

## RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL EN ESPAÑA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Características del modelo adoptado*. III. *Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios en el ejercicio de la justicia constitucional*. 1. *Respecto del control de las leyes*. 2. *Respecto de otras normas (reglamentos)*. 3. *Participación de jueces y tribunales en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*. 4. *Vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. IV. *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional*.

### I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio pretendemos señalar algunos lineamientos en relación con las funciones que desempeña el Tribunal Constitucional; en concreto, sus relaciones con el Poder Judicial.

Para ello, es importante centrar nuestra atención en tres aspectos. El primero de ellos es el modelo de justicia constitucional adoptado a partir de la Constitución de 1978, mismo que se ubica en lo que se denomina modelo europeo actual.

El segundo consiste en las relaciones directas del Tribunal Constitucional con el Poder Judicial, aspecto que resulta de una ingente importancia debido a la superposición de éstos dos órdenes jurisdiccionales. En este apartado abordaremos lo concerniente al control de normas legales ejercido mediante la cuestión de inconstitucionalidad y la concepción de la inconstitucionalidad sobrevenida; al control de las normas infralegales; a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y al recurso de amparo, en especial al que procede contra las resoluciones judiciales.

Finalmente, el tercero se refiere a algunas consecuencias conceptuales originadas con motivo de los anteriores dos apartados, es decir, si se puede hablar de defensa de la Constitución, de justicia

<sup>1</sup> Este artículo tiene su origen en el trabajo presentado en el curso de doctorado sobre "La jurisdicción constitucional", impartido por el profesor doctor Manuel Aragón Reyes, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

constitucional o mejor de control de constitucionalidad o jurisdicción constitucional.

## II. CARACTERÍSTICAS DEL MODELO ADOPTADO

Tradicionalmente han existido dos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes (nos referimos al control restringido u originario); a continuación los analizaremos como pauta para determinar las características generales del sistema de justicia constitucional en España. Estos dos sistemas son el americano y el europeo.

Por lo que hace al sistema americano,<sup>2</sup> el mismo se construye mediante la concepción imperante en el inicio del siglo XIX (fruto de las ideas sostenidas a fines del siglo anterior) acerca de la Constitución. Así, tenemos que la Constitución (como norma escrita y rígida) es una norma superior a las leyes ordinarias, y lo que es más importante, que es la norma recipiendaria de la soberanía, es una norma fundamental que consagra derechos fundamentales que el individuo puede hacer valer frente a los poderes constituidos, en los que se encuentra el Poder Legislativo, ya no como soberano.

De esta manera, cuando un acto se base en una ley que sea contraria a la Constitución, el juez debe decidir conforme a la Constitución y hacer a un lado la ley. Todo esto dio lugar a la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, a la que John Allan Clifford Grant denominó como una contribución de las Américas a la ciencia política.

Esta concepción se establece en el famoso caso de *Marbury vs. Madison* de 1803, decidido por el juez John Marshall.<sup>3</sup> En el mismo, como solución al anterior supuesto, se sostuvo que al juez le corresponde aplicar la Constitución e inaplicar la ley (criterio imperante a partir de entonces); sin embargo, también se dijo que una ley que repugnara a la Constitución (además de no ser ley) sería nula, con lo cual existía la dualidad nulidad-inaplicabilidad, al menos en concepción.

2 Denominado así porque además de haber surgido a raíz de la Constitución de Estados Unidos de América de 1787, ha sido una idea aplicada en la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos y Canadá. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, p. 196.

3 La publicación completa en español de esta sentencia se encuentra en la *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 3, enero-marzo de 1947, pp. 315-343.

Como características principales de este sistema podemos señalar que como le corresponde a los jueces aplicar la Constitución preferentemente (y desaplicar la ley), es un sistema *difuso*, pues dicha labor la pueden desarrollar cualesquiera de los jueces que conozcan del caso particular. Por lo tanto, no existe un tribunal especial ni tampoco un procedimiento específico. Otra característica es la de los efectos que produce la resolución del juez. Éstos, dado que es una inaplicación de la ley son de carácter *inter partes*, no habiendo lugar a la anulación con efectos generales.

En contrapartida existe el sistema denominado europeo. En éste, de alguna forma se comparte la concepción norteamericana de Constitución, pues existe una recepción europea de este concepto que hace preguntarnos si es correcto hablar de distintos modelos de justicia constitucional.<sup>4</sup>

Pues bien, antes de la recepción europea de Constitución, los jueces no podían hacer lo mismo que sus correspondientes americanos debido, principalmente, a los prejuicios existentes contra los mismos; a la concepción rígida de la división de poderes y a la concepción soberana no de la Constitución, sino de la ley que todavía estaba presente a principios del siglo XIX.

Este sistema se puede subdividir en un modelo tradicional (o austriaco), ejemplificado por Austria, y en un modelo actual, ejemplificado principalmente por España, Alemania e Italia.

En relación con el modelo tradicional (inspirado en Kelsen), éste surge con la Constitución federal de Austria de 1º de octubre de 1920.<sup>5</sup> Cabe señalar que este modelo es propio de esta fecha y de este país, con las características mismas de su nacimiento.

En este modelo tradicional, para preservar la Constitución frente al legislador (destinatario de aquélla), se crea un *tribunal especial* (el Tribunal Constitucional) con la finalidad de que interprete y aplique la Constitución. Es importante tener presente que este órgano se ubica *fuera del Poder Judicial* debido a que de no ser así, como existe el principio de que los jueces debían aplicar la ley antes que la

4 Cfr. Rubio Llorente, Francisco, "Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 4, enero-abril de 1982, pp. 42 y 43.

5 Este sistema fue seguido por varios países del continente europeo, claro que con algunos cambios pero persistiendo la idea de crear un órgano jurisdiccional especial, motivo por el que Mauro Cappelletti le denominó sistema "europeo". Cfr. su obra *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1979, p. 51.

Constitución, podía suceder que efectivamente desaplicaran la Constitución y como pertenecían al Poder Judicial aplicaran la ley indefectiblemente.

Desde un principio, este Tribunal Constitucional tuvo competencia en materia electoral y en materia de responsabilidad penal de los altos funcionarios.

El control de las leyes se realizaba mediante un recurso directo (control abstracto) y con una legitimación objetiva (gobierno federal y de los *Länder*). La resolución de este tribunal invalidaba la ley de manera general y con efectos *erga omnes*, lo cual llevó a considerarlo como un legislador negativo, pero no tanto por anular una ley sino, más bien, por no haber sido creado como un órgano con función jurisdiccional.

Con el transcurso del tiempo tuvieron lugar algunos cambios en el ordenamiento jurídico austriaco que empezaron a modificar el modelo puro kelseniano. Así, en 1925 se añade un control previo de las leyes y en 1929 se inserta el control concreto, es decir, la *cuestión de inconstitucionalidad*, otorgándose legitimación solamente al Tribunal Supremo.<sup>6</sup>

Con esto se produce una primera gran ruptura del modelo puro y algunos autores han llegado a señalar, como veremos más adelante, que con esto se da un acercamiento al sistema americano.

En otros países también tuvieron lugar algunos cambios al modelo puro. Con la Constitución española de 1931 se añade una nueva competencia al Tribunal Constitucional, que es el conocimiento del *recurso de amparo*.<sup>7</sup> En esta misma línea, con la Constitución italiana de 1947 se introduce la excepción de inconstitucionalidad y con la Constitución alemana de 1949 se introduce el control concreto o *cuestión* y se inserta la competencia sobre el recurso de amparo y, en ambas, los conflictos entre órganos constitucionales. Como vemos, ésta es una segunda gran ruptura del modelo puro kelseniano.

Así las cosas, podemos señalar que el modelo europeo actual de justicia constitucional se fundamenta en el sistema kelseniano pero adopta las características propias de cada país.

6 Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 265-269.

7 A su vez, por influencia del amparo mexicano. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El derecho de amparo en México y en España, su influencia recíproca", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, enero-febrero de 1979, pp. 245-248. Aunque hoy en día presenta características más cercanas a la institución similar alemana (*Verfassungsbeschwerde*); cfr. Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 4, pp. 61-62.

Como características de este modelo actual, podemos señalar las tres siguientes: se crea un tribunal especial denominado Tribunal Constitucional, con el monopolio del rechazo o expulsión de las normas legales contrarias a la Constitución; los jueces y tribunales ordinarios deben aplicar preferentemente la Constitución pero, a la vez, por su vinculación a la ley, no pueden inaplicarla (salvo algunas excepciones que enseguida veremos y en cuyo caso sólo podrán inaplicar y no expulsar o anular). En este supuesto lo que deben hacer (y éste es el criterio que prevalece) es someter la ley al juicio del Tribunal Constitucional mediante la cuestión de inconstitucionalidad; finalmente, el Tribunal Constitucional (sólo en Austria, Alemania y España) se caracteriza por tener competencia para resolver el denominado recurso de amparo contra la violación de los derechos fundamentales.

Con estas características y dado que intervienen tanto el Tribunal Constitucional como los jueces y tribunales ordinarios en la forma que a continuación veremos, se crea una dualidad de órdenes jurisdiccionales, lo cual hace más complejo el entendimiento de la función que deben desarrollar las características propias de cada modelo.<sup>8</sup>

Este es el modelo al que pertenece, hoy en día, España. Como podemos ver, el sistema español se aproxima más al sistema americano, no tanto por no tener competencia en materia contencioso electoral o bien en responsabilidad penal de los altos funcionarios, sino por la inclusión de elementos contrarios a la concepción kelseniana (cuestión de inconstitucionalidad y recurso de amparo).<sup>9</sup>

Conviene reiterar que la facultad de anulación, y por consiguiente del conocimiento y tramitación de los procesos constitucionales, le corresponde sólo al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, este modelo, como el derecho mismo, está en constante transformación. En efecto, además del acercamiento al sistema americano por cuestiones de cambio o rechazo al sistema tradicional europeo, existen algunos casos en los que se inaplica la ley al igual que en el sistema norteamericano. De esta manera, cuando una ley preconstitucional deviene contraria a la Constitución por la entrada en vigor de ésta (inconstitucionalidad sobrevenida), los jueces y tribunales, mediante la discutible concepción sostenida por el Tribunal

<sup>8</sup> Cfr. Aragón Reyes, Manuel, "Algunas consideraciones sobre el Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, agosto de 1987, p. 51.

<sup>9</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 4, p. 42.

Constitucional, que más adelante veremos, pueden considerar derogada la ley y, por tanto, inaplicarla o bien plantear su duda al Tribunal Constitucional.

Puede suceder también, en el supuesto del recurso de amparo (que aunque la legislación no lo reconoce formalmente y sí indirectamente mediante la autocuestión, el Tribunal Constitucional ha sostenido su posibilidad), que se inaplique la ley por estimar la pretensión constitucional (fundado en la incorrecta aplicación de la ley) y, sin embargo, no se dicte su inconstitucionalidad, inclusive en la segunda sentencia que recaiga con motivo de la autocuestión. Aquí sólo puede inaplicar el juez constitucional.

Existen otros supuestos que se plantean cuando hay contradicción entre la legislación básica (que reserva al Estado parte o la totalidad de la regulación de una materia y en ella se contienen las normas básicas o el régimen general) y una ley de la comunidad autónoma (que en este caso podría regular la otra parte de una materia, por ejemplo la ejecución),<sup>10</sup> o bien, una ley estatal y una autonómica, en donde, en determinados supuestos, se aplicará una de ellas y dejará de aplicarse la otra.

### III. LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN EL EJERCICIO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Debemos señalar que no estudiaremos los procesos o competencias propias del juez constitucional en tanto integrante del Tribunal Constitucional, sino, más bien, las relaciones del Poder Judicial en la jurisdicción constitucional, es decir, cuando los jueces ordinarios pueden ser considerados jueces constitucionales.

Estas relaciones tienen lugar debido, principalmente, a la dualidad de jurisdicción constitucional producto del modelo europeo actual, y en el cual se circunscribe España, haciendo con ello más compleja la justicia constitucional.

En este sentido, resulta pertinente recordar, como en su momento lo señaló Rubio Llorente, que la articulación del Tribunal Constitucional en el sistema tradicional, es el problema más importante que plantea la jurisdicción en un sistema constitucional.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 592-599 y 616-625.

<sup>11</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 4, p. 45.

## 1. Respecto del control de las leyes

### A. Cuestión de inconstitucionalidad

En primer lugar, no pretendemos entrar a analizar toda la regulación que fundamenta esta vía de control de constitucionalidad, aunque aparte de la poca atención doctrinaria que la misma ha tenido, sus características definitorias y el gran número de interrogantes que muestra su regulación, hacen que sea un instrumento jurídico al que bien valdría la pena dedicarle mayor atención.

Ahora bien, la idea general, tal como lo indica el artículo 163 de la Constitución, consiste en que cuando un órgano judicial considere que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará esta cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Dicho sea de paso, este es un instrumento que forma parte de los medios de impugnación contra leyes conocidos como recursos de inconstitucionalidad, mismos que tienen como objeto la constitucionalidad de las leyes en forma abstracta. Por lo tanto, lo que establece ese artículo 163 es otro procedimiento más de la competencia general señalada en el artículo 161.1.a de la Constitución, es decir, del recurso de inconstitucionalidad.<sup>12</sup>

Cabe indicar que la cuestión de inconstitucionalidad se presenta, según lo afirma la sentencia 17/81 del Tribunal Constitucional,<sup>13</sup> como un instrumento idóneo para resolver el no diminuto dilema que tiene el juzgador cuando se encuentra frente a una ley que tiene que aplicar por virtud del imperio de la misma y frente a la contradicción de esa ley con la Constitución, norma ésta que es superior tanto formal como materialmente. De no existir este instrumento procesal, el juzgador fácilmente pudiera esgrimir como argumento de la inaplicación de dicha ley, su inconstitucionalidad, lo cual nos llevaría a una inseguridad jurídica, pues todo juez u órgano judicial bajo el pretexto de cumplir con la Constitución (la cual en todo momento tiene eficacia normativa, aun en ausencia de la ley) inaplicaría las leyes.

<sup>12</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, "La jurisdicción constitucional", *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1981, p. 863.

<sup>13</sup> Fundamento jurídico primero. Esta sentencia resulta ser una explicación muy bien lograda de la institución objeto de estas líneas. El ponente fue el magistrado Rubio Llorente.

Es pertinente recordar, tal y como lo señalamos líneas arriba, que en el modelo puro kelseniano para evitar la vinculación directa del juez con la aplicación de la ley cuando ésta se considere inconstitucional (pues es al legislador a quien está dirigida la Constitución), se llegó a la conclusión de crear y ubicar al Tribunal Constitucional fuera del Poder Judicial. Ahora bien, como en el modelo europeo actual el control de constitucionalidad llega, en determinados casos, a los jueces y tribunales ordinarios, existe un regreso al problema que acabamos de enunciar. Por ello, el dilema de ley-Constitución se salva con este instrumento.

Al margen de todas estas consideraciones es importante concretar en cuanto a nuestro tema, es decir, el juez ordinario como verdadero juez constitucional (en la cuestión de inconstitucionalidad, desde luego). De manera general podemos indicar que se da este supuesto en tres momentos.

El primero de ellos se presenta cuando el juez ordinario decide plantear la cuestión. Aquí debe recordarse el texto del artículo 163 de la Constitución. De esta manera, dicho juez realiza una valoración constitucional de la ley aplicable al caso y si la misma no sale airosa, es decir, si considera que está en contradicción con la Constitución, *debe* plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Y sostenemos que debe porque es idea común el riesgo que existe de que los órganos judiciales, con mayor posibilidad el Tribunal Supremo, no planteen la cuestión debido a diversas causas.<sup>14</sup> Ante este hecho debe pensarse en buscar algún medio que si no solucione tal preocupación, si la restrinja hasta límites que puedan hacer más utilizable tal instrumento.

El segundo tiene lugar cuando el juez ordinario decide no plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Previamente, obvio es decirlo, dicho juez realizó una valoración constitucional de la ley. Aquí se corre el riesgo de que el juez, vinculado a la ley como todos los poderes públicos, quede sujeto a la misma sin tomar en consideración la Constitución y por ello se explica este segundo momento.

El tercero se presenta en el momento anterior a la negativa de plantear la cuestión. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (interpretado en sentido negativo), no procede el planteamiento de la cuestión cuando por vía interpretativa sea posible la acomodación de la norma legal al ordenamiento constitucional.

<sup>14</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 4, p. 58.



Con esto se le dan facultades de interpretación constitucional a los órganos judiciales que bien pudieran considerarse como amplias. Es más, la propia doctrina del Tribunal Constitucional ha sido vacilante pues en un primer momento sostuvo el criterio subsidiario del planteamiento de la cuestión (es decir, sólo en el caso que con la interpretación del juez ordinario no se resolviera la contradicción), y en un segundo momento cambió al carácter alternativo de dicho planteamiento: o se interpreta de acuerdo con la Constitución la ley aplicable al caso (y si no es compatible se plantea la cuestión) o, bien, se plantea la cuestión inmediatamente.<sup>15</sup>

Por todo ello también hay que concluir que el Tribunal Constitucional no tiene el monopolio de la interpretación de la Constitución y, como consecuencia, el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) lo considera como su intérprete supremo, no único.

Por último, existe acuerdo doctrinario en que con la cuestión de inconstitucionalidad se modifica el modelo puro establecido por Kelsen; sin embargo, la doctrina se divide al considerar el acercamiento o no al modelo norteamericano. A esta conclusión han llegado algunos autores (Aragón Reyes); otros, en cambio, sostienen que sigue siendo una característica del modelo europeo, pues esta cuestión es una impugnación abstracta cuyo objeto es el enunciado de la ley (Rubio Llorente).<sup>16</sup>

Lo anterior se complica aún más si hacemos referencia al artículo 55.2 de la LOTC que regula la llamada autocuestión (posibilidad de que una vez estimado el recurso de amparo, la ley aplicada que lesionó un derecho fundamental sea sometida al control de constitucionalidad por el mismo Tribunal). Frente a los que sostienen, como en la cuestión, que es un control abstracto, puede sostenerse que también se produce un control concreto, pues como la autocuestión nace de un proceso de amparo, la decisión sobre éste (otorgando el amparo e inaplicando la ley con efectos sólo para ese proceso), que ha de adoptarse antes de que el Tribunal Constitucional resuelva la inconstitucionalidad de la ley, es un caso claro de control concreto al modo norteamericano. Esto arroja un importante problema, que consiste en que cuando se resuelve favorablemente el am-

<sup>15</sup> STC 19/88, fundamento jurídico primero y 105/88, mismo fundamento (más explícitamente en esta última sentencia).

<sup>16</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 22, enero-abril de 1988; p. 26.

paro se está indicando (indirectamente) que la ley es inconstitucional; sin embargo, una vez resuelto este primer obstáculo, coincide la doctrina en señalar el carácter abstracto de la autocuestión, pues lo único que había de concreto se quedó en la resolución del amparo.<sup>17</sup>

### B. *Inconstitucionalidad de leyes anteriores a la Constitución*

Esta concepción parte de la idea, sobre todo italiana, de que la inconstitucionalidad puede surgir en una ley anterior (sobrevenida) o una posterior (originaria) a la Constitución. Con esta idea, el Tribunal Constitucional italiano conoce de los casos de inconstitucionalidad propiamente dicha (originaria) y de derogación (sobrevenida); lo que no acontece en Alemania, donde la inconstitucionalidad la resuelve el Tribunal Constitucional y la derogación la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, hay que distinguir<sup>18</sup> entre inconstitucionalidad (y por consiguiente, aunque no siempre, anulación) que sólo se refiere a la validez, y la derogación que hace referencia a una cuestión de vigencia. Es más, la inconstitucionalidad requiere una norma inválida, mientras la derogación, en cambio, requiere una norma válida.

Pues bien, de la Constitución (artículo 163) y de la LOTC (artículo 30) se pueden extraer las anteriores diferencias, es decir, dichos textos distinguen la validez y la vigencia. Por su parte, el Código Civil (artículo 2.2) prohíbe que los poderes públicos apliquen normas derogadas; además, la Constitución española, que impone su observancia a todos los poderes públicos, contiene una cláusula derogatoria; por lo tanto, los jueces y tribunales ordinarios han de aplicar la cláusula derogatoria e inaplicar las leyes anteriores que se le opongan.

Por el contrario, no es posible sostener con fundamento en la Constitución y en la LOTC, una competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la derogación, éste sólo puede declarar la inconstitucionalidad del derecho posterior a la Constitución, no del anterior.<sup>19</sup>

17 Cfr. el comentario de Manuel Aragón Reyes a la ponencia de Javier Jiménez Campo sobre "Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 41, 1992, p. 48.

18 Cfr. Aragón Reyes, Manuel, "La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, enero-abril de 1981, pp. 195-196.

19 *Idem*, p. 199.

A pesar de todo esto, la STC 4/81 otorga a los jueces y tribunales, al mismo tiempo, la facultad de inaplicar las leyes si entienden que han quedado derogadas por la Constitución en virtud de su oposición a la misma, o bien, pueden someter la cuestión al Tribunal Constitucional (fundamento jurídico 1º,d), y todo porque se parte del erróneo presupuesto de que existen a la vez la inconstitucionalidad sobrevenida y la derogación. El fallo concluye declarando incorrectamente como inconstitucional, nulo y derogado un precepto legislativo.

### C. Decretos legislativos<sup>20</sup>

Conforme lo dispone el artículo 82.1 de la Constitución, estas normas tienen el rango de ley, por lo que se les aplican los criterios establecidos para ellas. Sin embargo, el mismo artículo; pero en su apartado 6 (al igual que el artículo 27.2.b de la LOTC), establece la posibilidad de que intervengan los tribunales ordinarios, pues señala que las leyes de delegación podrán establecer fórmulas adicionales de control *sin perjuicio* de la competencia propia de los tribunales.

En efecto, en un principio y con la intención de establecer un control pleno por parte de la jurisdicción sobre la administración, se sostuvo que el decreto legislativo tenía rango de ley en todos aquellos aspectos *intra vires*, es decir, los que se encuentran dentro del margen determinado por la ley de delegación. No obstante, cuando el contenido de una norma delegada exceda la ley de delegación (*ultra vires*), perderá su rango legal y será un simple decreto o norma reglamentaria que como tal su apego a la ley de delegación (es decir, a la legalidad) será objeto de control por parte de los tribunales ordinarios.<sup>21</sup> Esta degradación, sin embargo, no deja de ser contraria al carácter legal de estas normas (artículo 82.1 de la Constitución).

En cambio, el Tribunal Constitucional intervendrá cuando exista un vicio de inconstitucionalidad, ya sea directo por contradecir un precepto constitucional sin contrariar la ley de delegación (y aquí no entra a conocer la jurisdicción contencioso-administrativa, situación que se produce porque ya existe un vicio de inconstitucionalidad de la ley, sin poder aplicarse aquí la idea de normas independientes

<sup>20</sup> Seguimos en este inciso el artículo de Javier Jiménez Campo sobre "El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 10, verano de 1981, pp. 77-105.

<sup>21</sup> *Cfr.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1989, vol. I, pp. 278-283.

similar a la que existe en los reglamentos), o bien, indirecto, porque el decreto legislativo vulnera no el contenido de la materia, sino la autorización hecha por la ley de delegación a la que está sujeto (aquí sí coinciden ambas jurisdicciones, concurriendo, por lo tanto, el problema de determinar a qué jurisdicción corresponde).<sup>22</sup>

Este criterio de distinción en vicios de legalidad y vicios de inconstitucionalidad no es absoluto, ya que cuando un decreto legislativo vulnera la ley de delegación está vulnerando, en la mayoría de los casos, las normas que regulan la delegación. Por eso, Jiménez Campo sostiene como criterio delimitador de la competencia los vicios de procedimiento, en cuanto que al ser señalados sólo por la ley no podrán ser controlados con fundamento en la Constitución.<sup>23</sup>

## 2. *Respecto de otras normas (reglamentos)*<sup>24</sup>

Hay que partir de la consideración de que en materias reservadas a la ley no cabe el reglamento independiente, sino que es la ley la que tiene que regular la materia. Por lo tanto, existe y se aplica una ley previa habilitante.

Así pues, si la ley habilitante es inconstitucional, se impugna la misma ante el Tribunal Constitucional mediante la cuestión o el recurso de inconstitucionalidad. Si lo que sucede es que el reglamento sobrepasa los límites de la ley habilitante e incurre en algún vicio de ilegalidad, se impugnará ese reglamento por la vía contencioso-administrativa.

Por otro lado, en materias no reservadas a la ley (y a este respecto no seguimos la teoría de que en este ámbito cabe la deslegalización, ni tampoco la que no admite los reglamentos independientes) caben los reglamentos independientes, siguiendo las consideraciones de Ignacio de Otto en el sentido de fundamentar lo anterior en las concepciones de la supremacía de la Constitución y la legitimidad democrática del Ejecutivo.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> *Idem*, pp. 283-285.

<sup>23</sup> *Op. cit.*, nota 20, pp. 98-101.

<sup>24</sup> Seguimos los señalamientos de Ángel J. Gómez Montoro en su artículo "Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 30, septiembre-diciembre de 1990, pp. 93-126.

<sup>25</sup> *Cfr.* Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 214-242.

En este supuesto, los reglamentos pueden contrariar la Constitución sin tener vicios de ilegalidad, lo cual también puede suceder en las materias reservadas a la ley (aunque de manera sumamente improbable).

Pues bien, dicho lo anterior, el Tribunal Constitucional conocerá de la inconstitucionalidad de los reglamentos en los siguientes casos: tratándose de reglamentos autoaplicativos, mediante el recurso de amparo; cuando exista un conflicto de competencia territorial, mediante el correspondiente instrumento; y cuando el gobierno utiliza la vía del artículo 161.2 de la Constitución respecto de disposiciones o resoluciones de órganos de las Comunidades Autónomas. Este último ejemplo es muy claro en la duplicidad de jurisdicciones, pues el gobierno cuando crea que un acto o disposición sin fuerza de ley de una Comunidad Autónoma es inconstitucional por razones distintas a la invasión de competencias, podrá impugnarlo directamente ante el Tribunal Constitucional o ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por su parte, los jueces y tribunales ordinarios conocerán, además del control ordinario de legalidad, de la inconstitucionalidad de los reglamentos cuando éstos, sin vulnerar la ley, transgredan la Constitución.

Como fundamento para sostener lo anterior se encuentra el artículo 106.1 constitucional que impone a los tribunales la obligación de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa; la LOTC no señala nada al respecto y su falta de precisión no es prohibición para la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa; la consideración de que la Constitución es norma aplicable por los jueces y tribunales; y, finalmente, el artículo 6º de la LOPJ señala que los jueces y tribunales ordinarios deben inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución.

El problema es más agudo tratando de argumentar la expulsión del ordenamiento que puedan realizar los tribunales ordinarios. A este respecto la Constitución no hace señalamiento alguno; por el contrario, su artículo 117.4 señala que tales tribunales no ejercerán más funciones que las atribuidas por ley. Ante esto, cabe exponer, como lo hace Gómez Montoro, el principio de jerarquía normativa y el de sometimiento del juez al orden jurídico. Además, acudiendo a la Ley de Procedimiento Administrativo (artículo 47) y a la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado (artículo 28) se podría argumentar una aplicación extensa del criterio de ilegalidad como causa de nulidad de actos y reglamentos. Esto último teniendo

también en consideración la Constitución que es posterior a ambos textos legislativos.

### *3. Participación de jueces y tribunales en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*

Esta participación funciona en tres aspectos. El primero es la obligación general de respeto que de los derechos fundamentales deben hacer todos los jueces en los procesos ordinarios que conozcan, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución respecto de la vinculación a los poderes públicos. Se cubren con esta obligación los derechos y libertades del capítulo segundo del título primero de la Constitución. Si esta protección se ejerciera verdaderamente, muchos de los problemas de agobio de trabajo del Tribunal Constitucional por motivo del recurso de amparo, no serían tales.

El segundo lo constituye la primera instancia del juicio de amparo, o amparo judicial ordinario, a la que alude el artículo 53.2 de la Constitución española y que consiste en un procedimiento preferente y sumario seguido ante los tribunales ordinarios. La ley que debe regular este procedimiento no se ha dictado todavía, siendo aplicable la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, según lo establece la disposición transitoria segunda de la LOTC. Aquí se protegen los derechos de la sección primera, más los del artículo 14 (igualdad) y 30.2 (objeción de conciencia).

El tercero lo constituye la segunda instancia o recurso de amparo que se tramitará ante el Tribunal Constitucional. Esta es una tutela de carácter subsidiario, salvo el caso del artículo 42 LOTC.

#### *El recurso de amparo*

La relación entre jurisdicciones se presenta en el recurso de amparo del que conoce el Tribunal Constitucional porque éste procede contra las resoluciones judiciales emitidas por los tribunales ordinarios. En efecto, el artículo 43.1 de la LOTC señala que procede el amparo contra los actos del Poder Ejecutivo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente, y el artículo 44.1 de la misma Ley señala la procedencia del amparo contra actos del Poder Judicial siempre que se hayan agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

Pues bien, es este aspecto el que, aunado al derecho a la tutela judicial efectiva y a las garantías procesales a que hace referencia el artículo 24 de la Constitución, ha desorbitado el número de recursos de amparo presentados, ya que en fin de cuentas cualquier acto, judicial o no (pero que necesariamente habrá de ser impugnado en vía judicial), puede tener que ver con los anteriores aspectos.

Este no es el momento para desarrollar la problemática de esta materia tan compleja. Lo que sí queremos señalar es que aquí también se han superpuesto las jurisdicciones, ya que el Tribunal Constitucional en ocasiones ha llegado a realizar las funciones de una última instancia casacional,<sup>26</sup> a pesar de las disposiciones constitucionales y legales que propugnan porque el amparo sea, además de un instrumento para la protección de los derechos fundamentales, un instrumento de depuración normativa y no de jurisdicción plenaria. Así, el artículo 117.5 de la Constitución señala la unidad jurisdiccional, pero el 117.3 del mismo texto fundamental, hace ver que sólo los jueces y tribunales determinados por la ley tienen el ejercicio jurisdiccional en todo tipo de procesos, correspondiéndole al Tribunal Supremo, de acuerdo con el artículo 123.1, ser el órgano superior en todos los órdenes, salvo el de garantías constitucionales.

La LOTC, por su parte, prohíbe (en su artículo 44.1.b) que el Tribunal Constitucional conozca de los hechos y limita la función del mismo, en amparo contra resoluciones jurisdiccionales, a concretar si se han violado derechos o libertades, absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales (artículo 54).

Sin embargo, el problema subsiste debido, en gran medida, a la constitucionalización en el artículo 24 de las garantías procesales (producto de la experiencia totalitaria de la posguerra) y a su inclusión dentro de los derechos fundamentales, lo cual tiene como consecuencia que cualquier resolución judicial pueda ser impugnada por vulnerar tales derechos fundamentales procesales y, por consiguiente, que respecto de ellas proceda el recurso de amparo.

Aunado a ello, en el mencionado artículo (24.1) se incluyó lo que los constituyentes denominaron derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, fórmula jurídica que el Tribunal Constitucional ha tratado de delimitar (incluso como derecho fundamental que es,

<sup>26</sup> Cfr. Oliva, Andrés de la, "El Tribunal Constitucional como última instancia jurisdiccional", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, núm. 23, 1982, pp. 337-364.

también ha tratado de delimitar su contenido esencial), aunque sus esfuerzos parecieran encaminados a una utilización discrecional que le permita marcar la pauta en competencias que le son propias a la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, a pesar de todo ello se ha intentado dar soluciones al alud de amparos que están ingresando al Tribunal Constitucional. Causa de ello fue el otorgamiento a la jurisdicción ordinaria de un recurso de casación por motivos de infracción de precepto constitucional (artículo 5.4 de la LOPJ). Sin embargo, además de los problemas procesales que trajo consigo, no ha resultado suficiente.

Otro intento por aliviar esta situación se produjo con la Ley Orgánica 6/88 publicada el 11 de junio del mismo año, por la que se permite que la inadmisión se acuerde ya no por auto, pues ocupa mayor tiempo, sino por providencia (y por lo tanto sin motivación), lo cual no deja de ser cuestionable. Además, puede determinarse de plano (sin trámite alguno) y sólo puede recurrirla el Ministerio Fiscal. Esta reforma tampoco ha logrado resolver el problema, si bien lo ha minorado.

#### *4. Vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

La eficacia vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional se fundamenta en los siguientes preceptos: 38.1 de la LOTC, que dispone la vinculación a todos los poderes públicos de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad; 87.1 del mismo ordenamiento, que señala la obligación de cumplir lo que el Tribunal Constitucional resuelva; y, finalmente, el 5.1 de la LOPJ, que establece que los jueces y tribunales al interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, lo harán conforme a la interpretación que de los mismos haga el Tribunal Constitucional.

Además de las anteriores disposiciones, resulta importante señalar dos preceptos en especial. Por un lado, el artículo 161.1.a de la Constitución al disponer el fundamento de la competencia del recurso de inconstitucionalidad, señala que la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a la misma, si bien la sentencia recaída no perderá el valor de cosa juzgada.

Pues bien, lo que sucede es que en el debate del constituyente se previó la posibilidad de revisar la jurisprudencia del Tribunal Su-



premo por causa de inconstitucionalidad, tomando en cuenta que la misma tiene en España carácter de fuente del derecho, de acuerdo con el título preliminar del Código Civil. Esta introducción fue objeto de discrepancia por parte del Congreso y del Senado pasando, la misma, a manos de la Comisión Mixta que dejó la proposición vacía que actualmente existe.<sup>27</sup>

Por otro lado, el artículo 40 de la LOTC después de señalar en el apartado primero los alcances de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, precisa, en el apartado segundo, que la jurisprudencia de los tribunales sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional, se entiende corregida por la *doctrina* derivada de sus sentencias y autos que resuelven los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad.

Esta alusión a la doctrina contenida en sus sentencias se ha aplicado en el caso de las sentencias interpretativas (que no declaran la inconstitucionalidad si el precepto se interpreta de determinada manera), lo que significa una referencia a la *ratio decidendi* que no forma parte del fallo y que por consiguiente sólo tiene fuerza vinculante, ya que al no declararse la inconstitucionalidad de la norma, no valdría frente a todos.

También cabe la consideración de que tales razonamientos jurídicos aunque son el fundamento de la decisión, en realidad forman parte inescindible de él, por lo que no cabría hacer la anterior distinción.<sup>28</sup>

De todas maneras, con este precepto (junto a la vinculación de los poderes públicos) se evita lo que en Italia se conoció como la guerra de las dos cortes, en donde la Corte de Casación se negaba a cumplir las resoluciones de la Corte Constitucional, aduciendo que los jueces están sometidos sólo a la ley y que la eficacia *erga omnes* únicamente se atribuye a las sentencias declarativas de inconstitucionalidad de una ley y, por lo tanto, no le obligaba la interpretación impuesta en la sentencia de la Corte Constitucional por lo que, sosteniendo una interpretación distinta a la declarada inconstitucional, volvía a plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

27 Cfr. Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel, "Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, enero-febrero de 1979, pp. 163-165.

28 Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 4, p. 57.

## IV. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

De lo expuesto hasta ahora se deduce que los órganos de la jurisdicción constitucional en España, en cuanto órganos que aplican e interpretan la Constitución, son el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios en los casos que ya señalamos.

De esta forma, la denominación de jurisdicción constitucional aplicada normalmente al Tribunal Constitucional, puede no resultar correcta en España. Por ello es mejor hablar de justicia o control constitucional, vocablos que, por otra parte, merecen un comentario.

Antes de ello, como señala Aragón Reyes,<sup>29</sup> es preciso descartar algunas denominaciones. Así, la de defensa de la Constitución (Carl Schmitt) es muy amplia pues engloba cualquier reacción, normal o excepcional, contra un ataque lícito o ilícito a la Constitución. La de garantía de la Constitución, empleada en la Constitución de 1931 y en la actual de 1978 (artículo 123.1), podría confundir la protección con las medidas a tomar. La de control de la constitucionalidad de las leyes queda reducida a estas últimas.

Por último, la denominación de control de constitucionalidad resulta pertinente en tanto se considere como una consecuencia jurídica de una cualidad también jurídica de la Constitución, como es su carácter de supralegal. Por otro lado, la denominación de justicia constitucional es oportuna si consideramos el vocablo de justicia como sinónimo de judicial, pero, además, si queremos traer a colación el carácter axiológico que estos instrumentos puedan tener<sup>30</sup> y si queremos incluir algunos otros instrumentos u organismos, como el *Ombudsman* escandinavo o el Consejo Constitucional Francés.

Edgar CORZO SOSA

<sup>29</sup> Cfr. su artículo "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, enero-febrero de 1979, pp. 171-172.

<sup>30</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1968, pp. 13-15.