

LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

MARC CARRILLO

SUMARIO: 1. LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA COMO CONDICIÓN PARA SU APLICACIÓN POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.—2. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO VÍA PARA PLANTEAR NO UNA DUDA SINO UNA CONVICCIÓN JUDICIAL ACERCA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.—3. LOS TRIBUNALES ORDINARIOS TAMBIÉN EJERCEN UN JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS CONTROVERSIAS COMPETENCIALES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—4. LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ES LA SEDE NATURAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, PERO EL SUPREMO TRIBUNAL EN MATERIA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES ES EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. NO OBSTANTE, ¿HABRÁ PRIMACÍA JURISDICCIONAL EUROPEA?—5. ¿HA HABIDO EXCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO? REFLEXIÓN SOBRE EL PERFIL DEL JUEZ Y SU POSICIÓN ANTE LA CONSTITUCIÓN Y LA CULTURA CONSTITUCIONAL.

1. LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA COMO CONDICIÓN PARA SU APLICACIÓN POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

La cuestión no fue sencilla al inicio para la jurisdicción ordinaria. Así por ejemplo, no fue cualquier juzgado de instancia sino la misma Sala 1.^a del Tribunal Supremo la que en su STS de 8 de abril de 1982, seguía considerando que los preceptos constitucionales, incluidos los referidos a derechos fundamentales eran meras declaraciones de principios. El Tribunal Constitucional, en su STC 89/1982 tuvo que verse en la tesitura de anular la sentencia de la Sala de lo Civil, por la única razón posible: la obiedad que desde su entrada en vigor supone la fuerza normativa que la Constitución posee, conforme a los que dispone su artículo 9.1 y la Disposición derogatoria. La condición de la Constitución como norma jurídica fue desde el momento de su promulgación un factor de ruptura jurídica y política. Supuso un reto para la jurisdicción or-

dinaria, que ésta afrontó con resultados desiguales al principio. El tiempo transcurrido ha permitido su asunción generalizada, ya como vértice del ordenamiento o como norma configuradora del sistema de fuentes. Pero no ha sido sin traumas institucionales, y algunos de éstos no han quedado todavía resueltos, especialmente en lo que concierne a la tutela de los derechos fundamentales. La condición de la jurisdicción ordinaria como sede natural para procurar la garantía de los derechos y libertades y la concepción, a su vez, de la jurisdicción constitucional como una vía procesal especial y extraordinaria con la misma finalidad, no es todavía una cuestión pacífica (1). Razón por la cual, las fricciones entre ambos órdenes jurisdiccionales no han estado ausentes del panorama jurídico constitucional de estos años. A veces, incluso, con una singular truculencia.

La Constitución como fuente de derecho y norma suprema del ordenamiento no ha sido una regla en la historia constitucional española sino una excepción. El único referente tangible en este sentido fue el corto período de la II República, con la incorporación del Tribunal de Garantías Constitucionales. Con anterioridad al siglo XX, y a causa del relativo auge que cobra la idea de Constitución, cabe retener como precedente el texto de 1869, surgido con el sexenio revolucionario. Pues hasta entonces y a también *a posteriori*, la Constitución, a lo sumo, era citada como genérico referente interpretativo, pero no como fundamento jurídico para motivar un recurso de casación por infracción de precepto constitucional (2). No había duda, pues, de que el juez español que se inicia en la nueva tarea jurisdiccional de empezar a aplicar la Constitución de 1978, partía de una cultura jurídica en la que la fuente principal del ordenamiento no era, desde luego la Constitución ni tampoco la ley. Sino que fruto de una larga y accidentada historia política de formas de gobierno dictatoriales y autoritarios, la fuente esencial del sistema normativo la representaba el reglamento administrativo.

El juez que desde los últimos días de 1978 se encuentra con el artículo 9.1 de la Constitución, un precepto que le recuerda que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la norma suprema y al resto del ordenamiento, ya

(1) Acerca de las relaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, véase P. PÉREZ TREMPs: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

(2) Véase en este sentido, desde un punto de vista histórico, el trabajo de J. M. ROMERO: *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 425. Un trabajo más reciente, sobre la casación por infracción de preceptos constitucionales: P. PÉREZ TREMPs: «La Constitución como motivo de casación», *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, Madrid, 1999, pág. 141.

no puede hacer abstracción de un sistema normativo innovador que contrasta con la formación jurídica que había recibido. Un ordenamiento jurídico cuyo sistema de fuentes, salvo que mediase una esforzada interpretación conforme, ya podía ser el que tradicionalmente había fijado por el artículo 1.1 del Código Civil, sino otro más plural y diverso, en el que la Constitución dejaba de ser un texto nominal, para devenir el vértice de un ordenamiento complejo, integrado por varios centros de imputación jurídica, fruto de una estructura propia de un modelo de Estado políticamente descentralizado.

El juez de la Constitución de 1978 es un juez que desde el principio se encuentra con una ley de las Cortes Generales que regula el régimen jurídico de los derechos fundamentales, a los que la Constitución ya les ha otorgado valor normativo, y sin que haya mediado la *interpositio legislatoris*. Pero su sujeción al principio de legalidad, le obliga a enjuiciar también tanto las leyes de las Cortes Generales como las aprobadas por los parlamentos de las Comunidades Autónomas, que se han ajustar a los abstractos límites competenciales configurados, con deliberada ambigüedad por el legislador constituyente, en el llamado bloque de la constitucionalidad, que integran la misma Constitución y los Estatutos de Autonomía. Y, por supuesto, el juez de la Constitución se encuentra con una alud de disposiciones generales y actos aplicativos de la ley, que en la medida que puedan infringir los límites fijados en materia de garantías constitucionales para los derechos de las personas, que le compete tutelar, y que lo convierten en el primer juez constitucional de los derechos. Y a esta tarea, la jurisdicción ordinaria se enfrentaba desprovista de una cultura constitucional y dotada de unos parámetros hermenéuticos muy tributarios de una tradición jurídica *ius privatista*.

El juez del constitucionalismo surgido con el Estado social y democrático de Derecho, el juez que aplica la Constitución, no es un juez que haya de ser la boca de la ley. El juez en este contexto es también un intérprete muy cualificado de la Constitución; es una parte institucionalmente decisiva en la función interpretativa, aunque la condición suprema en este sentido corresponda al Tribunal Constitucional (artículo 1.º de la LOTC). Los órganos dependientes del Poder Judicial se debían de enfrentar a la labor interpretadora con unos mimbres jurídicos nuevos, ante una norma como la Constitución, que era fruto no sólo de la tradición racional-normativa del liberalismo democrático, sino también de las aportaciones axiológico-finalistas del constitucionalismo de vinculado a una filosofía política igualitaria. Pero esto se iba a hacer, con los moldes de una judicatura formada en la cultura jurídica y política de corte autoritario, para quien la Constitución resultaba ser una novedad en todos los sentidos y ante la cual, la respuesta oscilaba entre el interés por lo nuevo y la reticencia, cuando no el rechazo, frente a los cambios que comportaba.

La aplicación judicial de la Constitución en España, al igual que, por ejemplo, en Italia se ha llevado a cabo en tres momentos clave de la actividad jurisdiccional de los jueces y tribunales: cuando interpretan la ley aplicable al caso concreto, en el momento procesal en el que deciden plantear la cuestión de inconstitucionalidad y, por supuesto, cuando aplican de forma directa las disposiciones constitucionales en las relaciones entre particulares (3). Y ello se ha producido en el marco de un sistema jurídico de *civil law* en el que, no obstante, los elementos de control difuso propios de los sistemas de *common law* de la tradición anglosajona no pueden ser excluidos, como consecuencia del valor vinculante de la jurisprudencia constitucional. Pero sin perder de vista tampoco, la ingente labor interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la asunción de su doctrina por los tribunales españoles (artículo 10.2 CE), así como las más reciente y acotada aportación del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el mismo sentido. En las páginas que siguen, se abordan algunas cuestiones controvertidas, a través del análisis que la aplicación de la Constitución por los jueces plantea en el marco de los procedimientos constitucionales relativos a la cuestión de inconstitucionalidad, los conflictos positivos de competencia y el recurso de amparo.

2. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO VÍA PARA PLANTEAR, NO UNA DUDA SINO UNA CONVICCIÓN JUDICIAL ACERCA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

a) *Algunas cuestiones preliminares*

El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad (en adelante, CI) ha sido una vía a través de la cual la jurisdicción ordinaria se ha comprometido, con mayor o menor acierto, en el juicio de constitucionalidad de la ley. Si bien, el monopolio de esta función corresponde a la jurisdicción constitucional, es lo cierto que a través del incidente de inconstitucionalidad del artículo 163 CE, los jueces y tribunales ordinarios disponen de un cauce de participación *no decisoria* y de colaboración con el juicio de constitucionalidad sobre la ley que lleva cabo el Tribunal Constitucional.

La evolución experimentada por esta vía de acceso al Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto una creciente y, a veces, desinhibida actitud de la jurisdicción ordinaria ante la posibilidad de plantear la duda o la certeza sobre la

(3) Para el caso italiano, véase R. ROMBOLI: «La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, INAP, 1999, págs. 15-40.

inconstitucionalidad de un precepto legal aplicable al caso concreto. Esta desinhibición se ha expresado a través de Autos judiciales de interposición de la CI desprovistos de la necesaria motivación, ante la cual y como respuesta institucional, se ha producido la proliferación de los Autos de inadmisión de CI dictados por el Tribunal Constitucional. Pero esta dinámica jurisdiccional no ha cuestionado la constatación de un hecho también reiterado: la CI es un procedimiento de control específico sobre la constitucionalidad de la ley que compite con el protagonismo que en los primeros años de vigencia de la Constitución ha tenido el recurso de inconstitucionalidad como vía de control objetivo más genérico.

La CI es una forma de control de constitucionalidad que ha habilitado a todos los órdenes jurisdiccionales a participar de dicho control, coadyuvando a la jurisdicción constitucional en el juicio de constitucionalidad, aunque, ciertamente, la decisión final sobre la validez de la ley únicamente solo corresponda al Tribunal Constitucional. Mediante esta vía, los jueces y tribunales se han dirigido a la jurisdicción constitucional, tanto en razón a problemas relativos a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como con motivo de la lesión que la ley aplicable al caso puede suponer para un derecho fundamental.

Por otra parte, la CI ha afianzado la autonomía interpretativa del juez ordinario, a través de la facultad que le atribuye para realizar un juicio de constitucionalidad sobre la ley. En frase especialmente afortunada de Calamandrei, con la institucionalización de la CI el juez ordinario abre el juicio de constitucionalidad (4). En este sentido, la CI acrecienta la función institucional del juez en el Estado democrático porque le permite, llegado el caso, desvincularse del criterio que sobre un idéntico precepto legal pueda tener el órgano jurisdiccional superior (5). El principio de independencia judicial cobra aquí especial relevancia para legitimar una acción procesal que refuerza la posición autónoma de los órganos judiciales a la vez que se aleja notoriamente de la regla del *stare decisis*. Con el incidente de inconstitucionalidad, se han sentado las bases para una aceptable ósmosis entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. Y puede afirmarse que, en general, la CI ha sido una buena plataforma procesal para que el juez ordinario se implique en el juicio de constitucionalidad, renueve su cultura jurídica de acuerdo a criterios constitucionales, afine su idea del Estado diseñado por la Constitución y, en fin, refuerce su formación democrática. Que, en efecto, ello haya sido realmente así, tras cinco lustros de régimen constitucional, es harina de otro costal.

(4) Citado por R. ROMBOLI: *Ibidem*, pág. 30.

(5) Vid. STC 157/1993.

b) *La CI es un procedimiento de control objetivo y específico de la ley*

En efecto, la CI es un procedimiento constitucional de control de la ley que por la naturaleza de su objeto es abstracto, pero en lo que concierne a los motivos de su planteamiento es concreto, porque trae causa de los intereses subjetivos que se están dilucidando en el proceso principal ante la jurisdicción ordinaria. Puede también afirmarse que es una forma de control concreto impropio, al que se refiere Cruz Villalón (6). Tiene, de hecho, un valor complementario al que ofrece el recurso de inconstitucionalidad (en adelante, RI). Ambos, CI y RI, son una vía objetiva de enjuiciamiento acerca de la constitucionalidad de la ley o de la norma con este rango; sus efectos son siempre «*erga omnes*», pero así como el RI se plantea de forma genérica, desvinculada de cualquier situación judicial contenciosa, la CI encuentra su razón de ser en que la ley cuestionada ha de ser aplicada en un supuesto judicial específico. Y algo semejante, aunque con carácter más excepcional, es lo que ocurre con la llamada auto-cuestión de constitucionalidad que puede llegar a plantearse el propio Tribunal Constitucional (*ex art. 55.2 LOTC*) para la tutela de derechos fundamentales cuando el origen de la violación del derecho fundamental se encuentra no el acto de aplicación sino en la ley misma (7).

El procedimiento de la CI, en su condición de control abstracto de la ley, con tintes de concreción motivados por su aplicación a un supuesto concreto en el que se enjuician intereses subjetivos, ha presentado un problema relevante de aplicación práctica. Y éste no es otro que los efectos que sobre el proceso ordinario tiene el considerable retraso que, en general, tarda el TC en resolver los procesos contra la ley. En la medida en que el proceso *ad quo* pende de una decisión acerca de la constitucionalidad de la ley, que sólo corresponde tomar a la jurisdicción constitucional, los efectos de la demora pueden llegar a ser devastadores sobre el caso concreto. De cualquier manera, estos efectos resultan disuasorios para las partes que, en un momento determinado, puedan calibrar la oportunidad de instar la CI ante un órgano judicial. Sin duda, ésta circunstancia constituye una rémora, cuando no una importante hipoteca que pesa sobre la eficacia de este procedimiento de control objetivo de la ley.

(6) Vid. P. CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1919-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 43.

(7) Sobre la singularidad de este procedimiento, véase: L. J. MIERES MIERES: *El incidente de inconstitucionalidad en los procesos constitucionales (Especial referencia al incidentes en el recurso de amparo)*, Civitas, Madrid, 1998.

c) *Acercala legitimación activa para plantear la CI y la posición de las partes del proceso «a quo»*

La posición de las partes en el proceso ordinario y en el que se desarrolla ante el TC, es una cuestión controvertida que, como es sabido, ya ha suscitado pronunciamientos jurisdiccionales sobre algunas de sus disfuncionalidades. Pero vayamos por pasos. Una primera cuestión a abordar es, en general, la relativa a los sujetos intervinientes en el proceso.

A diferencia del caso austriaco, que residencia el planteamiento de la cuestión en el órgano judicial superior, del artículo 163 CE no se deriva ninguna restricción específica al respecto: «*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso (...)*». No hay limitaciones sobre los criterios de legitimación referidos a los órganos del Poder Judicial legitimados y, por tanto, la CI puede ser planteada como es obvio tanto por un órgano unipersonal como por uno colegiado. Asimismo, no es preciso que su planteamiento dependa de que previamente se hayan agotado las instancias que el procedimiento específico establezca para el caso concreto. Si fuese así, este requisito anularía las más de las veces que los jueces pudiesen llegar a plantearla. Sin embargo, no deja de ser cierto que un pronunciamiento del órgano superior anterior al eventual planteamiento de una CI podría servir, en caso de coincidir en este sentido, para fundamentar mejor la duda o, más bien, la convicción judicial acerca de la inconstitucionalidad de la ley. Además de coadyuvar a evitar la promoción de CI poco fundadas.

En todo caso, la decisión sobre la conveniencia jurídica de dirigirse al Tribunal Constitucional corresponde de forma libre y en exclusiva al órgano judicial —de la naturaleza que sea— que considere que la norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo que ha de dictar, pueda ser contraria a la Constitución. De acuerdo con la previsión legal establecida en la LOTC (*ex art. 35*), ello es así, con independencia de la posición que el órgano judicial ocupe en el seno de la organización judicial, lo que hace que el planteamiento de la cuestión no pueda quedar enervado o anulado en razón de la jerarquía que ostente el órgano promotor de la misma. Por tanto, no hay duda que los principios de independencia y exclusividad (*ex art. 117.1 y 3*) encuentran aquí cumplida aplicación práctica.

El planteamiento de la CI es de oficio, pero nada obsta para que el juez o tribunal la puedan activar también a instancia de parte. Sin embargo, la decisión final siempre corresponderá al órgano judicial, que es quien retiene para sí la prerrogativa absoluta de ejercer esta opción procesal sin que pueda quedar vinculado por la petición que le puedan hacer llegar alguna de las partes en el proceso *a quo*. No existe, pues, un derecho de las partes a que el órgano judi-

cial plantee la CI que permita considerar que la negativa de éste último a hacerlo supone una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial (8). No obstante, como se ha puesto de manifiesto en su STC 159/1997, el Tribunal parece abrir la posibilidad de que cuando la petición de inconstitucionalidad es la única pretensión del recurrente, el tribunal *a quo* ha de darle una respuesta explícita a fin de no incurrir en incongruencia omisiva vulneradora del artículo 24 de la CE y, en consecuencia, susceptible de recurso de amparo (9).

Por tanto, la CI no es posible plantearla a instancia de parte, sin perjuicio de que las partes puedan impulsar al órgano judicial a que lo haga, pero sin mayor consecuencia jurídica. Ésta es una diferencia con el ordenamiento constitucional italiano, en el que el incidente de inconstitucionalidad a servido para institucionalizar una vía de protección de los derechos que, en parte, ocupa la posición que el recurso de amparo tiene en España. He hecho, la CI puede verse como una vía procesal mixta, que incorpora sobre todo, elementos objetivos que son propios del recurso de inconstitucionalidad pero sin prescindir de la dimensión objetiva que aporta el recurso de amparo. A este respecto, y en un sentido crítico, algunos planteamientos doctrinales han sostenido, que puede llegarse más lejos de la consideración de la instancia de parte como una manifestación del derecho a la jurisdicción ordinaria, en la que el órgano judicial está obligado a pronunciarse expresamente sobre la solicitud de planteamiento de la CI, como sería, por ejemplo, la apertura preceptiva de la audiencia previa ante la solicitud. De acuerdo con este planteamiento, la instancia de parte ha de ser considerada como el fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva, no como derecho prestacional, sino en su faceta de derecho subjetivo. En consecuencia, «*las partes disponen de un derecho subjetivo a la aplicación de una ley constitucional, por lo que el juez ordinario está obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando considere que no debe aplicarla por considerarla inconstitucional*» (10). Desde luego, la jurisprudencia constitucional antes citada no ha llegado a tanto.

La posición de las partes que tienen esta condición procesal en el proceso *ad quo*, pero que carecen de la misma en el proceso constitucional, es otro de

(8) Vid. SSTC 151/1991 y 23/1988; también los AATC 275/1983 y 767/1986.

(9) Vid. C. VIVER I PI-SUNYER: «L'acte de plantejament de la qüestió d'inconstitucionalitat. Introducció a un debat», en *Autonomia i Justícia a Catalunya*, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1998, págs. 136-137; este mismo artículo puede encontrarse en versión castellana en «El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, INAP, Madrid, 1999.

(10) Vid. E. CORZO SOSA: *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 541.

los temas que suscitan mayor debate con relación a la institución de la CI. Porque del contenido del artículo 35.2 de la LOTC, como es sabido, únicamente se deriva el deber del órgano judicial de oír a las partes y al Ministerio Fiscal antes de tomar una decisión definitiva sobre la procedencia de plantear la CI. La interpretación que hasta ahora ha mantenido la jurisdicción constitucional es que, en consecuencia, las partes del proceso *a quo* no mantienen esta condición procesal cuando la litis se traslada al Tribunal Constitucional; a diferencia, en este caso, de lo previsto, por ejemplo, en otros ordenamientos como en el italiano donde los recurrentes también participan de la condición de parte en el proceso constitucional. No obstante, el tema no es pacífico en la jurisprudencia constitucional ya que en los últimos años todos los Autos en los que se plantea este tema van acompañados de votos particulares que insisten en que, como mínimo, se les habría de reconocer el derecho a participar como coadyuvantes (11).

Sería razonable, en este sentido, que a la luz de la actual redacción del artículo 35.2 de la LOTC, el órgano judicial informase con plenitud sobre los motivos que le mueven a plantear o a rechazar la CI a las partes a fin de que éstas le remitan su posición al respecto y así disponer de un espectro más amplio de argumentos para operar en un sentido u otro.

d) *Sobre el significado de la cuestión de inconstitucionalidad:
¿qué es lo que plantea el órgano judicial: duda o certeza
sobre la inconstitucionalidad?*

En principio, no hay una razón de peso para negar que ambas posibilidades sean factibles, pero depende de cual sea el alcance y la fundamentación de la duda que el órgano judicial decida promover a través del procedimiento de la CI. En realidad no puede considerarse que aparezcan como absolutamente in-

(11) Vid. ATC 178/1996. El tema es importante, en especial en los supuestos de leyes singulares o de caso único, después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 1992, condenatoria para el Estado español en el caso Ruiz-Mateos contra España, por vulneración del artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950. Para el TEDH el derecho a un proceso contradictorio «supone la oportunidad para una de las partes de tener conocimiento de las observaciones o piezas presentadas por la otra parte y discutir las»; «(...) características propias de los procedimientos constitucionales, pero cuando se remite al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad de una ley que afecta a un círculo restringido de personas en el marco de un procedimiento civil del que son parte, en principio debe garantizárseles el libre acceso a las observaciones de las otras partes y una verdadera posibilidad de comentarlas».

compatibles entre sí, aunque su corrección constitucional depende del grado de motivación que el órgano judicial haya empleado en su argumentación. Ciertamente, si se trata de una certeza el nivel de convicción habrá ser superior; pero en el caso de que se trate de una duda de constitucionalidad, el órgano judicial no puede quedar exento del deber de diligencia suficiente para fundamentar los motivos que le mueven respecto de la ley aplicable al caso para suspender el proceso *a quo*. Los términos en los que se expresa el artículo 163 de la Constitución («... una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución...») permiten, admitir tanto la duda como la más fundada convicción. Aunque en realidad, el sentido último de la CI se basa mucho más en la convicción que el juez se ha formado (más que una simple duda) acerca de la inconstitucionalidad de la ley (12). Pero ya sea en un caso como en otro, la condición necesaria para el uso adecuado de este procedimiento constitucional ha de ser una suficiente motivación. Desde sus inicios, la jurisprudencia constitucional sostuvo que la justificación de la CI no se satisfacía con la mera cita de los preceptos constitucionales meramente infringidos sino que era imprescindible que se exteriorizase el razonamiento que conduce la Juez a cuestionar si la norma constitucional se ha vulnerado. El TC añadía en este sentido, que el órgano judicial no podía limitarse a manifestar la existencia de sus dudas de constitucionalidad sin más (STC 17/1981, FJ. 1). La línea jurisprudencial que ha acabado consolidándose ha flexibilizado, sin embargo, el rigor del requisito del juicio de relevancia, que debe llevar a cabo la jurisdicción ordinaria sobre el precepto legal que suscita la presentación de una CI. Es evidente que este procedimiento constitucional no puede operar como un cauce consultivo, pero no obstante, el TC niega que por el sólo hecho de que la norma legal cuestionada sea susceptible de una interpretación conforme a la Constitución, la CI que a pesar de ello plantee un Juez, sea considerada como mal fundada. Puesto que la regla establecida al respecto en el artículo 5.3 de la LOPJ —establece la STC 105/1988, FJ. 1)— *«no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el artículo 37 de la LTC y ofrece únicamente a los jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad»*. Así, una concepción distinta del citado artículo 5.3 de la LOPJ, *«llevaría a instrumentar el trámite de admisibilidad de la cuestión, desfigurando su sentido, como ocasión para impartir criterios a los órganos ad quo sobre la interpretación secundum Constitutioen de las normas de cuyas constitucionalidad duden»*

(12) Vid. ROMBOLI: *Op. cit.*, pág. 31.

[STC 222/1992, FJ. 2.b)]. Por otra parte, el TC no se ha mostrado especialmente exigente en cuanto a la exigencia de exteriorizar el juicio de relevancia llevado a cabo por el órgano judicial *ad quo* [para muestra, STC 301/1993, FJ. 1.a)], a pesar de que en algunos casos la fundamentación jurídica sea muy concisa (13).

La práctica de los jueces y tribunales en este sentido ha sido muy desigual. La dificultad que supone la no publicación de los Autos judiciales que plantean la CI no facilita llegar a conclusiones empíricas objetivas, lo que no impide para constatar que junto a razonamientos dotados de una apreciable solidez argumentativa, aparecen muchos otros en los que el juicio de contraste entre la ley controvertida y la Constitución, no supera el puro nominalismo jurídico.

A mi juicio, la CI ha de ser entendida como una vía procesal al alcance de la jurisdicción ordinaria sólo en los casos en los que según el criterio del órgano judicial, no le sea creíble mantener la ley en el seno del ordenamiento jurídico. A este respecto, hay que reiterar que la interpretación de la Constitución no es monopolio del Tribunal Constitucional y, que en función de ello, también los órganos dependientes de la jurisdicción ordinaria participan en la tarea de exégesis de la norma fundamental, aunque de forma subordinada al supremo criterio del Alto Tribunal. En esta función interpretativa, el juez o tribunal ordinario que aplica la ley al caso concreto, verifica su adecuación a la Constitución no sólo cuando decide plantear la CI sino obviamente también cuando se niega a ello, al considerar que es factible que permanezca como parte integrante del ordenamiento. Así ha de ser entendido el tenor del artículo 5.3 de la LOPJ cuando establece que *«procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía de interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional»*.

Desde luego, el principio hermenéutico de la interpretación conforme es el que ha de presidir el sentido de este precepto. Pero cuando el órgano judicial se decide a plantear la CI lo ha de hacer con base en una argumentación que fuerce al TC no sólo —por supuesto— a admitirla sin lugar a dudas sobre ello, sino sobre todo a dictar una sentencia que constituya un diálogo con el juez o tribunal ordinario promotor acerca de la ley aplicable al caso. Un diálogo en el que el sentido estimativo o desestimativo de la sentencia posterior ha de ser el resultado, en cualquier caso, de una buena argumentación contenida en el Auto judicial que ha planteado la CI. En este sentido, el Auto judicial ha de proporcionar una sólida argumentación sobre la inconstitucionalidad de la ley que,

(13) Vid. F. CAAMAÑO y otros: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGrawHill, 2.ª ed., Madrid, 2000, págs. 59-60.

eventualmente, el TC podrá acoger en su sentencia. Pero si, no obstante, el intérprete supremo considera procedente mantener la ley en el seno del ordenamiento, lo haga a través de argumentación alternativa con un preciso y detallado contraste con los argumentos expuestos por la jurisdicción ordinaria. De esta forma, el procedimiento de la CI ha de redundar en beneficio de la colaboración hermenéutica entre ambos órdenes jurisdiccionales. En otros términos, la buena fundamentación de un Auto que plantee la CI no ha de servir —valga la expresión— para poner las cosas fáciles al TC. Por ello, la actitud del Juez ante la CI, ha de obedecer más a lógica de certeza que no a la simple duda de constitucionalidad. Cuando sólo existe esta última, siempre queda abierta la puerta a la interpretación conforme.

e) *Algunas cuestiones más acerca de los requisitos para plantear la cuestión de inconstitucionalidad*

De acuerdo con lo establecido por el ordenamiento jurídico, y específicamente en los arts. 163 CE, 35.1 LOTC y 5.2 de la LOPJ cabe sistematizar tres requisitos esenciales: 1.º) que la norma cuestionada ha de poseer el rango legal y encontrarse entre las que son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad (art. 27.2 LOTC); 2.º) ha de ser una norma con rango de ley aplicable al caso que se dilucida ante la jurisdicción ordinaria; 3.º) finalmente, de la validez de la citada norma depende el fallo y solución del litigio planteado.

El primero de los tres no ofrece problemas interpretativos de mayor relevancia. Sin duda, es al órgano judicial a quien corresponde seleccionar las normas legales aplicables al caso, fruto de la potestad jurisdiccional que le está atribuida. En este sentido, es preciso señalar que los jueces y tribunales no están en absoluto constreñidos a seguir las peticiones que las partes les puedan hacer llegar al respecto (14). Este juicio de aplicabilidad puede ser revisado excepcionalmente por el Tribunal Constitucional, si se diese un error manifiesto en la elección de la norma que vaya a ser aplicada al caso concreto. Y de producirse esta circunstancia, el TC declararía inadmisibile la CI planteada (15).

Cosa distinta es la interpretación que suscitan los dos requisitos restantes. No hay duda que la aplicabilidad de una norma es condición necesaria para que el fallo que haya de dictarse en sede judicial ordinaria dependa de su validez;

(14) Vid. CAAMAÑO y otros: *Op. cit.*, pág. 54.

(15) Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO: «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español», en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 90-91.

pero como ha subrayado la jurisprudencia constitucional no es condición suficiente (16). La razón estriba en la importancia que adquiere el juicio de relevancia sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada ante el Tribunal Constitucional. Y más precisamente, de la justificación de la dependencia que se establezca entre el fallo a dictar por la jurisdicción ordinaria en el proceso *a quo*. Como se razonaba anteriormente, se trata de un tema de especial importancia, porque la CI no se puede promover en aquellos casos en los que no se deduzca directamente que la norma aplicable al caso adolece de indicios racionales de inconstitucionalidad. Es decir, la CI no puede plantearse si la motivación para su instrumentación procesal no es clara. O dicho de otro modo, recordando de nuevo la doctrina del TC ya en sus primeros años, la CI no puede ser entendida como una consulta de constitucionalidad porque el Tribunal Constitucional no es un órgano consultivo. Asimismo, no puede plantearse de forma artificiosa, por ejemplo, atribuyendo a la ley un significado imposible. La jurisprudencia posterior del TC no ha neutralizado este criterio, puesto que ya sea en caso de una plena convicción o en el supuesto de una duda razonable, el órgano judicial debe argumentar con suficiencia.

Cuando la motivación del juicio de relevancia acerca de la posible inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso no es el TC no tendrá otra opción que la inadmisión de la CI planteada. *A sensu contrario*, las posibilidades de las que goza la jurisdicción ordinaria para superar la admisión previa de una CI dependen, y mucho, de la justificación de la interdependencia entre la pretensión procesal y la resolución judicial en el proceso *a quo*. Del repaso de la jurisprudencia constitucional en materia de criterios de admisión sobre las CI planteadas pueden sistematizarse tres supuestos con los que se ha ido operando y que definen el contenido de los Autos de inadmisión (17). El primero y más evidente es aquel que inadmite la CI por una ausencia absoluta de motivación (18), dado que el TC no puede convertirse en un destinatario sistemático de la falta de diligencia jurisdiccional, cuando no del desconocimiento de su jurisprudencia por parte de algunos órganos de la jurisdicción ordinaria. Un segundo supuesto, es aquel en el que sí se produce la exteriorización del juicio de relevancia, pero partiendo de una interpretación arbitraria y no razonable del precepto legal objeto de la CI (19). Y el tercero es aquel tipo de Autos de inadmisión en los que el TC considera *a limine* que la CI no tiene ninguna posibilidad de prosperar, bien porque ya existe un criterio consolidado de inadmisión

(16) STC 26/1984.

(17) Vid. C. VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, págs. 139-140.

(18) Por ejemplo, el ATC 158/1993.

(19) Vid. AATC 66/1995; 302/1994 y 301/1993.

para casos anteriores idénticos, o bien porque la interpretación del precepto de la norma cuestionada resulta *prima facie* insostenible (20).

El planteamiento de la CI es una forma de colaboración jurisdiccional que exige a los órganos dependientes del Poder Judicial un especial esfuerzo de interpretación de la ley y, por tanto, de la Constitución. Ya se ha puesto de relieve que, cuando el órgano judicial albergue serias dudas o bien asuma la plena convicción acerca de la inconstitucionalidad de la Ley aplicable al caso, deberá remitir el Auto de planteamiento al TC dotándolo de la suficiente fundamentación. Quiere ello decir, que el órgano judicial no puede limitarse a una genérica invocación de los preceptos constitucionales eventualmente afectados por la presunta inconstitucionalidad de la ley impugnada; tampoco puede contentarse con reproducir las tachas de inconstitucionalidad suscitadas por las partes en el proceso *a quo*. Antes al contrario, la CI ha de permitir al órgano judicial mostrar, si cabe con especial beligerancia jurídica, su potestad para interpretar el ordenamiento que *también* a él le está atribuida por la Constitución.

Que la conocida sobrecarga de asuntos que se acumulan en las diferentes oficinas judiciales, sea una de las rémoras que en demasiados casos asolan la función jurisdiccional de Juzgados y Tribunales, no puede ser un impedimento para exigir un esfuerzo hermenéutico al órgano que promueve una CI, a fin de exteriorizar la relevancia del juicio de constitucionalidad que le lleva a cuestionar la norma aplicable al caso. En este sentido, de lo que se trata sobre todo es de evitar la mera invocación nominal de los preceptos viciados de inconstitucionalidad y su argumentación simplista. El sentido de la CI ha de ser, que la exposición de los motivos de inconstitucionalidad expuestos por el órgano judicial acrediten la suficiente calidad jurídica para que, tanto en el supuesto de un auto estimativo como en otro que no lo sea, el TC tenga a su alcance una base argumental suficiente con la que resolver. Un cuerpo argumental, que ha de ser el substrato imprescindible para el necesario diálogo jurídico entre jurisdicciones.

Pero antes de llegar a la solución más traumática, que consiste en proponer al TC la declaración de inconstitucionalidad y la consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico de la norma impugnada, los órganos del Poder Judicial han de agotar las posibilidades que la ley pueda ofrecer para ser mantenida como parte integrante del ordenamiento jurídico. Este es el mandato que se deriva del artículo 5.3 de la LOPE, cuyo objeto no es otro que exprimir las posibilidades que favorezcan una interpretación de la ley adecuada a la CE. Pero este mandato no es un requisito impuesto explícitamente por la CE, pues el

(20) Por ejemplo, el ATC 132/1992.

juez o tribunal ordinario deben de disponer del margen de maniobra que le otorga el principio de independencia judicial, para llevar a cabo el enjuiciamiento de la ley aplicable al caso que crea más adecuado a su leal saber y entender. Hasta el punto, si cabe, de separarse de la posición que sobre el mismo tema hayan podido tener otros órganos judiciales, incluidos aquellos de superior posición jerárquica. No obstante, esta invocación del principio de independencia no puede ser empleada de forma abstracta, de manera tal que, por ejemplo, obvie la jurisprudencia constitucional que pueda existir al respecto. En este sentido, la razonabilidad del planteamiento de una CI presupone que el órgano judicial no opera arbitrariamente. Y si decide desvincularse de otras líneas interpretativas, es porque su disidencia no es producto de un razonamiento frágil, sino consecuencia de una reflexión jurídica, en la que el contraste con los criterios de intérprete supremo de la CE no puede ser en ningún caso descartado.

Finalmente, y como criterio accesorio a retener, el planteamiento de una CI ha de ser evaluado por el órgano juzgador, también en función de los eventuales perjuicios de orden material que pueda ocasionar el transcurso del tiempo (ya de por sí prolongado en la jurisdicción ordinaria) hasta que el TC se pronuncie sobre la ley cuestionada.

f) Consideraciones sobre algunas cuestiones de orden procesal

Una primera es la relativa a plantear una CI sobre el mismo precepto y fundamentada en los mismos motivos. Con razón se ha argumentado (21), que la respuesta ha de ser siempre positiva, a condición de que el TC no se haya pronunciado sobre la primera. Pero si lo ha hecho, y el pronunciamiento ha sido la desestimación de la CI, parece razonable sostener que la nueva CI habrá de ser inadmitida; salvo que su planteamiento esté suficientemente separado en el tiempo y obedezca a un cambio en la interpretación de la CE o del precepto legal objeto de la CI (22).

La segunda es un tema especialmente relevante. La CI puede ser planteada no sólo antes de dictar sentencia sino también antes de dictar un Auto, especialmente en los casos de orden formal. Porque la CE se refiere a fallo judicial y éste este no se reduce a la sentencia (23).

(21) Vid. C. VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, pág. 138.

(22) Véase en este sentido, la STC 55/1996, sobre la objeción de conciencia a la prestación social sustitutoria.

(23) Vid. STC 76/1982.

Asimismo, sigue siendo una cuestión abierta en la jurisprudencia el momento en el que se ha de plantear la CI. La interpretación literal de la LOTC (art. 35.2) según la cual debe plantearse cuando el proceso ordinario haya concluido y antes de dictar sentencia, parece una solución reductiva. Especialmente cuando los indicios de inconstitucionalidad versan sobre materias de orden formal que puedan dejar a una de las partes en una situación de desigualdad de armas procesales para defender sus intereses.

3. LOS TRIBUNALES ORDINARIOS TAMBIÉN EJERCEN UN JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LAS CONTROVERSIAS COMPETENCIALES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El procedimiento constitucional del conflicto de competencias no vive alejado de la jurisdicción ordinaria. La doctrina le ha empezado a dedicar atención en los últimos años. La cuestión se centra en determinar si, además de la competencia del TC para entender de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí, los tribunales ordinarios pueden también ejercer una función jurisdiccional de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.) (24). El artículo 161.1.c) CE atribuye esta competencia al Tribunal Constitucional, y es evidente que se trata de una de las funciones típicas de la jurisdicción constitucional en los estados compuestos. Sin embargo, del texto constitucional no se deduce de forma explícita que esta atribución corresponda en exclusiva al TC. Sin duda, la determinación de la titularidad competencial le corresponde en última instancia, pero ello no impide que otros ordenes jurisdiccionales puedan participar del juicio atributivo de competencias, de acuerdo, eso sí, con la jurisprudencia constitucional en la materia de que se trate. Porque, cuando la CE establece que el control de la actividad de los órganos de las CC.AA. se ejerza por la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que concierne a la administración autónoma y sus normas reglamentarias [ex art. 153.c)], está habili-

(24) Veáanse, entre otros, los trabajos de A. GÓMEZ MONTORO: «Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia», *REDC*, núm. 30, Madrid, 1990; A. ARCE JANÁRIZ: «Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia de conflictos de competencia», *REDA*, núm. 70, Madrid, 1991; G. FERNÁNDEZ FARRERES: «Tribunal Constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos competenciales», *Autonomías*, núm. 15, Barcelona, 1992, y H. LÓPEZ BOFILL: *Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

tando para que los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA. y, en su caso, el Tribunal Supremo, también se pronuncien sobre contenciosos de contenido competencial reflejados en las disposiciones que desarrollan la ley.

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años permite constatar un hecho irrefutable: que la jurisdicción ordinaria también enjuicia controversias que versan sobre problemas de delimitación competencial entre el Estado y las CC.AA., así como entre estas dos administraciones y las Corporaciones Locales. Los ejemplos son muy numerosos. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo (TS) ha dictado 37 sentencias entre junio de 1996 y el mismo mes de 1997; 58 en 1998; 66 en 1999 y 63 en el 2000, etc. Este tipo de controversias acerca de la titularidad competencial en aquellas causas en que, como mínimo una de las partes es una administración pública, son abordadas por la jurisdicción del Tribunal Supremo junto a problemas de legalidad ordinaria. Siguen predominando como objeto principal de este grupo de sentencias del TS, aquellas que versan sobre actuaciones de las Comunidades Autónomas (CC.AA.), quedando ya en muy en segundo plano las que resuelven recursos contra actuaciones del Estado y también de las Corporaciones Locales.

Esta dinámica jurisdiccional que se mantiene de forma constante cada año, pone de relieve en todo caso que, sin perjuicio de la competencia del Tribunal Constitucional para decidir sobre la determinación de la titularidad competencial en los diversos conflictos entre las diversas instancia dotadas de potestad legislativa propia, la jurisdicción ordinaria sigue siendo un ámbito jurisdiccional en el que *también* de dirimen controversias sobre el orden constitucional de distribución de competencias. Un ámbito en el que, como no podía ser de otra manera, se aprecia una progresiva incidencia de la jurisprudencia sentada por el TC en materia.

Que los tribunales ordinarios puedan ser foro en el que junto a los temas que traen causa de la legislación ordinaria, de diluciden cuestiones de orden competencial adquiere una especial relevancia en orden a la participación en este proceso de otros sujetos. Es decir, que la jurisdicción ordinaria se haya consolidado como sede en la que se resuelven contenciosos judiciales, en los que están presentes discrepancias competenciales, ha permitido que su planteamiento pueda ser, en ocasiones, consecuencia de una iniciativa particular. Y ésta es una posibilidad que obviamente que no es factible en el procedimiento constitucional. En algunos años —por ejemplo, 1997 y 1998— esta circunstancia se hizo especialmente evidente tanto en las actuaciones imputadas al Estado como en las precedentes de órganos de las CC.AA. Es una tendencia que se ha mantenido con una cierta constancia respecto de las actuaciones de las CC.AA., pero no así cuando se trata de las disposiciones generales o actos administrativos del Estado y de las Corporaciones Locales. En estos dos últimos

supuestos, es otra administración pública la que mayoría de las veces es la parte promotora del recurso. Los datos estadísticos que sobre esta tendencia se pueden ofrecer son los siguientes: por ejemplo, en las actuaciones de CC.AA. que en el período comprendido entre junio de 1996 y junio de 1997 han dado lugar a una sentencia del TS son 17, por 11 las del Estado y nueve las de las Corporaciones Locales. Y respecto de las actuaciones de las CC.AA. que ha sido objeto de recurso, los promovidos por particulares individuales o entidades privadas alcanzó (a modo de ejemplo, en 1997) la cifra de 11, por cuatro los procedentes del Estado y dos de las Corporaciones Locales. Sin embargo, cuando el objeto del recurso son actuaciones del Estado, el recurrente es mayoritariamente la Comunidad Autónoma y de forma muy marginal los particulares y una administración institucional. Y algo parecido ha venido ocurriendo con relación a las actuaciones de las Corporaciones Locales, cuyos *oposidores* procesales únicamente han sido las otras dos administraciones públicas territoriales. Todo lo cual permite afirmar que especialmente en los últimos años (sobre todo, en las sentencias del TS dictadas desde 1996 en adelante), se constata un mayor activismo de las administraciones públicas en plantear contenciosos competenciales frente a los otros entes públicos (25).

Esta realidad empírica, pone de manifiesto una relación de complementariedad entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional para conocer de los contenciosos competenciales, cuyo alcance y articulación es preciso analizar. Sobre este particular, la STC 88/1989, en su momento especialmente controvertida, planteó algunos de los problemas de la relación entre ambas jurisdiccionales cuando el objeto del conflicto versa sobre controversias competenciales. En ella el TC sostuvo que cuando no existe discrepancia acerca de la titularidad y los límites de las competencias, sino que la *litis* se centra sólo en discutir el ejercicio concreto de las mismas con respecto a supuestos específicos, entonces puede afirmarse que falta el presupuesto para la jurisdicción quede reservada en exclusiva al TC. De acuerdo con esta doctrina, sólo había conflicto constitucional cuando está en juego la interpretación de las normas que integran el bloque de la constitucionalidad; y la dimensión constitucional

(25) Vid. M. CARRILLO: «Actividad jurisdiccional: la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Informe Comunidades Autónomas 1997*, vol. I, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1998, págs. 464 y sigs. También, véase el mismo apartado dedicado a la jurisprudencia del TS en: *Informe Comunidades Autónomas 1998*, vol. I, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1999, págs. 466-475; e *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Barcelona, 2000, págs. 456-466. Para los datos de años más recientes, véase: «Actividad jurisdiccional: la jurisprudencia del Tribunal Supremo», año 2000 (págs. 445-452); año 2001 (págs. 477-484); año 2002 (págs. 470-478); año 2003 (págs. 539-546).

del conflicto desaparece, cuando no habiendo discrepancia sobre la interpretación constitucional, lo que es objeto de discusión es sólo si un concreto acto o disposición han respetado el orden constitucional de competencias. Es un debate doctrinal que sigue abierto (26), si bien la realidad de la práctica jurisdiccional no refuta sino que confirma que, año tras año, también los tribunales ordinarios siguen pronunciándose sobre controversias competenciales.

La relación entre los dos órdenes jurisdiccionales y los problemas de articulación, así como los riesgos de solapamiento suscitan la reflexión. A este respecto, probablemente, el modelo más coherente con el diseño constitucional que atribuye al Tribunal Constitucional la función de resolver los conflictos de competencia [art. 161.1.c) CE] sea aquél que permita la complementariedad entre ambas jurisdicciones, sin que en ningún caso, se excluya al TC de la competencia principal para resolver las controversias competenciales ni, en consecuencia, quede vedado el acceso de un conflicto a la jurisdicción constitucional. Ésta complementariedad puede facilitar que el contencioso conflictual pueda ser resuelto ante la jurisdicción ordinaria sin necesidad de residenciarlo siempre ante el TC. En apoyo a esta idea de la complementariedad, se invoca la previsión establecida en el artículo 61.2 de la LOTC, que dispone que cuando se plantea ante el TC un conflicto con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier Tribunal, éste suspenderá el curso de proceso hasta la decisión del conflicto constitucional. Veamos con mayor detalle algunas posiciones que se ha adoptado sobre el tema.

Un primer planteamiento es el que se basa en la *tesis exclusivista*, que parte de la condición del TC como única instancia con atribuciones para entender de cualquier controversia competencial. Sin embargo, esta tesis favorable al monopolio de la competencia del TC es difícilmente asumible, atendiendo a lo que establecen los artículos 106 y 153.c) de la CE. Y lo es porque no se puede ignorar que, además, coloca en una cierta indefensión a aquellos sujetos que carecen de legitimación para plantear ante el TC un conflicto de competencias. Un segundo planteamiento, es el que sostiene la tesis *alternativista*, que propugna que unos conflictos podrían ser resueltos por la jurisdicción ordinaria y otros habrían de ser atribución exclusiva de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, esta opción no deja de ser artificiosa, en la medida en que plantea serias dificultades para delimitar un criterio que determine que es competencia de una o de otra jurisdicción y no excluye el riesgo de consagrar resoluciones contradictorias. Una tercera propuesta, es la tesis que de-

(26) Vid. CAAMAÑO y otros: *Op. cit.*, pág. 83.

fiende la competencia *subsidiaria* del TC una vez agotada la vía judicial ordinaria. De hecho, se trata de un planteamiento que presenta una no disimulada semejanza con el régimen del recurso de amparo, y que permite no cuestionar la competencia del TC sobre la conflictividad competencial, pero sin perjuicio que esta pueda ser solventada previamente ante la jurisdicción ordinaria, dando en este caso oportunidad a las partes que carecen de legitimación activa en el procedimiento constitucional para intervenir en el contencioso (27). Como demuestra la estadística antes referida, ello tienen especial importancia para las Corporaciones Locales, cuyos intereses frente al reglamento administrativo gozan de una amplia tutela actualmente, a través de la vía que ofrece la jurisdicción ordinaria. Una tutela que se ha ampliado a la ley (estatal o autonómica) tras la reforma de la LOTC llevada a cabo hace unos años, que introdujo el nuevo y singular procedimiento constitucional en defensa de la autonomía local [art. 10.c) bis y art. 65 bis]. Finalmente, la tesis de la *complementariedad* se fundamenta en la constatación que ambas jurisdicciones constituyen, de forma simultánea, una garantía para la defensa del sistema de distribución de competencias diseñado por el bloque de la Constitución: la jurisdicción constitucional frente a todo tipo de normas y la jurisdicción ordinaria frente a los reglamentos administrativos, de acuerdo siempre, obviamente, con la doctrina sentada por el TC. Pero, la condición necesaria de esta tesis, claro está, es que la asunción por los tribunales ordinarios de la jurisprudencia constitucional en materia competencial, ha de ser un elemento que coadyuve la función constitucional de delimitación competencial. Una función que ejercen con ocasión del control de legalidad de los reglamentos del Estado, de las CC.AA. y de las Corporaciones Locales. Porque una vez asentada la aplicación judicial de los criterios interpretativos del TC, se crean las condiciones que pueden permitir reubicar el conflicto positivo de competencias ante el mismo en una posición relativamente subsidiaria. No se trata con ello de afirmar que la jurisdicción ordinaria sustituye al TC, ni que enerve el planteamiento de conflicto de competencias ante el mismo por los órganos públicos legitimados, sino que la jurisdicción ordinaria también es una sede adecuada para resolver controversias competenciales cuando la jurisprudencia constitucional sobre el caso ya está consolidada.

La experiencia que se deriva de la aplicación judicial de esta jurisprudencia pone de manifiesto, no obstante, que en general es más descriptiva que analítica. La fundamentación jurídica se limita mucho a la reproducción del juicio

(27) Ésta es la tesis sostenida por H. LÓPEZ BOFILL: *Conflictos de competencia i jurisdicción ordinaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

de delimitación competencial llevado a cabo por el TC, sin mayores consideraciones relativas al caso concreto que enjuicia el órgano judicial (28).

4. LA JURISDICCIÓN ORDINARIA ES LA SEDE NATURAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, PERO EL SUPREMO TRIBUNAL EN MATERIA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES ES EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. NO OBSTANTE, ¿HABRÁ PRIMACÍA JURISDICCIONAL EUROPEA?

a) *En el ordenamiento constitucional español*

La condición de los jueces y tribunales como el ámbito natural de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, es una consecuencia ineluctable del Estado de Derecho. Con la perspectiva del tiempo transcurrido desde la promulgación de la Constitución, ¿en qué medida la jurisdicción ordinaria ha cumplido esta decisiva función? En un sistema de garantías jurisdiccionales como el establecido por la CE, ¿en qué grado el recurso ante la jurisdicción constitucional ha sido una garantía subsidiaria de los derechos?

Antes que nada, es preciso subrayar que el recurso de amparo constitucional ha sido una vía de gran funcionalidad para extender los criterios interpretativos del TC por toda de la jurisdicción ordinaria. No obstante, el balance que ofrece el tiempo transcurrido pone de relieve que la asunción del valor normativo de la CE y de la jurisprudencia constitucional ha sido más costoso en algunos órdenes jurisdiccionales que en otros. En este sentido, el ámbito jurídico-público se ha mostrado, por lo general, más permeable que las jurisdicciones de formación iusprivatista (29).

No hay duda que la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales, ha desarrollado una labor de pedagogía jurídica de gran relevancia para la jurisdicción ordinaria, introduciendo nuevas formas interpretativas propias de un sistema jurídico dotado de justicia constitucional. El recurso de amparo ha sido utilizado ampliamente por los particulares, que han creído encontrar en el mismo una última instancia para obtener la protección a sus derechos y libertades. Pero el alud de recursos registrados sin la debida fundamentación, ha hecho planear en más de una ocasión —como también ocurrió en Alema-

(28) Véase al respecto, mi colaboración en el último decenio en el capítulo sobre Actividad Jurisdiccional (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo*) en: AA.VV.: *Informe Comunidades Autónomas*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.

(29) Vid. PÉREZ TREMPs: «La Constitución como motivo de casación...», *op. cit.*, pág. 143.

nia— la amenaza de colapso del Tribunal. Con esta finalidad se reformó en 1988 la LOTC a fin de reforzar la posición de la jurisdicción constitucional como garantía extraordinaria, facilitando el trámite de admisión de recursos que, o bien carecen de relevancia constitucional o no han sido invocados en la jurisdicción ordinaria. La experiencia que al respecto ofrece la jurisprudencia del TC, pone de relieve que una de las causas del problema ha sido el desconocimiento del significado del carácter extraordinario del amparo ante el TC. Y también de su carácter subsidiario con respecto a la tutela judicial ordinaria, que desde los inicios se atribuyó a la previsión constitucional del artículo 53.2 CE, aunque este precepto pudiese admitir otras lecturas.

Se trata de una subsidiariedad que —salvo en el supuesto de la lesión de derechos por un órgano legislativo, *ex art. 42 LOTC*— no ofrece excepciones al modo de la prevista por la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, que en su artículo 90, ap. 2, párr. 2 establece que el Tribunal puede «*decidir de inmediato sobre un recurso de amparo interpuesto antes del agotamiento de la vía jurídica, cuando ese recurso sea de interés general o cuando, de no hacerlo así, se le irrogase al recurrente un perjuicio grave o inevitable*».

Por otra parte, la adecuada articulación de la jurisdicción de amparo con la jurisdicción ordinaria, exige que la jurisdicción constitucional de amparo no pueda ser concebida como una tercera instancia judicial. Su función se circunscribe a enjuiciar las lesiones sobre los derechos constitucionalmente garantizados. No le corresponde, por tanto, revisar con carácter general los hechos declarados probados ni tampoco el derecho aplicado en la resolución judicial que haya sido objeto de impugnación. En este sentido, hay que hacer notar que la dicción constitucional de *recurso* atribuida al amparo no ha favorecido su carácter subsidiario, dejando entrever una carácter procesal de recurso en segunda instancia (30), que su naturaleza jurídica no le permite asumir. Porque, más allá de la protección jurisdiccional de derechos subjetivos, el recurso de amparo presenta una dimensión objetiva de interés general cifrada en el establecimiento de unos criterios interpretativos que superan el más limitado ámbito del conflicto intersubjetivo planteado, para alcanzar *implícitamente* una eficacia *erga omnes*. Esta *doble dimensión* del recurso de amparo ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional afirmando que: «*la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades (...) cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a éste designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a*

(30) Vid. J. ALMAGRO NOSETE: *Justicia Constitucional*, Dikynson, Madrid, 1980, págs. 191-192.

un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal actúa como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.º de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir la definición de la norma, se impone, a todos los poderes públicos» (31).

Los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional *en todo tipo de procesos*, tienen encomendada la tutela de los derechos y libertades y «*en especial los enunciados en el art. 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido*» (art. 7.2 LOPJ). Por otra parte, la dimensión objetiva del recurso de amparo encuentra plasmación también en la LOPJ cuando establece que los órganos judiciales deberán interpretar y aplicar las Leyes y Reglamentos de acuerdo con los criterios aportados por la doctrina del TC, que adquiere en los procesos de amparo un alcance general, más allá de la resolución concreta del conflicto planteado por el recurrente.

La consecuencia de esta atribución general de tutela sobre los derechos y libertades encomendada a la jurisdicción ordinaria, impide que el TC pueda entrar a enjuiciar *ab initio*, cuestiones que son competencia de la jurisdicción ordinaria. Únicamente cuando ésta haya vulnerado, por acción u omisión, un derecho fundamental, el TC podrá enjuiciar la presunta violación si el recurso de amparo es activado externamente, una vez agotado el proceso judicial previo. A este respecto, puede afirmarse que, en general, el restablecimiento a través de la sentencia de amparo de los derechos lesionados en el ámbito de la jurisdicción ordinaria se concreta en dos tipos de resoluciones: si la lesión se produce por razones formales, es decir, si se está ante un vicio *in procedendo*, la sentencia tiende a retrotraer sus efectos al momento procesal en el que poder público lesionó el derecho fundamental a la tutela judicial. Por el contrario, si el vicio afecta a un derecho de carácter sustantivo, es decir, si se trata de un vicio *in iudicando*, el efecto de la sentencia de amparo es la reparación mediante fórmulas diversas como es la anulación o incluso la posibilidad de que el TC se pronuncie sobre la pretensión indemnizatoria. Solución distinta es la que se registra en Alemania, donde el criterio mayoritario asentado por el artículo 95. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal es el de la retroacción, aunque el propio Tribunal ha introducido algunas excepciones en aras de la protección inmediata del derecho (32).

(31) Vid. STC 1/1981, de 26 de enero, FJ. 2; también, veáanse las STC 11/1982, de 29 de marzo, FJ. 4. STC 62/1983, de 11 de julio, FJ. 3; 36/1983, de 11 de mayo, FJ. 1, entre otras.

(32) Vid. mi trabajo, «La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo (1999-2001)», en *La reforma del recurso de amparo* (coord. Pablo Pérez Tremps), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 110 y sigs.

Pero a pesar de la abundancia de recursos de amparo, hecho absolutamente matizado por el muy bajo porcentaje de los que son admitidos a trámite, no puede concluirse —más allá de los casos más llamativos— que existan unas relaciones estructurales conflictivas entre el TC y, especialmente, algunas salas del Tribunal Supremo, derivadas de un pretendido funcionamiento anormal del amparo constitucional (33). Es lo cierto, sin embargo, que el balance que ofrece la aplicación jurisdiccional de la CE presenta un grado de intensidad diverso.

Así, por ejemplo, en el *orden contencioso-administrativo* la jurisprudencia ordinaria asumió desde el primer momento con diligencia y sin mayores dificultades la función directiva del Constitución respecto del resto del ordenamiento jurídico, en todos sus niveles y, en especial, en lo que concierne al régimen de los derechos fundamentales, a saber; la titularidad y el ejercicio de los derechos desde el punto de vista de la nacionalidad; el control de los actos discrecionales, incluso de gobierno; el régimen del Derecho sancionador administrativo, a través de la analogía y en virtud de su vis específica, de las garantías constitucionales establecidas frente a la represión penal, la relevancia constitucional, para su debida tutela judicial en amparo, de la configuración legal de derechos fundamentales, etc. (34). Aunque también es verdad que el TS —como se ha señalado con anterioridad— se ha mostrado muy descriptivo en la aplicación de la jurisprudencia constitucional en materia de delimitación de competencias.

En el orden de la *jurisdicción laboral* la tónica ha sido similar, incluso puede reiterarse aquí la idea de que el juez laboral ha sido el juez constitucional de primera línea y que esta función ha sido asumida de forma generalizada (35). La constitucionalización del Derecho del Trabajo se ha visto reflejada a través del reconocimiento al máximo nivel de los derechos de libertad sindical y de los medios de acción consustanciales a la misma, como la negociación colectiva, el derecho de huelga y el planteamiento de conflictos colectivos. Pero, el impacto de la CE ha afectado también a la intensa labor llevada a cabo por el legislador ordinario, tendente a la determinación del contenido de

(33) Véanse, en este sentido, las conclusiones, redactadas por J. GARCÍA ROCA, con el título «La cifra del amparo constitucional y su reforma», contenidas en el libro colectivo, coordinado por P. PÉREZ TREMP, sobre la reforma del recurso de amparo, *op. cit.*, págs. 273 y sigs.

(34) Vid. L. PAREJO ALFONSO: «La Constitución en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Algunos pronunciamientos ilustrativos», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, Madrid, 1999, págs. 193-205.

(35) Vid. F. VALDÉS DAL-RE: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, págs. 511 y sgs.

los derechos de configuración legal, como han sido los relativos a la protección social, la seguridad y la salud en el trabajo, el derecho al trabajo, al descanso o a un salario digno. La CE ha generado otro efecto de especial relevancia, como ha sido la democratización de las relaciones de trabajo; en este sentido, la aplicación difusa de la CE por los tribunales ordinarios ha supuesto un cambio en la concepción de la posición de las partes en el contrato de trabajo, que ha abandonado la idea corporativa de la empresa como comunidad de intereses en favor de otra basada en la contraposición de los mismos. Sin embargo, la profunda transformación experimentada por el ordenamiento laboral y la asunción por la jurisdicción de los valores y principios constitucionales, no siempre ha venido acompañada de la suficiente calidad de sus resoluciones. De hecho, en las sentencias laborales es frecuente encontrar referencias indirectas a preceptos constitucionales más como envoltorio retórico que como argumento central de la resolución; meras citas formales sin contenido real; y en otras ocasiones, no es infrecuente encontrar casos en los que el juez laboral no realiza aportación personal alguna al análisis interpretativo, sino que se limita a copiar o reproducir las afirmaciones del TC. En este sentido, se afirma incluso que el juez laboral suele ser muy cauteloso, que muy va muy a remolque de la interpretación del TC sin mayor esfuerzo interpretativo. Por otra parte, en lo que concierne a la tutela de derechos fundamentales en el ámbito de contrato de trabajo, el juez laboral opera con criterios de búsqueda de un equilibrio de intereses en el contrato de trabajo y de una tutela más cerrada del derecho fundamental en cuestión (36).

Algo muy similar, en esta forma de enjuiciar los derechos fundamentales, se constata en la *jurisdicción civil*, donde la tutela se ha ubicado más en la lógica del balance de intereses en conflicto —que, ciertamente, también el TC ha sostenido durante bastante tiempo— y mucho menos en el análisis y tutela del contenido objetivo de los derechos en cuestión. Ello, claro está, al margen de los casos más *singulares* y episódicos protagonizados por la Sala 1.^a del TS (caso de la *investigación biológica de la paternidad* y caso *Preysler*) que pusieron de manifiesto una clara e incomprensible desvinculación de los mandatos constitucionales por parte de esta jurisdicción.

Finalmente, en la *jurisdicción penal*, los principios y derechos constitucionales relativos a la ley penal, cuáles son los de legalidad, tutela judicial efectiva y presunción de inocencia (*ex arts. 24 y 25*), han exigido la aplicación de unos cánones de enjuiciamiento cuya aplicación por los jueces y tri-

(36) Sobre la aplicación de la Constitución por la jurisdicción laboral, véase: S. GONZÁLEZ ORTIGA: «La aplicación judicial *difusa* de la Constitución en el orden jurisdiccional social», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, Madrid, 1999, págs. 207-220.

bunales no ha sido pacífica, de tal manera que en su origen se encuentra una parte de la explicación de algunos recursos de amparo. En este sentido, el TC ha atribuido al art. 24.1 CE un contenido horizontal muy amplio, pero verticalmente poco profundo (37), lo cual ha podido redundar en la existencia de algunas disfunciones entre la jurisdicción constitucional con la ordinaria.

b) *En el ordenamiento constitucional europeo*

Que no deba haber duda sobre la condición de la jurisdicción ordinaria como sede natural de tutela de los derechos fundamentales, conlleva que la esta duda tampoco puede existir sobre el ordenamiento a aplicar por el juez. Y este ordenamiento ya hace tiempo que no lo preside en exclusiva la Constitución, sino que el protagonismo empieza a ser compartido por el ordenamiento constitucional europeo (38). Esta circunstancia pone de manifiesto la importancia que viene adquiriendo y sin duda llegará a tener, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, como jurisdicción constitucional europea que ha de velar por la aplicación del Tratado en los estados miembros.

Un ámbito decisivo en este sentido, ha de ser el concerniente al régimen de los derechos y libertades reconocidos en la Parte II del Proyecto, que ha incorporado íntegramente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, proclamada en la cumbre de Niza de 2000. Porque una de las notas características de los derechos fundamentales como es la de disponer de una acción procesal ante los tribunales, si bien está ausente de la Carta, es una ausencia que no se proyecta en el vacío, sino que se produce en un ámbito jurisdiccional europeo en el que sobre todo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de forma más específica el Tribunal de Justicia de la Unión (TJ), han ido labrando una importante doctrina jurisprudencial sobre derechos y libertades que, como es obvio, no puede caer en saco roto.

Entre las propuestas hechas por el Comité de expertos, presidido por Spiros Simitis en su Informe de febrero de 1999 (39), destacó la necesidad de

(37) Vid. C. VIVER I PI-SUNYER: «Diagnóstico para una reforma», en *La reforma del recurso de amparo* (coord. P. PÉREZ TREMPES), op. cit., pág. 22.

(38) En la fecha de entrega de este trabajo a la dirección de la REDC (últimos días del mes de julio de 2004), y tras presidencia semestral de Irlanda, ya existe una redacción definitiva del proyecto de Tratado por el que instituye una Constitución para Europa, pendiente ahora de la aprobación por los 25 Estados miembros de la Unión.

(39) Para la consulta de esta documentación, véase: <http://db.consilium.eu.int/df>.

que ambos tribunales —TEDH y TJ—, aún siendo necesariamente independientes laboren de forma interrelacionada. Y es evidente, que forzosamente ha de ser así puesto que la jurisprudencia de Estrasburgo constituye hoy un capital ineludible para el Tribunal con sede en Luxemburgo, sobre todo porque si bien en la década de los noventa ha tenido oportunidad de abordar problemas derivados de la tutela de algunos derechos fundamentales, es indudable que el TEDH y su jurisprudencia han de ser un parámetro para aplicación de la Carta por parte del TJCE. Máxime, cuando durante un largo tiempo el Derecho Comunitario se ha mantenido ajeno al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), dado que la Comunidad no es Parte contratante del mismo.

Pero el Derecho comunitario, el futuro Derecho constitucional europeo se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico de los Estados miembros; y la aplicación de este derecho de raíz europea por los órganos constitucionales estatales ha incidido no sólo en materias transferidas a la Comunidad, sino que también lo ha hecho en muchas ocasiones a derechos y libertades reconocidos en el CEDH. De esta forma, la aplicación del Derecho comunitario por los Estados de la UE, en su condición de Parte contratante del Convenio de Roma, ha hecho posible que Estrasburgo pueda analizar su aplicación. Entre otras, las sentencias del TEDH en el caso *Cantoni*, de 15 de noviembre de 1996, el caso *Hornsby*, de 25 de febrero de 1997 y, sobre todo, el caso *Matteus* de 18 de febrero de 1999, dejan bien a las claras la disposición del TEDH de entrar a abordar la aplicación del Derecho Comunitario, cuando los derechos y libertades son puestos en cuestión.

La futura entrada en vigor del Tratado constitucional sellará la preeminencia del Derecho europeo y su autonomía jurídica. En este sentido, el TJ ha de devenir progresivamente la jurisdicción constitucional de la Unión. No obstante, no parece que vaya a disminuir la influencia del CEDH, del Convenio de Roma, ni tampoco de las tradiciones constitucionales de los estados miembros. Por lo que la preeminencia que el TJ haya de tener en el control de la aplicación del futuro Derecho Constitucional europeo por parte de las instituciones estatales y de la Unión, deberá durante largo tiempo convivir con un imprescindible diálogo entre tres niveles jurisdiccionales: el TJ, el TEDH y las jurisdicciones estatales de garantía de los derechos. Además del necesario papel beligerante que el juez nacional debe de mantener a través de la cuestión prejudicial, para preservar la aplicación del derecho derivado europeo conforme al Tratado constitucional.

5. ¿HA HABIDO EXCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO? REFLEXIONES SOBRE EL PERFIL DEL JUEZ
Y SU POSICIÓN ANTE EL CONSTITUCIÓN Y LA CULTURA CONSTITUCIONAL

Después de los inicios jurisdiccionales del régimen constitucional, es verdad que más de un exceso en este sentido valía la pena cometer. Sobre todo, vistas las resoluciones adoptadas por algún que otro relevante órgano de la jurisdicción ordinaria. Recuérdese al respecto, por ejemplo, aquél Auto del TS por el que se declaraba que el artículo 14 de la CE «... *es un principio programático y como tal su normativa y su ámbito se desenvuelven a través de leyes procedentes que le dan aplicación práctica*». O una posterior sentencia referida a la filiación de un hijo natural regulada por el antiguo artículo 137 del CCv, en la que, de nuevo, el TS, y también respecto del artículo 14, consideraba que «... *no puede estimarse que el mismo —el citado precepto del CCv— haya devenido inconstitucional, porque el artículo 14 de la vigente Constitución establezca la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, pues aparte de que tal mandato tiene alcance de una declaración de principio...*» (40).

Ciertamente, no sólo era la reticencia política, fruto de la nula incidencia que la transición a la democracia produjo en la remodelación personal del aparato judicial heredado de la dictadura, la razón que podía explicar el contenido de estas y otras resoluciones judiciales. Lo era también, que la formación jurídica de una parte de la magistratura española de entonces respondía a unos parámetros muy alejados de la consideración de la Constitución como norma jurídica. La vinculación de jueces y tribunales a la Constitución era entendida por muchos de acuerdo a una lógica que todavía situaba a la norma suprema en la galaxia del documento político del siglo XIX, ajeno a la normatividad y, en todo caso, siempre tributario de la *interpositio legislatoris*. Los argumentos que la doctrina ius publicista, con deliberada voluntad pedagógica expandió en los diversos foros, no fueron un exceso aunque después pudiesen ser mejor perfilados. En consecuencia, no era un exceso entonces ni, vista la evolución de la aplicación judicial de la CE, tampoco después afirmar cosas como las que siguen.

Por ejemplo, que la Constitución ha dejado de ser norma programática; que con el concepto moderno de Constitución, tal como lo teorizase Kelsen, se fortalece la función jurídica de la norma suprema. La noción de Constitución se introduce plenamente en el ordenamiento jurídico, abandonando el planteamiento histórico según el cual la norma fundamental pertenecía al mundo de la política y no al ámbito del Derecho (41). Antes al contrario, la Constitución del

(40) Vid. ATS 35/1980, de 5 de noviembre, y STS de 8 de abril de 1982.

(41) Vid. J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes del Derecho*. Tecnos, 4.ª ed., Madrid, 1988, pág. 18.

Estado social y democrático de Derecho posee naturaleza racional normativa y, a su vez, presenta un fuerte componente axiológico, que adquiere eficacia jurídica más intensa a través de la producción de normas sustantivas de los poderes constituidos, en especial a través de la ley del Parlamento. La Constitución no es, por tanto, un «*simple formulario de principios políticos y morales, destinados a dar al legislador ordinario las directrices fundamentales del orden jurídico positivo...*» sino que es concebida como un conjunto o complejo de normas y principios jurídicos actuales y vinculantes» (42). Por tanto, las normas y principios requieren para su defensa la acción de la justicia constitucional (43). Y la fuerza normativa de la Constitución es el presupuesto básico sobre el que se fundamenta su aplicación inmediata por jueces y tribunales... Por ejemplo, también, que la Constitución deviene norma jurídica y a la vez sistema normativo conformador del nuevo sistema de fuentes del ordenamiento. Y aunque eficacia normativa no es siempre sinónimo de aplicación directa (44), la fuerza normativa de la Constitución es plena cuando se proyecta sobre los derechos fundamentales y libertades públicas (45). La Constitución ya no es un simple punto de referencia o parámetro de interpretación.

(42) Vid. J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1980, pág. 212.

(43) Vid. F. RUBIO LLORENTE: «La Corte Constitucional italiana», *RFD*, núm. 31, Caracas, 1965, págs. 205-206.

(44) Vid. A. NIETO: «Particularidades jurídicas de la norma constitucional», *RAP*, núm. 100-102, Madrid, 1982, pág. 387.

(45) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 72 y sigs.

Estos antecedentes han de servir para entender la posición del juez ante la CE de 1978. Pero también ha de servir de ayuda, la forma través de la cual es seleccionado y el perfil de esta profesión jurídica que de aquélla se deriva. Sobre todo si se tiene en cuenta que el juez español preconstitucional, por formación y cultura jurídica, ha sido un juez muy apegado a la ley como único parámetro de referencia y ajeno a una cultura constitucional, propia del Estado democrático.

Parece evidente, que los criterios establecidos por el poder público para la formación de las profesiones legales son un buen punto de referencia para calibrar la calidad de las instituciones en el Estado democrático. Más específicamente, la formación y las formas de reclutamiento de jueces resultan decisivas para el ejercicio de la función jurisdiccional que el Estado atribuye a jueces y magistrados. No se trata de una cuestión banal, porque el juez dispone de un considerable poder sobre la ciudadanía, al deber de decidir, de acuerdo con la Constitución y la ley (por este orden jerárquico y no por otro) sobre su libertad y patrimonio. El poder de jurisdicción que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado define al Estado, y de cómo se ejerza esta función pública depende el crédito y a la postre la legitimidad social del Poder Judicial. La cuestión es de especial importancia, porque no se puede hacer abstracción que, en España, una vez que el juez accede al cargo a través del sistema de selección mayoritario que es el de oposición libre de acceso a la Escuela Judicial, lo hace para ejercer una función pública con carácter permanente hasta que le alcance la edad de jubilación. Y, en general, este juez es persona que se incorpora a la judicatura a una edad joven, probablemente demasiado joven; es habitual que no haya superado los treinta

años, pudiendo desde entonces permanecer en el mismo durante los próximos cuarenta años. Parece, pues, razonable que con estas referencias, al Estado y al conjunto de la sociedad les deba interesar y mucho los métodos de la formación y los criterios establecidos por las normas que regulan la selección de unos ciudadanos que, en razón del cargo, pueden decidir sobre el ejercicio de los derechos y libertades que la Constitución reconoce a toda la población.

La formación jurídica del futuro juez es, inicialmente, tributaria de la que haya adquirido en los estudios que le han habilitado para obtener la licenciatura en Derecho en la Universidad. Y sobre la calidad de esta última hay razones suficientes para afirmar que las enseñanzas jurídicas en España son, en unos casos deficientes y en otros manifiestamente mejorables. En todo caso, por lo que se refiere a la forma mayoritaria de acceso a la judicatura, tal como está configurado el sistema vigente de la oposición libre, resulta ser una modalidad inadecuada de selección. Sin perjuicio de la existencia de excelentes jueces, la razón fundamental de esta crítica se cifra en que este sistema se basa en un perfil de opositor dotado de una gran capacidad para memorizar una ingente cantidad de temas que integran el programa de las oposiciones, que deberá exponer ante un tribunal integrado por miembros de diversas profesiones legales (magistrados, profesores de universidad, fiscales, abogados, etc.), pero sin le sea exigible demostrar su capacidad para argumentar. Al tribunal examinador, cuya pluralidad de integrantes es sin duda un dato positivo, le está impedido, sin embargo, verificar a través de la interpelación y el diálogo con el opositor, su capacidad de comprensión dialéctica de aquello que, durante años de indudable esfuerzo y sacrificio personal y familiar ha memorizado. Y, sobre todo, porque el sistema no prevé ningún tipo de prueba de naturaleza contenciosa que, con carácter decisorio, permita también calibrar lo que es exigible a todo jurista, como es el razonar de acuerdo con las reglas de la lógica jurídica. La memoria y el conocimiento descriptivo del ordenamiento jurídico son, desde luego, cualidades importantes, pero lo es mucho más que el juez sepa aplicar las normas con criterio. Sin embargo, el sistema de oposiciones vigente fomenta el automatismo y la rigidez argumental en el razonamiento que conduce a la resolución judicial, en demérito de la asunción por el juez de las reglas básicas de la hermética jurídica. Asimismo, no facilita que el futuro juez se familiarice desde el inicio con las reglas interpretativas que le han de permitir la resolución de los contenciosos que se le plantean como son, por ejemplo, la jurisprudencia de valores, el método del balance de intereses o el juicio de razonabilidad. Por otra parte, resulta difícilmente comprensible que materias como el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo o el Derecho Comunitario ocupen un lugar tan poco relevante en el temario de oposiciones. En realidad, observando su contenido puede concluirse que, en términos académicos, responde más bien a una lógica preconstitucional. Y con ello no se quiere decir que el Derecho Penal, el Civil o el Procesal no tengan relevancia. Es obvio que la tienen y mucha; de lo que se trata es de poner de manifiesto la paradoja que supone la insignificancia otorgada a unas ramas jurídicas, que hoy son la expresión de la Constitución como primera fuente del sistema normativo; de la permanente incidencia de la Administración en la vida y de la transformación del sistema jurídico experimentada a través de la incorporación de España a la Unión Europea. El problema que se plantea no es de cantidad sino de calidad.

La razón no ha de ser otra que procurar un perfil de juez cuya legitimidad profesional se fundamente en la capacidad de razonar con lógica jurídica y en el conocimiento del ordenamiento, así como en una buena percepción del contexto social en el que él decide sobre la libertad y la hacienda de sus conciudadanos. En definitiva, un juez implicado con los valores democráticos y no encerrado en una especie de torre de marfil imbuido de infalibilidad de sacerdote jurídico.