

## LAS SOMBRAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los tribunales constitucionales*. III. *La lentitud de la justicia constitucional*. IV. *La exclusión de la jurisdicción de los tribunales constitucionales de los recursos de amparo*.

### I. INTRODUCCIÓN

1. Jurisdicción constitucional supone la atribución del enjuiciamiento de unas determinadas pretensiones —delimitadas por estar fundadas en derecho constitucional— a unos órganos que están fuera del Poder Judicial.<sup>1</sup> En los ordenamientos jurídicos en que el enjuiciamiento de estas cuestiones se atribuye a tribunales, éstos ejercerán jurisdicción para su conocimiento y decisión; pero no será una jurisdicción independiente. Como tales tribunales, formarán parte del Poder Judicial. Podrá hablarse, en cuanto se articulen unos procesos cuyo conocimiento se atribuya a la competencia de ciertos órganos jurisdiccionales, de un orden jurisdiccional constitucional, como se habla de un orden jurisdiccional penal, civil, laboral o contencioso-administrativo.<sup>2</sup>

\* Catedrático de Derecho procesal, España.

<sup>1</sup> Por mi parte, intenté delimitar los conceptos, tal y como yo los entiendo, en la *Encuesta sobre notas de derecho procesal constitucional*, García Belaunde y Espinosa Solloaga (coords.), México, 2006, pp. 64 y ss. La precisión es necesaria por la diversa utilización del término “jurisdicción” al referirse a la “constitucional”. *Cfr.*, por ejemplo, García Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, 2001, pp. 13 y ss., y 129 y ss.

<sup>2</sup> Así, entre los autores de lengua española, Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, México, UNAM, 1968, y, por mí, en *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Cívitas, 1980, pp. 75 y ss.

2. Desde que se instauró una jurisdicción constitucional, no faltaron voces que pusieron en tela de juicio su eficacia. No puede ser más significativa la polémica sostenida por Carl Schmitt y Kelsen a finales de la década de los veinte del pasado siglo. Pues, como decía Schmitt, “una expansión sin inhibiciones de la justicia, no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional en una contradicción en los términos”.<sup>3</sup> Si la afirmación podría ser válida si los tribunales estuvieran integrados en el Poder Judicial, adquiere especial valor cuando los tribunales están fuera del Poder judicial, y sus componentes, aunque se llamen magistrados, no son jueces, aunque algunos procedan de la carrera judicial.

3. Dada la confianza que, por lo general, se depositó en el sistema concebido por Kelsen, parecían exageradas las afirmaciones de Schmitt. Pero la evolución posterior ha puesto de manifiesto que la desconfianza no estaba muy lejos de la situación a que se ha llegado. Es cierto que, por malo que sea el sistema, siempre será preferible a confiar el enjuiciamiento de los conflictos motivados por las infracciones a la norma constitucional al Poder Legislativo —sobre todo cuando es su actividad la infractora—, y, por supuesto, a un órgano del gobierno. Pero un Tribunal Constitucional en modo alguno gozará de la imparcialidad de un verdadero Tribunal encuadrado en el Poder Judicial, por el matiz político que siempre tienen las cuestiones de constitucionalidad. Salvo que sean los tribunales que integran el Poder Judicial los que ya no ofrecen garantías de independencia e imparcialidad inherentes a un órgano que ejerce la función de juzgar. Situación de desconfianza hacia los jueces que integran el cuerpo de estos funcionarios, que ha llevado a algunos países a atribuir la solución de los conflictos de otros órdenes jurídicos —como el contencioso— a “jurisdicciones” (?) especiales.

Quizás mi pesimismo se debe a que tengo presente la experiencia de mi propio país, en el que siempre los jueces y magistrados han constituido un ejemplo de independencia. Aunque, he de reconocerlo, nuestro sistema judicial, al menos en las instancias superiores, ha perdido mucho de su prestigio.

Es que la politización de la justicia es un hecho evidente, cuando en los juzgadores las ideas políticas llegan a prevalecer, aunque solo sea en mo-

<sup>3</sup> *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

mentos determinados, sobre lo que debe ser una interpretación de la norma aplicable de conformidad a los principios generales que informan el ordenamiento. Y, obviamente, esto se da en su grado máximo cuando la cuestión sometida a enjuiciamiento en sí misma tiene un acusado matiz político, como ocurre cuando lo que exige la interpretación de la norma constitucional versa sobre la concreta actuación del gobierno o la administración, o de decidir si un político ha incurrido o no en la comisión de una infracción penal.

## II. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

1. Con la atribución de la jurisdicción para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes a un “Tribunal” constitucional, se trataba de “despolitizar” lo que era una cuestión jurídica, lo que encajaba muy bien con la concepción kelseniana del derecho. Cuando la realidad es que, como ya he destacado, al decidir si una ley es o no constitucional, se está decidiendo una cuestión política. No se trata, como ha dicho entre nosotros Fernández Segado, de que haya que decidir por motivos de oportunidad o conveniencia;<sup>4</sup> sino de reconocer que no estamos ante un control puramente jurídico, sino también político. Lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de seleccionar a los magistrados que integren el “Tribunal”.

2. Creo que, pese a este indudable matiz político que tienen las cuestiones de inconstitucionalidad, un juez, un verdadero juez, con la formación adecuada, puede tener la sensibilidad para, al dictar sentencia —y *sentencia* es una resolución judicial, no una decisión política—, en aplicación de los principios informantes del ordenamiento jurídico —entre los que están los políticos o constitucionales—, ponderar los matices políticos. Éstos que no son los partidistas de cada momento, los que defienden los políticos de turno.

De aquí que sea esencial que los magistrados de los tribunales constitucionales estén rodeados de todas las garantías de independencia e imparcialidad de que gozan todos los jueces. Es evidente que éstos, como todo hombre, tendrán sus creencias y opiniones políticas, aunque no sean hombres de partido, y que siempre les será difícil abstraerse de ellas al dictar sentencia; pero ha de procurarse que el sistema de selección permi-

<sup>4</sup> *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992, p. 1053.

ta que los que van a acceder al Tribunal se acerquen lo más posible a la imagen idónea del juez.<sup>5</sup> En este sentido, no pueden ser más expresivas las palabras de un profesor universitario al empezar sus funciones en el Tribunal Constitucional de Bolivia. Pablo Dermizaky Peredo se expresaba así:

Los magistrados del Tribunal Constitucional somos profesionales del derecho y, como tales, nuestro razonamiento es básicamente jurídico, sin ignorar las circunstancias políticas y sociales circundantes. Siempre que haya un conflicto inevitable entre lo jurídico y lo político, nuestro deber nos colocará del lado del derecho. Y a quienes les cuesta aceptar la idea de que el Tribunal Constitucional puede invalidar acto del Legislativo, les recordamos las palabras escritas por Alexander Hamilton hace más de dos siglos: “Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben gobernarse por la última, de preferencia a las primeras...”<sup>6</sup>

3. El sistema de selección es fundamental y, sobre todo, el sentido ético de aquéllos sobre los que recae la responsabilidad de la elección, tanto sea el presidente de la República en un régimen presidencialista, en Parlamento en un régimen parlamentario, o el órgano al que estuviera confiado el gobierno del Poder Judicial.

<sup>5</sup> Quizás nadie lo haya descrito con mayor rigor que el que ha sido, hasta su jubilación, uno de nuestros mejores jueces, quien durante sus últimos años sirvió al Tribunal Constitucional, no dejando de formular votos particulares sumamente elocuentes ante la parcialidad que observaba entre sus colegas. Así, cuando se discutía una Ley sobre la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, que, en definitiva, la confiaba al legislativo, en el voto particular formulado a la STC 105/2000. Antes de aprobarse la Ley, otro gran constitucionalista —que llegó a ser presidente del Tribunal Constitucional— dijo que a partir de la Ley, “hablar del Poder judicial en España como poder autónomo es una entelequia y sería negar una realidad que vemos todos los días” (Jiménez de Parga, *El sistema judicial. La ilusión política, ¿hay que reinventar la democracia en España?*, Madrid, 1983, pp. 140 y ss. *Cfr.* Mendizábal, “El sistema judicial en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 30, pp. 363 y ss).

<sup>6</sup> En *Justicia constitucional y Estado de derecho*, 2a. ed., Cochabamba, 2005, pp. 32 y ss.

El ejemplo español no puede ser más significativo. Los doce miembros que componen el Tribunal Constitucional son nombrados: cuatro, a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (artículo 159.1 de la Constitución). En su mayor parte son nombrados por el Legislativo (8 de 12), exigiéndose un *quorum* tan cualificado que, aunque un partido político lograra la mayoría absoluta, no es concebible que llegue a los tres quintos, lo que obligará a llegar a un acuerdo entre los distintos partidos para alcanzar tal mayoría. Es probable que los redactores de la Constitución pensaran que, con tal procedimiento, coincidieran en elegir a aquellos que, aparte de su ideología, estuvieran rodeados de una aureola de independencia y objetividad, que permitiera confiar en que, al adoptar decisiones, iban a tener en cuenta lo que consideraban una interpretación correcta de la Constitución, fieles a su misión de defensa de los principios informantes de ésta.

Sin embargo, ya en la elección de los miembros del que sería primer Tribunal Constitucional se vio que no era la búsqueda de la imparcialidad e independencia la que iba a ser el criterio que presidiría el chaloneo de las sesiones para hacer las correspondientes propuestas. Se intentó, sin duda alguna, en aquella primera selección y se logró al llegar a un acuerdo para configurar el cuadro de los miembros del Tribunal, sobre todo cuando no había otro remedio.

Recuerdo que en aquel primer momento, los parlamentarios del partido de centro derecha, que tenía una mayoría mínima en las Cámaras, propusieron a la oposición de izquierda un prestigioso profesor, que siempre se había significado por sus ideas y vinculaciones a la extrema izquierda, pero famoso por su más absoluta independencia, en la confianza de que se llegaría a un pacto o un acuerdo. No fue así. No se quería gente tan independiente. Y se acordó un sistema de cuotas, repartiéndose los puestos entre los distintos partidos o grupos, sin duda pensando que la mayoría podría cambiar en la ulterior legislatura, lo que permitiría alterar la composición del Tribunal al procederse a la primera renovación de sus miembros. Evidentemente, por lo general, siempre se procura proponer por cada grupo aquellos miembros que no aparezcan comprometidos o demasiado comprometidos y hasta como independientes. Pero siempre teniendo en cuenta las afinidades.

Es evidente que con este chalaneo siempre saldrá ganando el más vivo o con menos escrúpulos sobre el más ingenuo. Pues lo cierto es que el sistema ha conducido a que, cuando el Tribunal se enfrenta con algunas de las grandes cuestiones políticas, el ciudadano medio sepa de antemano —salvo las sorpresas que a veces se producen— cuál va a ser el sentido de la sentencia.

No puede negarse que existen sistemas peores; pero la realidad no está muy lejos de la que pronosticaba Carl Schmitt en su célebre polémica con Kelsen.

4. Pero el tema de la politización —inevitable siempre— no es el único problema de la jurisdicción constitucional. Al haberse extendido el ámbito de esta jurisdicción más allá de cómo fue concebido por Kelsen y plasmó en el Tribunal Constitucional, el cúmulo de asuntos ha hecho muy difícil que puedan decidirse los procesos en plazos razonables. Del tema, referido al ordenamiento español, me he ocupado últimamente en algunos trabajos.<sup>7</sup> Pero creo que la situación española no ofrece panorama muy distinto al que ofrecen otros ordenamientos en que confían la protección de los derechos fundamentales a los tribunales constitucionales.

### III. LA LENTITUD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. La lentitud de la justicia es un mal endémico de la administración de justicia.<sup>8</sup> Como ha dicho el Tribunal Constitucional español en STC 26/1983, del 13 de abril, “una justicia tardíamente concedida equivale a un fallo de la tutela judicial efectiva”. Y es que una justicia que tarda en administrarse varios años no es justicia. De aquí que, entre los derechos que figuran en todas las declaraciones de derechos humanos esté el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable, en términos del artícu-

<sup>7</sup> Así, en “La reforma del Tribunal Constitucional”, *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 83 (Curso académico 2005-2006), pp. 335 y ss.; y en *Encuesta: Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, “Teoría y Realidad Constitucional”, Universidad Nacional de Educación a Distancia y Centro de Estudios Ramón Areces, núm. 18, 2o. semestre de 2006, pp. 11 y ss.

<sup>8</sup> Así la calificaba Sentis Melendo en “La celeridad de los juicios”, *Revista de Derecho procesal*, Argentina, 2a. parte, 1952, p. 91, y lo ha reiterado la doctrina, que se ha preocupado especialmente sobre el tema, al que me referí en mi trabajo *La tutela judicial*, 3a. ed., Madrid, Cívitas, 2001, pp. 315 y ss.

lo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, que reitera el artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada por acuerdo del 7 de diciembre de 2000. En la Constitución, utilizando la misma expresión que el artículo 14.3.b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Proscribir las dilaciones indebidas no supone tan solo —y esto también lo ha dicho el Tribunal Constitucional— garantía frente a las demoras producidas por una falta de esfuerzo de los jueces, sino frente a la penuria de los medios, pues —dice el Tribunal Constitucional— excluir del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas por defectos de estructura de la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido dicho derecho (STC 223/1988, del 24 de noviembre).

Pues bien, el Tribunal que debe velar para que no se lesione tal derecho fundamental es su primer transgresor. Si comparamos las cifras de duración media de los procedimientos ante el Tribunal Constitucional con las estadísticas que al empezar cada año judicial presenta el Consejo General del Poder Judicial en el acto solemne de apertura de tribunales podremos comprobar que en muy pocos tribunales de cualquiera de los órdenes jurisdiccionales se superan las “dilaciones indebidas” que se producen en el Tribunal Constitucional.

Esto es inadmisibles en cualquiera de los procesos de que conoce el Tribunal. Porque siempre la lentitud es un atentado al valor justicia, y muy especialmente cuando la lentitud —y lentitud exorbitante— es la que se padece en los procedimientos a través de los cuales realiza el Tribunal Constitucional las funciones principales que le asigna el artículo 161 de la Constitución Española: constitucionalidad de las leyes, amparo de los derechos fundamentales y conflictos de competencia.

a) La demora en la decisión de si una norma con rango de ley es o no constitucional supone mantener durante los años en que se concreta la incertidumbre de multitud de situaciones jurídicas derivadas de la ley cuestionada, hasta que una vez pronunciada sentencia con valor de cosa juzgada y publicada en el *BOE* produzca efectos generales.

b) La segunda categoría de procesos ante el Tribunal Constitucional es la de los amparos por violación de los derechos y libertades fundamentales. Basta recordar cuáles son los derechos y libertades que este recurso está llamado a proteger, para comprender la inutilidad de que el recono-

cimiento del derecho o libertad y la adopción de las medidas apropiadas para el restablecimiento del recurrente en su integridad tenga lugar muchos años después de que la lesión se produjo. ¿Es que tiene sentido reconocer que se están sufriendo torturas o tratos humanos degradantes años después de demandar la protección?, o que se está sufriendo un atentado a la libertad ideológica, religiosa y de culto, o que se sufre un atentado al derecho a la libertad, o a la intimidad, o a elegir residencia, o a circular por el territorio nacional, o a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica... derechos que se reconocen en los artículos 15 y siguientes de la Constitución.

Esto no se remediaría porque los procedimientos ante el Tribunal se tramitaran y decidieran en un plazo razonable, según la naturaleza del derecho o libertad lesionados, pues el problema radica en que el amparo tal y como está concebido, como una instancia última después de agotar todos los recursos ante los tribunales ordinarios, no puede constituir nunca la tutela eficaz de los derechos fundamentales.

c) Por último, tampoco es necesario hacer esfuerzos dialécticos para poner de manifiesto las graves consecuencias que ocasiona en el funcionamiento del Estado y Autonomías y de los órganos constitucionales la demora en la decisión de los conflictos entre ellos, que es otra de las funciones que tiene atribuidas el Tribunal Constitucional.

2. Se han propuesto diversas reformas para superar la situación; todas coinciden en lo mismo: aligerarse al Tribunal Constitucional de los asuntos que ante él se tramitan.

Podría cuestionarse el mismo sistema y defender el de jurisdicción constitucional difusa, atribuyéndose a los tribunales y jueces de cualquier otro orden jurisdiccional verificar la constitucionalidad de las normas con rango de ley que sirvan de fundamento a las pretensiones de las partes, como ocurre respecto de la legalidad de las disposiciones de inferior rango. El Tribunal Constitucional quedaría como una última instancia extraordinaria para verificar lo correcto de las decisiones que hubieran podido adoptar los otros tribunales. No obstante, quizás, para seguir lo que es tradicional entre nosotros, parece que tiene sentido mantener lo que se ha llamado sistema europeo.

Respecto de los amparos, las propuestas de reducción han seguido vías distintas. Unas de ellas, que es la adoptada por la reforma en trámite del Tribunal Constitucional español, es excluir aquellos asuntos en que

no se justifique su trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. En realidad, queda al criterio de la mayoría de los magistrados de la Sección —y, quizás, en la práctica, en muchos casos al del Letrado del Tribunal correspondiente— decidir sobre la inadmisión. Si tenemos en cuenta que hasta la fecha no ha sido muy respetuoso el Tribunal con el principio de igualdad y ha jugado un papel importante la personalidad del demandante a la hora de decidir los amparos, podemos imaginarnos cómo va a apreciarse la “trascendencia constitucional” para pronunciarse sobre su admisibilidad.

Así lo manifesté al contestar a la encuesta a que antes me referí.<sup>9</sup>

Creo, sin embargo, que la única solución es reducir la jurisdicción del Tribunal al ámbito que originariamente tuvo, confiando la protección de los derechos fundamentales a los jueces y tribunales ordinarios.

#### IV. LA EXCLUSIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LOS RECURSOS DE AMPARO

1. La atribución al Tribunal Constitucional de jurisdicción para conocer de las violaciones de los derechos fundamentales no estuvo exenta de oposiciones, en cuanto no respondía al esquema de control de la constitucionalidad concentrado en un Tribunal de superior rango, tal y como fue diseñado por Kelsen.<sup>10</sup> Pero más que por lo que podría suponer apartamiento de un esquema de jurisdicción constitucional, la oposición se fundaba en razones eminentemente prácticas: el ulterior desarrollo de la institución ha puesto de manifiesto el cumplimiento de los temores a que respondían.

Sin duda, fue una enmienda de Lorenzo Martín-Retortillo la que con mayor precisión formuló los graves inconvenientes que supondría esta

<sup>9</sup> *Encuesta sobre la reforma*, cit., nota 1, p. 25.

<sup>10</sup> Rubio LLorente decía que esta extensión de la jurisdicción del Tribunal Constitucional no era consustancial ni encajaba fácilmente en el esquema kelseniano al que responde en sus líneas maestras la jurisdicción constitucional en Europa. En “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, incluido después en su libro *La forma del poder (estudio sobre la Constitución)*, Madrid, 1993, p. 591.

atribución al Tribunal Constitucional de los recursos de amparo. Pueden resumirse así:

- La extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin restricciones, cubriría con creces la necesidad de un control de la actuación de los poderes públicos, como sucede en otros países.
- Tal atribución supondría una carga tal para el Tribunal Constitucional, que le dificultaría ejercer su jurisdicción en aquellas materias que le son propias.
- En consecuencia, es preferible potenciar la jurisdicción ordinaria, superar la inseguridad, la duración, incluso la carestía de los pleitos y buscar fórmulas enérgicas de protección jurisdiccional.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Del texto de la enmienda —así como su intervención en la Comisión— (que figuran integras en su libro *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal Editor, 1984, pp. 195 y ss.), transcribo la parte siguiente, que contiene la argumentación básica:

“Se ha ampliado mucho el margen de conocimiento de lo que pueden abarcar estos tribunales y, desde luego, cuando quede aprobada la Constitución, si se consagra como esperamos y es previsible, el sistema de cláusula general, las posibilidades de indefensión se habrán erradicado de una manera drástica y rigurosa. Pueden, por tanto, los tribunales ordinarios cubrir con creces este tipo de necesidades, este tipo de exigencias, como sucede en otros países, como sucede, por ejemplo, con el que en México se llama recurso de amparo, y en otros ordenamientos jurídicos.

Pero, junto a éstas, hay un segundo orden de consideraciones que muy brevemente y para terminar quiero someter a la consideración de los señores Senadores, y es el de que hay que ponderar también cuál va a ser la carga y el cometido de las actuaciones del Tribunal constitucional porque muy frecuentemente se organizan los Tribunales y el legislador no ha parado mientes en cuál va a ser la ocupación ordinaria y habitual de los Tribunales que se regulan.

Por imperativo constitucional, si el texto se aprueba tal y como se prevé, serán sólo doce los Jueces que hayan de cubrir las misiones que al Tribunal constitucional se atribuyen y hasta ahora resulta que este Tribunal habrá de conocer de todo el tema de la inconstitucionalidad de las leyes, tanto leyes del Estado como leyes de las regiones; habrán de conocer del control de los Reglamentos y actos administrativos de las regiones en sus posibles suspensiones por el poder central; habrá de conocer de otras competencias que se prevén y, además, habrá de conocer de los recursos de amparo por violaciones de derechos individuales.

Pienso que se puede obturar con facilidad el funcionamiento de un Tribunal recargándolo, haciendo que se acumule el papel, y haciendo, en definitiva, que sea ineficaz. Este es un riesgo sobre el que quiero llamar la atención, con la particularidad de que en la experiencia de los Tribunales constitucionales, tal y como vienen existiendo en los Últimos años, hay un dato evidente y un aspecto que se destaca: el cómo perturba, en la práctica de los Tribunales constitucionales, el conocimiento de los juicios penales o el conocimiento de lo que serían juicios contencioso-administrativos. Recordaré, por ejemplo, cómo

Pero no fue el único constituyente que manifestó sus dudas. El también senador Angulo Montes formuló, asimismo, una enmienda *in voce* ante la comisión aduciendo otra razón: “la conflictividad presumiblemente derivable de la concurrencia en identidad de materia de dos jurisdicciones que deben mantenerse como corresponde a su distinta naturaleza: judicial y ordinaria la una, constitucional y política la otra”. Además insistía en la necesidad de “evitar que se desnaturalice —el Tribunal Constitucional— por exceso de competencias”.<sup>12</sup>

Aunque la doctrina acogió favorablemente esta posibilidad de amparo, no faltaron quienes consideraron prudentes y acertadas las enmiendas formuladas en contra. Como Fernando Garrido Falla, que, al comentar el artículo 53, decía:

Con su característico buen sentido jurídico, demostrado en sus frecuentes intervenciones, el profesor I. Martín-Retortillo defendió ante la Comisión de Constitución del Senado la pura y simple supresión del recurso de amparo. Sus argumentos, desde el punto de vista jurídico, eran irrefutables: si actualmente se establece una jurisdicción contencioso-administrativa sin restricciones, basada en la cláusula general ¿qué queda para un recurso de amparo que ha de ser tramitado y resuelto nada menos que por el Tribunal Constitucional?

Su enmienda no prosperó y aquí comienzan los problemas para el intérprete; porque ¿tendrán la suficiente imaginación los redactores de la futura ley para conseguir instrumentar una vía jurídica que no se solape con las ya existentes y que permita al Tribunal Constitucional dedicarse al resto de sus cometidos?

Hay que reconocer que en éste, como en otros casos, ha sido la “magia” del nombre la que ha llevado a esta solución constitucional, así como dos

mo en el sistema italiano, en el que el enjuiciamiento de los altos Magistrados del Estado se difiere al Tribunal constitucional, ha bastado con que dos Ministros quedaran implicados en el «affaire» Lockheed para que el Tribunal constitucional quedara paralizado casi un año.

¿Qué será este recurso de amparo ante el Tribunal constitucional? ¿Será un recurso de lo civil? ¿Será un recurso de lo penal? Entiendo que todo esto perturba considerablemente la situación. Por ello, se postula y se defiende esta enmienda, manteniendo que desaparezca el amparo ante el Tribunal constitucional”.

<sup>12</sup> El texto de la enmienda, en el *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 62, del 29 de septiembre de 1978.

precedentes (uno histórico, y otro de derecho comparado) cuyo análisis detenido por supuesto no se hizo en las Cortes.<sup>13</sup>

Las enmiendas, sin embargo, produjeron un efecto: dieron lugar a que se introdujera en la redacción primitiva la expresión “en su caso”. Según la redacción primitiva, los ciudadanos podrían “recabar la tutela... ante los tribunales ordinarios en un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. Con arreglo a la enmienda solo podrían acudir al Tribunal Constitucional “en su caso”. Y, congruentemente, el artículo 161.1.b de la LOTC, atribuye competencia al Tribunal Constitucional para conocer “de los recursos de amparo... en los casos y forma que la ley establezca”.

La expresión introducida en el artículo 53 de la Constitución ha dado lugar a posiciones contradictorias. Y en alguna de ellas se pretende amparar la reforma del Tribunal Constitucional sin necesidad de reformar la Constitución.

Como garantía última de los derechos fundamentales, la Constitución instauró el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero para llegar a él, hacía falta: si la violación era originada “por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho” de órganos políticos o administrativos, haber agotado la vía jurisdiccional precedente (artículo 43.1, LOTC); si la violación tenía su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, agotar todos los recursos utilizables en la vía respectiva (artículo 44.1. a), LOTC).

Bastaría tener en cuenta el tiempo que requiere agotar la vía judicial y los recursos utilizables ante el orden jurisdiccional correspondiente para demostrar la ineficacia de lo que pretende ser una protección de los derechos más fundamentales de la persona.

No obstante, ante lo atrayente de la novedad de la institución, fueron muchos los que acudieron al Tribunal recién creado con la esperanza de que se les hiciera justicia cuando ésta no la habían obtenido ante los jueces ordinarios, o cuando eran éstos los que la habían conculcado en los procesos para los que tenían jurisdicción. Y más cuando se comprobó que, al empezar de nuevo y no tener el atasco de recursos pendientes, se lograba sentencia en plazos bastante razonables, y hasta que fuera fre-

<sup>13</sup> Cfr. *Comentarios a la Constitución*, 3a. ed., Madrid, Cívitas, 2001, p. 983.

cuentemente favorable, sobre todo cuando el supuesto violador de los derechos había sido un juez o tribunal, ya que aquel tribunal constitucional quería dar lección de administrar justicia a una judicatura heredada del antiguo régimen, para demostrar cómo se hacía justicia en el Estado social y democrático de derecho. Frente a la rigidez y formalismo que imperaba en los recursos judiciales se hacía gala de flexibilidad en el acceso al amparo.

Naturalmente, ocurrió lo que tenía que ocurrir. Y llegó un momento en que no había forma de convencer a un cliente que había agotado todos los recursos ante los tribunales en su demanda de justicia, de que no podía ser más descabellado acudir al amparo previsto para supuestos muy concretos, que no se daban en su caso. Siempre conocían algún amigo que había logrado ganar un amparo ante el tribunal constitucional.

Éste se vio desbordado con amparos que no tenían razón de ser. Pero también con algunos muy fundamentados. El resultado está a la vista en las estadísticas: el tan vilipendiado formalismo de los jueces fue ampliamente rebasado por el tribunal constitucional. Las cifras de inadmisibilidades son espeluznantes. No puede ser más aleccionador el examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional desde aquellas primeras sentencias hasta las de hoy. Yo lo he hecho. Y no puede ser más llamativa la contradicción.

Lo que para aquellas primeras sentencias constituían flagrantes atentados al derecho a la tutela judicial en que habrían incurrido los órganos del Poder Judicial, ahora han pasado a ser leves defectos que, si han ocasionado indefensión al justiciable, ha sido debido a la falta de diligencia de los justiciables o de sus abogados, por lo que en modo alguno pueden dar lugar a la nulidad de actuaciones que solo conducirían a repetir procesos inútiles por prejuzgados. Muchos son los ejemplos sangrantes que podrían citarse. En la línea del formalismo se ha llegado a tales niveles que hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a su prudencia, ha llegado en más de una ocasión a condenar al Estado español por estimar que sus tribunales habían lesionado el derecho a la tutela reconocido en el Convenio de Roma, y al Tribunal Constitucional por haber confirmado las sentencias y no haber concedido el amparo.

Lo más grave es la arbitrariedad con que se aplican los criterios sobre inadmisibilidades.

2. La improcedencia de mantener el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se pone de manifiesto por las siguientes razones:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales debe confiarse a los jueces y tribunales, a esos jueces y tribunales que, según el artículo 117, CE, integran el Poder Judicial y se confía la función de administrar justicia. Será necesario arbitrar un proceso sumario idóneo, tal y como impone el artículo 53.2 CE; pero ante los tribunales ordinarios. Y no hay razón para que cuando sean jueces o tribunales los que lesionen un derecho fundamental no sean jueces y tribunales los que velen por su protección a través de los recursos que, en su caso, se establezcan. No hay razón alguna para que, por encima del Tribunal Supremo, que es el superior en todos los órdenes, según el artículo 123.1 CE, exista un órgano que controle y revise su actuación y la de los otros de inferior jerarquía. No tiene sentido la desconfianza hacia los jueces y magistrados que ha estado latente, al menos en un principio, en la actuación del Tribunal Constitucional.

Fue esta desconfianza la razón decisiva de la atribución de esta jurisdicción al Tribunal Constitucional, como reconoció uno de sus primeros presidentes, Tomás y Valiente: “hubiera sido un grave error confiar en 1978 —dice—, con la composición personal que entonces tenía el Poder Judicial y más en particular el Tribunal Supremo, la protección *última* (la cursiva es del autor) de los derechos fundamentales a los tribunales ordinarios”.<sup>14</sup> No tenía sentido entonces esta desconfianza. Y menos tiene sentido ahora.

b) Por exquisito que sea el cuidado con que el Tribunal Constitucional ejerza las funciones que actualmente tiene atribuidas en orden a la protección de los derechos fundamentales frente a las violaciones que tuvieran su origen en acto u omisión de un órgano judicial, por grande que sea el celo a la hora de limitar la jurisdicción del Tribunal Constitucional a sus justos límites, los conflictos son inevitables. Como así ha saltado frecuentemente a los medios de comunicación, habiendo dado lugar a reuniones de los presidentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y hasta que se haya llegado a pedir que se apelara al jefe del Estado como árbitro y moderador del regular funcionamiento de las instituciones, como establece el artículo 56.1, CE.

<sup>14</sup> En el prólogo al libro de Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, p. 6.

Y esos conflictos, ¿por qué? ¿Por qué tan solo un ínfimo número de amparos llegan a buen fin y logran reparar, aunque muy tardíamente, alguna injusticia? Mientras, tantos y tantos quedan sin reparar.

c) Si se estima que cuando se vulnera un derecho fundamental como el derecho a la tutela judicial, requiere una protección especial, que se arbitren, dentro de los procesos ordinarios ante cada orden jurisdiccional, recursos también especiales y sumarios, pero dentro del Poder Judicial.

d) Existe otra razón evidente que no justifica el mantenimiento del amparo ante el Tribunal Constitucional. Como he señalado anteriormente, la práctica ha puesto de manifiesto la escasa o nula objetividad con que se enjuicia la admisión de los recursos. Y precisamente ha sido con motivo de estos amparos que lograron, no solo superar la barrera de las inadmisibilidades, sino que llegaron a ser estimados en plazos inusitados, anteponiéndose a otros muchos en que la decisión se requería con mayor urgencia, cuando con más frecuencia han surgido los conflictos. Y, por lo general, el Tribunal Supremo tenía razón al denunciar una invasión de su competencia.

Todo esto, sin tener en cuenta, por otro lado, los criterios no menos discriminatorios con que se decide, además de la admisión de los amparos, la suspensión de la ejecución de sentencias penales a las que nada se puede reprochar.

e) En realidad, con una buena regulación de las vías procesales para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios resultaría innecesario el amparo ante el Tribunal Constitucional. Como dice Javier Delgado-Barrio en el discurso de apertura de Tribunales del año 2000, “una normativa que cubriese todos los supuestos de violación de aquellos derechos atribuible al juez, podría implicar para ellos la innecesariedad del amparo”.<sup>15</sup> Ciertamente falta esa normativa, y la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios ofrece notables deficiencias. Pero estas deficiencias se superan reformando el sistema, no con un amparo ante el Tribunal Constitucional, después de agotar las vías judiciales, con las mismas o peores deficiencias. Porque, a la duración excesiva de los procedimientos para resolverlos, se une la práctica viciosa de acudir al remedio de las inadmisibilidades. Es cierto que la mayor parte de éstas están más que

<sup>15</sup> El discurso lleva el título de *Del modo de arreglar la Justicia*, Tribunal Supremo, 2000, p. XLI.

justificadas; pero existen otras —y en número considerable como he indicado— que no obedecen a otra razón que a defenderse de lo que un magistrado del propio Tribunal ha calificado como “inundación de recursos de amparo”. Y *los trámites de admisión*, según confesión del mismo magistrado —y esto es importante destacarlo—, *agotan más de la mitad de su tiempo*, que, dedicado a la decisión de las cuestiones propias de un Tribunal Constitucional, permitirían que éstas se resolvieran en plazos prudenciales, o, al menos, más razonables.

En definitiva, como antes señalé, se han cumplido con exceso las previsiones que se reflejaron en las enmiendas que se formularon en el procedimiento constituyente y en las que, tan acertadamente, insistió Fernando Garrido.