

---

---

# FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,  
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

---

---



---

Junta General del Principado de Asturias

Versión original y en español en internet: <http://constitucion.rediris.es/fundamentos/indice.html>

# FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO,  
DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

## COMITÉ DE HONOR

Excma. Sra. Presidenta de la Junta General del Principado de Asturias  
Excmos. Sres. Miembros de la Mesa de la Junta General del Principado de Asturias

## DIRECTORES

Ramón Punset Blanco, Francisco J. Bastida Freijedo y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Juan Luis Requejo Pagés, Ignacio Villaverde Menéndez, Paloma Requejo Rodríguez,  
Miguel Presno Linera, Benito Aláez Corral e Ignacio Fernández Sarasola

Junta General del Principado de Asturias

FUNDAMENTOS N.º 4

LA REBELIÓN DE LAS LEYES  
*Demos y nomos: la agonía de la justicia  
constitucional*

Coordinador: Juan Luis Requejo Pagés



JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

2006

**FUNDAMENTOS**

ISSN: 1575-3433

Junta General del Principado de Asturias

Dirección de FUNDAMENTOS

Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

Campus de El Cristo, s/n. 33006 Oviedo. Asturias. España

E-mail: fundamentos@uniovi.es

Web: <http://www.uniovi.es/~constitucional/fundamentos>

Pedidos: correo@krkediciones.com

Grafinsa. C/ Álvarez Lorenzana, 27. 33006 Oviedo

Dépósito legal: AS-3344/1998

# ÍNDICE

<b>Presentación</b> .....	11
<b>Autores</b> .....	23

**PRIMERA PARTE**  
**EL DESTRONAMIENTO DE LA LEY**  
**(Orígenes y fundamento de la jurisdicción constitucional)**

<b>1. Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional.</b>	
LUIS PRIETO SANCHÍS .....	27
I. ¿Implica el constitucionalismo alguna determinada concepción sobre el Derecho? Precisiones conceptuales .....	29
II. La ideología del control de las leyes .....	40
1. El Derecho natural racionalista y la teoría del contrato social .....	40
2. Del contrato social al constitucionalismo .....	48
a. En la independencia de los Estados Unidos .....	48
b. En la revolución francesa .....	60
III. La ideología del legalismo. Del contrato social a la supremacía de la ley .....	72
IV. El Tribunal Constitucional del positivismo: el modelo kelseniano .....	88
V. Esquema de conclusiones .....	101
<b>2. Marbury versus Madison doscientos años (y más) después.</b> MARÍA	
ÁNGELES AHUMADA RUIZ .....	109
I. El «gran caso» <i>Marbury</i> .....	111
II. El comentario de <i>Marbury</i> y la celebración del bicentenario .....	123
III. El relato de <i>Marbury</i> : ¿cuáles son los «hechos relevantes»? .....	134
IV. Conclusión: <i>Marbury</i> y el control de constitucionalidad .....	148
<b>3. Marbury versus Stuart.</b> BRUCE ACKERMAN .....	151
I. La conexión en el tiempo .....	153
II. Significado público .....	167
III. Las elecciones de 1802 y sus consecuencias .....	174
1. La Petición de los Jueces .....	175
2. El Congreso ordena .....	176

IV. <i>Marbury</i> y <i>Stuart</i> : prolongando la trama doctrinal . . . . .	181
V. Los sonidos del silencio . . . . .	190
VI. El problema de la síntesis intergeneracional . . . . .	197
<b>4. Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho.</b>	
FRANCISCO RUBIO LLORENTE . . . . .	203
I. Introducción . . . . .	205
II. De los derechos humanos a los fundamentales. La constitucionalización de los derechos . . . . .	209
III. El Estado de Derecho. Evolución histórica de una idea . . . . .	216
IV. Derechos humanos y derechos fundamentales en el Derecho Internacional . . . . .	229

SEGUNDA PARTE

LA ARTICULACIÓN DE LAS INSTANCIAS DE CONTROL

(Los modelos de jurisdicción constitucional en su configuración actual)

<b>5. La justicia constitucional italiana, entre modelo <i>difuso</i> y modelo <i>concreto</i>.</b> ALESSANDRO PIZZORUSSO . . . . .	237
I. Orígenes y variedades de la justicia constitucional . . . . .	239
II. Control <i>político</i> y control <i>jurisdiccional</i> ; control <i>difuso</i> y control <i>concentrado</i> . . . . .	240
III. Relaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria; control <i>abstracto</i> (principal) y control <i>concreto</i> (incidental); control <i>preventivo</i> ( <i>a priori</i> ) y control <i>sucesivo</i> ( <i>a posteriori</i> ) . . . . .	244
IV. Control con efectos <i>erga omnes</i> y control con efectos <i>inter partes</i> . . . . .	247
V. La experiencia italiana: ¿control difuso o control concreto? . . . . .	249
VI. El lugar de los hechos en el proceso constitucional incidental (en sentido estricto) . . . . .	252
VII. El control del juez <i>a quo</i> acerca de la eventualidad de una cuestión manifiestamente infundada . . . . .	255
VIII. La cooperación entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios . . . . .	256
IX. La aplicación directa de la Constitución por parte de la Administración Pública . . . . .	259
X. Observaciones conclusivas . . . . .	260
<b>6. Sobre la introducción hipotética del recurso individual ante el Consejo Constitucional.</b> LOUIS FAVOREU . . . . .	263

<b>7. El control previo a los veinte años de su supresión. PEDRO CRUZ VILLALÓN</b> .....	275
I. La experiencia española con el control previo .....	278
II. Coordinadas de la situación actual .....	280
1. Algunas buenas razones para recuperar el control previo .....	281
2. Dificultades objetivas del control previo .....	285
3. Condiciones del control previo en un contexto de jurisdicción constitucional sucesiva .....	286
III. Una posible alternativa al modelo vigente desde 1985 .....	287
<b>8. Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS y JULIO BAQUERO</b> ...	291
I. Introducción .....	293
II. Derecho constitucional comunitario .....	298
III. Características de la justicia constitucional comunitaria .....	306
IV. Control de la constitucionalidad del Derecho comunitario derivado ...	313
V. Conflictos interinstitucionales y garantía del equilibrio institucional ...	316
VI. La delimitación de las competencias de la Comunidad y de los Estados miembros .....	324
VII. Protección de los derechos fundamentales .....	331
VIII. El control preventivo de la compatibilidad de los acuerdos internacionales con el Tratado .....	334
IX. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa .....	338

### TERCERA PARTE

## ¿HACIA UNA NUEVA REPÚBLICA DE LAS LEYES?

### (El devenir posible)

<b>9. Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los Tribunales Constitucionales. IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ</b> .....	349
I. Avance de unas reflexiones provocadoras .....	351
II. El coste de la tutela constitucional de los derechos fundamentales ...	356
III. Una anomalía en el sistema de control concentrado de constitucionalidad: la tutela de los derechos ante la jurisdicción constitucional .....	359
IV. ¿Quién paga el coste de la tutela constitucional de los derechos? .....	367
V. Subsidiariedad, irradiación de los derechos y objetivación del amparo. La jurisdicción constitucional como jurisdicción de mínimos .....	371
VI. El futuro de la tutela constitucional de los derechos fundamentales. El punto de partida .....	376

<b>10. Nuevos parámetros de constitucionalidad. PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ</b> .....	385
I. Introducción .....	387
II. La necesidad de un nuevo parámetro de constitucionalidad complejo .....	390
1. Las razones de la necesidad .....	390
2. Algunos ejemplos de parámetros complejos .....	393
a. Remisiones imperativas a normas internas de rango constitucional .....	393
b. Remisiones potestativas a normas internas de rango infraconstitucional .....	394
c. Remisiones a normas externas .....	398
3. Las consecuencias procesales de la función de cierre estructural ..	400
III. Los «falsos» parámetros de constitucionalidad .....	406
1. Las razones de la «falsedad» .....	406
2. Algunos «falsos» parámetros de constitucionalidad .....	410
IV. Otros parámetros constitucionales novedosos .....	417
V. Conclusiones .....	424
<b>11. Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría. J.J. GOMES CANOTILHO</b> .....	425
I. Jurisdicción constitucional e inquietudes discursivas: la razón de ser de un título .....	427
II. Jurisdicción constitucional y positivismo metódico .....	428
1. Pragmatismo jurisprudencial constitucional y pragmatismo filosófico .....	428
2. El procedimentalismo judicialista .....	430
3. La dislocación ponderativa .....	431
4. «Innecesidad de la Constitución» y «necesidad del Tribunal Constitucional» .....	433
III. Jurisdicción constitucional y comunidades inclusivas .....	434
1. El «topos» de la integración .....	434
2. El pluralismo normativo y comprensivo .....	435
3. El tacto hermenéutico .....	436
a. Apertura y límites de la justicia constitucional comprensiva ..	436
b. Minimalismo jurisprudencial .....	437
c. Aceptación racional y consistencia .....	438
d. Prioridad de normas de segundo orden .....	438
<b>12. Defensa de la Constitución nacional y constitucionalización de Europa. Inflación de derechos y deslegalización del ordenamiento. JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS</b> .....	441



LO QUE CUESTAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.  
UNA REVISIÓN DE SU TUTELA ANTE LOS  
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES\*

Ignacio Villaverde Menéndez

SUMARIO

- I. Avance de unas reflexiones provocadoras.
- II. El coste de la tutela constitucional de los derechos fundamentales.
- III. Una anomalía en el sistema de control concentrado de constitucionalidad: la tutela de los derechos ante la jurisdicción constitucional.
- IV. ¿Quién paga el coste de la tutela constitucional de los derechos?
- V. Subsidiariedad, irradiación de los derechos y objetivación del amparo. La jurisdicción constitucional como jurisdicción de mínimos.
- VI. El futuro de la tutela constitucional de los derechos fundamentales. El punto de partida.



## I. AVANCE DE UNAS REFLEXIONES PROVOCADORAS

¿Cuestan los derechos fundamentales? Esta es una pregunta que puede parecer insólita, pero, así lo creemos, es decisiva para abordar con solvencia el objeto de estas páginas. Este volumen de *Fundamentos* reúne una serie de brillantes trabajos en los que, desde perspectivas bien distintas, se examina detenidamente la erosión que ha sufrido el legislador democrático del Estado constitucional contemporáneo desde la irrupción de la justicia constitucional. Y decimos bien al referirnos a este concepto, porque en rigor no sólo es la jurisdicción ejercida por los Tribunales Constitucionales en los modelos concentrados la que ha venido a erosionar la posición del legislador democrático. También lo ha hecho la jurisdicción ordinaria, y no sólo en los modelos difusos de control de constitucionalidad (donde, desde luego, es evidente), en la medida en que ejerce una potestad de control de la constitucionalidad de las leyes<sup>1</sup>.

---

\* Este epígrafe y el título de este trabajo parafrasea el de un magnífico libro de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Co., New York/London, 1999, y que aborda una dimensión poco atendida en la doctrina constitucional española de los derechos fundamentales: el coste económico de un sistema eficiente de derechos fundamentales. El presente trabajo es en muy buena medida deudor de las ideas expuestas en ese libro.

<sup>1</sup> Al respecto véanse las ya clásicas citas de Pablo Pérez Trepms, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, *passim*, en especial su Capítulo III; y también el estudio de Ramón Punset Blanco, «Tribunal Constitucional y órganos judiciales en la tutela de la supremacía de la Constitución. Un perspectiva general», en *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Punset/Santos (dirs.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela 1996, pp. 13 y ss. También, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, «Jurisdicción y justicia constitucionales», en *La Jurisdicción constitucional en España. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Rodríguez-Piñero y otros, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 227 y ss.; véase de Francisco Rubio Llorente el apartado 1.1 de su «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Rubio/Jiménez, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 155 y ss., donde se da un concepto preciso de «jurisdicción constitucional».

La cuestión es si el sistema de tutela jurisdiccional de los derechos articulada en distintas fases y escalones, uno ordinario y otro constitucional, ha supuesto verdaderamente esa erosión de la que se habla líneas más arriba. La tesis que aquí vamos a defender es que no es así; o, al menos, no lo es en las condiciones en las que tiene lugar hoy la tutela jurisdiccional de derechos. La implantación y vertebración de sistemas de tutela jurisdiccional, ordinaria y/o constitucional, de derechos fundamentales, tal y como se han erigido en los Estados constitucionales contemporáneos de nuestra órbita cultural, no ha debilitado la posición del legislador democrático simplemente porque han seguido un curso paralelo y separado del control de la ley<sup>2</sup>.

En efecto, finalmente, y pese a propuestas doctrinales en otro sentido<sup>3</sup>, el modelo de tutela que se ha consolidado no ha sido el de un «amparo frente a ley» sino el de un «amparo frente a juez»<sup>4</sup>. Y no sólo por efecto de la extensión del contenido y alcance de derechos fundamentales como los encuadrados en el artículo 24 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), también por la propia percepción que la jurisdicción constitucional tiene de su función en esa vía procesal. La tutela constitucional de los derechos fundamentales, en último término, acaba por ser un mecanismo de control de las decisiones de la jurisdicción ordinaria y su adecuación a la Constitución. Por consiguiente, la existencia de Tribunales Constitucionales con jurisdicción en la tutela constitucional de derechos fundamentales, si ha erosionado algo, ha sido la posición de los jueces y Tribunales ordinarios, no la del legislador democrático<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> En este opúsculo emplearemos el término «ley» para referirnos a los productos normativos del legislador, considerando a éste también como el órgano constitucional que tiene atribuida la función legislativa.

<sup>3</sup> Propuestas que en el caso de España dieron lugar a una interesante polémica de la que daremos cuentas más abajo.

<sup>4</sup> No nos referimos aquí a la posibilidad procesal de impugnar una ley mediante un recurso de amparo por considerarla contraria a un derecho fundamental, sino al propósito que se persigue con el amparo constitucional de derechos: asegurarlos frente al legislador más que frente a jueces que no hacen sino aplicar las leyes. Lo primero, el recurso de amparo contra leyes, es una cuestión procesal, que estando ligada, no plantea el asunto de fondo de la segunda, si la razón de ser de la tutela constitucional de derechos es ofrecer un mecanismo de protección frente al legislador que no puede ofrecer en los modelos concentrados de justicia constitucional la jurisdicción ordinaria.

<sup>5</sup> Brun-Otto Bryde, en su libro interesantísimo, *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 1982, dice del *Bundesverfassungsgericht* en el ejercicio de sus funciones a través de la *Verfassungsbeschwerde* que «el control de los tribunales por el *Bundesverfassungsgericht* es, pues, un

Sin embargo, esta apreciación que será objeto de una reflexión más extensa en estas páginas, está íntimamente ligada al asunto que es objeto de debate desde hace más de diez años: el colapso de la jurisdicción constitucional de amparo de derechos fundamentales<sup>6</sup>. Aquellos modelos de tutela jurisdiccional de derechos que prevén ese escalón constitucional, particularmente el norteamericano, alemán y el español, están sumidos desde hace unos años en un proceso que por el momento parece inexorable de progresiva pérdida de eficiencia en el uso de sus recursos humanos y materiales para atender un torrente imparable y creciente de recursos interpuestos por particulares, y también por entes públicos, que demandan su protección frente a posibles lesiones de sus derechos fundamentales. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica (en adelante, SCtUS)<sup>7</sup>, el

---

control de controladores, una tutela jurídica respecto de instituciones de tutela jurídica» (se toma la traducción de López Pietsch que se puede encontrar en la nota 36 de la que hace del trabajo de Wahl/Wieland, «Verfassungsrechtsprechung als Knappes Gut» (*Juristen Zeitung*, n.º 23, 1996, p. 1137 y ss.) para la *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 51, 1997, pp. 9 y ss., con el título, «La jurisdicción constitucional como bien escaso». Afirmación aquella que Wahl/Wieland remachan señalando que «se trata de una tutela jurídico-individual después de una tutela jurídico-individual» (*ibidem*, nota 35 de la versión original del opúsculo). Véase también de Wieland su «Der Zugang des Bürgers zum Bundesverfassungsgericht und zum U.S. Supreme Court», *Der Staat*, Hft. 3, Bd. 29, 1990, pp. 333 y ss.; y su «Die Annahme von Verfassungsbeschwerde», en *Urteilverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrecht Colloquium*, Bogs (Hrs.), Nomos, Baden-Baden, 1999.

<sup>6</sup> Esclarecedoras las páginas de Ernst-Wolfgang Böckenförde en su trabajo «Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Hft.8, 1996, pp. 281 y ss. El panorama que presenta Böckenförde en este trabajo de la (sobre-)carga de trabajo de los Magistrados/as del BVerfG, ya en 1995, y plenamente trasladable al Tribunal Constitucional, es sobrecogedor, sobre todo, porque como él y otros muchos citados en estas páginas, llama la atención sobre que esa sobrecarga impide que el proceso de toma de decisiones en el seno de los tribunales constitucionales sea el más adecuado, lo que repercute inevitablemente en su imagen pública y legitimidad.

<sup>7</sup> No es el momento de hacer un repaso exhaustivo del debate norteamericano, del que algo se dirá en las páginas que siguen, pero sí de dejar noticia de él. A finales del siglo XIX ya se puso de manifiesto la amenazante sobrecarga que podía sufrir ya la SCtUS. En los años 20 del siglo XX esa amenaza era una realidad. Y no es casual que la progresiva introducción del sistema de *certiorari* se produjo en sendas intervenciones legislativas en 1891 y 1925, que concluyen por el momento en 1988 con la reforma legal de la regla relativa a la SCtUS del *Judicial Code* (28 U.S.C.) para terminar de definir el *writ certiorari* moderno y que parece ser objeto de deseo de otras jurisdicciones constitucionales. No se olvide que el *writ of certiorari* será un mecanismo procesal que se introduce para dar respuesta a precisamente esa incipiente sobrecarga. A mediados de los años 70 del pasado siglo se recrudece el debate sobre la mejor manera de abordar la crisis por exceso de recursos que amenazaba con dañar irreparablemente la legitimidad y prestigio de la Corte. Pero el problema sigue

Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania (en adelante, BVerfG) y el Tribunal Constitucional español, llevan años llamando la atención sobre su situación casi desesperada ante una progresión, inabarcable ya, de quejas por lesiones de derechos que, simplemente, está provocando su paulatino colapso. Un colapso que ya se manifiesta en el retraso que por inevitable no es menos inaceptable de la resolución de los amparos y que posee su más grave expresión en la ineludible conversión de las resoluciones constitucionales en este campo en decisiones declaratorias con escasos o nulos, según el caso, resultados para la protección efectiva de los derechos fundamentales. No hará falta llamar la atención sobre el desgaste institucional que sufren estos altos Tribunales en estas circunstancias. Tampoco es ajeno a esta situación el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), el cual se ha visto inmerso a lo largo de estos años en sucesivas crisis que no sólo no han resuelto las reformas de su procedimiento, sino que se han agudizado con la irrupción de nuevos Estados sujetos a su jurisdicción<sup>8</sup>.

Es verdad, así lo han dicho Reiner Wahl y Joachim Wieland, que la jurisdicción constitucional es un bien escaso. Es por ello, que si tiene un futuro,

---

estando en la agenda de la SCtUS; aunque ya no se trate de una urgencia. Son innumerables los trabajos en la materia. Una visión interna y en ocasiones muy crítica del asunto se puede encontrar en los interesantísimos libros de David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, W.W. Norton, New York (3.<sup>a</sup> edic.), 1993; y de Bernard Schwartz, *Decision: How the Supreme Court Decides Cases*, Oxford University Press, Oxford, 1996; también el libro de Edward Lazarus, *Closed Chambers. The Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court*, Penguin, New York/London, 1999. Para una análisis en español del sistema de *certiorari* del SCtUS consúltese el artículo de María Ángeles Ahumada Ruiz, «El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 89 y ss.

<sup>8</sup> Aunque debiera dedicarse unas breves reflexiones a la dimensión internacional de la protección de los derechos fundamentales, no es objeto de este estudio abordar las cuestiones propias de esta jurisdicción. En cualquier caso no es esa vía la solución, y, si acaso, aumentará aún más si cabe la complejidad del sistema de tutela de derechos. Es de sobra conocida la situación preocupante por la que está pasando el TEDH. En enero de 2006 acumulaba más de 82.000 asuntos pendientes de resolución, con retrasos ya de más de cinco años (<http://www.iustel.com/noticias> -9 de enero de 2006). En el año 2005 accedieron al TEDH 41.510 denuncias según datos de su *Memoria de actividades 2005* ([http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4753F3E8-3AD0-42C5-B294-0F2A68507FC0/0/2005\\_SURVEY\\_COURT\\_.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4753F3E8-3AD0-42C5-B294-0F2A68507FC0/0/2005_SURVEY_COURT_.pdf)). Consúltese el Informe dirigido por Lord Wolf, en cumplimiento de un encargo del Consejo de Europa, *Étude des méthodes de travail Cour européenne des Droits de l'Homme. Décembre 2005*, y su *Review*, también de diciembre de 2005.

de tenerlo, quizá pase por concebir en este caso a los Tribunales Constitucionales no como una sede dispensadora de la última tutela jurisdiccional de los derechos frente a las decisiones de la jurisdicción ordinaria<sup>9</sup>, sino como una instancia en la que se ejerce una jurisdicción «propedéutica» y no «reparadora». En fin, si, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo no se ejerce la jurisdicción propia de una tercera instancia (aunque quiérase o no, acaba ejerciendo una mitigada por su autoimpuesta restricción en el conocimiento de las cuestiones de hecho), seamos coherentes plenamente con esa afirmación y que la tutela de los derechos en sede constitucional no sea tal «tutela», sino algo distinto. Indagar qué pueda ser ese algo es el propósito último de estas páginas, alentadas por la convicción de que, no por poner más instancias superpuestas de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales se logra una mejor y más eficiente garantía de éstos<sup>10</sup>.

Si es así, acaso debemos preguntarnos si en efecto se garantizan mejor los derechos porque haya una tutela en sede constitucional de ellos. Quizá deba ser esa la perspectiva a elegir para el debate sobre qué remedios legislativos se pueden poner para paliar la asfixia de los Tribunal Constitucionales provocada por el borbotón imparable de demandas de amparo. Incluso llevando al extremo el argumento, ¿la tutela de derechos en sede constitucional es necesaria e irrenunciable?

En suma, quizá la pregunta correcta en este momento no sea saber si el amparo debe ser «frente a ley» o «frente al juez», es decir, sobre qué deben pronunciarse los Tribunales Constitucionales; sino para qué sirven sus pronunciamientos y si son necesarios. Tres son las preguntas que trataremos de contestar en estas páginas de forma muy incipiente porque el debate es profundo y largo. Véanse más como provocaciones a la reflexión antes que como una teoría acabada de la justicia constitucional de los derechos para el tiempo venidero. ¿Es sostenible un modelo de amparo como el actual? Si no lo es, ¿es necesario o tiene algún sentido que siga existiendo? Y, finalmente, si pervive, ¿para qué debe servir?

---

<sup>9</sup> Hecha la salvedad de los escasos y casi testimoniales supuestos de recursos de amparo directos que conocen aquellos tribunales mencionados en el cuerpo de este texto.

<sup>10</sup> Manuel Aragón Reyes habla de que el amparo debe permitir al Tribunal Constitucional serlo de la tutela objetiva del orden constitucional antes que un «Tribunal de casos». Véase su «Comentario al Título X CE. El Tribunal Constitucional», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Alzaga (dir.), EDESA, 1996-1999, Tom. XII, pp. 200 y 201.

## II. EL COSTE DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS

Proteger derechos fundamentales cuesta. Esta es una perspectiva a la que no se suele recurrir en la doctrina al uso sobre la justicia constitucional. Pero, y sin ánimo de incurrir en una explicación simple del fenómeno de la tutela constitucional de los derechos a partir del modelo teórico del análisis económico del derecho, difícilmente se puede soslayar si se echa un vistazo a las cifras que arrojan las estadísticas judiciales; y el caso español es especialmente llamativo por su bajísima, llamémosla, tasa de resolución (porcentaje de asuntos de amparo resueltos estimatoriamente respecto del total de asuntos ingresados en el año)<sup>11</sup>.

La presidenta del Tribunal Constitucional, en una reciente intervención en la Universidad de Oviedo<sup>12</sup> situaba esa tasa en el 2,5 por 100, es decir, de 9.707 asuntos que ingresaron en el Registro del Tribunal Constitucional en el año 2005 (un incremento del 18% respecto del año 2004), un 97,67 por 100 fueron recursos de amparo, de los que se inadmitieron de plano mediante sendas providencias el 95 por 100 [en torno al 70 por 100 en aplicación de la causa de inadmisión de la letra c) del artículo 50.1 LOTC, carecer manifiestamente de contenido constitucional que justifique una decisión del Tribunal Constitucional] y llegaron a estimarse sólo el 2,5 por 100 mencionado<sup>13</sup>.

A ello debe sumarse una variable nada desdeñable si tratamos de indagar sobre la eficiencia de este modelo: el tiempo. El retardo medio de resolución

---

<sup>11</sup> Según los datos de los que se ha podido disponer, la SctUS recibió el año 2004 un total de 7.496 asuntos, resolviéndose 74, siendo su tasa de resolución de un 1% aproximadamente —consúltese el *2005 Year-End Report on the Federal Judiciary*—. El examen de las cifras del BVerfG arroja resultados similares al Tribunal Constitucional. En el año 2005 el BVerfG ingresó 4.967 amparos (*Verfassungsbeschwerden*) de los que inadmitió 4.667 (casi un 94 %), y del 6% admitido, resolvió estimatoriamente 133, situando su tasa de resolución en umbrales similares al Tribunal Constitucional, en torno al 2,6 % —consúltese su Memoria del año 2005—.

<sup>12</sup> Conferencia titulada «El Tribunal Constitucional, 25 años de funcionamiento», impartida el 23 de febrero de 2006 en la Escuela de Relaciones Laborales de la Universidad de Oviedo (puede escucharse en la sección «mediateca» de la página <http://www.uniovi.es>).

<sup>13</sup> Es de sumo interés el ya temprano trabajo de Rosa Lapuente Arago, «Las dificultades del recurso de amparo, en cifras», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 2, 1990, pp. 143 y ss. Un elenco completo de cuadros y estadísticas pueden verse en los anexos elaborados por María Fraile Ortiz del libro coordinado por Pablo Pérez Tremps, *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004. Asimismo el Tribunal Constitucional edita desde 1999 una *Memoria* anual en el que se reflejan de diversos modos sus cifras.



de un recurso de amparo desde su fecha de ingreso hasta la fecha de puesta de su sentencia, se mantiene en estos últimos años, en, aproximadamente, dos años.

La propia presidenta llamaba la atención sobre estos preocupantes datos, porque, y esto lo añadimos ahora nosotros, esta tasa de resolución no se acompasa en modo alguno con el ingente esfuerzo que debe distraer el Tribunal Constitucional para llegar a tan pobre resultado cuantitativo (que no cualitativo). De seguido hizo notar la Presidenta que esa menguada cifra confirma la eficaz tutela que la jurisdicción ordinaria dispensa a los derechos fundamentales. De los cientos de miles de resoluciones judiciales que se dictan al año (y piénsese que la exigencia del agotamiento de la vía ordinaria previa antes de acudir al amparo constitucional reconduce prácticamente todos los recursos de amparo a impugnaciones, directa o indirectamente, de resoluciones judiciales) sólo es recurrida ante el Tribunal Constitucional un ínfima parte (la patología del sistema), y de esa ínfima, sólo se resuelve estimatoriamente una parte aún más ínfima. Casi podría decirse, permítasenos la expresión, que la jurisdicción constitucional de amparo es una *nanotutela jurisdiccional* de los derechos.

Esta dimensión cualitativa del problema permite arribar a dos conclusiones. La primera es que la observancia por parte de la jurisdicción ordinaria y de los poderes públicos de las garantías constitucionales de las personas (tasa de respeto) y la eficiencia del sistema de tutela judicial ordinaria de derechos, esto es, el amparo ordinario de derechos fundamentales (tasa de tutela en origen) es muy alta, casi diríamos que satisfactoria<sup>14</sup>. La segunda conclusión, es que, dicho lo anterior, ¿es sostenible un modelo de amparo constitucional con estas cifras y los costes político-institucionales, y también jurídicos, que su existencia supone?<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Conclusión que convendría tener en cuenta si fuese el caso de revisar la doctrina constitucional sobre el artículo 24 CE y cuáles de sus contenidos debieran acceder a la tutela constitucional del Tribunal Constitucional. En este sentido pueden leerse las páginas de Carles Viver Pi-Sunyer en su trabajo «El proceso constitucional de amparo: tópicos, datos y propuesta de reforma», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, UCM, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, Madrid, 2002, vol. II, pp. 1785 y ss.; reiterado parcialmente en el posterior, «Diagnóstico para una reforma», en *La reforma del recurso de amparo*, Pérez Tremps (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 17 y ss.

<sup>15</sup> Obviamente aquí no se habla de costes económicos. En términos económicos el amparo es un producto barato. De una forma un tanto prosaica, pero que bien puede expresar de forma aproximada el coste económico de un amparo (sin perjuicio de que también sería

En nuestra opinión, sí es sostenible, pero siempre que el Tribunal Constitucional abandone su empeño en seguir dispensando tutela judicial de los derechos sobre la ya dispensada por la jurisdicción ordinaria<sup>16</sup>. Y esta respuesta excede, a nuestro juicio, del debate sobre si el amparo constitucional debe «objetivarse», renunciando en mayor o menor medida a ser una vía de garantía de posiciones iusfundamentales jurídico-subjetivas<sup>17</sup>. La tesis que aquí se sostendrá es que esa objetivación no debe consistir sólo en una más o menos discrecional decisión de los Magistrados/as del Tribunal Constitucional sobre qué es importante y en consecuencia debe ser decidido; lo que intensificará aún más el desgaste institucional del Tribunal Constitucional, y laminará sutilmente su legitimidad. Se trata también de que el propio acceso al Tribunal Constitucional se objective, porque el colapso no está en la capacidad del Tribunal Constitucional para decidir, sino

---

ésta una investigación interesante), acudiendo a los datos ofrecidos por la Memoria del Tribunal Constitucional correspondiente a las actividades del año 2004, el presupuesto del Alto Tribunal ascendió a un total de 16.649,53 miles de euros. Si a esta cantidad le restamos el Capítulo 8 (activos financieros), el presupuesto se eleva a 11.849,53 miles de euros. Dividida esa cifra entre los recursos de amparo ingresados ese año, 7.814, resulta que la tramitación de cada uno de ellos tendría un coste promedio aproximado de 1.516 euros.

<sup>16</sup> Véase el atinado trabajo de Rafael Bustos Gisbert, «¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española?», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 1999, pp. 273 y ss.

<sup>17</sup> Recuértese que éste fue un vivo debate en la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado en España, siguiendo la estela del abierto en fechas similares en la República Federal de Alemania. De este último véanse las obras ya citadas de Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Überlastung...* y de Whal/Wieland, *Verfassungsrechtsprechung...* El debate español, ligado a la propuesta hecha por quien fuera posteriormente magistrado y presidente del Tribunal Constitucional, Pedro Cruz Villalón, de transitar de un «amparo frente a juez» a uno «frente a ley», que formuló inicialmente en su trabajo «El recurso de amparo constitucional (El Juez y el Legislador)», *Los Procesos Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales (Colección «Cuadernos y Debates» n.º 41), pp. 117 y ss., en el que empleó esas expresiones de «amparo frente a Juez» y «amparo frente a leyes». Este opúsculo dio inicio a una polémica interesantísima entre Luis María Díez Picazo, en su «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 40, 1994, pp. 9 y ss., y el propio Cruz, que le respondió en su artículo «Sobre el amparo», recogido en su libro *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 495 y ss., en particular las pp. 502 y ss. En ese debate terciaría Francisco Caamaño Domínguez en su «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado *contra-amparo*», *Revista Española de derecho Constitucional*, n.º 47, 1996, pp. 125 y ss., trayendo a colación la posición del Tribunal Constitucional como intérprete *no único* de los derechos fundamentales, de lo que algo también se dirá en estas páginas.

en la masiva llegada de asuntos al Tribunal Constitucional que sólo puede aliviarse endureciendo los criterios de acceso. Un endurecimiento que se correspondería con la probada eficiencia de la tutela de los derechos en la jurisdicción ordinaria.

Parafraseando al *Justice* William Howard Taft, la función del Tribunal Constitucional no debe ser la de ofrecer el remedio a las cuitas de los litigantes particulares, sino la consideración de aquellos casos que involucren principios de aplicación relativos a la identificación de los intereses públicos y del gobierno de la comunidad más relevantes, y que deben ser decididos con autoridad por un último tribunal<sup>18</sup>.

### III. UNA ANOMALÍA EN EL SISTEMA DE CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD: LA TUTELA DE LOS DERECHOS ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La preocupación por el estado del amparo constitucional en el modelo español no es distinta de la manifestada en el modelo alemán<sup>19</sup>. Como antes se ha señalado, sus tasas de resolución, que son muy similares, ponen de manifiesto indudablemente que el sistema de tutela ordinaria de los derechos funciona, a pesar de que esto no impida que el Tribunal Constitucional, como el BVerfG, perciba la ineficiencia del actual sistema de amparo constitucional. Esta paradoja, que una misma cifra sirva de un lado para constatar la relativa ineficiencia del proceso constitucional de tutela de derechos ante la jurisdicción constitucional y, de otro, muestre el, también relativo éxito de los sistema de jurisdicción ordinaria en esa misión, no es más que la manifestación de lo insólito de ese mecanismo protector.

---

<sup>18</sup> Cita tomada del libro de David M. O'Brien, *Storm Center...*, p. 116.

<sup>19</sup> Sobre el debate alemán, véanse los trabajos que se han sucedido en el tiempo de Helmut Schulze-Fielitz, «Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitsgeist. Zur Methodogmatik der verfassungsinterpretation», *Archiv für öffentliches Recht.*, Bd. 122, 1997, pp. 2 y ss.; Paul Kirchhof, con una visión diversa a la anterior, «Tareas del Bundesverfassungsgericht en una época de cambios», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 49, 1997, pp. 9 y ss.; más recientemente, Jutta Limbach, «Papel y poder del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 4, 1999, pp. 93 y ss.; y finalmente de Joachim Wieland, «El Bundesverfassungsgericht en la encrucijada», en el mismo número de la revista que se acaba de citar, pp. 127 y ss. Véanse también los diversos trabajos publicados en *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit?*, Guggenberger/Wurtenberger (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1998; especialmente el trabajo de Reiner Wahl, «*Quo Vadis* – Bundesverfassungsgericht? Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken», pp. 81 y ss.

Insólito porque la justificación técnica de la existencia de una jurisdicción constitucional superpuesta a la ordinaria, que es el modelo de control de constitucionalidad elegido por los sistemas constitucionales europeos continentales, responde a razones que no justifican la introducción en ellos de procesos como el recurso de amparo o el *verfassungsbeschwerde*. Quiérase o no, el amparo constitucional de derechos es un *cuerpo extraño* en la jurisdicción constitucional.

En efecto, en el modelo continental europeo de jurisdicción constitucional los Tribunales Constitucionales se conciben, al menos en el plano teórico, como la *voz de la norma constitucional* frente al legislador (y a la propia jurisdicción ordinaria pero de un modo indirecto, en tanto la constitucional decide qué leyes y qué interpretación de las leyes aplica la ordinaria); mientras que en el modelo norteamericano la SCtUS es la *voz de la mayoría*<sup>20</sup> que actualiza la voluntad constituyente en cada decisión.

---

<sup>20</sup> Obviamente se ha hecho una generalización no exenta de dificultades y que requeriría una mayor matización; aunque éste no es el lugar para hacerlo. Claro está, que la SCtUS también es la *voz de la Constitución* frente a los poderes constituidos y de la *minoría* frente a la mayoría. Ocurre que, siendo así, en el modelo norteamericano y dada su teoría constitucional y su concepción sobre el principio democrático en su forma de Estado y Gobierno, no siempre coincidente con la europea continental, cuando la SCtUS garantiza la Constitución, lo hace preservando la voz mayoritaria del «Pueblo de los Estados Unidos de Norteamérica» que se ha hecho norma en el texto constitucional («We, the People...», así se abre el Preámbulo de la Constitución norteamericana) frente a los poderes públicos. De ahí que cuando se hable de que la Corte pronuncia un fallo *contramayoritario*, se está haciendo un juicio de valor sobre el sentido de una decisión de la SCtUS que en un caso concreto se considera enfrentada a la voluntad mayoritaria expresada a través de las leyes. La literatura sobre todas estas cuestiones es ingente y bien conocida, no obstante, por haber sido lecturas que han influido fuertemente en estas páginas, aunque no siempre se coincide con sus autores ni estos entre sí, véanse la serie de Bruce A. Ackerman, *We the People, Foundations* (1991, 2.<sup>a</sup> edic. 1993), *Transformations* (1998), ambos publicados por la Harvard University Press; y Cass S. Sunstein, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1997 y *The Partial Constitution*, de la misma editorial, 1993; Y John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1980; y finalmente, desde una perspectiva sumamente atractiva y coetánea a la de Ely, Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, University of Chicago Press, Chicago/London, 1980. Pero también autores españoles han aportado reflexiones interesantísimas sobre el debate en torno a la posición de la jurisdicción constitucional en una Constitución democrática; ese es el caso del libro de Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, y de Maríán Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson/Civitas, Madrid/Pamplona, 2005.

En el modelo norteamericano la SCtUS es un Tribunal más, integrado en su sistema judicial al cual cierra por arriba constituyendo la última instancia en todos los órdenes jurisdiccionales, estatales o federales. Históricamente<sup>21</sup> fue concebido como una Corte Suprema de apelaciones con la que resolver el problema de dispersión y falta de unidad que aquejaba al modelo británico de *common law*, lo cual resultaba en buena medida incompatible con un Estado constitucional democrático dotado de una Constitución escrita, y, por consiguiente con un sistema de producción normativa jerarquizado en sentido descendente (de la Constitución hasta la última ordenanza municipal o Sentencia de un juez de distrito). Este modelo tratará de elevar a *higher law* el *common law* sin que se contradiga la voluntad de los norteamericanos expresada soberanamente en la Constitución, y articulada con la consideración de la decisión judicial como una fuente de derecho más. Desde esta perspectiva, la SCtUS actuó desde un principio como Corte de apelación que *unifica* los pronunciamientos judiciales, también en materia constitucional, y, además, manteniendo la posición prevalente del juez frente a la ley siempre que esta última sea contraria a lo dispuesto en la Constitución. Si se nos permite la expresión, la SCtUS viene a reforzar el pleno y exclusivo sometimiento del juez a la Constitución *a pesar de la ley*.

Cierto que la SCtUS en la actualidad ya no ejerce propiamente funciones de Corte de apelación en sentido estricto. Pero no lo hace, no porque su cualidad jurídica haya dejado de ser la de la máxima y última instancia jurisdiccional en el poder judicial norteamericano, sino porque, justamente, la sobrecarga de asuntos derivados de los *writ of certiorari* ligados a conflictos constitucionales, y en su mayoría a los derivados de posibles lesiones de derechos constitucionales, ha impuesto el aligeramiento de la agenda de la Corte reduciendo sus procesos en la práctica a éste. En cierto modo, y aun ocupándose sólo de los *writ of certiorari*, la SCtUS sigue siendo una Corte de apelación y ejerciendo de última instancia judicial en materia constitucional. De ahí que el ejercicio de su función tuteladora de derechos no sea vista como causa de conflictos y desavenencias con las instancias judiciales inferiores, porque esa tutela en realidad se dispensa frente a la labor del legislador garantizando la posición subjetiva de los ciudadanos que la Constitución les otorga y que los jueces le tutelan. Es evidente que

---

<sup>21</sup> Para una historia de la SCtUS, consúltese el ya clásico de Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1993.

la garantía jurisdiccional de derechos no es una función extraña en este modelo de justicia constitucional y la posición de la SCtUS en él sí que ha venido a erosionar la posición del legislador democrático en el Estado constitucional estadounidense.

Ahora bien, en el modelo norteamericano la tutela de derechos constitucionales no es una función específica de la Corte; ni siquiera es un proceso constitucional singular. Se inscribe en su dimensión de Corte de apelación cuya función constitucional es la de uniformizar la interpretación y aplicación del Derecho norteamericano (a salvo las de resolución de conflictos entre jurisdicciones); y el *certiorari*, incluso desde la reforma de 1988, únicamente ha terminado por convertir el *appeal* ante la SCtUS de un derecho de las partes en litigio a una decisión (relativamente) discrecional de la Corte sobre qué asuntos decidir<sup>22</sup>. Pero en todos ellos lo que hace la Corte es resolver como última instancia judicial, reservando su jurisdicción únicamente para aquellos asuntos que planteen una cuestión constitucional relevante. Como última y suprema instancia judicial, sólo se pronuncia sobre los litigios en los que esté envuelta una interpretación de la última y suprema norma, la Constitución.

El modelo europeo ha seguido caminos distintos<sup>23</sup>. Desde un inicio, los Tribunales Constitucionales se concibieron como jurisdicciones especiales,

---

<sup>22</sup> Titulábamos intencionadamente un trabajo sobre el trámite de admisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El trámite de admisión de los recursos de amparo» (*Teoría y Realidad Constitucional*, n.ºs 10-11, 2002-2003, pp. 323 y ss.), haciendo un juego de palabras con las dichas por el *Justice Brandeis*. Según la opinión de este *Justice* de la SCtUS lo más importante que hacía la Corte era justamente no hacer nada: «The most important thing we do, is not doing». La cita está tomada de la página 71 del libro de Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1986 (2.ª ed.). Recuérdese el interesantísimo debate habido entre Bickel, a raíz de su tesis sobre las «virtudes pasivas» del ejercicio del *certiorari* por la SCtUS, y Gerald Gunther justamente sobre las «virtudes» o los «vicios» del uso por la Corte Suprema de los Estados Unidos de ese poder del que dispone sobre todo con el *certiorari* para «evitar decidir»; «The Subtles Vices of the «Passive Virtues» – A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review», *Columbia Law Review*, vol. 64, n.º 1, 1964, pp. 1 y ss. Véase la obra de H.W. Perry Jr., *Deciding to Decide. Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1991.

<sup>23</sup> Una obra canónica sobre la evolución del modelo europeo sigue siendo la de Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, véase en concreto las pp. 170 y ss. Véase también el trabajo de Marina Gascón Abellán, «La Justicia constitucional: entre

separadas de la ordinaria, y superior a ésta en lo relativo a la garantía de la supremacía de la Constitución. En Europa la *judicial review* constitucional no es, en puridad, un colofón del *rule of law* como en Norteamérica, sino una expresión de la desconfianza *de la Constitución* frente a los poderes constituidos, en un juego paradójico en el que los Tribunales Constitucionales protegen a la Constitución de la ley, al tiempo que protegen a la ley de los jueces y Tribunales ordinarios. Una jurisdicción de normas, y no de casos, hasta que irrumpió la tutela constitucional de los derechos, en la que los Tribunales Constitucionales asumieron la condición de garantes, no sólo de los derechos como normas constitucionales que son (y, en consecuencia, de su supremacía como norma constitucional en la resolución de los litigios), sino, antes bien, de la posición subjetiva iusfundamental de sus titulares en los litigios emprendidos ante la jurisdicción ordinaria. El rasgo diferencial de esta tutela jurisdiccional especial en sede constitucional es su supuesta «subsidiariedad», pues su incompetencia para conocer de las cuestiones de hecho, lo es en general del sistema de jurisdicción constitucional en su conjunto.

En efecto, ambos rasgos han permitido al Tribunal Constitucional (y no en menor medida el BVerfG) sostener de forma reiterada que el recurso de amparo no es una tercera instancia, o un remedo de recurso de casación (STC 214/2001)<sup>24</sup>; que su función es la de limitarse a comprobar si hubo o no una lesión de derechos fundamentales ocasionada por un acto u omisión de un poder público (STC 159/1997, fundamento jurídico 6; 83/2001 fundamento jurídico 2<sup>25</sup>). Como hemos dicho en otro lugar, y ciñéndonos al caso español, cuando el Tribunal Constitucional afirma que no es una tercera instancia, hace profesión de su propio ámbito jurisdiccional. Y en esa

---

legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, 1994, pp. 63 y ss.

<sup>24</sup> Véase lo dicho por Wahl/Wieland, *Verfassungsrechtsprechung...*, *op. cit.*, pp. 1138, 1142 y 1143.

<sup>25</sup> «Como señala el artículo 41.2 LOTC, el recurso de amparo tiene como objeto la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de sus derechos y libertades fundamentales, pero este mismo precepto, en su apartado tercero, dispone que «en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso». Por esta razón, este Tribunal ha señalado de forma reiterada que el objeto del recurso de amparo es únicamente reparar o, en su caso, prevenir, lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales (entre otras muchas, SSTC 167/1986, de 22 de diciembre, FJ 4; 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 52/1992, de 8 de abril, FJ 1, y 78/1998, de 21 de abril, FJ 3).»

medida aprecia de oficio su falta de competencia para resolver cuestiones que serían propias de una instancia judicial ordinaria, pero no constitucional (STC 114/1995, AATC 3/1996, 218/1996, 254/1997).

Pero cuando se hacen estas afirmaciones sobre un proceso cuya causa es un previo pronunciamiento judicial estribado en una valoración de unos hechos y una aplicación de la legalidad vigente a esos hechos, es inevitable precipitarse por una larga serie de paradojas que no han hecho sino oscurecer el significado del amparo<sup>26</sup>. Prueba de ello es que 25 años después de la primera Sentencia del Tribunal Constitucional (un amparo por cierto, STC 1/1981) la doctrina y el propio Tribunal Constitucional sigue preguntándose por el sentido y alcance de esta modalidad procesal.

En nuestra opinión, esa deriva está provocada por la propia inconsistencia del recurso de amparo constitucional respecto del sentido de la jurisdicción constitucional concentrada en los Estados constitucionales democráticos. La supremacía de la Constitución no es razón suficiente para explicar la existencia de Tribunales Constitucionales, concebidos como jurisdicción especial, concentrada (monopolio de rechazo) y separadas de la ordinaria. En este sentido, resulta evidente que la Constitución no es suprema porque haya Tribunales Constitucionales. La existencia de éstos sólo se explica por el propósito de proteger a la ley parlamentaria, y por tanto a la voluntad normativa de los ciudadanos expresada a través de sus representantes políticos en los Parlamentos, de los restantes jueces y Tribunales que en el ejercicio de su función de selección y aplicación de normas al caso, pudiendo enjuiciar su validez, podrían frustrar la pretensión normadora de la ley mediante decisiones contramayoritarias, esgrimiendo la excusa de las libertades del individuo frente al imperio de las decisiones de la mayoría. En fin, la implantación de una jurisdicción constitucional, como es bien sabido, es la expresión institucional de una desconfianza histórica.

La brillantez del planteamiento se pone manifiesto en la circunstancia de que tal objetivo se ha logrado articulando un sistema de controles, no sobre la jurisdicción ordinaria, sino sobre el propio legislador que ha servido de

---

<sup>26</sup> Ese es el caso de la negativa del Tribunal Constitucional a valorar los hechos y juicios de hecho de la instancia o a discutir las cuestiones de hecho, acudiendo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 44 LOTC (véanse Sentencias del Tribunal Constitucional como la 178/2002, 73/2003); o el arcano de la autoafirmada incompetencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre «las cuestiones de mera legalidad ordinaria». Sobre todas estas cuestiones consúltese el trabajo ya citado de Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir ...», *passim*.



excusa técnica para negar ese mismo control a los jueces y tribunales ordinarios<sup>27</sup>. Este entramado y propósito se ve traicionado con la introducción de los procesos de tutela de los derechos fundamentales ante los Tribunales Constitucionales, porque en este caso lo perseguido, ciertamente, no es ampliar el círculo de legitimados para instar el control de constitucionalidad de la ley a través de las quejas de los ciudadanos por la lesión de sus derechos, sino proteger a estos mismos ciudadanos en sus posiciones iusfundamentales frente a la jurisdicción ordinaria, o bien porque no les han dispensado la protección constitucionalmente merecida, o bien porque, habiéndosela dispensado, no ha alcanzado al grado constitucionalmente satisfactorio a juicio del Tribunal Constitucional correspondiente. Así las cosas, en el modelo europeo la crisis del amparo no podía ser sino la crónica de una crisis anunciada.

Esa crisis tiene diversas causas. Si no la primera, sí la más importante, es, en nuestra opinión, la inconsistencia estructural de los propios procesos de tutela de derechos en sede constitucional. En modelos difusos de control de constitucionalidad, y, sobre todo, donde no hay una jurisdicción constitucional orgánica y funcionalmente distinta de la ordinaria, la protección de derechos fundamentales responde a la lógica institucional de un recurso de apelación por motivos constitucionales<sup>28</sup> (y que, en rigor, si se ha reducido a motivos constitucionales es por razón del uso casi exclusivo del *writ of certiorari* para acceder a la SCtUS desde 1988). En los modelos de control concentrado con una jurisdicción constitucional funcional y orgánicamente distinta y separada, sin una precisión clara de los motivos para acceder a esta sede jurisdiccional y con la finalidad de restituir a los recurrentes en el pleno disfrute de sus derechos fundamentales en el marco de sus relaciones jurídicas con los poderes públicos (e incluso con otros particulares), la progresiva saturación de asuntos es inevitable, lo que conlleva la ineficiencia del sistema. El ejemplo español es paradigmático, y de ello algo hemos dicho en la Sección segunda de este opúsculo.

Esta situación produce un progresivo desgaste institucional de los Tribunales Constitucionales que, en casos como el español, termina por aflorar

---

<sup>27</sup> Sumamente sugerentes son las reflexiones de Víctor Ferreres Comella en su trabajo «Integración europea y crisis del modelo centralizado de Justicia Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 65, 2003, en particular su apartado III y pp. 73 y ss.

<sup>28</sup> No muy distinto pudiera ser el sentido y finalidad de la casación por motivos constitucionales del apartado 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ).

en un, no por inexplicable, menos grave conflicto entre jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria<sup>29</sup>. La superposición de ambas jurisdicciones en la tutela de un mismo objeto litigioso, las posibles vulneraciones de derechos fundamentales, sin unas reglas claras y precisas de articulación, abocan necesariamente a la fricción. La cuestión es saber si en efecto existe tal superposición. Probablemente en el caso español el «en su caso» del artículo 53.2 CE hubiera sido la oportuna excusa constitucional para ubicar la tutela constitucional de los derechos en un lugar competencial que aminorase los efectos perversos que acompañaban inextricablemente su condición de función anómala en el modelo español de justicia constitucional.

Y esa condición de anomalía<sup>30</sup> en el modelo concentrado de justicia constitucional que a nuestro juicio posee la tutela de derechos en sede constitucional no parece que se resuelva con una reorientación del juicio consti-

---

<sup>29</sup> Es un tema recurrente el relativo a las relaciones jurisdicción constitucional-jurisdicción ordinaria. En España esta relación se ha teñido de un cierto dramatismo fruto del sordo conflicto que las Salas Civil y Penal del Tribunal Supremo mantienen con el Tribunal Constitucional, cuyo colofón ha sido una insólita condena por responsabilidad civil de algunos magistrados del Tribunal Constitucional a consecuencia de la inadmisión por providencia de un recurso de amparo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, Sección Primera, de 23 de enero de 2004). Sigue siendo un libro de consulta ineludible el ya citado de Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional...*; hay que citar también a Andrés de la Oliva Santos, «La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria», en *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Punset/Santos (dirs.), Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1996, pp. 35 y ss.; también de cita obligada es el libro de Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1999, quien expresamente habla de la «desconfianza» para con los jueces, pp. 39 y ss. Interesantes también las reflexiones de Enrique Bacigalupo en su trabajo «Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales», recopilado en su libro *Justicia penal y derechos fundamentales*, Pons, Madrid, 2002, pp. 243 y ss.; y Pedro Cruz Villalón, «El juez como garante de los derechos fundamentales», en *Constitución y Poder Judicial*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 29 y ss. La doctrina alemana le ha dedicado alguna página a esta, en ocasiones allí también, conflictiva relación. Valgan como ejemplo las ponencias de Robert Alexy y Philip Kunig sobre «Verfassungsrecht und einfaches Rect. Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 61, 2002; y los opúsculos de Christian Starck, «Bundesverfassungsgericht und Fachgerichte als Hüter grundrechtskonformer Gesetzanwendung», Gerhard Robbers, «Für ein neues Verhältniss zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit», pp. 57 y ss., y Paul Kirchhof, «Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des Bundesverfassungsgericht», pp. 71 y ss., todos ellos en *Urteilverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrechte-Colloquium*, Harald Bogs (Hrsgs.), Nomos, Baden-Baden, 1999.

<sup>30</sup> Véase Francisco Rubio Llorente, *La forma del Poder*, op. cit., pp. 591 y ss.

tucional a la dimensión objetiva de los derechos o la mutación de esa tutela en un amparo frente a la ley y no frente al juez.

Mientras el sistema se sustente en el axioma de que la función que desempeña el Tribunal Constitucional, éste o cualquiera de los mencionados, en los procesos de amparo constitucional de derechos, es la de ofrecer un escalón más de tutela subjetiva de pretensiones individuales o colectivas de protección de derechos en el caso concreto, sea «frente a ley», sea, como es en realidad hoy, «frente al juez», el sistema es insostenible. Es desproporcionado el coste que Tribunales como el Tribunal Constitucional soportan como institución al cernir sobre ellos la amenaza constante de una profunda, y, acaso, irreversible, crisis de eficacia, a la que seguirá la de legitimación, si es incapaz de resolver los recursos de amparo constitucional de derechos en un número y en un tiempo que permita al usuario de su servicio tener la percepción de que acudir a su instancia tiene alguna utilidad<sup>31</sup>.

#### IV. ¿QUIÉN PAGA EL COSTE DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS?

Hemos dicho ya que, en puridad, es la jurisdicción ordinaria la que ha visto más erosionada su posición constitucional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sometida únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1 y 3 CE en el caso español), por la presencia de un Tribunal Constitucional que, además, de controlar la constitucionalidad de la ley y ostentar la competencia privativa de su expulsión del ordenamiento, dispensa tutela singular a los derechos fundamentales a través de procedimientos como el de amparo<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> No deja de ser llamativa y digna de un estudio que aquí no se puede hacer, y por tanto tómense con cautela las afirmaciones que preceden a esta nota a pie en el cuerpo del opúsculo, la preeminencia que sigue teniendo la doctrina del Tribunal Supremo español entre los operadores jurídicos. Varias razones pueden avalar este hecho que, por lo demás, contrasta con al circunstancia de que en igual o peor situación están las Salas de este Tribunal (y la de mucho Tribunales Superiores de Justicia) y, sin embargo, aunque se vive con preocupación el desbordamiento de asuntos en la jurisdicción ordinaria, no ha suscitado las crisis, críticas y desgastes institucionales que sí ha sufrido el Tribunal Constitucional. Probablemente, el Tribunal Constitucional siga siendo una pieza que desencaja aún en el modelo inconsciente de sistema jurisdiccional que tiene el Foro y los propios jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Asunto éste que bien merecería también un estudio detenido que, obviamente, no puede hacerse en estas páginas.

<sup>32</sup> En este mismo sentido, Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Überlastung ...», *op. cit.*, p. 283.

Lo peculiar de esa tutela dispensada por la jurisdicción constitucional es que no se limita a salvaguardar la posición iusfundamental de los ciudadanos. Al tiempo que lo hace, ejerce un *control* sobre la conformidad constitucional de las decisiones de jueces y Tribunales ordinarios. Hablar de *control* de constitucionalidad de los pronunciamientos judiciales (y es indiferente que ese control lo sea respecto de la observancia de la dimensión objetiva como de la subjetiva de los derechos) altera por completo la cualidad de las distintas instancias que se superponen en los modelos de jurisdicción al uso. El exclusivo sometimiento del juez ordinario al *imperio de la ley*, también de la Constitución, sustancia de su independencia, resulta consistente con la existencia de vías recursales, porque el órgano jurisdiccional superior no *controla* la adecuación al ordenamiento de los pronunciamientos del inferior, por tanto no hay relación jerárquica de subordinación de uno sobre otro. Se trata más bien de que la segunda instancia (incluso las terceras especiales, extraordinarias y/o excepcionales) cuando resuelve, no lo hace comprobando si el fallo recurrido es conforme a Derecho, sino examinando de nuevo el caso y haciendo su propia aplicación del derecho vigente. Si la solución alcanzada por la segunda instancia discrepa de la ofrecida en la instancia anterior, revocará su decisión. Y no lo hará como corolario de un supuesto control jurídico sobre la adecuación de la decisión judicial al ordenamiento jurídico, sino de un sistema de doble pronunciamiento donde prevalece el segundo sobre el primero, como garantía del deseado acierto de la decisión judicial.

Lo que hace la jurisdicción ordinaria en el recurso de amparo es bien distinto, porque la propia configuración del recurso hace del proceso un mecanismo de control de la constitucionalidad de las decisiones judiciales, que, de no haber respetado la constitución (los derechos fundamentales), deben ser anuladas. En materia de garantías constitucionales, la jurisdicción constitucional, parafraseando el artículo 123 CE, no sólo es la instancia superior al resto, sino *jerárquicamente* superior a todas.

Cuando el juez o el Tribunal ordinario aplica una norma iusfundamental al caso del que conoce<sup>33</sup>, no hace nada distinto cualitativamente a cuando hace lo propio con cualquier otra norma del ordenamiento, sea de rango

---

<sup>33</sup> De hecho, también cuando infringe con su actuación u omisión un derecho fundamental, de ordinario los del artículo 24 CE, no hace más que aplicarlo incorrectamente o inaplicarlo sin más.

legal o reglamentario<sup>34</sup>. Y lo hace sin estar vinculado a precedente alguno. La erosión se produce al irrumpir en ese proceso un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones sobre derechos fundamentales sí vinculan a la jurisdicción ordinaria, recreando así un remedo de *stare decisis* atípico. En suma, una doctrina unificada, la cual, de no observarse por la jurisdicción ordinaria, se lesionaría el propio derecho fundamental porque lo que sea ha sido delimitado y definido por la jurisdicción constitucional<sup>35</sup>.

El amparo constitucional de derechos es, desde luego, un *amparo frente al juez*, y probablemente haya razones de peso para que así sea. Es posible que no se pueda arbitrar un *amparo frente al legislador* que posibilite que la decisión de un ciudadano pueda poner en jaque el ejercicio democrático de la representación política expresando la voluntad normativa mayoritaria a través de la ley, sin erosionar en buena medida el normal funcionamiento del Estado constitucional democrático. De instaurarse semejante especie de amparo, sí que sería cierto que los derechos fundamentales son expresión de una soberanía individual retenida que permiten imponer la sola voluntad de un individuo a la del legislador democrático mediante el sometimiento de sus leyes al juicio de un tribunal constitucional<sup>36</sup>. Es indiferente que el amparo se inste por lesión de la dimensión objetiva del derecho o de su dimensión subjetiva, en rigor son indisolubles una de otra, en cualquier caso se pone en manos de los ciudadanos un formidable mecanismo de control constitucional de la ley<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Es una cuestión de vinculación positiva de los poderes públicos, también los jurisdiccionales, a la Constitución. Así lo reflejan en el ordenamiento jurídico español los artículos 9 CE y 5 y 7.1 y 2 LOPJ.

<sup>35</sup> Véase Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 474, 475 y 484, donde expone ideas muy sugerentes, aunque con las que no siempre coincidimos. Luis López Guerra, ha identificado ese remedo de precedente judicial subrayando que se da con mayor intensidad cuando precisamente la resolución del Tribunal Constitucional confirma una línea doctrina de la jurisdicción ordinaria, en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 1455.

<sup>36</sup> Sobre la idea de los derechos como expresión de una *soberanía individual retenida*, véase el artículo de Francisco Bastida Freijedo, «La soberanía borrosa: la democracia», *Fundamentos*, n.º 1, 1998, pp. 381 y ss. Reconocer un amparo frente a ley sería el corolario evidente de esta tesis.

<sup>37</sup> En rigor, para que sea posible un amparo frente a ley es necesario que la propia composición del tribunal, el diseño del procedimiento constitucional de dicho amparo, y el contenido del fallo constitucional y sus efectos se regulen de forma distinta a la habitual y más extendida entre los tribunales constitucionales europeos. En España, por otra parte,

El impacto de la jurisdicción constitucional tuteladora de derechos lo absorbe verdaderamente la jurisdicción ordinaria cuyas resoluciones son objeto de un último control de constitucionalidad por un órgano jurisdiccional distinto y separado de esa misma jurisdicción ordinaria. En último término, los jueces y Tribunales ordinarios no sólo están sometidos a la ley y a la Constitución, también lo están a la doctrina que sobre la interpretación de una y otra hace la jurisdicción constitucional en la tutela de los derechos fundamentales. Como ya se ha afirmado páginas más atrás, la jurisdicción de amparo constitucional es una tutela de derechos que se superpone sobre la ordinaria respondiendo, de un lado a una desconfianza, que en la actualidad las cifras de los amparos estimados desacredita; y, por otro lado, a la errónea creencia de que la superposición de distintas capas de tutela jurisdiccional que se suceden en el tiempo aseguran una respuesta más *justa* a las pretensiones de las partes<sup>38</sup>.

Pero también el impacto lo reciben parcialmente los propios Tribunales Constitucionales cuya posición institucional se ve paulatinamente desgastada por un procedimiento de tutela ineficiente.

---

ya existe un medio indirecto de articular el amparo frente a ley a través de la autocuestión o cuestión interna de constitucionalidad (artículo 55.2 LOTC). Véase, Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Pons, Madrid, 1994, pp. 47 y ss. Sobre el «amparo contra leyes», véanse AATC 25/1980, 66/1981, 281/1985, 46/1993 y SSTC 40/1982, 117/1998, 200/1999. Asimismo el trabajo de Ignacio Borrajo Iniesta, «Amparo frente a leyes», *Revista de Administración Pública*, 98, 1982, pp. 167 y ss. Sobre la autocuestión, véanse los libros de Luis Mieres Mieres, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales. Especial referencia al incidente en el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1998, y la recensión al mismo hecha por Ignacio Villaverde, «El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 59, 2000, pp. 387 y ss.; también el libro de Joaquín P. Uria Martínez, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

<sup>38</sup> En fin, se trataría de la búsqueda infructuosa de *la única respuesta jurídicamente correcta y justa* que con tanto tino ha criticado Alejandro Nieto en su libro *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000. No nos cabe duda de que el ordenamiento jurídico se articula en torno a un principio de decisión (que no debe confundirse con un burdo decisionismo al modo de Schmitt). Dado que las normas jurídicas son interpretables y por sí mismas no resuelven los conflictos en las relaciones jurídicas que regulan, la necesidad de identificar a alguien que declare la interpretación correcta de la norma y resuelva el conflicto aplicándola exige también que ese proceso se resuelva en una decisión, que podrá ser revisada por otra instancia; lo que a su vez requiere poner fin a esa cadena infinita cerrando el sistema en una instancia decisora concreta, cuyas resoluciones no son ya potencialmente irrevocables, sino irrevocables desde que se dictan.

Si la senda elegida ha sido la de diseñar una tutela constitucional de los derechos superpuesta a la ordinaria. Una instancia que dispensa una salvaguarda de las posiciones jurídico-subjetivas iusfundamentales respondiendo a las pretensiones individuales (o colectivas) de declaración y reparación de una lesión de los derechos en el caso concreto, cuando éstas no han encontrado una solución satisfactoria en el jurisdicción ordinaria. Si, en último término, la tutela constitucional de derechos se distingue de la ordinaria (y a eso parece en ocasiones reducirse el tan manido principio de subsidiariedad del amparo constitucional) únicamente en que la constitucional no puede conocer de las cuestiones de hecho<sup>39</sup>, difícilmente la jurisdicción constitucional no actuará como auténtica tercera instancia en cuestiones constitucionales. Es más, y desde esta perspectiva de la tutela subjetiva, así debiera actuar gozando de plena jurisdicción en aquellos litigios en los que se deduce ante él demanda de amparo por la lesión de derechos fundamentales<sup>40</sup>. Sin embargo, es obvio que hacerlo en las condiciones actuales agravaría aún más la crisis del amparo, si no se produce antes un ajuste procesal, constitucional y ordinario, de largo alcance.

#### V. SUBSIDIARIEDAD, IRRADIACIÓN DE LOS DERECHOS Y OBJETIVACIÓN DEL AMPARO. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO JURISDICCIÓN DE MÍNIMOS

Han sido muchas las páginas vertidas reflexionando sobre el sentido y alcance de las palabras que ahora se transcribirán del apartado 2 del artículo 53 CE: «y, en su caso, a través del recurso de amparo». En otros modelos de jurisdicción constitucional también han acogido este principio vertebrador de la subsidiariedad del amparo constitucional de derechos respecto del dispensado por la jurisdicción ordinaria<sup>41</sup>. Pero quizá haya

<sup>39</sup> Sobre la incontrovertibilidad de los hechos en la jurisdicción constitucional véase el trabajo ya citado de Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir ...», apartado IV a).

<sup>40</sup> Así lo hemos defendido en el citado trabajo Villaverde Menéndez, «Decidir ...».

<sup>41</sup> Sobre la polémica suscitada respecto de la interpretación de ese inciso, véase el sugerente trabajo de Ignacio Díez-Picazo Giménez, «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», en *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, de la Oliva/Díez-Picazo, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 69 y ss.; también Rubio Llorente, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en su libro *La forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 463 y ss., en especial, pp. 492 y ss.; del mismo autor «El recurso de amparo», en *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Rubio, Jiménez, McGrawHill, Madrid, 1998, pp. 31 y ss., y en especial pp. 33 y 37.

sido en España donde el debate y el calado de sus consecuencias han sido más intensos<sup>42</sup>.

En otro lugar<sup>43</sup> ya hemos dicho que las exigencias del previo agotamiento de la vía judicial previa [arts. 42 *in fine*, 43 *in fine*, 44.1 a), en relación con el artículo 50.1 a), todos LOTC] y de la invocación de los derechos o derechos supuestamente vulnerados ante la jurisdicción ordinaria [arts. 44 c) LOTC, que el Tribunal Constitucional ha extendido a los amparos del artículo 43 LOTC<sup>44</sup>] son la forma técnica en la que el legislador orgánico ha interpretado el «en su caso» del artículo 53.2 CE y llenado de contenido el *principio de subsidiariedad*. Este principio de subsidiariedad estriba en último término en la idea esencial de que el Tribunal Constitucional sólo debe actuar allí donde la jurisdicción ordinaria no lo haya hecho siempre que el recurrente le haya permitido hacerlo o las leyes procesales no se lo impidan<sup>45</sup>. De

---

También su aportación «La subsidiarité dans la jurisprudence constitutionnelle», en *Justice Constitutionnelle et subsidiarité*, Francis Delpérée (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2000. Para conocer las discrepancias internas habidas en el seno del propio Tribunal Constitucional sobre el alcance del principio son de sumo interés las reflexiones de Juan Luis Requejo en la crónica jurisprudencial «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2000», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 60, 2000, pp. 219 y ss. También sobre la subsidiariedad del amparo véanse el prólogo de Tomás y Valiente al libro de Germán Fernández Farreres, y su propio introducción, así como las pp. 32 y ss. de *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Pons, Madrid, 1994; y su contribución a *Comentario a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Requejo Pagés (coord.), Tribunal Constitucional-BOE, Madrid 2001, pp. 644 y ss., pp. 698 y ss. Y de Juan Luis Requejo Pagés, «La lógica de la subsidiariedad y sus perversiones. Los recursos de amparo mixtos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, 2002, pp. 189 y ss.

<sup>42</sup> Con carácter general, véanse los distintos trabajos que componen la ya citada obra dirigida por Harald Borgs, *Urteilsverfassungsbeschwerde...*, y la dirigida también por Francis Delpérée, *Justice Constitutionnelle*, *op. cit.*

<sup>43</sup> Véase Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir ...», *op. cit.* apartado b). IV. En ese apartado, y en general en todo el trabajo, se señala que el Tribunal Constitucional ha terminado por reducir las consecuencias y el sentido de la subsidiariedad establecida en el apartado 2 del artículo 53 CE a aquellas condiciones de admisibilidad de los recursos de amparo, cuando, acaso, debiera haberse hecho el camino inverso: interpretar y aplicar esas condiciones de admisión a la luz del principio constitucional de la subsidiariedad del recurso de amparo.

<sup>44</sup> SSTC 17/1982, 79/1984, 189/1987, 71/1989, 241/1992, 200/1999, 36/2000; ATC 365/1984.

<sup>45</sup> SSTC 105/1983, 158/1995, 214/2000, 190/2001, 80/2002. Un ejemplo de esta técnica ha sido el ATC 254/2001, caso de la Comunidad de Pescadores de El Palmar, Valencia. Para el Tribunal Constitucional era indiscutible que la entidad recurrente había sido debidamente amparado en sus derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria, con independencia del sentido en el que lo hubieren hecho.



ahí que el Tribunal Constitucional haya afirmado tan reiteradamente, que excusa toda cita, que ni su jurisdicción es plena (cognición limitada), ni es una tercera instancia; e incluso que el recurso de amparo ni es un recurso para la unificación de doctrina (STC 309/1994 fundamento jurídico 3) ni un cauce para el control abstracto de la ley (STC 223/2001, fundamento jurídico 7), sino «un medio reparador de lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales» (STC 215/2000, fundamento jurídico 4)<sup>46</sup>. En fin, que el amparo constitucional es subsidiario porque los jueces y Tribunales son la instancia ordinaria e idónea de protección de los derechos.

Con todo, y sin negar que, en efecto, esa pueda ser la sustancia de la subsidiariedad del recurso de amparo, somos de la opinión de que su expresión acabada es la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual no es él el intérprete único de los derechos ni de la legalidad ordinaria alumbrada por la irradiación de esos derechos, sin renunciar a su función de intérprete supremo de la norma constitucional (por todas STC 160/1997). El Tribunal Constitucional hace un esfuerzo en deslindar su función de la de los jueces y Tribunales ordinarios al tratar de trazar la línea divisoria de ambas jurisdicciones en el ejercicio de su función de garantes de los derechos dejando a la jurisdicción ordinaria la capital función de fijar hasta donde llega la irradiación de los derechos y libertades en la legalidad ordinaria. El Tribunal Constitucional vela únicamente por que esa fijación del alcance de la irradiación mediante la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria no sea directamente contraria al contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental o se trunque con una interpretación *manifestamente* contraria a los derechos fundamentales en cuestión. El Tribunal Constitucional podrá distanciarse de una determinada interpretación de los derechos mantenida por la jurisdicción ordinaria; pero no por ello esa interpretación ha de ser lesiva del derecho fundamental en cuestión (*mutatis mutandis* STC 160/1997, fundamento jurídico 4). A mayor abundamiento, ya en la STC

---

<sup>46</sup> Otro elemento que también ha terminado por integrar el contenido del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido la supuesta incontrovertibilidad de los hechos probados en la instancia, la cual ha sido deducida del apartado b) del artículo 44 LOTC. Sin embargo, a nuestro juicio, el mencionado principio está ligado a la cognición limitada del amparo y a su relación estructural y sistémica con los jueces y tribunales ordinarios, pero no a la imposibilidad de revisar en todo caso los hechos probados en las instancias precedentes cuando su examen puede ser relevante para la constatación de la lesión denunciada en la demanda de amparo de los derechos fundamentales en cuestión. Con más detalle véase el ya citado de Ignacio Villaverde Menéndez, «Decidir...», *op. cit.*

309/1994 se había afirmado que el recurso de amparo no era un cauce procesal para fijar la interpretación correcta de los derechos fundamentales, sino para la exclusiva reparación de sus concretas violaciones si las hubiere.

Es aquí donde justamente estriba nuestra discrepancia con la doctrina del Tribunal Constitucional. El hecho de que no esté entre sus funciones precisar de forma exclusiva y excluyente la interpretación constitucionalmente conforme y única de los derechos, no quiere decir que no sea una de sus funciones irrenunciables por su posición en el sistema constitucional la de fijar la identidad constitucional de cada derecho, a la que deben someterse todas las instancias jurisdiccionales. Cosa distinta es que en esa labor su interpretación deba ser de mínimos. El recurso de amparo sí es, y esa es su única función coherente, a nuestro juicio, con el sistema de control concentrado de constitucionalidad, un cauce procesal para fijar la correcta interpretación de los derechos; sólo que debe hacerlo *subsidiariamente*, cuando la dada por la jurisdicción ordinaria es contraria a la norma constitucional iusfundamental. Por esa misma razón, su delimitación del contenido constitucional de los derechos debe ser de *mínimos*.

En definitiva, esta tesis no es sino la otra cara de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su STC 160/1997 (y reiterada en la 5/2002, fundamento jurídico 4) relativa al alcance de la jurisdicción del Tribunal Constitucional en la determinación del efecto irradiante de los derechos. Dice la STC 5/2002 (fundamento jurídico 4):

Este es el sentido de la STC 160/1997, de 2 de octubre (FJ 4), cuando puso de manifiesto que la Constitución, y muy particularmente los derechos fundamentales, inspiran y alientan todo nuestro ordenamiento, hasta sus últimas o más modestas manifestaciones, pero sin que ello pueda implicar el que este Tribunal esté llamado a imponer su criterio, determinando, hasta el último extremo, la medida en que todas y cada una de las interpretaciones de la legalidad deben quedar influidas por los contenidos constitucionales, ya que, en caso contrario, el ámbito de las «garantías constitucionales» (artículo 123.1 CE), que marca el límite de nuestra jurisdicción, se extendería a la interpretación de todo el ordenamiento, porque una cosa es la garantía de los derechos fundamentales y otra, necesariamente muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad: esto último puede no ocurrir sin que ello implique siempre la vulneración de un derecho fundamental.

Evidentemente, si el Tribunal Constitucional no puede imponer «su criterio» en la interpretación de la legalidad ordinaria habida cuenta de que son diversas las formas de irradiarse cada derecho fundamental, so pena de suplantar a la jurisdicción ordinaria en su función de intérprete de esa legalidad. Salvo que la interpretación del derecho y de la legalidad que debe hacer la jurisdicción ordinaria para precisar esa irradiación sean contrarios, frontalmente contrarios, al contenido constitucional del derecho, que sí puede y debe delimitar el Tribunal Constitucional. Pero en este caso sólo debiera hacerlo de ese *mínimo* necesario para comprobar si ha habido o no contradicción<sup>47</sup>.

En nuestro sistema constitucional, los jueces y Tribunales también pueden delimitar el contenido constitucional de los derechos a falta de ley orgánica que lo haga al desarrollar el derecho (artículo 81.1 CE); y también a falta de sentencia del Tribunal Constitucional que delimite el derecho en cuestión. La delimitación que realiza la jurisdicción ordinaria tiene la peculiaridad de que no posee efectos generales y se ciñe al caso concreto en el que se efectuó. Ahora bien, esa delimitación singular puede ser desplazada por la ley orgánica que desarrolle el derecho y por la doctrina del Tribunal Constitucional que fija su contenido constitucional con eficacia general<sup>48</sup>. Sin embargo, y a pesar de que el Tribunal Constitucional es quien delimita *erga omnes* ese contenido constitucional del derecho, a la jurisdicción ordinaria le compete mediante la interpretación de la legalidad, también ordinaria, fijar el alcance de la irradiación de los derechos en el ordenamiento jurídico<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> No se confunda ese mínimo constitucional con un supuesto contenido esencial del derecho al modo alemán. El autor de este trabajo ha defendido en varios lugares que el contenido esencial al que se refiere el artículo 53.1 CE no es, ni puede ser, distinto al contenido constitucionalmente definido en abstracto en la norma iusfundamental de cada derecho. Cuando aquí se habla de *contenido mínimo* lo hacemos para referirnos a una técnica interpretativa del *contenido constitucional* que permita acompasar las competencias del Tribunal Constitucional con las de la jurisdicción ordinaria en la interpretación de la legalidad. Aquí por mínimo se quiere decir: *que no agote* las posibilidades de irradiación y garantía de los derechos en el marco de la aplicación de la legislación ordinaria. Lo que debe comprobar el Tribunal Constitucional es que las ofrecidas por la jurisdicción ordinaria no son, al menos, contrarias al contenido constitucional del derecho correspondiente.

<sup>48</sup> Sobre estas cuestiones véase Bastida y otros, *Teoría general...*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>49</sup> No estará de más recordar la agudas observaciones de Ernst-Wolfgang Böckenförde sobre las consecuencias del efecto de irradiación de los derechos en la estructura general del Estado constitucional democrático y la articulación de sus poderes públicos. A su juicio,

En esa delimitación, el viraje *objetivo* no estriba en la necesidad de ubicar el amparo en la tutela de la dimensión objetiva de los derechos desplazando la subjetiva a la jurisdicción ordinaria. Se trata más bien de que el Tribunal Constitucional a través del amparo preserve la identidad constitucional de los derechos fijando en sus sentencias el contenido constitucional de cada derecho fundamental, compuesto indisolublemente por ambas dimensiones, que debe ser observado por la jurisdicción ordinaria en su interpretación de la legalidad ordinaria (irradiación y dimensión objetiva de los derechos) y en su reparación de las lesiones de los derechos provocadas por actos de particulares o poderes públicos. El Tribunal Constitucional se limitaría, y no es poco, a delimitar el contenido de una norma constitucional y a comprobar si ha sido respetado por los poderes públicos<sup>50</sup>.

## VI. EL FUTURO DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL PUNTO DE PARTIDA

Puede, ciertamente, que resulte paradójica esta última sección de este trabajo, por cuanto lo esperable serían unas «conclusiones» y no un «punto

---

la técnica de la irradiación y el peso otorgado por el BVerfG a la dimensión objetiva de los derechos como canon de control de la actuación de los poderes públicos terminará por trocar la democracia parlamentaria en una democracia judicial en la que la decisión sobre la intensidad y extensión de la presencia de los derechos en las relaciones jurídicas y las normas que las regulan ya no estará en un parlamento elegido por los ciudadanos, sino en un órgano judicial que no es elegido por los ciudadanos. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden (trad. Requejo/Villaverde), 1993, pp. 130 y 136 y ss.

<sup>50</sup> Probablemente ésta haya sido la idea que late en los AATC 248/1994 y 182/1997, que trataron, infructuosamente, de *objetivas* el recurso de amparo. A nuestro juicio, en ambos Autos la inadmisión de los recursos no estuvo movida tanto por su *parvedad cuantitativa* (las cuantías de los pleitos de instancia), ni por la *parvedad constitucional* de ambos casos, sino por lo innecesario de una pronunciamiento del Tribunal Constitucional en dos amparos que ya fueron satisfactoriamente resueltos por la jurisdicción ordinaria sin que su actuación haya sido contraria al contenido constitucional de los derechos en presencia (y aunque el propio Tribunal Constitucional pudiere haber discrepado de la forma en la que los interpretó y aplicó la jurisdicción ordinaria). Véase el opúsculo de Juan Luis Requejo, «Hacia la objetivación del amparo constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 42, 1994, pp. 153 y ss. Ningún inconveniente hay, por lo demás, en que se siga exigiendo como condición de admisibilidad del amparo constitucional que se denuncie una lesión real y efectiva de un derecho fundamental. Así es porque con ello no se está identificando el objeto de la pretensión (reparar la lesión si se acredita) y, en consecuencia, el alcance de la cognición del Tribunal Constitucional, sino el modo de evitar que el recurso de amparo constitucional sea utilizado por los particulares como un remedo de recurso en interés de Constitución.

de partida». Sin embargo, concientemente se ha elegido esta expresión, que podrá dejar perplejos a quien espere en estas líneas finales un remedo de corolario final. Lo que se ha dicho en estas páginas, al contrario, nos sugieren una línea de indagación que permitirá aventurar fórmulas para que el coste de la tutela constitucional de los derechos sea asumible en los modernos Estados constitucionales democráticos.

En apretada síntesis, cauces procesales como el recurso de amparo español o el *Verfassungsbeschwerde* alemán son una anomalía en los respectivos sistemas de justicia constitucional, si su función es la de reparar lesiones singulares en el ejercicio de los derechos fundamentales que no han sido atajadas en la jurisdicción ordinaria. Anomalía que acrecienta su efecto disfuncional en el sistema como mecanismo protector ineficiente para ese fin por tardío, y con un coste institucional inasumible por el Tribunal Constitucional y el BVerfG. Ofrecer soluciones únicamente para aliviar (supuestamente) el acumulamiento inexorable de demandas de amparo pendientes de admisión ante la jurisdicción constitucional, terminan siendo un mero placebo provisional, como así lo demuestran los magros resultados obtenidos con las distintas reformas de las leyes procesales constitucionales del Tribunal Constitucional y el BVerfG.

La tesis que aquí se sostendrá es que, esa objetivación no debe consistir sólo en una más o menos discrecional decisión de los magistrados/as del Tribunal Constitucional sobre qué es importante y, en consecuencia, debe ser decidido; lo que intensificará aún más el desgaste institucional del Tribunal Constitucional y a la larga laminará sutilmente su legitimidad. Se trata también de que el propio acceso al Tribunal Constitucional se objetive al igual que debe hacerlo su función, porque el colapso no está en la capacidad del Tribunal Constitucional para decidir, sino en la masiva llegada de asuntos al Tribunal Constitucional. Hecho que sólo puede aliviarse endureciendo los criterios de acceso. Un endurecimiento que se correspondería con la probada eficiencia de la tutela de los derechos en la jurisdicción ordinaria y con el cambio de sentido de la función de la tutela constitucional de derechos en el sistema de justicia constitucional: ser jueces de la norma iusfundamental definiendo su contenido, y no jueces de casos en los que se reparen lesiones singulares de derechos.

¿Convierte este planteamiento al recurso de amparo en una especie de casación para la unificación de la doctrina? Si así se quiere ver, habrá que decir que sí, porque la función constitucional de ese recurso no debiera ser,

empleando palabras de Marc Carrillo, «proteger el ejercicio de los derechos fundamentales frente a lesiones imputables a los poderes públicos, sino corregir una interpretación judicial errónea de preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales»<sup>51</sup>. Si se quiere considerar esta fórmula como una manera de objetivar el amparo, valga la expresión y así sea. Es claro que el amparo sigue siendo frente a juez, pero con un alcance muy distinto, donde el Tribunal Constitucional ejerce ese papel de garante superior de la supremacía de las normas constitucionales. Una función que en este caso consiste en la preservación de la identidad del derecho fundamental frente a sus diversas, dispares y heterogéneas concreciones judiciales, delimitando su contenido con eficacia *erga omnes*.

Los jueces pueden y deben delimitar el contenido de los derechos para resolver los casos de los que conocen. En esa medida, la posición del legislador puede verse afectada en tanto el juez ordinario aplicará sus normas a la vista de la posible interpretación que el Tribunal Constitucional haga de esas normas, y así debe ser por cuanto la exclusiva competencia del juez ordinario en la interpretación de la legalidad ordinaria tiene dos excepciones claras: las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos y las leyes configuradoras de los derechos fundamentales de, valga la redundancia, configuración legal. Es obvio que si el Tribunal Constitucional no cuestiona una u otras, su delimitación del derecho será la hecha por el legislador. Pero en rigor, el Tribunal Constitucional contrastará su propia delimitación con la del legislador, y también en rigor, si esta no contradice frontalmente la Constitución, el Tribunal Constitucional debiera darla por buena e imponerla a la jurisdicción ordinaria. En caso contrario, elevará la autocuestión imponiendo su criterio al juez por encima incluso de la ley, en el momento que estima el amparo del que trae causa la mencionada autocuestión.

La jurisdicción ordinaria, dada la eficacia directa de los derechos fundamentales, la vinculación positiva de aquéllos a éstos, ejercen la ineludible potestad (y empleamos este término en su sentido técnico riguroso) de *delimitar* los derechos concretando su contenido definido abstractamente en la constitución, a falta de ley que los desarrolle, para extraer de ellos las consecuencias oportunas, tanto de su dimensión objetiva, como mandato

---

<sup>51</sup> En el libro colectivo *La reforma del recurso de amparo*, coordinado por Pablo Pérez Tremps, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

de optimización, como de su dimensión subjetiva, como regla que ha de resolver o condicionar la resolución del asunto litigioso sometido a su conocimiento<sup>52</sup>. Pero esa función concretadora de los derechos llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria posee un alcance limitado, por cuanto sus efectos son los propios de la cosa juzgada. Sin embargo, y así en el caso español, las dos únicas formas de dotar de eficacia universal a una delimitación (concreción) de un derecho fundamental es albergarla o en una ley o en una resolución de un tribunal constitucional.

Al respecto, alguna dificultad plantea la regla del artículo 164.1 CE en cuya virtud las sentencias que «no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos». Esto podría hacer pensar que las sentencias estimatorias de amparo no poseen plenos efectos frente a la jurisdicción ordinaria, y que reducen su alcance al propio de la cosa juzgada. Además de que en este precepto constitucional late un amparo constitucional concebido como un instrumento de satisfacción de pretensiones individuales relativas a los derechos, su sentido no debe ir más allá de considerar que tan menguada eficacia queda limitada al fallo mismo de la Sentencia, pero no a la doctrina que en ella se siente sobre el contenido constitucional del derecho fundamental en cuestión, que vincula a las propias Salas del Tribunal Constitucional (artículo 13 LOTC) y a los jueces y Tribunales ordinarios (artículo 7.2 LOPJ).

Dicho todo esto, bien podría reconstruirse un recurso de amparo constitucional en el que el *interés constitucional* del asunto que *justifique un pronunciamiento* de la jurisdicción constitucional tenga lugar cuando la resolución de la jurisdicción ordinaria se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de la instancias superiores de la jurisdicción ordinaria (Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo)<sup>53</sup>; o en el caso de que los pronunciamientos de los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria (los citados) fueran contradictorias entre sí, o con las dictadas por los superiores en su orden jurisdiccional respecto de litigantes en idéntica situación donde,

---

<sup>52</sup> Véase el libro de Bastida y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 156.

<sup>53</sup> Se ha parafraseado el artículo 477 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos<sup>54</sup>.

Esa pudiera ser la función del amparo constitucional, reconducir a unidad la disparidad de posibles interpretaciones de derechos fundamentales que puedan resultar del ejercicio de la jurisdicción por los jueces y Tribunales (e indirectamente, a través de los amparos de los arts. 42 y 43 LOTC, de los restantes poderes públicos)<sup>55</sup>.

En este sentido debe entenderse también la subsidiariedad de la tutela constitucional de derechos. Formalmente esa tutela sería un mecanismo excepcional de protección de derechos, pero no enfocado desde la perspectiva procesal de recurso extraordinario (esto nos seguiría sitiendo en el modelo de tutela subjetiva de derechos fundamentales), sino desde la propia excepcionalidad de la jurisdicción constitucional en el marco general de la justicia constitucional. Materialmente esa tutela sirve para delimitar con eficacia general el contenido mínimo del derecho fundamental tutelado. Considerarlo así impone, a nuestro juicio, objetivar los motivos de acceso en reglas precisas sobre la instancia cuyas resoluciones pueden ser objeto de impugnación en sede constitucional<sup>56</sup>. Y en segundo lugar, esa tutela debe dispensarse a partir de un canon de contenido mínimo del derecho, como parámetro de contraste (en el sentido indicado más arriba) y de contradicción: sólo cabe la tutela cuando la resolución judicial impugnada es manifiestamente contraria a la delimitación del contenido constitucional del derecho en cuestión hecha por el propio Tribunal Constitucional o por el legislador cuando le compete. En tercer y último lugar, la sentencia constitucional es-

---

<sup>54</sup> En este caso las referencias son al artículo 96 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y al artículo 217 del Real Decreto-Legisativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

<sup>55</sup> En este sentido se han pronunciado Ernst-Wolfgang Böckenförde, «Überlastung...», *op. cit.*, p. 283; y Reiner Wahl también en su «Der Zugang zum BverfG», en *Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland: gestern und heute*, edición de la Friedrich Ebert Stiftung-Forschungsinstitut, Bonn, 1991, pp. 21 y ss.

<sup>56</sup> Un ejemplo claro de la consistencia de esta idea y su utilidad es, justamente, limitar a las resoluciones del Tribunal Supremo o de los Tribunales Superiores de Justicia, según el caso, los amparos por infracción del artículo 24 CE. La existencia de un recurso extraordinario por infracción procesal (artículo 468 LECiv) y el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240 LOPJ ponen bien a las claras que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene sus propios cauces de garantía singular en los procesos ordinarios; al menos en la vía civil. Existiendo tales cauces, apenas tiene sentido sumar uno más.



timatoria de la queja, salvo casos excepcionales, deberá limitarse a anular la resolución impugnada y a retrotraer para que se falle de nuevo; sin perjuicio de que esté a disposición del tribunal constitucional correspondiente una batería de medidas dirigidas a garantizar la eficacia de su sentencia (que no al restablecimiento de la posición jurídico subjetiva iusfundamental del recurrente, lo que le compete a la jurisdicción ordinaria).

Es evidente que las actuales y mayoritarias propuestas de reforma de la LOTC no siguen este derrotero<sup>57</sup>. Todas ellas siguen ancladas a una visión del amparo constitucional de derechos como una jurisdicción de casos en la que existe un cierto deslumbramiento ante las supuestas bondades del *writ of certiorari* de la SCtUS, aún por demostrar, como pone bien de manifiesto, no sólo las propias dificultades que en Estados Unidos de Norteamérica sigue arrastrando dicho mecanismo procesal, sino también el relativo fracaso observado en el denominado *certiorari* en positivo adoptado por el BVerfG<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> La literatura sobre este particular es casi inabarcable. No obstante es de cita obligada para el caso español el libro colectivo *La reforma del recurso de amparo*, coordinado por Pablo Pérez Tremps, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, en el que se ofrecen las más acabadas e interesantes propuestas de reforma del amparo constitucional formuladas recientemente (un resumen de todas ellas en la sección de Conclusiones con el trabajo de García Roca, «La cifra del amparo constitucional y su reforma», pp. 273 y ss.). Algo más antiguas, pero no menos interesantes son las aportaciones de Ignacio Borrajo Iniesta, «Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 43, 1995, pp. 25 y ss.; y Manuel Carrasco Durán, «El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 63, 2001, pp. 79 y ss. La obra más reciente es la firmada por Anamari Garro Casas, «El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas de las propuestas a la luz de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 76, 2006, pp. 95 y ss. Véanse también los libros de Encarna Carmona Cuenca, *La crisis del recurso de amparo*, Universidad de Alcalá, Alcalá, 2005; y de Ángela Figueruelo, *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.

<sup>58</sup> No deja de ser llamativo que éste ha sido el sistema adoptado por el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC en cuyo nuevo artículo 50 así lo dispone. Este instrumento procesal no hace sino invertir la carga de la prueba sobre la relevancia constitucional del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional exigiendo del recurrente que razone y convenza al alto Tribunal de que su amparo la tiene. Un comentario breve y de urgencia sobre este Proyecto en Manuel Pulido Quecedo, «Sobre la reforma del recurso de amparo y otras modificaciones de la LOTC», *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, n.º 11, 2005, pp. 9 y ss. Es curioso el ascendente que tienen las técnicas procesales de la SCtUS sobre la jurisdicción constitucional europea. Véase de Heinrich Wilms, «Die

Este tipo de soluciones, así lo creemos, no resolverán la crisis del amparo español, como tampoco la resolvió la reforma de 1988. Buena nota debiéramos tomar de los resultados reales de estos mecanismos, de sus prácticas y resultados. Como bien ha señalado Carles Viver Pi-Sunyer, el problema del recurso de amparo en España no está (o no estaba, porque las cifras del año 2004 arrojan ya un resultado preocupante) en la capacidad que tienen las Salas del Tribunal Constitucional para tramitar y resolver los asuntos de amparo admitidos a trámite<sup>59</sup>. El problema reside en la admisión misma de asuntos. En el año 2004 la demandas de amparo de nuevo ingreso fueron 7814, los amparos inadmitidos fueron 6428, y los aún pendientes de primera providencia a 31 de diciembre de 2004 ascendían a 7580. Parece obvio que las dificultades no están en el *docket* (asuntos pendientes de sentencia), sino en el *workload* (asuntos de nuevo ingreso en el Tribunal)<sup>60</sup>, y todas las soluciones ofrecidas aliviarán, si es que lo hacen, aquél, pero no el verdadero lastre de la jurisdicción constitucional: la masiva llegada de demandas de amparo a su Registro.

---

Vorbildfunktion des United Status Supreme Court für das BverfG», *Neue Juristische Wochenschrift*, hft. 21, 1999, pp. 1527 y ss. Y del BVerfG sobre el Tribunal Constitucional, Pablo López Pietsch, «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 53, 1998, pp. 115 y ss. Una aproximación original y reciente al caso alemán (al hilo de la reforma de su ley procesal acometida en 1998), Peter Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della Giustizia Costituzionale Tedesca*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>59</sup> En el año 2004 se admitieron a trámite 318 asuntos a resolver por las Salas del Tribunal Constitucional, de los que 311 eran para Sentencia, habiéndose dictado 207 Sentencias de amparo en total ese año.

<sup>60</sup> Este mismo juicio se hizo respecto de la situación en la SCtUS. Véase Bernard Schwartz, *Decision... op. cit.*, pp. 148 y ss.; y ofreciendo soluciones para el atasco de asuntos que en el *workload* tenía la SCtUS, David M. O'Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, W.W. Norton, New York (3.ª edic.), 1993, pp. 152 y ss. (recomendaciones que no estaría de más tener en cuenta en el debate español). Véase también la *Note* publicada en la *Harvard Law Review*, Vol. 97, n.º 1, 1983, pp. 307 y ss., «Of High Designs: a Compendium of Proposals to reduce the Workload of the Supreme Court»; lecturas que deben completarse con los no menos interesantes e influyentes trabajos de Henry M. Hart, «The Time Chart of the Justices», *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, pp. 84 y ss., y el de Estreicher/Sexton, «A Managerial Theory of the Supreme Court's Responsibilities: An Empirical Study», *New York University Law Review*, vol. 64, 1964, pp. 1 y ss. Más reciente, H.W. Perry Jr., *Deciding to Decide, op. cit.* No cabe duda de que el rico debate norteamericano sobre su *certiorari* alumbrará el español sobre nuestro amparo alejando de esta técnica falsas expectativas. Véase también el estudio de Vittoria Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999; además del ya citado de Marian Ahumada, «El *certiorari*»....

Al final, sistemas al modo del *certiorari* norteamericano terminan por cifrar la eficiencia del sistema de admisión de amparo en la voluntad de los magistrados constitucionales de hacer una interpretación severa e inflexible de la norma sobre qué asuntos son relevantes constitucionalmente para merecer una resolución de fondo<sup>61</sup>. Y no es menor la paradójica consecuencia que tiene las propias dudas que sobre la legitimación de sistema de *certiorari* acaban teniendo unos y otros. Hasta el punto de que para huir de la sospecha de que este mecanismo procesal encubre nada más que un ejercicio discrecional de la jurisdicción constitucional, los propios magistrados/as de los Tribunales Constitucionales terminan por auto-restringir su uso frustrando, probablemente, sus buenos propósitos, introduciendo por la ventana la duda de discrecionalidad que precisamente pretendían expulsar por la puerta de la contención en el ejercicio de esa potestad de selección.

Ahora bien, y con el ánimo de ir concluyendo, no se pretenda leer en estas páginas una propuesta implícita de abrogación de las modalidades de amparo constitucional ante los tribunales constitucionales, o la defensa latente de la creación de una Sala especial de amparo constitucional en el seno de los tribunales supremos o como quiera que se denomine aquel con el que se cierra la jurisdicción ordinaria<sup>62</sup>. Hay buenas y sólidas razones

---

<sup>61</sup> Muchas de las propuestas de los citados más arriba también sugieren la conveniencia de que los tribunales constitucionales apuren en la medida de lo posible las posibilidades que las normas procesales de sus leyes les ofrecen, en una clara alusión a la necesidad de que no se frustren los propósitos de las distintas reformas que esas normas han sufrido por un uso pacato o en exceso pudoroso de éstas. Respecto de lo que se ha denominado el «corsé procesal» en el que debe embutirse todo tribunal constitucional para tomar sus decisiones véanse los trabajos, especialmente, el de Peter Häberle, «El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concreto frente a la judicatura del Tribunal Constitucional», *Pensamiento Constitucional*, n.º 8, 2001, pp. 25 y ss.; y Tade Matthias Spranger, «Die Verfassungsbeschwerde im Korsett des Prozessrechts», *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 127, 2002, pp. 27 y ss.; y los trabajos de Patricia Rodríguez-Patrón, *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*, Thomson/Civitas, Madrid, 2003, y «La libertad del Tribunal Constitucional en la configuración de su derecho procesal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 62, 2001, pp. 125 y ss.

<sup>62</sup> Alguna voz ha habido ya que ha planteado este escenario. Véase el trabajo de Fernando Herrero Tejedor, cuyas interesantes ideas y sugerencias no son compartidas por nosotros, «La tutela judicial efectiva y el Tribunal Supremo», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 5, 2005, pp. 13 y ss. Este autor limita la creación de una «Sala de Amparo» en materia de tutela judicial efectiva (que, no obstante, no excluiría la posibilidad, muy restringida, de acceder al Tribunal Constitucional), pp. 18 y ss.

para que no sea así en un modelo constitucional como el de los Estados constitucionales democráticos europeos contemporáneos.

¿Qué aporta la jurisdicción constitucional tal y como hoy la conocemos en Europa que la hace deseable y aconsejable en esa función de amparo de derechos? La composición de sus tribunales, o para ser más exactos, la forma de provisión de sus magistrados/as.

La composición y provisión de magistrados/as en los Tribunales Supremos o similares es de naturaleza eminentemente *técnica*. La de los Tribunales Constitucionales, no. O dicho de otro modo, los primeros gozan de una legitimidad democrática funcional (porque ejerce funciones constitucionales), pero no orgánica (porque su provisión es técnica, *de carrera* en la terminología española); mientras que los segundos poseen una legitimidad democrática tanto funcional (ejerce funciones constitucionales), cuanto orgánica. Así es porque su provisión es *política*, en el sentido de que sus magistrados/as no son personal al servicio del Estado integrados en un cuerpo sometido a normas de acceso, promoción y cese de actividad regladas, sino por designación de otros órganos constitucionales dotados de legitimidad democrática política y no meramente técnico-funcional.

Y así debe ser a nuestro juicio, porque sólo de este modo se puede explicar democráticamente el control de constitucionalidad sobre los actos u omisiones de otros poderes públicos dotados de legitimidad democrática directa. Ahora bien, esa explicación se desvanece si lo que ejercen los Tribunales Constitucionales es una función tutelante de la posición jurídico-subjetiva iusfundamental de las personas a través de recursos de amparo. Salvo, claro está, que en el ejercicio de esa función no se persiga la resolución de un litigio en su dimensión constitucional subjetiva, sino la definición del contenido constitucional de los derechos a lo que está vinculado positivamente el juez ordinario con carácter general. Como se dijo páginas atrás, este es el *punto de partida* para afrontar el futuro de la garantía en sede constitucional de los derechos fundamentales.