

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y SU CONFLICTO CON EL TRIBUNAL SUPREMO. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA

Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO DE CAVIEDES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Tribunal Constitucional español*. III. *La “guerra de los tribunales”*.

I. INTRODUCCIÓN

Se rinde con este trabajo el merecido homenaje al ilustre maestro procesalista don Héctor Fix-Zamudio,¹ mediante una obra dedicada al derecho procesal constitucional,² con ocasión del cumplimiento de los 50 años de la publicación del primer trabajo elaborado al respecto por este profesor y del posterior desarrollo científico de esta disciplina jurídica.

* Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad de Zaragoza; profesor tutor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

¹ Sirva este trabajo como muestra de reconocimiento y homenaje personal a este maestro y estudioso incansable del derecho procesal y precursor riguroso de esta disciplina del derecho procesal constitucional. Es un honor y una inmensa satisfacción volver a participar con ello en un trabajo como éste, mediante el que se sigue ahondando en los fundamentos y los lazos de unión y colaboración, humana y científica, entre los países de esta querida comunidad iberoamericana.

² Sobre el derecho procesal constitucional y nuestra concepción sobre él, en el ámbito de la teoría general (su naturaleza y contenido, sus vínculos con el derecho procesal y el derecho constitucional, y su configuración como disciplina jurídica autónoma y específica), véase Gutiérrez de Cabiedes, P., “Derecho procesal constitucional y protección de los intereses colectivos y difusos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, pp. 2179-2182.

En el ámbito de esta obra, se dedica el presente trabajo al estudio del Tribunal Constitucional de España, de la posición que como institución en el seno del Estado español ocupa y de su ámbito de competencias en el mismo, para abordar tras ello la cuestión de trascendental relevancia práctica, jurídico-constitucional y política del conflicto competencial que se ha planteado en este país entre el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS), que se ha dado en llamar la “guerra de los tribunales”, y que está, a su vez, vinculada a la también fundamental cuestión y reto —como en otros países— de la reforma del amparo constitucional.

Con ello, se rinde el merecido tributo al maestro procesalista, del mejor modo en que ello puede hacerse: cooperando en el asentamiento y fortalecimiento científico y práctico tanto de la disciplina jurídica del derecho procesal constitucional, a la que tanto empeño y estudio riguroso ha dedicado, que le sitúan como precursor de esta rama del derecho, como de la comunidad jurídica iberoamericana,³ a la que igualmente ha brindado su atención y esfuerzo, con las fructíferas aportaciones por todos conocidas.

³ Resulta propicio destacar en este punto, como uno de los frutos y avances esenciales de ambas realidades (justicia constitucional y comunidad iberoamericana), la instauración de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional. Esta Conferencia integra en su seno a todos los tribunales, cortes y salas que imparten la justicia constitucional en los países de habla española y portuguesa de América y Europa. A partir de previas reuniones y experiencias (conferencias de Lisboa, 1995; Madrid, 1998; y Antigua, Guatemala, 1999), la Conferencia se institucionalizó en Sevilla en octubre de 2005, mediante la Declaración de Sevilla, aprobándose sus estatutos en Santiago de Chile en octubre de 2006. Esta Conferencia, su creación y la función que pretende desempeñar parten precisamente de la constatación, alcanzada en las reuniones de los tribunales, cortes y salas constitucionales iberoamericanos, de que, desde la diversidad de sistemas y modelos de control de constitucionalidad y de protección de los derechos fundamentales, los países integrantes de la misma forman una auténtica comunidad de justicia constitucional. El objeto de la conferencia es servir como foro y cauce de comunicación e intercambio de experiencias e información entre dichos tribunales y cortes, con la finalidad de reforzar los sistemas constitucionales mediante la reafirmación de postulados comunes, dando con ello mejor respuesta a las exigencias crecientes en el ámbito de la justicia constitucional de los ciudadanos de los distintos países integrantes de la misma. Es, por tanto, naturalmente, un órgano de cooperación, no un órgano con jurisdicción constitucional supranacional.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. *Introducción*

A) El sistema de jurisdicción constitucional español es un sistema de jurisdicción constitucional “concentrado y especializado”, frente a la jurisdicción constitucional difusa o compartida con otras jurisdicciones.

Esta jurisdicción constitucional es ejercida en exclusiva por el Tribunal Constitucional. Puede decirse, en términos sintéticos, que la instauración y concepción del TC español responde al modelo austríaco, al albur del cual se instituyen en líneas generales los tribunales constitucionales europeos en la primera posguerra.

B) El Tribunal Constitucional español ha sido instituido por la Constitución Española de 1978 (CE), que lo contempla y regula en su título IX, artículos 159 a 165.⁴ Antecedente histórico de este Tribunal Constitucional es el Tribunal de Garantías Constitucionales, instaurado por la Constitución de 1931 y que existió durante la II República española y, por ello, de no muy dilatada existencia.

Las previsiones de la Constitución Española de 1978 sobre el Tribunal han sido desarrolladas por la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), que, de acuerdo con la propia Constitución (artículo 165), regula el funcionamiento del Tribunal, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.⁵ Esta Ley acaba de ser, precisamente, objeto de reforma mediante la Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo, que pretende reorganizar la edicación que el TC otorga a cada una de sus funciones, para cumplir adecuadamente su misión constitucional, con aspectos de relevancia para la cuestión aquí tratada.

C) En cuanto a su composición, el Tribunal Constitucional está integrado por doce miembros, quienes ostentan el título de magistrados del Tribunal Constitucional. Son nombrados por el rey mediante real decreto, si bien en su designación intervienen tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Así, ocho miembros son nombra-

⁴ Se constituyó solemnemente bajo la presidencia de Su Majestad el rey el 12 de julio de 1980 e inició el ejercicio de su jurisdicción el 15 de julio de 1980.

⁵ A su vez, en virtud de la potestad reglamentaria reconocida por su propia Ley Orgánica (artículo 2.2, LOTC), el Tribunal ha dictado, 5 de julio de 1990, el vigente Reglamento de Organización y Personal, que regula su actividad.

dos a propuesta de las cámaras que integran las cortes generales (cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado), dos miembros por el gobierno de la nación y dos por el Consejo General del Poder Judicial (máximo órgano de gobierno de la judicatura).

D) En lo que hace al estatuto de sus miembros, cabe destacar que la designación para este cargo se hace por nueve años, debiendo recaer en ciudadanos españoles que sean magistrados o fiscales, profesores de universidad, funcionarios o abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

Los magistrados del TC tienen un rígido régimen de incompatibilidades, que la CE señala como añadidas a las propias de los miembros del Poder Judicial.⁶ Y como contrapartida y garantía de su alta función tienen salvaguardada su independencia e inamovilidad durante el ejercicio de su mandato (artículo 159, CE).

2. Naturaleza, posición institucional y ámbito de competencias

A) La LOTC precisa ya en mayor grado que el Tribunal Constitucional es “independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”, “intérprete supremo de la Constitución” (artículo 1.1), “único en su orden” y que “extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional” (artículo 1.2). De ello puede deducirse que es un órgano constitucional, exclusivo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, e independiente, a su vez, de cualquier otro.

De esa independencia y única sumisión a la CE y a su propia Ley Orgánica, así como de la distinta ubicación sistemática y regulación que ya se contenía en la carta magna se infiere que este órgano no forma par-

⁶ La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal; y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás —establece el artículo 159.4, CE— los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial. Esa mención separada —incompatibilidad con el ejercicio de la carrera judicial y incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial— es una razón añadida a la diferente naturaleza del Poder Judicial y del TC, de la que tratamos con posterioridad.

te del Poder Judicial. Así, la CE contiene una regulación por separado de aquel poder, al que dedica el título VI “Del Poder Judicial” (artículos 117 al 127), y a este Tribunal, al que atiende —como se ha dicho— en el título IX.⁷ Con esta diferencia de ubicación y regulación constitucional, la carta magna comienza ya por destacar su diversa naturaleza (aunque deba advertirse ya desde este momento que ello no obsta a que ambos puedan ejercer función jurisdiccional). No en vano, el Poder Judicial tiene su propia ley orgánica, la Ley Orgánica 6/1985, del 1o. de julio, del Poder Judicial (LOPJ), aprobada años más tarde, en la que se disciplina en detalle este Poder. En la cúspide de su organización está el TS, que, como ya establecía también la CE, es “el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (artículo 123).

B) Mucho se ha escrito y discutido sobre la naturaleza del TC, en España como en otros ordenamientos. Sintéticamente, cabe señalar que se contraponen dos teorías al respecto: la de la naturaleza jurídica de este órgano, y la de la naturaleza política del mismo. Y puede concluirse —también sintéticamente— en cuanto a esta cuestión que el TC español es un órgano constitucional, que ejerce indudablemente una verdadera función jurisdiccional, mediante procedimientos de esa misma naturaleza y con las notas y garantías típicas de esa función, como se ha encargado de señalar por lo demás el propio Tribunal.⁸ Que las decisiones de este Tribunal puedan tener y tengan una innegable carga y repercusión política (lo cual tampoco sucede sólo con éste), no hace que la función que ejerza deje de ser jurisdiccional, ni lo convierte en un órgano político.

⁷ Debe observarse la diversa —e incluso distante— ubicación constitucional del Poder Judicial y del TC (aunque también deba advertirse que este criterio “sistemático” puede no ser determinante o “infalible”). Así, repárese en que se encuentra ésta separada por la disciplina constitucional de cuestiones tan diversas como el título VII, dedicado a la economía y hacienda, y el título VIII, sobre la organización territorial del Estado.

⁸ Véase, por todos, Cerdón Moreno, F., *El proceso de amparo constitucional*, 2a. ed., La Ley, 1992, pp. 10-18. El propio TC ha señalado, en su temprana STC 9/1981, del 31 de marzo, que él “no forma parte del Poder Judicial y está al margen de la organización de los tribunales de justicia, como la propia Constitución pone de manifiesto al regular en títulos diferentes unos y otros órganos constitucionales”, si bien este Tribunal “actúa, especialmente en los procesos de amparo, como tal Tribunal y con base en un procedimiento de carácter jurisdiccional, bien que regulado de manera especial en su Ley Orgánica” (fj 2o.).

C) La CE establece cuáles son las atribuciones —el ámbito competencial— que otorga al TC. Así, su artículo 161 dispone que el TC es competente para conocer:

- a) Del recurso de *inconstitucionalidad* contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley.
- b) Del recurso de *amparo* por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c) De los *conflictos de competencia* entre el Estado y las comunidades autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas. Al albur de esta cláusula, la LOTC ha operado una relativa extensión de las competencias esenciales establecidas por la CE.

Puede decirse que, en el ejercicio de las atribuciones mencionadas en los incisos a, c y d, el TC actúa como juez exclusivo (de la constitucionalidad de las leyes⁹ y de los conflictos competenciales entre órganos territoriales del Estado); y que en el ejercicio de la competencia atribuida en el apartado b, actúa como juez supremo de la protección de los derechos y libertades fundamentales, con una función compartida con los tribunales de la jurisdicción ordinaria, que también pueden y deben tutelar esos derechos y libertades fundamentales e interpretar las normas constitucionales; si bien quien ostenta la supremacía en ese ámbito compartido —y sólo en ese ámbito— es el TC, que es por ello garante e intérprete supremo —que no único— de la Constitución —que no de todo el ordenamiento jurídico—.

D) Por ello, en cuanto a la posición institucional de este órgano constitucional, puede decirse, en términos gráficos, en lo que aquí importa, que el TC es un órgano que no es ni “superior” ni “inferior” al TS: están en ámbitos distintos. Cuestión distinta es que para acceder al mal llamado “recurso” de amparo sea presupuesto previo, de procedibilidad, haber agotado la vía judicial previa (precisamente, para que los tribunales de la jurisdicción ordinaria puedan proveer a esa tutela, preservando el carácter subsidiario de la actuación del TC); y que ello en la práctica se con-

⁹ Ello sin perjuicio de que se establezca en el ordenamiento español que los Tribunales ordinarios puedan inaplicar una ley preconstitucional, si la consideran contraria a la Constitución y por ello derogada tácitamente por ésta.

crete en que en muchos casos el proceso haya sido resuelto por el TS, en vía de casación, como última actuación anterior a la del TC. Así como que, aunque su relación sea de “horizontalidad”, el hecho de la preeminencia de la norma constitucional —por la que es función del TC velar— sobre la legalidad ordinaria, cause como efecto práctico jurisdiccional el que éste parezca situado con relación de “verticalidad” respecto de aquéllos, incluido el TS.

Y en cuanto a lo que interesa a este trabajo, la inserción en nuestro ordenamiento y en el orbe de los tribunales en sentido lato de un órgano que ejerce funciones jurisdiccionales, y que tiene facultades de anulación de las resoluciones dictadas por los tribunales ordinarios, produce una lógica colisión con quien ha ostentado una tradicional y prolongada posición de supremacía jurisdiccional: el TS. De ella tratamos en las líneas que siguen.

III. LA “GUERRA DE LOS TRIBUNALES”

Es, como hemos adelantado, en el ámbito de la relación entre el TS y el TC donde se ha producido el fenómeno que se ha denominado la “guerra de los tribunales”, que no es exclusivo —naturalmente— del ordenamiento español, y que se ha producido también en otros países.

Así, en el ámbito europeo, se ha hablado en Italia de la “guerra fra le due Corti” para aludir al conflicto que se produjo entre la Corte Costituzionale y la Corte de Cassazione en las décadas de los años sesenta y setenta. Y se han producido también situaciones de disfunción en el encaje de la jurisdicción constitucional en otros países, como Alemania.

1. *La génesis y las razones del conflicto*

A) *De naturaleza y concepción ideológica.* Tras la creación en España del Tribunal Constitucional, que se añadió como “alto tribunal” del Estado al ya existente Tribunal Supremo, diversas notas contrapusieron rápidamente a uno y otro órgano. Al TS se le suponía, por su composición (edad y formación de sus magistrados, momento de incorporación y tiempo de permanencia en la carrera judicial, legalidad que habían venido aplicando y ámbito en que la habían desarrollado: régimen autocrático del general Franco) una concepción y visión más tradicional o conservadora (califica-

da por algunos como más rigurosa o estrictamente jurídica), y al Tribunal Constitucional, por análogas razones de composición (extracción y designación por cámaras y gobierno democráticos, norma que inspiraba su actuación), una concepción y actuación más avanzada o progresista (calificada por aquéllos de más política y menos técnico-jurídica).¹⁰

En cualquier caso, el TC emprendió su función, en 1981, con un régimen democrático de libertades recién instaurado, y con un ordenamiento jurídico compuesto de muchas leyes y normas preconstitucionales, lógicamente inspiradas en principios y valores distintos de los instaurados y emanados de la carta magna de 1978. Ello exigía (además de una actividad declarativa de inconstitucionalidad), una constante actividad interpretativa acorde (y una “interpretación adecuada”) con los nuevos principios, valores, derechos y garantías constitucionales (en buena medida, “transformadora”), que, si bien podían y debían realizar también los tribunales ordinarios, sí puede decirse que estaba en mejor posición, disposición y predisposición para llevarla a cabo el TC. Así, la novedosa atribución de jurisdicción al TC para la tutela de los derechos fundamentales y las normas constitucionales, de reciente instauración, supuso el ejercicio de esa atribución y jurisdicción en ocasiones (mediante el amparo constitucional) teniendo que vencer planteamientos no acordes—inconsciente o deliberadamente— con las exigencias constitucionales, con su normatividad directa y su preceptiva aplicación; es decir, planteamientos o dificultades de intelección de la instauración de una Constitución que era y es normativa y jurisdiccionalizada: verdadera norma jurídica, fundamental y suprema, vinculante y directamente aplicable.¹¹

¹⁰ Véase Tomas y Valiente, F., “Poder Judicial y Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, núm. especial, XI, pp. 20 ss.; Gimeno Sendra, V., “De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”, *La Ley*, núm. 7, 2001, p. 1364, que habla de causas ideológicas y corporativas del conflicto, destacando que las primeras provenían del “conservadurismo” del TS, frente a un Tribunal de fuerte procedencia universitaria, llamado a consolidar el derecho de defensa y el sistema acusatorio. Aprecia también este autor que “estos elementos... han pasado afortunadamente a la historia”, por la incorporación al TS “de no pocos magistrados progresistas”.

¹¹ Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, P., Recensión al libro de Juan Fernando López Aguilar, *La Justicia y sus problemas en la Constitución. Justicia, jueces y fiscales en el Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1996; “Monográfico. El Poder Judicial”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 8 y 9, 2001-2002, pp. 283-290 y la propia obra recensionada, de la que es autor quien ha sido hasta fechas recientes ministro de Justicia del Gobierno de España, y que escribió antes de serlo.

En ese ámbito de los principios se produjeron los primeros motivos de confrontación entre ambos tribunales; y, concretamente, en uno de los sectores del derecho donde la emanación de los nuevos principios y garantías constitucionales tiene una más honda relevancia y proyección: el ámbito penal. De ahí que se produjera en aquel momento la colisión con resoluciones de la sala segunda (Sala de lo Penal).

En la actualidad, dicho motivo no existe ya como tal, por la renovación profunda de la composición del TS, tras treinta años de vigencia de un régimen de Estado social y democrático de libertades y porque no cabe albergar ya dudas de que los tribunales ordinarios tienen idéntica aptitud y actitud, disposición y praxis, en la tutela de los principios, derechos y garantías constitucionales. Por ello, también resulta necesario decir hoy que no resultan justificadas predisposiciones inversas, en el sentido de prejuicios favorables o justificaciones injustificadas sobre todo cuanto realice o pueda realizar el TC,¹² tan propia del enfoque —comprensible— de los constitucionalistas.

Cuando más, cabría decir que pudiese subsistir este motivo en el “subconsciente colectivo” y en la inercia orgánica, corporativa o competencial de cada tribunal. Considero que la mejor solución para su evitación y no prolongación —añéndome ahora a esta causa— es el de la intercomunicación entre la composición de ambos órganos. Y, dada la práctica preeminencia final del TC, que entre los magistrados de este Tribunal terminen integrándose algunos de quienes fueron magistrados del TS (que se supone incorporarán aquel enfoque y sensibilidad orgánica, institucional y jurídica). Así se ha hecho ya, integrando, *v. gr.*, en la actualidad el TC quien fuera presidente del TS, y exponente principal de las quejas de éste frente a las intromisiones del TC en su función exclusiva.

¹² Gráficamente se ha dicho que “en cualquier caso, los excesos en que el TC puede parecer que incurre, o si se quiere, en los que incurre, aunque habría que justificar la existencia del exceso caso por caso, en el ejercicio de la competencia que para la tutela de los derechos fundamentales le ha sido atribuida, no pueden oscurecer el hecho decisivo de que esa atribución facilitó desde el primer momento que la jurisprudencia constitucional rectificase en profundidad viejos y superados planteamientos judiciales que, por pura inercia histórica, negaban la aplicación directa de la Constitución, incluso en materia de derechos fundamentales, cuando no la propia normatividad directa del texto constitucional”. Véase Fernández Farreres, G., *El amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Comentarios al título III de la LOTC*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 18. No obstante, dada la superación de esa situación y necesidad, que exponemos en el texto, cabría decir que, a día de hoy, esos excesos y extralimitaciones —contrarios al sistema constitucional— sí podrían oscurecer la labor y función del TC.

B) *Estatutarias o corporativas*. Durante algunos años existió una causa estatutaria o corporativa de desazón y resquemor, por agravio comparativo, entre los miembros del TS y los del TC. Y ello tanto por la razonable pretensión de los primeros de una equiparación retributiva con los segundos, como por determinadas deficiencias en medios personales y materiales que afectaban a la labor del TS.

Pero también tales circunstancias han desaparecido. A partir de la reforma de la LOPJ, operada en 1997, se produce aquella mejora y “dignificación” demandada, mediante la regulación del estatuto de la figura o categoría del magistrado del Tribunal Supremo, de cuya mano llega la mencionada equiparación, acompañada de medidas que dotan de una mejor infraestructura material al TS.

Por ello, nos centramos en la última causa enumerada, la técnico-jurídica y sistémica, que es la que hace al ámbito competencial o de alcance de jurisdicción de cada uno de los tribunales, y que es la que ha seguido produciendo las disfunciones y tensiones a las que se refiere este trabajo.

C) *De ámbito competencial*. De entre las atribuciones que tiene conferidas el TC que han quedado enunciadas en el apartado anterior (control de constitucionalidad, conflictos de competencia y recurso de amparo), las controversias que se han suscitado entre los dos altos tribunales han surgido casi exclusivamente en el ámbito del recurso de amparo (a diferencia de las tensiones producidas en otros países, como Italia);¹³ y en su seno, en los amparos solicitados frente a resoluciones judiciales (los del artículo 44, LOTC), dada la amplitud de su ámbito material de protección, en su regulación normativa e interpretación jurisprudencial.¹⁴

En éstas (a diferencia de lo que sucede con las demás, que fiscalizan y anulan en su caso actuaciones de otros poderes del Estado), la resolución estimatoria del amparo comporta la revocación de resoluciones del Poder Judicial, en la cúspide del cual se sitúa el Tribunal Supremo.

Teórica y normativamente, el ámbito de atribuciones —jurisdicción— de cada uno de los altos tribunales está claramente establecido. El TS,

¹³ En Italia, en cambio, el conflicto entre las dos cortes se ha producido en el ámbito de las sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad, en relación con los efectos de éstas (su alcance y efectos, y la vinculación a ellas de los tribunales ordinarios). Y, sobre todo, respecto de las sentencias interpretativas “positivas”, desestimatorias del recurso.

¹⁴ *Cfr.*, al respecto, Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales. Dos ensayos*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 8 y 9.

como tribunal de casación que es, tiene por función velar por la interpretación y aplicación correcta y uniforme de la ley en todo el territorio nacional (artículos 123 de la CE y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El TS culmina la organización de la jurisdicción ordinaria. Y son facultades propias de esta jurisdicción ordinaria —bueno es concretarlo, porque muy a menudo se omite o desconoce, moviéndose en el ámbito genérico y tópico— ejercidas únicamente por los tribunales que integran el Poder Judicial: la determinación y libre valoración de los hechos, la selección de la norma aplicable y su interpretación, y la subsunción de los hechos en la norma aplicable.

Corresponde al TC, en cambio, mediante el proceso de amparo, la tutela constitucional de los derechos fundamentales (artículos 161 b, CE y 2.1 b, LOTC).

Por tanto, en términos gráficos, no es función del TC establecer la interpretación o aplicación correcta de la ley (eso pertenece al ámbito de la legalidad, competencia exclusiva de los órganos del Poder Judicial o jurisdicción ordinaria); lo que le corresponde es dilucidar, en su caso, si una interpretación es conforme a las exigencias constitucionales: o, de modo más preciso, cuando una determinada interpretación o aplicación es contraria a la Constitución.

Sin embargo, en la práctica, esas “líneas rojas” (es decir, estos ámbitos o términos de separación, recién puestos —siguiendo con la metáfora cromática— negro sobre blanco) no son tan nítidas y se desdibujan por diversas razones:

a) Por una parte, porque las “actuaciones de la jurisdicción ordinaria” pueden terminar teniendo “relevancia constitucional”, por incidir una determinada resolución judicial de valoración o de interpretación o aplicación de la ley en el ámbito de los derechos o las garantías constitucionales. Ello da cuenta de la labilidad, permeabilidad o nebulosidad de la teórica distinción radical y nítida entre legalidad y constitucionalidad.

b) Por otra parte, porque ciertos derechos fundamentales son lo que se llama “derechos fundamentales de configuración legal”, lo cual quiere decir que son consagrados con rango constitucional fundamental por la carta magna, pero su regulación es desarrollada por leyes ordinarias (orgánicas). En tales casos, el TC, en cumplimiento de su función de tutela y garantía de la norma fundamental, debe ejercer el examen e interpreta-

ción de la ley (de rango ordinario, pero relevancia constitucional), lo cual puede ser visto como una intromisión en el ámbito de la legalidad ordinaria.

c) Y, por último, porque los tribunales de la jurisdicción ordinaria (esto es, del Poder Judicial), también inciden indirectamente o se pronuncian expresamente, de forma inevitable, sobre derechos y garantías constitucionales, fundamentales o no; y deben, asimismo, velar por la debida protección de los derechos fundamentales (como derechos y como parte del ordenamiento que son) de forma previa al proceso de amparo constitucional, del que el proceso de “tutela ordinaria de los derechos fundamentales” es siempre presupuesto previo, siendo aquél subsidiario a éste.

En todos los casos, los tribunales ordinarios, incluido el TS, deben interpretar el ordenamiento (la legalidad ordinaria y las normas constitucionales) de acuerdo con los principios y preceptos constitucionales: y, en la práctica, obsérvese, de conformidad con la interpretación que de ellos haya realizado el TC. Así lo dispone el artículo 5.1, LOPJ, precepto que es pura derivación de la consideración de la Constitución como norma suprema del ordenamiento y del TC como “intérprete supremo de la Constitución” (artículo 1.1, LOTC), pero que no deja de ser un factor de limitación (y de fricción) entre ambos “órganos supremos”. Y es que resulta ineludible la circunstancia de que, toda actuación o interpretación tutelar del TC, de sentido distinto a la previa de la jurisdicción ordinaria, comporta la revocación —anulación— de ésta, con la significación de que la decisión de aquella jurisdicción es contraria a la Constitución y ha vulnerado un derecho fundamental, y con la especial carga orgánica o institucional que ello tiene si ese Tribunal ha sido el TS.

De todas formas, las fricciones o desavenencias se han producido de modo destacado —como veremos— cuando el TC, actuando en principio su función de máximo garante de los derechos fundamentales, se ha adentrado en consideraciones y resoluciones pertenecientes al ámbito de la legalidad ordinaria, lo cual ha provocado —cuando ello comportaba además la anulación de la resolución del caso concreto llevada a cabo por el TS, máximo tribunal en ese ámbito— la queja o crítica del TS; e incluso una actuación “rebelde” de este último Tribunal ordinario a avenirse a los efectos derivados de la resolución del Constitucional, lo cual ha suscitado los referidos roces y casos de conflicto institucional entre ambos “máximos tribunales”.

2. *Los principales casus belli. El leading case*

1. El primero de los capítulos más sobresalientes de esta tensión institucional entre el TS y el TC españoles se produce a partir de la STC 7/1994, del 17 de enero, que rectificó al TS en relación con el valor que debía darse a la negativa a someterse a las pruebas biológicas de paternidad. El TC no sólo decidió anular la sentencia de la Sala de lo Civil del TS, sino que, en vez de devolver las actuaciones a la misma para que ésta dictara nueva sentencia, declaró la firmeza de la resolución dictada por el tribunal inferior (la Audiencia Provincial de Madrid).

El caso fue llamativo, pues llegó a plantearse por magistrados de la Sala de lo Civil invocar el auxilio de Su Majestad el rey, “como máximo moderador del Estado”, apelando a la función arbitradora y moderadora (que ciertamente la CE le otorga). No obstante, ese inaudito modo de “dirimir la controversia” (que no es la vocación del artículo 56 de la CE donde se establece aquella función) no llegó finalmente a culminarse, por no remitirse al jefe del Estado el escrito en que a él se recurría. El malestar del TS llegó a expresarse, no obstante, y de forma explícita, en el mismísimo Discurso de apertura del año judicial de 1994, pronunciado por el entonces presidente del TS y del Consejo General del Poder Judicial.

2. Otro de los episodios más “sonados” de esta historia de roces y tensiones entre ambos tribunales tuvo lugar en el caso Herri Batasuna. La STC 136/1999, del 20 de julio, declaró nula la sentencia condenatoria dictada anteriormente por la Sala de lo Penal del TS contra la mesa nacional de dicho partido político, por delito de colaboración con banda armada, por haber cedido su espacio de publicidad electoral para la difusión de un video de la banda terrorista ETA. La decisión supuso la “ex carcelación” de los 22 miembros de la mesa de HB, que llevaban 20 meses en prisión.

La STC se basaba en la desproporción de la condena del TS impuesta a los miembros de la mesa en relación con la conducta juzgada, y en la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (no cabiendo en el Código Penal la aplicación de una pena por analogía) y a la presunción de inocencia.

3. Si hubiera de señalarse un *leading case* entre los que ahora estamos reseñando, ese sería en mi opinión, sin duda, la situación creada en el denominado caso Isabel Preysler. Una importante revista de difusión nacio-

nal había publicado un extenso reportaje en el que una ex empleada del hogar de tan conocida persona en España divulgaba datos y aireaba detalles pertenecientes al ámbito personal y doméstico de ésta.

Interpuesta por ella demanda de protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad y a la propia imagen, ésta fue estimada por el juzgado de primera instancia, con condena al pago de una indemnización de 5 millones de pesetas. La condena fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, considerando existente una vulneración del derecho a la intimidad e incrementando la reparación dineraria impuesta a 10 millones de pesetas.

Recurrida en casación la condena, la Sala Primera del Tribunal Supremo, mediante su sentencia del 31 de diciembre de 1996, estimó dicho recurso, anuló la sentencia de apelación y desestimó la demanda, absolviendo de ella a los demandados. El TS revocó la condena, considerando que los datos divulgados no constituían una vulneración del derecho a la intimidad,¹⁵ no entrando ya, por no ser preciso, en la cuestión de la determinación del quantum de la posible indemnización.

Interpuesto recurso de amparo por la afectada, por pretendida vulneración del aludido derecho fundamental, la STC 115/2000, del 10 de mayo, otorgó el amparo, anulando la STS por considerar lesionado el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de la recurrente en amparo.

Tras la anulación de la sentencia, como consecuencia del otorgamiento del amparo, y la consiguiente devolución de las actuaciones al Supremo para que volviera a dictar nueva sentencia, éste dictó la STS del 20 de julio de 2000, en la que, tras la consideración —formal y “obligada”—¹⁶ establecida por el TC de la existencia de tal vulneración del dere-

¹⁵ Señala el TS que “se puede afirmar que las frases aparecidas en el reportaje de la revista en cuestión eran como ... los granos que le salen en la cara, con frecuencia...”, “... llevar una determinada agenda de piel de cocodrilo”, así como detalles de los hábitos de lectura, de la ropa que posee en los armarios, el horario familiar y los menús, todos ellos referidos a la señora P. A., no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves a la intimidad, por ser afrentosos, molestos o simplemente desmerecedores desde un punto de vista de homologación social”.

¹⁶ En la sentencia se indica que “por segunda vez, en virtud de sentencia del Tribunal Constitucional la sala primera resuelve el recurso de casación”. Y que “esta sala debe proclamar que el reportaje aparecido en la revista *Lecturas* titulado «La cara oculta de Isabel Preysler» supone un ataque a la intimidad de la protagonista del mismo”.

cho fundamental, se afirmaba, no obstante, a continuación, en cuanto a la valoración pecuniaria de la responsabilidad, que debía resolverse: “Pues bien, las frases [ya reproducidas] se pueden calificar como insignificantes dada la enorme proyección pública de la afectada —hecho notorio—, por lo cual la valoración del daño moral producido puede ser mesurado en 25.000 pesetas”.

La afectada presentó entonces un escrito en el que plantea, alternativamente, un incidente por indebida ejecución de la sentencia constitucional por el TS; y con carácter subsidiario, formula recurso de amparo contra dicha sentencia, por entender que vulnera de nuevo el derecho a la intimidad de la recurrente (artículo 18.1, CE) e infringe el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24, CE). Ambas peticiones, basadas en dos motivos:

a) incumplimiento del mandato y la doctrina constitucional contenidos en la STC 115/2000, tanto en la motivación que le llevó a estimar el motivo de casación como en el resultado generado por la misma resolución.

En cuanto a la motivación, sostiene la recurrente que la STS no “modula” la responsabilidad indemnizatoria en función de la gravedad, sino que enjuicia de nuevo la intromisión al calificar de “insignificantes” determinadas frases del controvertido reportaje, utilizando un criterio valorativo rechazado por la sentencia constitucional, que considera que toda vulneración del derecho a la intimidad es grave; no teniendo en cuenta además la STS muchos otros datos de la intimidad de la demandante injustamente revelada al conocimiento público a los que alude expresamente la STC 115/2000. En cuanto al resultado, también la sentencia de amparo habría sido ejecutada indebidamente, ya que la única posibilidad de resarcimiento frente a intromisiones en el derecho a la intimidad, a diferencia de las intromisiones en el derecho al honor, reside en la indemnización pecuniaria, siendo evidente que una indemnización “simbólica” de 25.000 pesetas es tanto como no restituir al agraviado en su derecho a la intimidad (pudiendo la concesión de tal indemnización provocar en la agraviada unos efectos más perniciosos todavía que la denegación de la infracción). Con base en los argumentos anteriores se solicita una revisión del *quantum* indemnizatorio fijado por el Tribunal Supremo, pretensión a la que podría acceder el Tribunal Constitucional, según jurisprudencia anterior (STC 134/1999, de 15 de julio), puesto que la indemnización de 25.000 pesetas fue manifiestamente irrazonable y desproporcionada.

b) vulneración del artículo 24, CE (derecho a la tutela judicial efectiva) al efectuar el TS la valoración del *quantum indemnizatorio*.

Primeramente —y es relevante ponerlo de manifiesto precisamente en este trabajo— porque la Sala Primera del Tribunal Supremo se apartó de su propia doctrina, en virtud de la cual la Sala Casacional no tiene competencia para revisar el *quantum* de una indemnización. Y en segundo lugar, porque la sentencia del Supremo se apartó de forma inmotivada de la valoración realizada en la sentencia de instancia (Audiencia Provincial de Barcelona), limitándose a afirmar que “la difusión de la noticia y las ventajas reportadas no han podido ser cuantificadas económicamente”, sin entrar a analizar tal difusión ni el efecto obtenido.

Los dos motivos fundamentan también el recurso de amparo, interpuesto en el caso de que el TC no entendiera admisible el incidente por indebida ejecución, solicitando la recurrente que se anulara la STS y se declarara ajustada a derecho la indemnización de 10 millones de pesetas reconocida a su favor en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 12 de enero de 1993.

Por el contrario, los demandados consideraban que la STS había ejecutado correctamente la STC: declarando y haciendo un reconocimiento público de la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad apreciada por esta última y modulando la responsabilidad en atención a distintos elementos que exponía, con base en lo cual condenaba a los demandados al pago de una indemnización (que no corresponde al TC fijar). Por ello, en lo que aquí más importa, señalaban los recurridos que la admisión del amparo implicaría dejar vacío de contenido el recurso de casación y supondría una invasión de las competencias que sobre la materia tiene el Tribunal Supremo, última instancia en el enjuiciamiento civil (no existiendo un derecho con relevancia constitucional a recibir una determinada indemnización en caso de intromisión en la intimidad).

El TC entendió procedente tramitar la petición como recurso de amparo. Y resulta oportuno destacar que su resolución no es lo lineal y sencilla que se ha dado a entender en ocasiones; si bien, ciertamente, plantee la problemática aquí analizada en estado puro, con aristas discutibles.

Así, primeramente, desestima (fj 4o.) el amparo en cuanto a la pretensión de que la fijación de la cuantía por el TS vulnerara el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1, CE) por no proceder realizar tal fijación en casación. Sin embargo, sí estima, (fj 5o.) la vulneración de este derecho por “insuficiencia de motivación”, al haber procedido a revisar

la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial omitiendo datos esenciales contenidos en la STC y no teniendo en consideración los criterios o parámetros básicos legalmente exigidos.¹⁷ El TC afirma que la STS no tuvo en cuenta la difusión o audiencia del medio en el que se publicó el reportaje causante de la vulneración denunciada (estando acreditados dichos datos en autos), limitándose a señalar que “la difusión de la noticia y las ventajas reportadas no han podido ser cuantificadas económicamente”.

Y dado que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, la sentencia impugnada no satisface esas exigencias constitucionales de motivación.

Es más, la constatación de esa vulneración no le impide analizar si hubiera podido existir vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Es decir, si la STS reparó la primera vulneración del derecho a la intimidad o, al no hacerlo así, vulneró de nuevo este derecho. Este enjuiciamiento viene requerido por el hecho de que la falta o insuficiencia de motivación de una resolución judicial relativa a un “derecho fundamental sustantivo” se convierte en lesión misma de ese derecho (la motivación guarda una indisoluble relación con las exigencias dimanantes del respeto debido al derecho sustantivo, en este caso a la intimidad personal y familiar). Y, en el caso concreto, por la circunstancia de que en este caso el órgano judicial frente a cuya resolución se demanda el amparo se ha pronunciado ya por dos veces en relación con la denunciada vulneración del derecho a la intimidad. Esta lesión derivaría del carácter simbólico de la indemnización y del hecho de que la STS “se aparta de los criterios establecidos en la STC 115/2000 al delimitar el alcance del derecho y de la lesión sufrida”. Es decir, que “al revisar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial, la sentencia ahora impugnada partió de un entendimiento del derecho a la intimidad que no se ajusta a la interpretación que de tal derecho fundamental realizó este Tribunal en su

¹⁷ Debe aquí apuntarse que la LO 1/1982 establece en su artículo 9.3, como criterios para la valoración del *quantum* indemnizatorio, que la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, así como el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

sentencia, y que vincula a todos los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial (artículo 5.1, LOPJ)”.

El TC detalla (fj 8o.) los aspectos en los que se determina ese apartamiento, explicitando alguna consideración que podría en cualquier caso haberse suavizado en la forma —e incluso omitirse, pues ya era deducible de lo hasta entonces expuesto—, y que era susceptible de generar resquemor —de “levantar ampollas”— en el TS, agravando en éste la sensación de desaire: “al no considerar la Sentencia impugnada, ni aun tras el enjuiciamiento realizado en la STC 115/2000... y reiterar de nuevo una minusvaloración del quebranto sufrido por el derecho fundamental afectado en función del pretendido «carácter insignificante» de algunas frases del reportaje publicado”. Y con base en ello, alcanza una conclusión controvertida en cuanto al fondo: la sentencia “frente a la cual ahora se demanda amparo realiza una interpretación que, lejos de reparar el derecho vulnerado, lesiona de nuevo el derecho a la intimidad (artículo 18.1, CE), menoscabando así la eficacia jurídica de la situación subjetiva declarada en nuestra precedente sentencia”.

Pero lo que constituye sin duda el punto más controvertido de su resolución (en el *punctum dolens*, la verdad, pueden incluirse también las consideraciones transcritas en el párrafo anterior) es el alcance del fallo de la sentencia estimatoria del amparo. La STC 186/2001 considera (fj 9o.) que el otorgamiento del amparo, en este caso, no comporta sólo la declaración de nulidad de la sentencia impugnada (tipo de pronunciamiento establecido en el artículo 55 a, LOTC), sino que el restablecimiento de la recurrente “en la integridad de su derecho fundamental” (pronunciamiento del artículo 55.1 c, LOTC)¹⁸ exige, dadas las particulares circunstancias del supuesto enjuiciado en este caso, que el fallo no se limite a acordar la devolución de las actuaciones para que sobre ellas se produzca un nuevo pronunciamiento del TS. Al estarse ante un vicio “in indicando” y, a diferencia de lo acaecido en ocasiones precedentes, habiéndose ya pronunciado por dos veces al respecto el órgano judicial frente a cuyo último pronunciamiento se demanda amparo, el pleno restablecimiento del derecho a la intimidad personal y familiar exige aquí excluir dicha devolución con objeto de que la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles al resultar remitida a un proceso que puede prolongarse

¹⁸ Véase en general sobre esta cuestión, Gómez Amigo, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998.

indefinidamente y que, en consecuencia, por su misma duración, podría hacer ilusoria la obligada reparación del derecho fundamental lesionado. Con base en ello, la STC 186/2000 considera que procede declarar que, en cuanto al *quantum* indemnizatorio, ha de estarse en ejecución de su fallo a la cantidad acordada en concepto de indemnización por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 12 de enero de 1993, cuya fundamentación resulta acorde con las exigencias del derecho fundamental expresadas en la STC 115/2000.

La sentencia contiene un voto particular de dos magistrados que, compartiendo el otorgamiento del amparo en cuanto a la declaración de vulneración de la intimidad y nulidad de la STS, discrepa de la solución de que se entre en la sentencia a fijar la cuantía de la indemnización debida a la recurrente en amparo. Sitúa el centro de gravedad de la vulneración producida, ya antes, en el derecho a la tutela judicial efectiva, y considera que la solución correcta de dichas vulneraciones era la de que se devolvieran las actuaciones al Tribunal Supremo, para que, ejercitando la jurisdicción que le es propia, dictase nueva sentencia, atendida a las exigencias constitucionales vulneradas en la anterior anulada.

No obstante, conviene poner de manifiesto —para evitar una indebida simplificación de los términos del problema y del debate— la severidad también de algunas consideraciones del voto particular, en el que se señala que “el modo en que el Tribunal Supremo fija la indemnización, con un insólito esquematismo de argumentación, se asemeja más al propio de un órgano de primera instancia que a la respuesta a un debate procesal de casación, esperable en un recurso de tal tipo”. Y que, la consideración de que se produce la lesión del derecho fundamental de tutela judicial efectiva en un momento conceptual anterior —señala textualmente el voto discrepante— “resulta formalmente más radical si cabe”.

4. Otros de los casos más recientes han tenido lugar, nuevamente, en el ámbito penal, y con ocasión de la fiscalización constitucional —o, quizá sea mejor decir, por el TC— de la interpretación judicial de la ley penal, con vistas a evitar —al menos en teoría— una interpretación vulneradora del derecho fundamental a la legalidad penal (artículo 25, CE). Así, en dos sentencias recientes, el TC desautoriza la interpretación judicial de la ley penal: en un caso, la de que la interposición de denuncia o querrela interrumpe la prescripción del delito (STC 63/ 2005). Por otro, la de que en los casos de negocios realizados en fraude de ley se puede afirmar la existencia de un delito de defraudación tributaria (STC 120/

2005). En contra de esas interpretaciones, el TC sostiene que, conforme a la letra de la ley, sólo una actuación judicial motivada puede interrumpir la prescripción del delito; y que sólo en los casos de simulación, es decir, de ocultación del hecho imponible, puede afirmarse la existencia de una defraudación punible.

Ambos casos han provocado públicas manifestaciones de desacuerdo y protesta hacia la actuación del TC, hasta el punto de que la Fiscalía General del Estado sugiere a los fiscales no atender a la mencionada doctrina “constitucional” (o —nuevamente— del TC).

5. Lo negativo y preocupante de estos casos, o de otras actuaciones o situaciones controvertidas o con repercusión política en las que el TC se ha visto envuelto, no es sólo que hayan tenido lugar, sino que se hayan convertido en objeto de discusión e instrumento de lucha política, llegando a apuntarse a la existencia de irregularidades e incluso intereses espurios en el Tribunal o algunos de sus miembros.

6. Y, a la inversa, desde la perspectiva de este “conflicto”, se ha llegado a producir el enjuiciamiento de los magistrados del TC por parte del TS, a efectos de dilucidar su responsabilidad civil, e incluso criminal, que se les imputaba en virtud de una actuación jurisdiccional de aquéllos. Ello, al margen de constituir la actuación normativa prevista en el ordenamiento jurídico —por más que resulte llamativo y hasta significativo de una cierta patología en el funcionamiento práctico de las instituciones— se puede, y de hecho se ha leído, en clave de nuevos episodios de la “guerra de los tribunales”.

a) Así, en un fallo sin precedentes en la historia judicial española, la Sala de lo Civil del TS condenó a once de los doce magistrados del TC (el último no había actuado por enfermedad) a pagar un total de 5.500 euros, 500 cada uno de ellos, a un joven, pero célebre abogado, como responsables civiles de una conducta antijurídica por negligencia, consistente en no haber atendido debidamente un recurso planteado por éste.¹⁹

¹⁹ Este letrado mantenía su particular pugna con el TC, basada en su pretensión de que los letrados de este Tribunal, que integran un cuerpo que asiste en cuestiones técnico-jurídicas a sus magistrados, no puedan ser designados discrecionalmente —a dedo— por éstos, debiendo existir un concurso-oposición pública para cubrir esas plazas. Paradójicamente, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS había rechazado la tesis defendida por este abogado de eliminación del sistema de libre designación de los Letrados del TC; y contra esta decisión, el abogado interpuso un recurso de amparo ante el TC. En su escrito exigió la abstención de los doce magistrados que integran el Tribunal

En concreto, el Supremo entiende (en una decisión respaldada por diez de los once miembros que integran el Pleno)²⁰ que el TC no argumentó debidamente por qué inadmitió un recurso de amparo del letrado, considerando que los magistrados del TC incurrieron en una conducta negligente, al apreciar una “total falta de motivación en la resolución del TC, incluso con una literalidad inadecuada, pues no se examina la procedencia o no de admitir ese recurso de amparo. El contenido de la providencia —agrega la Sala— dejó al recurrente huérfano de una adecuada tutela judicial”. El fallo alude literalmente a la “negligencia” y a la “falta de diligencia” con la que actuó el TC, lo que conduce a una “culpa” suficiente para “declarar incursos en responsabilidad civil a todos los demandados”. El Supremo llega a afirmar que la Corona es la única institución inviolable y, en virtud del artículo 1902 del Código Civil, sanciona a los magistrados del TC a reparar el daño causado.

Con ello, se vienen a reabrir las viejas rencillas o heridas —nunca cerradas plenamente— entre el Supremo y el Constitucional, constituyendo estos episodios —se quisiera o no— nuevos capítulos de las maltrechas relaciones y de los mutuos reproches de ambos tribunales. Y apreciándose en estos hechos, en medios públicos, e incluso en el ámbito del propio TC, una “venganza” del TS hacia el TC en la pugna que ambos habían mantenido.

b) En cuanto a la responsabilidad criminal, el Tribunal Supremo decidió archivar la denuncia interpuesta a partir de esta sentencia, por un presunto delito de prevaricación contra los magistrados del Constitucional, que se habría pretendidamente cometido con el dictado de ese acuerdo de inadmisión a trámite del mencionado recurso de amparo. La Sala de lo Penal del TS archiva la denuncia por no revestir caracteres de delito los hechos objeto de la misma, con base, en cuanto al fondo, principalmente, que el TC resolvió la inadmisión del recurso del abogado en aplicación

por entender que tenían “interés directo en la causa”, así como la formación de una nueva sala imparcial que decidiese al respecto. El TC decidió no admitir el recurso de este abogado, lo que provocó que éste —en un acto hasta entonces insólito— presentara una demanda ante la Sala Civil del Supremo contra los magistrados del TC y les reclamara una indemnización de 11.000 euros, imputándoles dolo, o al menos culpa, en el rechazo de su petición de amparo sin “examinar previamente” su recurso.

²⁰ Y es que la decisión es secundada por todos los magistrados del Pleno, excepto por uno, que formula un voto particular, que ha sido calificado de “enérgico” y “cáustico”, lo que, en este caso, lejos de quitar fuerza a la decisión, le dota de mayor relevancia.

de su Ley Orgánica (artículo 50.1) y que la sentencia de la Sala Civil del TS “carece de toda posible eficacia en el ámbito propio de la jurisdicción penal”.²¹

3. Conclusiones. Consideraciones prospectivas

A) Con base en lo anterior, y haciendo una anamnesis de la situación, cabe señalar que las fricciones o desavenencias notorias se han producido de modo principal y destacado cuando el TC, actuando en principio o pretendidamente su función de máximo garante de los derechos fundamentales, se ha extralimitado de su ámbito de jurisdicción constitucional, inmiscuyéndose en consideraciones o resoluciones de pura legalidad ordinaria. Y que ello ha provocado —cuando comportaba además la anulación de la resolución del caso concreto llevada a cabo por el TS, máximo tribunal en ese ámbito— las quejas o críticas —a menudo nada discretas— del TS, poniendo de manifiesto la existencia de una intromisión en la esfera que a la jurisdicción ordinaria compete en exclusiva y una *suplantación* de la función en que él es órgano superior y último intérprete. E incluso, a partir de ello, una actuación “rebelde” del TS, que exacerbando su celo en la actuación del ámbito propio que considera invadido, se muestra renuente a avenirse a los efectos derivados de la resolución del Constitucional, y a deducir en ese ámbito de la legalidad las consecuencias “necesarias” (tanto en el sentido de lógicas como de preceptivas) de la resolución previa y contraria del Constitucional. Así se han planteado abiertamente auténticas situaciones de conflicto institucional —airado y aireado— entre ambos “máximos tribunales”. Y ni una actuación ni otra son propias ni justificables ni convenientes.

B) En cuanto al diagnóstico de la situación, puede concluirse que la zona de fricción o conflicto se encuentra, como también hemos tenido

²¹ La denuncia había sido interpuesta por la Asociación contra la Injusticia y la Corrupción (Ainco). En su resolución, la Sala de lo Penal del TS establece, como causas añadidas, la procesal de que para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados se precisa la interposición de una querrela (según el artículo 406, LOPJ), no bastando para ello la denuncia. Y, en cuanto al fondo de la denuncia, el Supremo recuerda que en el recurso ante el TC, el letrado solicitaba la abstención de todos sus magistrados —y subsidiariamente su recusación— por tener interés directo en el asunto, no estando previsto la sustitución de todos los magistrados del Constitucional, por abstención o recusación, ni en la Constitución ni en la LOTC.

oportunidad de describir, en el ámbito de la resolución y efectos del recurso de amparo. Es sabido en España que el proceso de amparo ha cobrado una relevancia y proyección que posiblemente ni siquiera los constituyentes hubieran llegado a prever.

Y en su seno, es opinión unánime la que señala, sobre todo, a la amplitud de la interpretación del contenido del derecho consagrado en el artículo 24, CE (a la tutela judicial efectiva), como el causante de esta inflación del amparo constitucional.²²

Ello ha redundado en detrimento de la atención debida a la resolución de este tipo de recurso, así como a las otras atribuciones —procedimientos— a que se ha de dedicar el TC. Ese es precisamente el motivo determinante de la reforma de la LOTC recién operada en mayo de 2007, que señala en su exposición de motivos que hasta tal punto ha llegado el crecimiento del número de recursos de amparo que ha llegado a “ocupar la práctica totalidad del tiempo y medios materiales y personales del Tribunal”.

La laxitud con que el TC ha dotado al derecho a la tutela judicial efectiva (de plena configuración y delimitación jurisprudencial) ha tenido como consecuencia que sea muy amplio el ámbito o tipología de actuaciones judiciales potencialmente susceptibles de incurrir en su vulneración, de modo que difícilmente una decisión de los tribunales ordinarios puede escapar al control del TC, disponiendo este Tribunal de una vía abierta constantemente para fiscalizar la actuación de la jurisdicción ordinaria,²³ circunstancia que —debe, desde luego, observarse— han promovido también y agravado los particulares justiciables, recurriendo ante el TC resoluciones de los tribunales ordinarios con la pretensión de obtener una

²² En un momento inicial, pudo estar también en esta zona de conflicto la actuación del derecho a la igualdad del artículo 14, CE que, como fundamento del recurso de amparo, produce el efecto “aflictivo” de que, precisamente el mismo motivo que funda la casación y la propia existencia del TS, y por el cual éste ha ostentado su tradicional supremacía jurisdiccional (la función nomofiláctica, de preservación de la igualdad y uniformidad en la interpretación y aplicación de la ley) es el que puede motivar (fundar o provocar) la actuación —constitucional— del TC, revocatoria de la —casacional— del TS. Es decir, que cuando la resolución de la jurisdicción ordinaria recurrida y revocada por el Tribunal Constitucional es la de casación del TS, es lógico que éste pueda sentir suplantada su función propia. Pero cabe observar que la proyección de este derecho, como fundamento de este conflicto, ha desaparecido prácticamente.

²³ Así lo advirtió muy tempranamente Pera Verdager, F., “Violación de derechos y libertades por los órganos judiciales”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, t. III, p. 2117.

revisión y un nuevo enjuiciamiento favorable de su caso, es decir, de gozar de una ulterior “instancia” judicial. Así, el uso que se ha dado al proceso de amparo constitucional, que lo ha convertido en instrumento de revisión universal —o de su intento, al menos— de la actuación de los tribunales, ha hecho que se venga hablando de la conversión del amparo constitucional en una “supercasación”. Por ello, una de las vías de solución del problema aquí tratado es el de la posible reforma del proceso de amparo constitucional, del que luego tratamos.

C) Para poder culminar ese diagnóstico, desde un punto de vista de técnica jurídica, y poder abordar seriamente un tratamiento del mismo, con visos de realismo y expectativas de éxito, debe irse algo más allá del lugar común —reiterado hasta la saciedad, pero a menudo no trascendiéndose de él— de que el TC debe respetar el ámbito de la jurisdicción ordinaria (es decir, la función jurisdiccional de los tribunales ordinarios) en la resolución de los litigios ante ellos planteados, salvo y en la medida en que las exigencias constitucionales impongan su intervención.²⁴ El nudo gordiano de la cuestión es qué son y en qué medida lo imponen, las exigencias y garantías constitucionales. O visto desde otra perspectiva: si el TC sólo lleva a cabo lo que éste denomina un “control externo” de la actuación judicial, ha de analizarse y esclarecerse cuál es el contenido y alcance posible de ese “control externo” que lleva a cabo el TC sobre la actuación de los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

a) Ese control ejercido por el TC consiste, en primer lugar, en el control “externo”, puramente formal, de las exigencias constitucionales (mera existencia de motivación, primeramente, que da paso al de suficiencia de esa motivación).

b) Asimismo, el TC efectúa un control sobre la existencia de error material patente o arbitrariedad de la resolución judicial: es decir, sobre la corrección, aquí sí, fáctica, de la interpretación o aplicación judicial de la ley, pero manifiesta, grave, patente.

²⁴ Así se señala, por ejemplo, últimamente, en Díaz Revorio, F. J., “¿Vuelve la guerra entre los tribunales?”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 2001, p. 1603, señalando que el TC “debe limitarse a los aspectos estrictamente constitucionales de la cuestión” y aludiendo al “talante” o actitud. Pero, como decimos en el texto, a partir de ello, resulta necesario, para que la solución no quede en un mero *desideratum* y pueda ser real, concreta y efectiva, intentar determinar cuáles sean esos límites constitucionales y, a ser posible, qué instrumentos se pueden arbitrar para su cumplimiento.

c) El TC habla también de la irrazonabilidad lógica, normalmente unida a las anteriores, aunque no quepa equipararlas en su significado y justificación. La razonabilidad o corrección lógica es la formal y abstracta del razonamiento, ajena a la corrección jurídica del resultado.

Estos objetos de control no plantean excesivos problemas, en cuanto a la injerencia del TC en la función judicial. Sí lo plantean, en cambio, otros posibles objetos y controles que en otras ocasiones ha operado:

d) La razonabilidad o corrección jurídica, aunque ésta, en una descripción radical, se refiera a la evitación de resoluciones absurdas o extravagantes a los parámetros unánimemente asumidos por la doctrina jurisprudencial o científica.

e) La proporcionalidad, o corrección de la ponderación, que puede llevar al TC a anular una aplicación o interpretación de la legalidad ordinaria realizada por los tribunales, e incluso a sustituir e imponer la que él considera adecuada.

Estos últimos objetos o tipos de “control externo material”, que tienen en realidad poco de control “externo”, tocantes ya a la adecuación del razonamiento o de la ponderación llevada a cabo en la resolución judicial, sí dan pie a la posibilidad de revisión y sustitución de esa ponderación judicial (de los hechos, de la legalidad) por la suya propia.²⁵

En ese ámbito se inserta el muy discutible principio de la interpretación de la legalidad “más favorable” a la efectividad del derecho fundamental, introducido en algunas resoluciones por el TC. Debe observarse cómo este principio es más proclive o susceptible de llevar al TC a sustituir la interpretación de la legalidad de los tribunales ordinarios por la suya, aunque aquella no sea contraria a la Constitución, lo cual no debe hacer, por contrario al ámbito —constitucional— de la función judicial, ex artículo 117, CE.

D) Con base en todo lo que hemos hasta aquí expuesto pueden formularse ciertas conclusiones sobre el tratamiento o solución del problema que nos ocupa.

²⁵ Cfr. Medina Guerrero, M., “Artículo 1o., comentario”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, TC-Boletín Oficial del Estado, 2001, pp. 86 y 87; Viver i Pi-Sunyer, C., “Diagnóstico para una reforma”, en varios autores, *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 27 y 28, en el que este autor alude a lo que llama “tests o cánones de enjuiciamiento” utilizados por el TC para efectuar el control de la actividad judicial.

a) Ello debe comenzar por reconocer la existencia del problema, en ocasiones negado, sobre todo desde el ámbito constitucionalista. No existe un problema estructural o sistémico grave, pero sí una situación de disfunción y tensión, que en momentos puntuales se torna en conflicto abierto y público. Ello resulta innegable y negativo para el funcionamiento de las instituciones, por afectar al prestigio y auctoritas de altos órganos del Estado, de la justicia, que tiene —y habría de tener sólo— sus problemas y desafíos enfrente de ella, no en su seno.

b) Dada la relación que tiene este problema con el amparo constitucional, se ha apuntado de forma tópica a la reforma de este proceso como uno de los modos de solución de estas fricciones y conflictos entre los altos tribunales. No obstante, ese lugar común se ha quedado habitualmente en eso, que sólo tiene de común la enunciación general, pues las propuestas de reforma del amparo han sido variopintas y hasta contradictorias.

Así, se ha planteado:

- Desde la misma supresión del proceso de amparo constitucional (del que no somos en modo alguno partidarios).
- Pasando por el cambio de su atribución competencial, que se sustraería al TC, otorgándose, *v. gr.*, a una sala especial del TS (lo cual únicamente cambiaría el sujeto activo del problema),
- Hasta su reforma en múltiples sentidos, que suelen apuntar a la restricción de su alcance, aunque de modos plenamente diversos:

- a) La instauración de mecanismos como el *writ of certiorari*, mediante los cuales el TC pudiera escoger y avocar el conocimiento de las cuestiones y pretensiones en los que observara una mayor relevancia constitucional en su pronunciamiento y establecimiento de su doctrina.
- b) La interpretación o actuación más severa o rigurosa de la causa de inadmisión del artículo 50.1 c, LOTC: no puede decirse que ahora la admisión a trámite de recursos de amparo fuera en modo alguno laxa, sino todo lo contrario.
- c) Incluso la propuesta de que sólo cupiera el amparo cuando la resolución objeto del mismo tenga suscrito un “Voto particular”, pudiendo albergar serias dudas que resultara conveniente hacer depender la actuación de todo una jurisdicción constitucional de una circunstancia como ésta.

- O la reducción del ámbito material del amparo constitucional, habiéndose propuesto no obstante de modos plenamente contradictorios: eliminar el derecho del artículo 24, CE de su ámbito, restringir el amparo sólo a ese derecho del artículo 24, CE.

La LO 6/2007, del 24 de mayo, de reforma de la LOTC, acaba de operar la tan comentada y esperada reforma en la configuración del trámite de admisión del amparo constitucional, decantándose por instaurar el mecanismo limitador análogo al *certiorari* anglosajón. Así, frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Con ello se introduce el elemento discrecional en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Con la reformulación de los apartados a y b del artículo 50 de la LOTC, y la eliminación del c y d, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas “tasadas” (es decir, objetivas) de inadmisión, a la apreciación, obsérvese, a criterio del Tribunal (“verificación de la existencia” dice la ley) de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado.

Sin poder extendernos aquí en consideraciones sobre todo lo que hace a la reforma del amparo constitucional, que excede de la extensión de esta colaboración, sí creemos que debe señalarse, en cualquier caso, que la solución concreta del problema de la “guerra de los tribunales” tiene que ver con la clarificación de ciertos principios y reglas (clarificación que no excluye una reforma normativa, pero que se precisa al margen y antes que ella) y pasa más por una cuestión de actitud y disposición. Y, en lo que hace a esta reforma concreta, ha de señalarse que la discrecionalidad en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, la elección o selección de los asuntos que presentan una “especial trascendencia constitucional” que “justifique” una decisión sobre el asunto (a modo de cherry picking, comprensible desde el punto de vista de la operatividad o eficacia, pero discrecional), tampoco elimina el problema que aquí importa e incluso podría agravarlo: una hipotética invasión o suplantación de la jurisdicción ordinaria sería todavía más nociva y doliente si fuera fruto de una

previa decisión discrecional sobre la “conveniencia” de actuar la “jurisdicción constitucional”, apreciada por ella misma. Habrá de confiarse en que, la concentración de esfuerzos en un número menor de asuntos, redunde —vía “calidad”— en menores actuaciones indebidas del TC.

c) La solución a esta situación pasaba y sigue pasando, por tanto, por la clarificación del ámbito funcional de cada uno de estos esenciales Altos órganos del Estado (cuestión tan fundamental como difícil, y muy a menudo tratada de forma tópica y superficial), y por la exquisita y responsable actuación al servicio del mismo, y con ello, de la Justicia.

Por eso hablamos de actitud, que debe estar regida en todo momento por la aludida *responsabilidad*, por mor de la estabilidad del sistema y la preservación del prestigio de ambos Tribunales.

Dada la preponderancia que el TC tiene en la práctica, en virtud de la preeminencia de la norma a la que sirve de garante, se ha hablado del *self-restraint* de este Tribunal como necesario; y así es. La propia auto-restricción del TC, y su moderación en la actuación de fiscalización y revisión que lleva a cabo de la función judicial resulta ineludible, toda vez que es él mismo el que establece o fija (define, determina e interpreta) en la realidad los límites de su actuación (algo que —significativamente— se subraya de forma explícita en la reforma de su Ley Orgánica);²⁶ esto es, toda vez que, a falta de toda instancia exógena de control, la operatividad real de este punto depende de una de las “partes” —de los sujetos— en conflicto.

Durante largo tiempo ha existido inclinación a la comprensión —y puede decirse que “simpatía”— hacia toda actuación del TC, con base en la convicción de que la atribución de jurisdicción constitucional permitió desde un primer momento la tutela de derechos fundamentales y la normatividad directa de la Constitución, venciendo inercias pasadas y tendencias presentes contrarias a ello. Pero tan cierto como ello es que esa función cumplida no puede justificar excesos y extralimitaciones —que,

²⁶ Resulta significativo apreciar cómo la LO 6/2007, de reforma de la LOTC, recalca este extremo, aunque no existiere duda normativa sobre ello y, muy posiblemente, debido a la cuestión tratada en este trabajo. Así, tras lo que ya se decía en el artículo 4o., LOTC de que “En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional”, se añade ahora en su apartado 1: “El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben”. Y en su apartado 2: “Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado”.

obsérvese, son contrarias al sistema constitucional— por parte del TC; y que tras treinta años de un régimen constitucional y democrático, ello no es ni necesario ni conveniente para ese mismo sistema constitucional.

Y —no en vano— debe destacarse que es apreciable esa tendencia y actitud en el TC: autorrestricción que se ha plasmado en el repliegue del alcance práctico dado al derecho a la tutela judicial efectiva y en la práctica desaparición de la proyección del artículo 14 como fundamento de la estimación del amparo, que tiene el efecto —más o menos inmediato— de su disminución como fundamento de las demandas de amparo deducidas en lo sucesivo.

En la práctica jurisprudencial del TC, el límite a su actuación lo ha situado este Tribunal en la existencia de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente de la actuación judicial. Con ello se vuelve al punto de partida: la integración o delimitación del alcance de estos términos (conceptos jurídicos indeterminados) en el caso concreto, depende del criterio del TC, por lo que la única solución es el *self-restraint* de este Tribunal.

Para que esa autorrestricción o “contención” no quede en un *desideratum* vacío de contenido debe concretarse además también en plasmaciones procesales. Y ello, principalmente con respecto al contenido y efectos de la sentencia estimatoria del amparo constitucional. Y, más concretamente, en el que es el pronunciamiento (de los establecidos en el artículo 55, LOTC) que plantea más problemática en esta materia: el de restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho.

En cuanto a esta cuestión, creo que ha de abogarse por la observancia de la regla general de la devolución de las actuaciones por el TC al tribunal ordinario en el estado y momento en que se produjo la infracción para que éste resuelva sobre la pretensión ordinaria deducida, si aquella infracción lo es de un derecho procesal (es decir, si se está ante un vicio “in procedendo”); y si lo es de un derecho sustantivo (vicios “in indicando”), mediante la adopción de medidas de reparación del derecho, principalmente de carácter específico, con la anulación de la actuación lesiva.²⁷

²⁷ En ocasiones se ha planteado el que el TC pueda resolver sin devolución de actuación al TS o tribunal de la jurisdicción ordinaria competente. En todo caso, debe subrayarse que, de admitirse esta posibilidad en hipótesis, únicamente cabría hacerse en casos límite (por ejemplo, tras más de una sentencia constitucional, como en el caso Preysler), cuando el respeto de las exigencias constitucionales no quepa con otra resolución jurisdiccional y precisamente por exigencias de efectividad del derecho fundamental, y no restando a su vez tampoco ninguna otra cuestión “ordinaria” objeto del proceso sin resolver.

Y, por otra parte, ello debe verse acompañado de la “correlativa sensibilidad y corresponsable implicación” del TS (que es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, pero no lo es en el ámbito de la interpretación de las garantías constitucionales) a la hora de extraer, seguir y cumplir todos los efectos de legalidad ordinaria derivados de la resolución constitucional, huyendo de actuaciones renuentes o rebeldes —de “mantenella e no enmendalla”— o de abierto planteamiento de un conflicto como las que hemos expuesto (sea cual sea la previa resolución, actuación y actitud del TC). Ello implica modificar su criterio y ajustarlo al de aquél, cuando el suyo precedente haya sido corregido y revocado por el TC, por contrario a las garantías y preceptos constitucionales.

Y es que tan cierto es que al TS (y a los demás tribunales de la jurisdicción ordinaria, en el ámbito de sus competencias) corresponde en exclusiva interpretar y aplicar la legalidad ordinaria al caso concreto; como que ello debe hacerlo estrictamente de acuerdo con la norma constitucional, y al modo en que ésta ha sido interpretada por el TC. Ello, en definitiva, no comporta sino el recordar y estar a lo dispuesto tanto por el artículo 54, LOTC²⁸ como por el ya mencionado artículo 5.1, LOPJ. Ambos preceptos, cuyo contenido normativo —preceptivo para ambos— ha de recordarse y subrayarse, ha de llevar a evitar y vetar tanto actuaciones “invasivas” (de extralimitación) o “defensivas” (de falta de acatamiento), actitudes irreflexivas o tercas, purritos de reafirmación o de contención bizantina, pulsos y “brazos de hierro”.

Ambos tribunales podrían y deberían entablar una verdadera y fructífera comunicación o diálogo, no sólo directo, sino sobre todo indirecto, mediante su actuación e interpretación (escrita y no escrita, y a través de la propia doctrina emanada de sus Salas), con la que, ajustándose a sus funciones constitucionales y en un clima de moderación, coordinación y colaboración institucional (de la que ya hablara Calamandrei y que en Alemania se ha denominado “diplomacia constitucional”) se desenvuelvan y expresen en el modo en que mejor pueden servir al encaje de sus atribuciones y a la evitación de toda disfunción y tensión. Esa diplomacia y diálogo se habría de plasmar en la especial sensibilidad y atenta recep-

²⁸ Este precepto —oportuno es recordarlo— dispone que “cuando la Sala [o, en su caso, la sección añade la LO 6/2007] conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

tividad de cada tribunal hacia la doctrina emanada por el otro (así, *v. gr.*, se podría concretar, perfectamente, en la aceptación y acogimiento por el TC de la interpretación de la legalidad ordinaria establecida por el TS en su doctrina consolidada, y la especial ponderación de las consecuencias de disentir de ella).

Ello no constituye, al fin y al cabo, sino la actuación de la esencial prudencia que debe caracterizar —y caracteriza etimológicamente— al ejercicio de la función jurisdiccional. Actuando así, sin duda será la justicia quien saldrá ganando.