017, de 14 de diciembre); el caso *Blanquerna*, por condena excesiva a los asaltantes de esa librería (STC Pleno 1/2020, de 14 de enero); el caso del cantante y escritor César Strawberry, que había sido condenado por enaltecimiento del terrorismo por sus manifestaciones en Twitter (STC Pleno 35/2020, de 25 de febrero), y las sentencias (la primera es la STC Pleno 63/2022, de 10 de mayo) que ampararon a quienes habían sido condenados por delitos de terrorismo y solicitaban la revisión de sus condenas por la repercusión probatoria que habría de tener el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiera determinado que habían sufrido malos tratos durante su detención.

<sup>7</sup> Arts. 14 a 29 CE.

recientes ni de apoyar, en todo o en parte, los votos particulares discrepantes, que, en realidad, consistieron en adherirse a los argumentos y conclusiones de las sentencias de instancia y casación, si bien el magistrado Arnaldo Alcubilla reforzó tales argumentos con la remisión a la normativa europea sobre la protección de los fondos comunitarios contra la corrupción, que al parecer le ha servido a la Audiencia de instancia para suspender el cumplimiento de estas sentencias del TC que exigen la absolución, merced al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Y, finalmente, cabe advertir que el artículo muestra el punto de vista de un penalista, es decir, de un intruso en el área constitucionalista, y que, además, ha ejercido su profesión de abogado generalmente como defensor, posicionamientos que le imponen una perspectiva de los derechos y libertades cívicas desde la legislación penal ordinaria —de «abajo arriba»— y aplicando el *in dubio libertas*, en contraste con los puntos de vista de los constitucionalistas que invierten la perspectiva —«de arriba abajo»—, y de los fiscales y también generalmente de los abogados del Estado posicionados en el ejercicio del *officium puniendi* del Estado, perspectiva que, sin duda, está más próxima a los problemas reales de los ciudadanos que la de los restantes operadores jurídicos que, en palabras de Von Ihering, pueden permitirse el lujo de moverse «en el cielo de los conceptos» al resolver sus problemas de organización y funcionamiento de los juzgados y tribunales, en este caso ante la avalancha de recursos de amparo, huyendo de la realidad que exige la efectividad de los derechos en general y, con mayor razón, de los derechos fundamentales en particular (art. 9.1 CE), solucionando el problema con el «tapón» de la «especial trascendencia constitucional» que permite al TC inadmitir el 99 % de las demandas de amparo sin dar explicaciones, es decir, sin motivación concreta.

## 2. MODALIDADES DE LOS CONCURSOS JURISDICCIONALES

Los conflictos jurisdiccionales acaecidos pueden clasificarse del siguiente modo:

### I. Conflictos positivos de jurisdicción:

1. Casos en los que no hubo discrepancia relevante entre las sentencias del TS y las del TC:
  - 1.1. Y, sin embargo, debería haber existido, por tratarse de supuestos merecedores de amparo constitucional, al suponer violaciones de derechos fundamentales, por ejemplo: a la

legalidad de las penas (doctrina Parot)<sup>8</sup> o a un proceso sin pruebas ilícitas<sup>9</sup>.

- 1.2. En cambio, en el supuesto de la STC 56/1982, de 26 de julio, hubo una discrepancia accidental, pues no se revocó la sentencia recurrida del TS.

## 2. Sentencias en las que sí hubo disenso:

- 2.1. Con acierto del TC al corregir el error de la STS 29/2008, de 20 de febrero, y de las nueve SSTC de los ERE andaluces antes citadas<sup>10</sup>.
- 2.2. Con error del TC, al ser la resolución del TS respetuosa con el derecho fundamental, como acaeció en las cuatro sentencias citadas de los ERE andaluces, revocadas por considerar quebrantada la presunción de inocencia usurpando la exclusiva competencia del tribunal sentenciador —jurisdicción ordinaria— para valorar la prueba, e incurriendo en «contraamparo»<sup>11</sup> al desvalorar el derecho a la tutela judicial efectiva y el monopolio jurisdiccional (art. 117.3 CE).
- 2.3. Discrepando el TC del TS, declarando desproporcionada la pena prevista en el CP en el caso de Herri Batasuna (STC 136/1999 —Pleno—, de 20 de julio).
- 2.4. Y estimando extensible la jurisdicción penal española a hechos acaecidos en Guatemala, en contra de la opinión de la Audiencia Nacional (STC 237/2005, de 26 de septiembre)<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Si bien con votos particulares en ambas instancias: STC —Pleno— 39/2012, de 29 de marzo, confirmando la recurrida del TS, ratificando la doctrina Parot, que la STEDH —Gran Sala— de 21 de octubre de 2013 declaró contraria al Convenio europeo de derechos humanos, por conculcar el principio de legalidad de las penas.

<sup>9</sup> Afectando también al derecho a la presunción de inocencia (STC 97/2019, de 16 de julio, caso *Falciani*).

<sup>10</sup> Que corrigieron la interpretación extensiva de los tipos delictivos de prevaricación (art. 404 CP) y de malversación (art. 432 CP).

<sup>11</sup> Ver nota 56.

<sup>12</sup> Esta sentencia no afecta de modo directo a ninguno de los dos derechos fundamentales elegidos como muestra —legalidad y presunción de inocencia—, pero sí de un modo indirecto en cuanto que considera demasiado rigorista la interpretación de la Audiencia Nacional del art. 23.4 LOPJ, respecto a la extensión de la jurisdicción penal española en aplicación del principio de justicia universal como excepción al básico, el territorial, entre los relativos a la aplicación de la ley penal en el espacio,

II. Conflicto negativo de jurisdicción: se plantea cuando el TS inadmite un recurso de casación por infracción de precepto constitucional, aplicando la doctrina de su Acuerdo de 9 de junio de 2016<sup>13</sup> y el TC lo inadmite, por no apreciar la especial relevancia constitucional.

## II. ANÁLISIS DE DOS CONFLICTOS

Como punto de partida se dedica este epígrafe a exponer el reciente conflicto positivo de jurisdicción o, si se prefiere, de competencia entre el TC y el TS, en el caso concreto más inmediato —ERE andaluces—, centrando, como se ha anunciado, la atención en los derechos fundamentales a la legalidad penal y a la presunción de inocencia<sup>14</sup>.

### 1. EN PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LEGALIDAD PENAL

#### A. SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El derecho fundamental a la presunción de inocencia es una de las conquistas del derecho procesal penal contemporáneo, que forma parte de una constelación de derechos fundamentales del proceso penal<sup>15</sup>, y es un derecho básico porque dirime las dudas sobre la culpabilidad del acusado —*in dubio, pro reo*— y determina la carga de la prueba en la acusación, desigualdad de armas que protege al ciudadano frente al *ius puniendi* del, hace ya tiempo, no Estado absoluto<sup>16</sup>.

---

sirviendo indirectamente en la búsqueda de los límites recíprocos de las jurisdicciones a partir de los mencionados derechos fundamentales elegidos.

<sup>13</sup> Ver, *ut infra*, el epígrafe IV.2.

<sup>14</sup> Sobre el contenido de ambos derechos y su tratamiento en la jurisprudencia del TS, el TC y el TEDH, puede verse Rodríguez-Ramos Ladaria (2019: 748-755 y 814-823).

<sup>15</sup> Pues confluye y se funde en ocasiones con el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a un proceso con todas las garantías (motivación de la valoración e ilicitud de la prueba, derecho de defensa y de no indefensión, contradicción e igualdad de armas, intermediación), derecho a estar informado y vigencia del principio acusatorio, prohibición de la tortura, derecho a la tutela judicial efectiva...

<sup>16</sup> Consúltase al respecto Rodríguez-Ramos Ladaria (2019: 815-819).



**a) Competencia funcional en instancia y apelación**

El derecho a la presunción de inocencia, que supone en cada caso concreto la valoración de la prueba (fuente, licitud, práctica, validez y plenitud por prueba directa o indirecta), en la fase de enjuiciamiento en primera instancia, concurre con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías que exige la inmediación en la práctica de la prueba, lo que limita la revisión de tal valoración en segunda instancia, y, salvo que se practique nueva prueba en la vista, el tribunal de apelación debe ajustarse a los siguientes parámetros, según el TS<sup>17</sup>:

1. Verificar si el juzgado o tribunal de instancia ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones, sin arbitrariedad.

2. Si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo.

3. Y, en fin, si ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos, especialmente en el cumplimiento de los requisitos relativos a la validez de la plenitud probatoria de la indirecta y de la validez del testimonio único de la víctima o del menor.

A su vez, «cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia en casación, la Sala de lo penal tiene que limitarse a verificar si la respuesta que ha dado el tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas»<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Sobre estas cuestiones pueden verse, entre otras muchas, por ser las más recientes: SSTs 126 y 128/2025, de 6 y 23 de enero.

<sup>18</sup> En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

1. Si el tribunal de casación, al examinar la sentencia de instancia, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden.
2. Si ha aplicado correctamente la doctrina casacional y constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones.
3. Si ha respetado la doctrina del TS y del TC acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo.

Existe, pues, una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en la primera el tribunal debe analizar la «suficiencia» de la prueba practicada y tenida en cuenta por el órgano enjuiciante, mientras que en la casación se examinan la legalidad y la constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el tribunal de apelación.

**b) Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia**

Para determinar el ámbito de revisión que corresponde al TC en los recursos de amparo por violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, basta con acudir a la STC 96/2024, de 3 de julio, que, resumiendo su contenido, dice en el apartado que reproduce su doctrina sobre este derecho fundamental lo siguiente:

1. Sobre el contenido de este derecho: A) que queda configurado como «el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas»<sup>19</sup>; B) esta idoneidad incriminatoria «debe ser no solo apreciada por el juez, sino también plasmada en la sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de la motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entraña la lesión del derecho a la presunción de inocencia»<sup>20</sup>; C) a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos

---

4. Si el tribunal de apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

<sup>19</sup> STC 31/1981, de 28 de julio. Por lo que toda sentencia condenatoria ha de estar fundada en «una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado» (STC 105/2016, de 6 de junio, FJ 8).

<sup>20</sup> «Lo que impone como canon de análisis no ya la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (por todas, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, y las resoluciones allí citadas)» (STC 105/2016, FJ 8).

indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano<sup>21</sup>, y D) en cuanto a la motivación de la sentencia, dice la STC 22/2013, FJ 5, que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada<sup>22</sup>.

2. Sobre la competencia de la jurisdicción constitucional: A) es la motivación de la resolución que declara la culpabilidad y responsabilidad de una persona la que se encuentra sometida al control de este tribunal, y, en consecuencia, «solo cabrá constatar una vulneración del derecho

<sup>21</sup> Así, la STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 8, señaló: «[A] falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3, y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3)».

<sup>22</sup> De esta manera, el derecho a la presunción de inocencia queda vulnerado cuando, habiéndose declarado la culpabilidad del encausado, dicha declaración de culpabilidad no se ha motivado suficientemente toda vez que «uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio» (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5), pues en las sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias, ya que al estar en juego otros derechos fundamentales —y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal— la exigencia de motivación cobra particular intensidad y, por ello, se refuerza el parámetro de control utilizable para enjuiciar su suficiencia. Particularmente, en el plano fáctico, la sentencia penal condenatoria ha de exteriorizar en su razonamiento las pruebas relevantes tomadas en consideración y la existencia de una conexión fundada entre las pruebas y la declaración de hechos probados; conexión que debe ser aplicación razonada de las reglas de la lógica, ciencia y experiencia, de modo que sea posible realizar un juicio externo sobre las que llevan al juzgador a considerar alcanzada la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable (por todas, STC 72/2024, de 7 de mayo, FJ 4 b).

a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado»<sup>23</sup>; B) canon que en los supuestos de prueba indiciaria se extiende a la supervisión de la solidez de la inferencia, la cual puede llevarse a cabo tanto desde el control de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzca naturalmente a él) como desde la suficiencia o carácter concluyente (excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia)<sup>24</sup>, y C) en conclusión, es deber de los órganos judiciales realizar un esfuerzo dirigido a la motivación de la sentencia o pronunciamiento condenatorio, puesto que son aquellos quienes tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio, y función de este tribunal comprobar la coherencia de dicha motivación a través de una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante<sup>25</sup>.

Este control no es posible si los órganos judiciales descuidan su deber, lo que nos ha llevado a exigir que «deba asegurarse estrictamente la garantía formal de que el razonamiento efectuado por el tribunal conste expresamente en la sentencia, ya que solo así podrá verificarse si aquel formó su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y que ninguno de los elementos constitutivos del delito se ha[ya] presumido en contra del acusado»<sup>26</sup>.

### c) ¿Idénticas competencias de ambos tribunales?

Como acertadamente resume Aragón Reyes (2006: 170): «Desde el punto de vista procesal es cierto que una y otra conoce, en exclusividad, de los procesos

<sup>23</sup> STC 189/1998, FJ 2, y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2, 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6.

<sup>24</sup> SSTC 127/2011, de 18 de julio, FJ 6; 142/2012, FJ 5, y 46/2022, de 24 de marzo, FJ 10.1.

<sup>25</sup> STC 67/2021, de 17 de marzo, FJ 3.

<sup>26</sup> STC 340/2006, de 11 de diciembre, FJ 4.

que les están atribuidos, pero, desde el punto de vista material (ejercicio de la justicia constitucional) confluyen en su actividad, con dos salvedades: la jurisdicción constitucional es la suprema en esa materia y la única, además, que puede invalidar las leyes por inconstitucionales (monopolio de rechazo)<sup>27</sup>. Procesalmente, las competencias exclusivas de cada jurisdicción están muy claras, en lo relativo a los derechos de amparo y a las cuestiones de inconstitucionalidad, tal y como se describirá *ut infra*, participando la jurisdicción constitucional de modo subsidiario, y lo mismo cabe decir respecto a la supremacía interpretativa, funcional y orgánica del TC, pero el ámbito de protección de los derechos fundamentales es más amplio en la jurisdicción ordinaria, pues la constitucional se restringe a los mencionados en el art. 53.2 CE (*ibid.*: 171-175).

Como un ejemplo puede ser más expresivo que mil palabras, para orientar el tratamiento de este epígrafe sirve como buen inicio comparar la dispar solución del TS y del TC, confirmando el primero las condenas de la Audiencia Provincial de Sevilla en el caso de los ERE y la revocación de estas por el TC, pues la doctrina expuesta en el epígrafe anterior es la correspondiente a la primera de las sentencias, relativas a los recursos de amparo presentados por los condenados, absolutoria también por lesión del derecho a la presunción de inocencia.

La argumentación resumida fue la siguiente:

1. Como en este caso la nulidad por contrariar el derecho a la legalidad penal no alcanzaba a parte de los hechos calificados como malversación, su pervivencia exigía verificar «si la sentencia de instancia proporcionaba motivos suficientes para considerar acreditada, con el grado de certeza que la doctrina constitucional exige para enervar la presunción de inocencia, la participación personal del demandante de amparo en la realización de tales disposiciones».
2. No es misión de este tribunal «revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este tribunal una tercera instancia»<sup>28</sup>.
3. El TC ha de comprobar si, de acuerdo con la fundamentación jurídica, se ha motivado suficientemente, es decir, realizándolo de un

<sup>27</sup> En el mismo sentido, Serra Cristóbal (2014: 394-396).

<sup>28</sup> STC 137/2005, FJ 2.

modo «coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STC 169/1986, de 22 de diciembre, FJ 2)», toda vez que «uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio» (STC 245/2007, FJ 5).

4. La motivación efectuada en la sentencia de instancia para concretar la participación en los hechos va dirigida claramente a constatar que intervino en el engranaje dirigido al abono de subvenciones a través del uso de las transferencias de financiación, pero en ningún caso a probar que hizo un uso desviado de fondos del programa 31L por disponer de ellos sin atender a un fin público o para fines distintos y ajenos a los previstos en dicho programa.
5. «Hasta tal punto el foco de la valoración probatoria orbita sobre el diseño y ejecución de un sistema de presupuestación que, ante la queja formulada por el demandante en casación por la falta de concreción de qué convenios fueron aprobados con su autorización, qué deficiencias contenían, qué cantidades debían abonarse o quiénes eran los beneficiarios, el Tribunal Supremo consigna que “para afirmar la existencia del delito de malversación, atendiendo a la complejidad de los hechos, no es preciso detallar los datos singulares de cada acto dispositivo o de cada una de las resoluciones o actos en los que intervino el señor Raúl. La sentencia de instancia ha precisado los más relevantes y ha concretado con suficiencia en qué consistió la disposición de fondos y su cuantía, incorporando en el hecho probado vigesimosegundo datos suficientes que cuantifican el montante total y las partidas más significativas, lo que resulta suficiente para la calificación jurídico-penal del hecho» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de derecho 118.4, pág. 889).
6. «Es precisamente la ausencia de esta motivación adicional la que debe llevar a la estimación del recurso de amparo. Como se ha señalado previamente (*vid. supra* FF. JJ. 5 y 6), la declarada vulneración del principio de legalidad penal *ex* art. 25.1 CE, por integrarse en los títulos de prevaricación y malversación de los arts. 404 y 432 CP la gestión y pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis desde la agencia IFA/IDEA, en ejercicios presupuestarios en los que dicho procedimiento tenía respaldo legal, deja como sustrato fáctico resultante aquellas disposiciones económicas efectuadas sin atender a un

fin público o en favor de fines distintos de los establecidos en los propios programas presupuestarios».

7. Resulta especialmente relevante la argumentación relativa al elemento subjetivo, ya que la conducta malversadora no puede provenir del uso de un procedimiento de presupuestación que contemple el pago de ayudas a través de las transferencias de financiación y la firma de convenios amparado en la ley, sino, en su caso, de la disposición de los fondos presupuestados para fines no previstos en el programa o incluso carentes de tal interés público. El elemento subjetivo de injusto debe proyectarse sobre esas concretas disposiciones.
8. «Al respecto, el juicio de inferencia del dolo de malversar realizado en la sentencia de instancia parte de dos elementos [...]. Ese juicio de inferencia, sin embargo, no resulta suficiente para establecer de manera cierta y precisa que el señor [...] hubiera intervenido, con conocimiento de causa, en la realización de alguna o algunas de las disposiciones de fondos ajenas a la cobertura presupuestaria. Ciertamente es que, a través de los informes de control financiero, y, particularmente, a través del informe adicional al informe de cumplimiento del año 2003 (notificado en el año 2005), tuvo conocimiento de que las ayudas no se sujetaban a los requisitos del procedimiento aplicable a las subvenciones excepcionales —y que a partir de ese conocimiento es razonable concluir que se representó los riesgos de desvío que esa minoración de controles podría generar—, pero hubiera sido «preciso acreditar que participó activa u omisivamente con conocimiento de que los fondos públicos del programa 31L se estaban concediendo sin que existiera un fin público que justificara su concesión o para fines distintos de los previstos en dicho programa 31L».
9. «Consecuentemente, y desde la perspectiva del análisis efectuado en las resoluciones judiciales impugnadas, no se considera mínimamente motivado que el señor [...] hubiera realizado los hechos que la sentencia declara probados con conocimiento de que la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico concedía ayudas que no respondían a ningún fin público amparado en el programa 31L, y consiguientemente con representación del riesgo concreto de que dicha situación se pudiera reproducir lo que ha de llevar a concluir que su presunción de inocencia no ha sido respetada por los órganos judiciales que pronunciaron la condena y que desestimaron el recurso de casación subsiguientemente interpuesto, lo que debe llevar a la estimación del amparo respecto a este motivo». Es decir, que sí se probaron los hechos, pero no la autoría o complicidad, por acción u omisión, del acusado.

Como ya advirtió *a limine*, no es momento de emitir un juicio sobre si la razón jurídica asiste a las sentencias de instancia y casación o a la de amparo<sup>29</sup>. Lo que importa es analizar los ámbitos de competencia de ambas jurisdicciones en lo que respecta al respeto del derecho a la presunción de inocencia, y la primera y definitiva conclusión es que ambas son coincidentes en la que corresponde al tribunal de instancia y no a ninguno de los dos tribunales en concurrencia de funciones, y en que a ambos atañe la verificación de la motivación de la probanza de la culpabilidad, y tanto uno como otro, si aprecian este déficit de motivación, deben anular las sentencias y ordenar al tribunal de instancia retrotraer las actuaciones al momento de deliberar y dictar sentencia motivando lo antes inmotivado o, de resultar imposible, acordar la absolución. En definitiva, son coincidentes sus competencias.

## B. SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD PENAL

### a) Doctrina del Tribunal Constitucional

Como en el epígrafe anterior, para resumir la doctrina constitucional sobre la conculcación del derecho a la legalidad penal, se acude también a la STC 96/2024, de 3 de julio, que comienza remitiéndose a la más reciente contenida en las SSTC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2; 25/2022, FJ 7.2; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1; 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3, y 8/2024, de 16 de enero, haciendo hincapié en la prohibición de interpretaciones y aplicaciones irrazonables de las normas penales:

1. El principio de legalidad penal, inherente al Estado de derecho (art. 9.3 CE) y límite del estatuto y la competencia esenciales de los jueces (art. 117.1 CE), se configura expresamente como derecho fundamental (art. 25.1 CE)<sup>30</sup>, y viene a ser «una concreción de diversos aspectos

<sup>29</sup> Rodríguez Ramos (2024), emitiendo un juicio negativo a las sentencias del TC en lo atiente a la presunción de inocencia, y positivo respecto a la estimación del recurso admitiendo la lesión del derecho a la legalidad penal en la subsunción de los hechos en los tipos de los delitos de prevaricación y de malversación, en parte coincidente con los tres artículos publicados en *El País* por De la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo (2024).

<sup>30</sup> SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5.



del Estado de Derecho en su ámbito sancionador<sup>31</sup> con un fundamento plural: el imperio de la ley, el derecho a la seguridad jurídica y a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas, como garantía de la libertad, expresados en el aforismo *nullum crimen nulla poena sine praevia lege scripta, certa et stricta*<sup>32</sup>.

2. «La primera garantía es la formal, que impone una reserva de ley absoluta para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal<sup>33</sup>, siendo la garantía material la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción»<sup>34</sup>.
3. Estas garantías vinculan tanto al legislador como al juzgador, al primero el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*)<sup>35</sup>, y a los jueces sometiendo al principio de tipicidad (*lex stricta*), que implica el veto a la exégesis y aplicación de las normas penales fuera de los supuestos y de los límites que determinan.
4. En consecuencia, se quiebra el derecho «cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí»<sup>36</sup>. La analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de

<sup>31</sup> SSTs desde la 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 6, hasta la 54/2023, FJ 3, y entre ellas, muchas intermedias.

<sup>32</sup> En distintas formulaciones, entre muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4; 137/1997, FJ 6; 151/1997, FJ 3; 232/1997, FJ 2; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3, y 14/2021, FJ 2.

<sup>33</sup> SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4.a.

<sup>34</sup> SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5.

<sup>35</sup> SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 283/2006, FJ 5; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4, y 9/2018, de 5 de febrero, FJ 6.

<sup>36</sup> Entre otras, SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, o 150/2015, de 6 de julio, FJ 2.

la norma penal por parte de los órganos judiciales han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del art. 25.1 CE en cuanto que exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan<sup>37</sup>.

5. El examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal tiene como primer criterio el respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. El tenor literal del enunciado normativo marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos<sup>38</sup>. No obstante, este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario, la necesaria formulación abstracta de los preceptos y su inserción en un sistema normativo complejo. A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica, y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (por todas, STC 129/2008, FJ 3). Son así constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios<sup>39</sup>.
6. La tarea del TC de fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal por parte de los juzgados y tribunales, labor aplicativa que les corresponde en exclusiva (art. 117.3 CE), no atañe a «la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado [...]. Su tarea se construye a

<sup>37</sup> SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6, y 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4.

<sup>38</sup> STC 137/1997, FJ 7.

<sup>39</sup> STC 137/1997, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4, y 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4.

evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales. [...] Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad per se nos es ajena y solo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada»<sup>40</sup>.

7. Y en cuanto a la necesaria especial trascendencia constitucional, en este caso de los ERE andaluces se dice que, conforme al ATC 291/2023, FJ único, se cumple porque el recurso «plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal<sup>41</sup>, concretamente, en conexión con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la naturaleza jurídica y el control judicial que puede llevarse a cabo de las actuaciones prelegislativas encomendadas al Gobierno en la elaboración de los presupuestos, la relación de esta fase de iniciativa legislativa con el ejercicio de la potestad legislativa atribuida a la Cámara, así como el alcance de la fiscalización de los presupuestos, incluyendo las modificaciones presupuestarias». Y remitiéndose a la STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.3, resumidamente se dice lo siguiente, por su especial incidencia en la resolución de estos recursos y como doctrina con validez para futuros casos análogos: a) la centralidad del Parlamento, el carácter privilegiado de la ley y el monopolio de control de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional definen nuestro sistema constitucional; b) la Constitución ha acogido la forma de gobierno parlamentaria, delimitando las funciones del Parlamento y del Gobierno; c) la Constitución no define en qué consiste esta forma de control al Gobierno, pero por vía interpretativa incluye también el que se ejerce a través de la función legislativa y, dentro de esta, de la función presupuestaria, al permitir el debate público y, de este modo, el conocimiento de los ciudadanos de la actuación del Gobierno; d) uno de los modos de ejercer la función de *indirizzo politico* (orientación política) que constitucionalmente corresponde al Gobierno es el ejercicio de la iniciativa legislativa (art. 87.1 CE), y, a los efectos que ahora interesan, es especialmente relevante la iniciativa legislativa en materia presupuestaria que corresponde en exclusiva al Gobierno (art. 134.1 CE); e) la ley de presupuestos no es únicamente un conjunto de previsiones contables, también es un vehículo de dirección y orientación de la política

<sup>40</sup> STC 129/2008, FJ 3.

<sup>41</sup> STC 155/2009, FJ 2.a.

económica que corresponde al Gobierno; f) del carácter central que la Constitución otorga al Parlamento deriva la posición privilegiada de la ley que conlleva su presunción de legitimidad constitucional, y cuando se trata de normas con rango de ley solo el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de expulsarlas del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*, y g) prosigue la sentencia considerando que los anteproyectos y proyectos de ley son actos políticos de trámite, cuyo contenido no alcanza carácter jurídico controlable hasta que no se convierte en ley, control que entonces solo corresponde al TC.

**b) Identidad de objeto y ámbito del monopolio de la jurisdicción ordinaria**

El principio de legalidad penal obliga en los mismos términos al TC y al TS, si bien, tanto en la interpretación de la norma aplicable como en el juicio de subsunción, la jurisdicción ordinaria tiene más margen de competencia que la constitucional, cuya función es solo marcar líneas rojas que no se pueden pisar. En definitiva, su función competencial se puede esquematizar del siguiente modo: 1) no se puede interpretar un tipo penal más allá de los límites marcados por interpretación literal o gramatical; 2) en todo caso tiene que ser previsible la interpretación de sus vocablos para que no se considere extensiva y menos aún analógica, *in malam partem*, emitiendo un juicio de subsunción de hechos no descritos en el tipo penal; 3) además, el TC exige un doble parámetro de razonabilidad: la metodológica, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica, y la axiológica, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional, y 4) esta interpretación estricta de los tipos penales se extiende lógicamente a los elementos valorativos y normativos que abundan en los tipos penales.

Los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal tienen dentro de estos parámetros libertad de interpretación, sin ser tolerables las «sentencias creativas» *in malam partem*, sin perjuicio de acudir antes o después de emitir el fallo a las iniciativas previstas en la ley ante las dudas de constitucionalidad de la norma o de razonabilidad de su aplicación, desde perspectivas político-criminales o dogmáticas<sup>42</sup>. Parece, pues, que en este caso de los ERE ha acertado el TC<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Antes de emitir el fallo, a la cuestión de inconstitucionalidad, y después, a instar al Gobierno la oportuna iniciativa legislativa y, en su caso, el indulto pertinente (art. 4 CP).

<sup>43</sup> Véase a este respecto De la Quadra-Salcedo (2024) y Rodríguez Ramos (2024).

## 2. PARÁMETROS LEGALES DE LAS RESPECTIVAS COMPETENCIAS

Lo expuesto hasta ahora se ajusta a las previsiones constitucionales y legales aplicables a estos supuestos. El TC, a través del recurso de amparo, debe velar por la reparación de las violaciones de derechos fundamentales derivadas, en el presente planteamiento, de resoluciones definitivas —firmes— de la Sala de lo Penal del TS (art. 161.1.b, CE), estando legitimados para instar el amparo «toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del pueblo y el Ministerio fiscal» (art. 162.1.b, CE), determinando la LO 2/1979, del 3 de octubre, reguladora del TC (arts. 146 y 147), que para los supuestos elegidos en estas páginas están legitimados «quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, más el Defensor del pueblo y el Ministerio fiscal», y, «con el carácter de demandado o con el de coadyuvante», «podrán comparecer en el proceso de amparo [...] las personas favorecidas por la decisión [...] en razón de la cual se formula el recurso que ostenten un interés legítimo en el mismo».

Por su parte, la Sala de lo Penal del TS, en el ámbito de su exclusiva jurisdicción y competencia (arts. 9 y 117.3 CE y 5, 7.2 y 3, 23, 53 y 57 LOPJ), debe juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en lo atinente a los procedimientos relativos a la exigencia de responsabilidades penales, como «órgano superior de todos los órdenes (jurisdiccionales), salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», pero vinculada a «[l]a Constitución, [que] es la norma suprema del ordenamiento jurídico», conforme a la cual sus magistrados «interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos [...] conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», y «cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de una norma al ordenamiento constitucional» o «cuando considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya aplicación dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional». Y en relación con los derechos y libertades fundamentales, los jueces y tribunales están vinculados de modo específico a su respeto y garantía «bajo la tutela efectiva de los mismos», y, de modo especial, «los enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución, se reconocerán, en todo caso, de conformidad con el contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido»<sup>44</sup>. Esta especialización de la jurisdicción constitucional, en la protección de los derechos y libertades fundamentales, es lo que ha llevado a Cappelletti (1955; 2010: 17 y 25) a denominarla «la jurisdicción constitucional de la libertad» o simplemente «la jurisdicción de la libertad».

<sup>44</sup> Sánchez Morón, M. (1987: 21 y 22), remitiéndose en la nota (1) a varias SSTs en tal sentido, y, respecto a la doctrina, a García de Enterría (1981: 52 y ss.).

De estas consideraciones se desprenden los siguientes datos o factores del parámetro en el que deben resolverse los conflictos jurisdiccionales tanto positivos como negativos<sup>45</sup>: que, en primer lugar, en el Estado español conviven dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria (Sánchez Morón, 1987: 83), y mientras el TC no podrá cuestionar ni revisar en las resoluciones recurridas del TS los hechos declarados probados ni los objetos claramente inidóneos para ser impugnados por esta vía, es decir, las cuestiones de mera legalidad ordinaria sin implicación constitucional y todo lo que carezca de indicios de violación de preceptos constitucionales, el TS, por su parte, tendrá que acomodar las normas que aplique al ordenamiento constitucional conforme a la interpretación que al respecto haya efectuado el TC, con especial énfasis si de derechos o libertades fundamentales se trata, y, si no fuera posible ante dudas no resueltas hasta el momento por la jurisprudencia constitucional, plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Este, a su vez, debe abstenerse de invadir el monopolio de la jurisdicción ordinaria, salvo que sea requerido por dicha jurisdicción sobre la constitucionalidad de una ley antes de dictar sentencia o por la lesión de derechos fundamentales en alguna de sus resoluciones, a instancia del sujeto afectado, pues también es el guardián de la interpretación constitucional de las leyes<sup>46</sup>.

En definitiva, como dice Aragón Reyes (2006: 175-178), el TS es el supremo intérprete de las leyes (art. 123.1 CE) en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales, si bien tiene, a su vez, que interpretar esas leyes conforme a la Constitución para que sea constitucional, y en tal interpretación y aplicación de las normas procesales y sustantivas, tiene que respetar la doctrina del TC que afecta *erga omnes* y, si tiene dudas al respecto, plantear la cuestión de inconstitucionalidad. El TC por su parte, en su actividad de legislador negativo al interpretar la ley ordinaria desde su perspectiva, debe respetar en su función de constitucionalización el principio *in dubio pro legislatore*, extendiendo este aforismo a la jurisprudencia del TS, al ser complementaria del ordenamiento jurídico<sup>47</sup>.

Existe, pues, un flujo inevitable entre ambas jurisdicciones, teniendo en todo caso la última palabra el TC sobre la constitucionalidad de una ley, la

<sup>45</sup> Cuando lesiones de derechos fundamentales no son admitidas a trámite en ninguna de las dos jurisdicciones, a consecuencia del estrechamiento del cauce de admisión en los respectivos recursos de casación y de amparo.

<sup>46</sup> Sobre las competencias del Poder Judicial en materia constitucional, puede verse Pérez Tremps (1985: 111-192).

<sup>47</sup> Si bien puede existir en este caso colisión con el también principio *in dubio pro fundamentale iure*.

interpretación constitucional de esta y la del propio texto constitucional aplicable al caso concreto. La dificultad de delimitar con precisión las recíprocas competencias nace de la obligación de ambas jurisdicciones de aplicar las normas constitucionales vinculadas a las procesales o sustantivas de la legislación ordinaria, pues se produce una mutua invasión de ambos ordenamientos, resultando uno y otro una realidad a la vez invasora e invadida de la normativa competencia de cada una de las jurisdicciones. En consecuencia, los conflictos entre ambas jurisdicciones pueden consistir en la posible inconstitucionalidad de la norma sustantiva o procesal aplicada, o bien de su interpretación, al resultar lesivas para el derecho fundamental a la legalidad penal o para el de presunción de inocencia, en el planteamiento de este trabajo, o, en fin, se podría dar el ya mentado «contraamparo», por ser la resolución recurrida más acorde con la interpretación constitucional que la realizada por el TC, no siendo coherente con su propia jurisprudencia<sup>48</sup>.

Y respecto al alcance de la estimación del recurso contra una resolución de la jurisdicción ordinaria, caben tres alternativas en el contenido del fallo, acorde con la pretensión legal formulada (art. 55.1 LO 2/1979). Se trata de tres pronunciamientos<sup>49</sup>, no necesarios, sino posibles, minuciosamente desarrollados por Pérez Tremps (2006: 175-178). Y en lo atinente a la ejecución de las sentencias estimatorias del amparo, generalmente corresponde, en nuestro caso, al órgano jurisdiccional en cuya actividad se haya incurrido en la lesión estimada del derecho fundamental (Pérez Tremps, 2015: 380-383), y en el supuesto de que sea imposible el restablecimiento de dicho derecho o de sus efectos, se podría exigir la correspondiente indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado-juez.

### III. EXISTENCIA Y COEXISTENCIA DE LAS DOS JURISDICCIONES

#### 1. NACIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Una cuestión previa es si puede resultar más garantista y práctico suprimir la jurisdicción constitucional como distinta de la ordinaria, tanto de un modo total, al estilo norteamericano, como parcial, asignando a la jurisdicción

<sup>48</sup> Ver nota 56.

<sup>49</sup> Que pueden consistir en «declaración de nulidad» de la resolución con «determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos», «reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado» y «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación».

ordinaria solo el recurso de amparo y reservando para el tribunal constitucional la verificación de la constitucionalidad de las leyes y la resolución de los conflictos de competencia entre las Administraciones central y regionales, al modo italiano. Como es sabido, antes de Kelsen<sup>50</sup>, y del primer fruto de su tesis, que fue la Constitución austriaca de 1920, las alternativas desde la Constitución de Estados Unidos eran optar, bien por su sistema «justicialista», que extendía «el control de constitucionalidad por los jueces a las leyes emanadas del Congreso», bien por el «antijudicialista» francés, nacido del revolucionario poder soberano del parlamento y de la desconfianza hacia los jueces; pero emergida la mencionada tercera vía, la cuestión fue tratada hace más de un siglo en la célebre polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen<sup>51</sup>. No es momento de entrar en detalles sobre dicha polémica<sup>52</sup>, pero sí de fijar los cimientos de la jurisdicción constitucional en general y de su función en lo que al recurso de amparo se refiere. En este punto hay que remitirse a la excelente doctrina de García de Enterría, que, en definitiva, viene a concretarse en virtuoso matrimonio entre Estado y derecho, derecho y política, y en la necesidad de que el TC aplique el método jurídico en sus resoluciones<sup>53</sup>, método que implica un constante diálogo entre la jurisprudencia constitucional y la ciencia jurídica<sup>54</sup>, sabia doctrina que en la actualidad debe complementarse con la nota esencial del TC para ser una verdadera jurisdicción, expresada por Gimeno Sendra (1982: 46-47), que es su independencia del Poder Ejecutivo y, a lo que habría que añadir, también del «contrapoder» que supone el papel de «la oposición»,

<sup>50</sup> Pérez Tremps (1985) rotula las páginas 41-47 como «La revolución de Kelsen». Sobre los antecedentes y las distintas opciones en el derecho comparado, puede verse también Montoro Puerto (1991: 30-52).

<sup>51</sup> Ver sobre este episodio el artículo de Herrera (1994). Hay que aclarar, sin embargo, que desde el inicio se superó la tesis de Kelsen consistente en separar las competencias de ambas jurisdicciones en la aplicación de las normas constitucionales, reservada al TC, y las leyes y demás normas ordinarias, competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, pues, como se verá *ut infra*, ambas jurisdicciones tienen que aplicar tanto la Constitución como el resto del ordenamiento jurídico (Aragón Reyes, 2019).

<sup>52</sup> Pero ahora se menciona como para describir someramente de la necesidad o contingencia del tribunal constitucional como defensor, guardián o protector de la Constitución, siendo la opinión de Schmitt, frente a la idea de Kelsen, creador de la institución, que «el establecer un Tribunal especial para decidir de la constitucionalidad de la ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de Derecho».

<sup>53</sup> García de Enterría (2014: 117-119). Y comentando su doctrina al respecto, Sainz Moreno (1982: 347-348).

<sup>54</sup> Véase de nuevo García de Enterría (2014: 130).



consideración que lleva a la determinación del perfil «político» que deban tener sus magistrados, cuestión a la que se alude *ut infra*.

No está de más recordar que el derecho comparado confirma el pluralismo en la configuración constitucional de la defensa de la constitucionalidad de las leyes y, en mayor medida, del control de la constitucionalidad de las decisiones judiciales, funciones que hoy por hoy asume el TC en nuestro país. En Alemania, el sistema es similar al español, pero en otros países europeos, como Francia e Italia, y, por supuesto, Estados Unidos<sup>55</sup>, el control constitucional de los jueces y tribunales tiene otros cauces. Optar en abstracto por uno u otro sistema no tiene sentido, pues lo importante es que sean realmente respetados la tutela judicial efectiva y los demás derechos fundamentales conexos en el funcionamiento del orden jurisdiccional penal, que es el que ahora interesa, y es obvio que en abstracto este mecanismo protector y restaurados existe, aun cuando sea manifiestamente mejorable, como se verá también más adelante.

Como recuerda Pérez Tremps (1985: 19-87), en España se optó en el siglo XIX por el sistema «antijudicialista» similar al francés, en contraste con el «judicialista» estadounidense en la primera Constitución de la historia, si bien en la española de 1931 se cambió el sistema estableciendo una «jurisdicción constitucional» especial, distinta de la ordinaria, como antes lo habían hecho Austria, Alemania y México, pero, siguiendo a ese mismo autor (*ibid.*: 279), esta opción por uno u otro sistema es más circunstancial que sustantiva, pues él termina optando por el «judicialismo», diciendo en 1985: «Una más perfecta conclusión del sistema jurídico-político sólo podrá conseguirse a partir de una conciencia homogénea de todos los jueces y tribunales sobre lo que es y significa la Constitución, labor a la que deben contribuir tanto los integrantes del Poder Judicial como el Tribunal Constitucional. Quizá cuando ello se alcanza pueda pensarse en volver a la idea de unidad jurisdiccional en una línea similar a la del constitucionalismo norteamericano», ideal al que también aspira Caamaño Domínguez (1996) al tratar el tema del «contraamparo»<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Sobre los tribunales constitucionales en otros países puede verse Cervantes (1996), y, entre otros, Pérez Tremps (1985: 17-32).

<sup>56</sup> Citando a otros autores que también han tratado el novedoso tema, entendiendo por «contraamparo» la resolución del TC que amplía el ámbito de un derecho fundamental que invade el ámbito de vigencia de otro, con varios ejemplos en los que colisionan o concurren de modo enfrentado (una especie de estado de necesidad al oponerse dos o más derechos fundamentales irreconciliables). Pone como ejemplos diversas sentencias en las que se enfrentaban, en un primer caso, los derechos a la integridad física y moral —art. 15 CE— y la libertad personal e ideológica —arts. 17 y 16 CE— en presos en

Tema distinto, pero conexo, es, como ya se anunció, el ámbito competencial de la jurisdicción constitucional a la hora de incluir o no el recurso de amparo entre sus competencias, excluido, por ejemplo, como ya se ha dicho, en el modelo italiano de su Corte constitucional<sup>57</sup>. Este modelo español actual ya figuró en la Constitución española de 1931<sup>58</sup>, pero no tuvo tiempo para que llegara a ser una competencia real y efectiva, y la actual, como se verá *ut infra*, se ha transmutado en una especie de cuestión de inconstitucionalidad *ex post*, más que en un efectivo amparo del ciudadano, aun cuando siga cumpliendo la misión, antes secundaria, mutada en principal desde la reforma de la ley reguladora del TC, que De la Quadra-Salcedo (1981: 103-104) resumió así al considerar hace cuarenta años la bondad de esta jurisdicción constitucional, incluyendo el recurso de amparo:

Todo ello supone también aplicar un principio que está implícito en la Constitución [...], que la interpretación constitucional de las libertades debe hacerse siempre en la línea de obtener la mayor potencialidad, y eficacia de tales derechos, y logrando su acceso al Tribunal Constitucional se cierra el proceso de realización del derecho al lograr que sea este supremo órgano, cuya función exclusiva es la de ser intérprete de la Constitución, quién diga la última palabra acerca del alcance y existencia de las libertades públicas y derechos fundamentales.

## 2. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL RECURSO DE AMPARO

Y como síntesis de lo expuesto sobre el recurso de amparo y antes de pasar a los problemas coyunturales que se suman al troncal hasta ahora tratado y a

---

huelga de hambre con alimentación asistida que solicitaban que se les retirara; en un segundo supuesto, los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas —art. 24, puntos 1 y 2, CE—, y, en fin, el más frecuente entre el derecho al honor y a la libertad de expresión y de información —arts. 18.1 y 20.1, a) y b), CE—.

<sup>57</sup> Que incluye, en cambio, conocer de las acusaciones promovidas contra el presidente de la República y sus ministros.

<sup>58</sup> Recuerda De la Quadra-Salcedo (1981: 27-30) que el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1931 ya incluía entre sus competencias (art. 121.B) el recurso de amparo de garantías individuales «cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades», institución que no llegó a tener vigencia efectiva, por las dificultades que suponía su implantación, tanto por lo que tenía de menospreciar a la jurisdicción ordinaria como por las dificultades que planeaba establecer los «tribunales de urgencia» (art. 105 de la Constitución) como un órgano de esa jurisdicción ordinaria, y articular la coordinación de ambas jurisdicciones. También Sánchez Morón (1987: 22-23).

la proposición de soluciones *de lege ferenda*, es pertinente recordar el concepto y la naturaleza de este recurso, siendo adecuada la definición de Sánchez Morón (1987: 28) antes de la reforma de la LOTC introducida por la LO 6/2007, de 24 de mayo, que reza así:

[...] un remedio procesal extraordinario para la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas referidos en el art. 53.2 de la Constitución, configurado como un derecho reaccional necesario de cualquier persona nacional o jurídica, distinto y subsidiario respecto de las garantías judiciales de esos mismos derechos, revisor de los actos u omisiones de los poderes públicos, en el sentido lato con que el Tribunal Constitucional concibe el objeto material del recurso, verdadero proceso entre partes, declarativo y de condena, antiformalista y gratuito, a través del cual, entre sus competencias, el Tribunal Constitucional desempeña también su función institucional de interprete supremo de la Constitución elaborando una jurisprudencia que unifica, vinculándola, la de los órganos del poder judicial sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución proclama.

Esta completa definición, anterior como se ha advertido a la mencionada reforma, destacaba una doble finalidad del recurso de amparo: la defensa de los derechos fundamentales de la persona y el dictado de una jurisprudencia unificadora y vinculante sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales, tensión de ambas funciones que, como ya se ha visto y se verá de nuevo de inmediato, hoy se ha escorado a favor de esta última en detrimento de la primera. Uno y otro fin confluyen en la instrumentalidad procesal de este recurso para «reforzar el sistema de protección de los derechos fundamentales, ya que éstos, como se deduce de los mencionados y de otros preceptos de la Constitución —sobre todo del art. 10— y como ha declarado con rotundidad el Tribunal Constitucional, ocupan una posición preferente en el conjunto del ordenamiento, pues constituyen la esencia de la Constitución»<sup>59</sup>.

Pero con posterioridad a la citada reforma de 2007, que introdujo como requisito de admisibilidad del recurso la «especial trascendencia constitucional» (cuestión especialmente tratada *ut infra*), esta novedad, sumada a la referencia en el art. 41.1, que define la competencia del TC en cuanto al recurso de amparo respecto a los derechos fundamentales, «sin perjuicio de su tutela

<sup>59</sup> Sánchez Morón (1987: 36-38 y 75), citando como apoyo de su definición la STC 1/1981, de 26 de enero. Sobre los aspectos procesales del recurso de amparo, pueden verse Cordon Moreno (1992: 19-194), Gimeno Sendra y Morenilla Allard (2001: 125-206), Aragón Reyes (2011) y Pérez Tremps (2015: 89-406).

general encomendada a los Tribunales de Justicia», convierte la definición de Sánchez Morón en obsoleta, pues la segunda función<sup>60</sup> pasaría a ser la primera, residiendo en la jurisdicción ordinaria la misión principal de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, tal y como se explica en el epígrafe dedicado más adelante a esta nueva cláusula de admisión del recurso de amparo.

Este progresivo cercenamiento de la protección directa por el TC de las lesiones de los derechos fundamentales de los justiciables por los jueces y tribunales, reservándose a tales efectos a los supuestos de especial interés constitucional que al parecer solo concurre en el 1 % de las demandas presentadas, supone que el recurso de amparo ya no ampara si la lesión ya consta como tal en la doctrina jurisprudencial constitucional y, en consecuencia, de ordinario la lesión de ese derecho fundamental no va a ser ni siquiera examinada ni obviamente reconocida. El TC solo reserva su jurisdicción para aquellos recursos que se ajusten a unos determinados supuestos que no hayan sido objeto de una resolución previa sentando doctrina al respecto. Es decir, que prácticamente los recursos de amparo vienen a convertirse, como se ha dicho, en cuestiones de inconstitucionalidad *ex post* a cada caso concreto.

Semejante evolución restrictiva de la actuación del TC, en lo que a recursos de amparo respecta, disminuye el ámbito de su jurisdicción en esta función prevista en el art. 161.1.b CE, y regulado en la LOTC (art. 41.2 a estos efectos), ampliando considerablemente, como se ha dicho, «la tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia» de los derechos fundamentales, planteándose supuestos de falta de tutela judicial efectiva con indefensión de tales derechos, como se verá más adelante, surgiendo una territorio de nadie por no ser tangentes, sino secantes, las fronteras de las dos jurisdicciones.

#### IV. OTRAS PATOLOGÍAS DEL TC EN LA ACTUALIDAD

##### 1. LA FALTA DE IMPARCIALIDAD OBJETIVA

Desde la sentencia del recurso relativo a la inconstitucionalidad de la expropiación de Rumasa, especialmente por el voto de calidad del presidente,

---

<sup>60</sup> La «función institucional de interprete supremo de la Constitución elaborando una jurisprudencia que unifica, vinculándola, la de los órganos del poder judicial sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución proclama».

que decidió su desestimación<sup>61</sup>, las denuncias de parcialidad de los magistrados del TC han sido una constante, cuando sus resoluciones afectaban a los intereses de los partidos políticos que les habían designado como candidatos en el Congreso de los Diputados y en el Senado. Las recientes sentencias de los ERE y los últimos nombramientos de magistrados han actualizado esta desconfianza, que, con más o menos fundamento *in re*, en ningún caso es beneficiosa para confiar en el alto tribunal, fomentando la desafección de los ciudadanos hacia tan importante institución del Estado.

Se suelen centrar estas crisis de opinión en la apariencia de estar los magistrados sometidos a la disciplina de voto impuesta por el partido que les ha propuesto para su cargo, tanto si se trata del que está en el Gobierno como del que desde la oposición ha pactado sus nominaciones. Los tan usados apellidos políticos «progresistas» y «conservadores» para designar a los dos grupos de magistrados que vota uno a favor y otro en contra en los recursos de inconstitucionalidad o de amparo que tienen vinculación de cualquier tipo con uno de los grupos lleva a los ciudadanos, guiados por los medios de comunicación, a explicar o incluso a adivinar el resultado de los procesos de esas características, sesgo cognitivo que sirve, a su vez, para eludir el análisis de los fundamentos jurídicos de la sentencia.

La sospecha de falta de esa imparcialidad que inspira confianza de los litigantes en un proceso y prestigia a los tribunales supone, en definitiva, pensar que las resoluciones del TC responden a razones políticas y no jurídicas, por lo que las causas de abstención y recusación se van extendiendo a circunstancias objetivas propicias a generar sospechas de prejuicios de los magistrados a favor o en contra de alguno de los litigantes.

No es preciso aclarar que se trata de razones vinculadas a una política partidista tendente a beneficiar los intereses de un partido político, y no a una política con mayúscula que busca el bien común.

---

<sup>61</sup> STC 111/1983, de 2 de diciembre, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad contra el decreto ley de expropiación de Rumasa, presentado por cincuenta y cinco diputados por ser contrario al principio de legalidad, al no haberse seguido la ley de expropiación, así como al derecho de propiedad y de libertad de empresa, y que fue desestimado gracias al voto de calidad del presidente, García Pelayo y Alonso, con un voto particular de los seis magistrados que votaron a favor de la estimación: Gloria Begué, García Escudero del Corral, Gómez-Ferrer, Pera Verdager, Trullol Serra y Rubio Llorente. Al parecer, este voto de calidad de García-Pelayo tuvo que ver con su dimisión en 1986. Esta fue la primera sentencia con «disciplina de voto», al menos aparente, que inauguró la parcialidad partidista que, sea solo aparente o también real.

Como parece que es imposible que los partidos políticos autocontrolen su concupiscencia de poder, evitando nombrar magistrados del TC que, con más o menos méritos, sean más juristas y personas de Estado que fieles militantes de hecho o de derecho, la única solución sería modificar el art. 18 de la Ley reguladora del TC, adicionándole un segundo apartado que dijera algo así: «No podrán ser elegidos magistrados quienes pertenezcan a un partido político, hayan desempeñado funciones públicas en puestos de libre designación o pertenecido a un Gobierno vinculado al partido proponente».

## 2. LA ARBITRARIEDAD DEL ÁRBITRO Y CONSIGUIENTE INDEFENSIÓN

La CE, en su art. 161.1.b, incluye el recurso de amparo como competencia del TC, remitiéndose a la ley reguladora para implementar su contenido y alcance, disponiendo el art. 165 que dicha ley determinará «las condiciones para el ejercicio de las acciones». En su versión original, la LOTC, art. 50.2.b, consideraba inadmisibile el recurso de amparo «si la demanda carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional», precepto que fue modificado por la LO 6/2007, de 24 de mayo, trasladándose ese motivo de inadmisión al apdo. 1.b del mismo artículo en los siguientes términos: «Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón a su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Como recuerda López Navío (2022: 2), la especial trascendencia constitucional:

[...] se presentó legalmente como un concepto jurídico indeterminado que causó gran inseguridad jurídica desde su introducción, máxime si tenemos en cuenta que no existe ningún otro concepto en el ordenamiento jurídico español que pueda aproximarse. Su gran indeterminación llevó incluso a cuestionar su compatibilidad con el sistema de garantías procesales reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmó esa compatibilidad con el Convenio en la *STEDH Arribas Antón c. España*, de 20 de enero de 2015.

Confirmación que no es de extrañar, pues esa misma es la praxis de este Tribunal de Estrasburgo, más preocupado por dictar doctrina interpretativa del Convenio y de sus posteriores protocolos que de defender los derechos

fundamentales de los europeos. Ciertamente esta indeterminación permitía al propio TC inducir tal trascendencia, aun cuando no la hubiera expresado el demandante de amparo, bien por estimar subsanable la admisión al plantear dudas al respecto, bien porque tal circunstancia era patente por encontrarse de modo claro plasmada implícitamente en tal formulación<sup>62</sup>, pero cierto también que la ausencia de obligación de motivar la inadmisión genera laxitud a la hora de rechazar demandas de amparo que, cierto es, atoraban el buen funcionamiento del Tribunal.

La indeterminación del concepto obligó al TC a incluir en la Sentencia 155/2009 la enumeración de siete supuestos derivados del ese género<sup>63</sup> que, aun manteniendo amplios márgenes de indeterminación, sí permiten inducir una conclusión y que resumidamente son los siguientes:

1.º Plantear una cuestión sobre la que el TC no haya emitido doctrina.

<sup>62</sup> Matía Portilla (2009), comentando el ATC 188/2008.

<sup>63</sup> «a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».

- 2.º Que el supuesto cuando sea oportuno para aclarar o cambiar doctrina: mediante un proceso de reflexión interna, por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o, en fin, por cambios de doctrina en los órganos intérpretes de los tratados y órganos jurisdiccionales referidos en el art. 10.2 CE.
- 3.º Cuando la vulneración del derecho fundamental denunciada provenga de la ley o de otra disposición de carácter general.
- 4.º O cuando esa vulneración traiga su causa de una reiterada interpretación de la ley que el TC considere lesiva al derecho fundamental alegado y crea que debe declarar otra interpretación conforme con la Constitución.
- 5.º Cuando la doctrina del TC esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental.
- 6.º Cuando un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC.
- 7.º Cuando el asunto suscitado trascienda del caso concreto porque: 1) plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, o 2) tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

Dos consideraciones se desprenden de este catálogo de supuestos de relevancia constitucional. La primera es la arbitrariedad tácita con que los interpreta en cada caso el TC, al no motivarse la inadmisión, y la segunda, que al TC solo le interesa el que venía siendo segundo fin del recurso de amparo, esto es, fijar la doctrina constitucional sobre la interpretación de la acorde con la Constitución por la jurisdicción ordinaria, y no la lesión sufrida por el ciudadano recurrente en un derecho fundamental suyo generándole indefensión. Esta arbitrariedad, reforzada por la ausencia de motivación de la providencia de inadmisión que se limita a alegar sin más tal omisión, y por la inexistencia de recurso, genera no solo indefensión del ciudadano recurrente, sino también infracción del derecho fundamental a la igualdad de trato por los poderes públicos, al resultar posible, probable e incluso probado que lo estimado para unos recurrentes carente de especial relevancia constitucional no lo ha sido para otros cuyo recurso ha sido admitido a trámite e incluso estimado.

Este trastocamiento de fines del recurso de amparo hace recaer sobre la Sala de lo Penal del TS la tarea de defender los derechos fundamentales lesionados en las resoluciones que los lesionen, al igual que las demás salas en sus



respectivos órdenes, pero, paradójicamente<sup>64</sup>, la Sala de lo Penal ha reducido también su competencia en este ámbito, adoptando el Acuerdo no jurisdiccional (oxímoron, porque un órgano jurisdiccional solo debe interpretar la ley en sus sentencias) de 9 de junio de 2016, que, en este punto, dice lo siguiente interpretando la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015:

a) El art. 847 1º letra b) de la Lecrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la Lecrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), *debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.*

El art. 847.1, letra b), dice así: «Procede recurso de casación: [...] b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional». Y el apdo. 2 del mismo artículo

---

<sup>64</sup> En realidad, no es tan «paradójico», pues tiene la misma causa que la «especial relevancia constitucional» del TC: el exceso de recursos, y, en definitiva, «de papel», de trabajo, generador del correspondiente «atasco». Si la realidad en ambos casos es que el trámite de admisión lo llevan a cabo los letrados, si bien bajo la supervisión de magistrados ponentes, la solución es el incremento de medios personales sumado a la condena en costas por temeridad, y no la reducción de la tutela judicial efectiva de los justiciables. Es cierto que existe un claro exceso de litigiosidad temeraria, en parte derivada del excesivo número de abogados que existen en España y de la falta de consecuencias económicas —condena en costas— por el mero hecho de plantear pretensiones insostenibles, ausencia que se remedia con la amenaza de condenar en costas suficientemente disuasoria, siguiendo el criterio del vencimiento moderado, es decir, se condena al vencido —recurso inadmitido— si ha sido temerario, esto es, si en su pretensión no existían dudas razonables de hecho o de derecho (art. 394.1 LEC), pues el criterio de vencimiento si excepción, hoy vigente en la casación penal (art. 901 LECr), parece contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a los recursos (24 CE), dado su automatismo.

dice: «Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia», nulidad que puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. A su vez, el art. 852 LECr, citado en el mencionado acuerdo como excluido de los motivos de casación en los supuestos de haber existido doble instancia, es el que autoriza «en todo caso» a recurrir en casación fundándose en la infracción de precepto constitucional, en concordancia con el art. 5 LOPJ.

Sin entrar en la bondad o maldad de la interpretación restrictiva del reproducido acuerdo de la Sala de lo Penal, lo cierto es que se ha reducido el ámbito de protección de los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional penal, cuando lo lógico sería que el déficit de protección generado en el TC por la exigencia de la «especial relevancia constitucional» hubiera sido suplido por la ampliación de su protección en la jurisdicción ordinaria, generándose abundantes lagunas de indefensión que deben remediarse adoptando las medidas enunciadas a continuación, y, además, se acumulan a los positivos los conflictos de competencia negativos, acumulándose la ausencia de tutela judicial efectiva de ambas jurisdicciones en conculcaciones de derechos fundamentales sufridos en procedimientos ante la propia jurisdicción ordinaria.

## V. POSIBLES SOLUCIONES A CORTO Y MEDIO PLAZO

Es un imposible intentar encontrar uno o varios criterios capaces de trazar una frontera entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en lo que atañe al recurso de amparo cuando las competencias de ambas jurisdicciones son coincidentes al ser uno el ordenamiento jurídico que aplican, delimitación imposible salvo en su aspecto funcional, al ser requisito indispensable para la admisión del recurso de amparo el agotamiento del procedimiento en la jurisdicción ordinaria en el que se haya producido y reclamado la infracción constitucional.

Y esta quimera se acentúa cuando, como se ha visto, tras las restricciones competenciales de las dos jurisdicciones, los conflictos de competencia son negativos, produciéndose indefensión de los justiciables que han visto lesionados sus derechos fundamentales en un procedimiento penal, en el ámbito tanto sustantivo como procesal.

Ante la imposibilidad de resolver el misterio de esta realidad jurídica «unitaria y binaria» a la vez, solo caben soluciones *de ordinaria lege ferenda*, a corto plazo, y también, subsidiariamente, *de magna carta ferenda*, a medio plazo. De inmediato habría que reformar la LECr y la reguladora del TC, en la primera el art. 847.1.b, incluyendo expresamente el motivo de infracción de precepto

constitucional, y en la segunda, el art. 50, exigiendo la forma de auto, de motivación, en los supuestos de ausencia de especial relevancia constitucional, aprovechando la ocasión para modificar también el art. 18 en los términos expuestos, a fin de reforzar la independencia e imparcialidad de los magistrados, garantizando, a la vez, la igualdad de trato a todos los ciudadanos recurrentes.

Si la situación de indefensión no cambiara suficientemente, tras dicha reforma legal a corto plazo, habría que pasar a la preparación de la segunda, a medio plazo, máxime cuando, como se ha visto, para algunos la superación del aporético misterio de la «santísima binaridad» es seguir el modelo italiano, abandonando el alemán. Esta solución subsidiaria a medio plazo consistiría en modificar el art. 61.1 de la Constitución, suprimiendo la letra b), es decir, extirpando de las competencias del TC el recurso de amparo, y encomendando a la jurisdicción ordinaria la defensa de los derechos fundamentales, encomienda que exigiría reforzar esta competencia, no solo previendo en todos los posibles casos el motivo de lesión de derechos constitucionales, sino también el de unificación de doctrina en los supuestos de diversas interpretaciones en el correspondiente orden jurisdiccional, y sumando a las competencias de la Sala del TS del art. 61 LOPJ un recurso extraordinario de amparo constitucional, frente a las sentencias de cualquiera de sus cinco salas que se considerasen lesivas de algún derecho fundamental.

Obviamente se trata de una propuesta que emana de la progresiva degradación del TC en el ejercicio de esta competencia, que hoy carece la plenitud de las garantías reales y efectivas que exige la defensa de los derechos fundamentales de los justiciables, pero cuya implantación exigiría una serena y profunda discusión antes de iniciar sus trámites como reforma constitucional, propuesta que por economía legislativa y constitucional sería subsidiaria a que la sugerida a corto plazo resultara insuficiente.

## VI. CONCLUSIONES

De todo lo manifestado cabe destacar las siguientes conclusiones:

- 1.<sup>a</sup> La convivencia en el orden penal de las jurisdicciones constitucional y ordinaria solo está modulada por la tensión entre dos polos: el TC no debe invadir más de lo necesario el monopolio jurisdiccional (art. 117.3 CE) en la aplicación de la legislación ordinaria, y los juzgados y tribunales, sometidos al cumplimiento de la Constitución (arts. 9.1 CE y 5.1 LOPJ), deben reconocer la superioridad del TC a la hora de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma o de una resolución judicial.

- 2.<sup>a</sup> Pero es inevitable la concurrencia de ambas jurisdicciones en el examen de los casos particulares objeto de recurso de amparo, al ser los mismos hechos, fácticos o jurídicos, los que ambos juzgadores deben considerar desde la misma perspectiva constitucional, si bien de «arriba abajo» el TC (desde la Constitución) y de «abajo arriba» el orden penal jurisdiccional (desde la aplicación de la legislación ordinaria).
- 3.<sup>a</sup> La progresiva reducción del ámbito de competencia del TC, en lo atinente al recurso de amparo, incrementa el papel de garante de los derechos fundamentales que corresponde a la jurisdicción ordinaria, lo que produce «lagunas de desprotección» al haber seguido también la Sala de lo Penal del TS un proceso igualmente reduccionista respecto a la cabida de tales reclamaciones en el recurso de casación.
- 4.<sup>a</sup> Para que los derechos fundamentales de los ciudadanos sean de una plena vigencia real y efectiva, a corto plazo hay que modificar el art. 50.1 de su ley reguladora, exigiendo al TC que motive las inadmisiones a trámite para obviar las fundadas sospechas de arbitrariedad ante su ausencia, expresando en su caso por qué no es constitucionalmente relevante la demanda, y al TS que, en todo caso, sea motivo autónomo la infracción de precepto constitucional, explicitándolo en el art. 847 LECr. Y para evitar, también a corto plazo, las sospechas de falta de independencia y de imparcialidad de los magistrados del TC, habría que introducir un segundo párrafo al art. 18 de la LO 2/1979 reguladora del TC, que excluya como posibles candidatos a ser magistrados «a quienes pertenezcan a un partido político, hayan desempeñado funciones públicas en puestos de libre designación o pertenecido a un Gobierno vinculado al partido proponente».
- 5.<sup>a</sup> Y finalmente, a medio plazo y subsidiariamente, de no ser suficiente la anterior solución inmediata, plantear la reforma constitucional que consista en trasplantar a la jurisdicción ordinaria la función del actual recurso de amparo, sin perjuicio de incluir como competencia del TC la unificación de doctrina sobre la interpretación de determinados preceptos constitucionales, a instancia del Ministerio Fiscal o del Defensor del pueblo, de oficio o a instancia de un ciudadano con interés legítimo.

## Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (2006). Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 76, 169-178.

- Aragón Reyes, M. (2011). El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo: la función del Ministerio Fiscal. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 371-380. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6964>.
- Aragón Reyes, M. (2019). El futuro de la justicia constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23 (1), 11-41. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.01>.
- Caamaño Domínguez, R. (1996). El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado «contra-amparo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 47, 125-153.
- Cappelletti, M. (1955). *La iurisdizione costituzionale della liberta*. Giuffrè.
- Cappelletti, M. (2010). *La jurisdicción constitucional de la Libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*. Lima: Universidad Autónoma de México y Palestra Editores.
- Cervantes, L. (1996). Los tribunales constitucionales en el derecho comparado. Un estudio introductorio sobre sus antecedentes y situación jurídica actual. *Estudios Básicos de Derechos Humanos, T.VI. Instituto interamericano de Derechos Humanos*, 356-389.
- Cordón Moreno, F. (1992). *El proceso de amparo constitucional*. Madrid: La Ley.
- De la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, T. (1981). *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas.
- De la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, T. (2024). El Constitucional y las sentencias sobre los ERE: el normal funcionamiento de las instituciones. *El País*, 16, 17 y 18 de julio. Disponible en: <https://is.gd/unUqep>.
- García de Enterría, E. (1981). *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (2014). La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 39-131.
- Gimeno Sendra, V. (1982). Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6, 43-60.
- Gimeno Sendra, V. y Morenilla Alard, P. (2001). *Los Procesos de Amparo. Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europe*. Madrid: Colex.
- Herrera, C.M. (1994). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*, 86, 195-228.
- Lascuráin, J. A. (2023). Las relaciones del Tribunal Constitucional con el Tribunal Supremo en la última década (2014-2023). *Almacén de Derecho* [blog], 23-12-2023. Disponible en: <https://is.gd/Vjzk0I>.
- López Navío, A. (2022). Comentario de jurisprudencia de los casos de especial trascendencia constitucional. *Revista de Estudios Jurídicos*, 22, 1-26. Disponible en: <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7514>.
- Matía Portilla, F. J. (2009). La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, 343-368.
- Matía Portilla, F. J. (2016). Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos. En *Los recursos en el proceso civil: continuidad y reforma* (pp. 195-229). Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.97.2016.17618>.

- Montoro Puerto, M. (1991). *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales. Tomo I Jurisdicción constitucional y procesos de control de la constitucionalidad*. Madrid: Colex.
- Pérez Tremps, P. (1985). *Tribunal Constitucional y Poder judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pérez Tremps, P. (2015). *El recurso de amparo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Ramos, L. (2024). ¿Hacia la vigencia plena de la legalidad penal? Luz y sobras de las SSTC sobre los ERE andaluces. *Diario La Ley*, 28-9-2024. Disponible en: <https://is.gd/mR5F9G>.
- Rodríguez-Ramos Ladaria, G. (2019). *Litigación penal. Visión sistemática y actual del proceso*. Madrid: Bosch/Wolters Kluwer.
- Sainz Moreno, F. (1982). La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional, de Eduardo García de Enterría. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8, 335-348.
- Sánchez Morón, M. (1987). *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Serra Cristóbal, R. (2014). Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España. ¿De las desavenencias a una relación dialogada? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18, 371-399.
- Xiol Ríos, J. A. (2018). Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22, 173-188.