

LAS RELACIONES ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO, ¿UN CONFLICTO PERMANENTE?

Juan Antonio XIOL RÍOS *

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de los problemas que genera la dualidad de jurisdicciones. Concretamente y por lo que respecta al caso español, se repasan los episodios conflictivos que han tenido lugar entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. Asimismo, se analizan las causas generadoras de esta situación y se ve en la reforma del amparo llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, una posible salida a esta situación de conflicto, normalizando las relaciones entre TS y TC.

Palabras clave

Tribunal Constitucional; Tribunal Supremo; Conflicto entre jurisdicciones; objetivación del recurso de amparo.

Abstract

The present work aims to account for the problems generated by the existence of two jurisdictions. Specifically and as regards the Spanish case, the conflicting episodes that have taken place between the Supreme Cort and Constitutional Court are reviewed. Likewise, the causes generating this situation are analyzed and it is seen in the reform of the amparo carried out by the Organic Law 6/2007, of May 24, a possible solution to this situation of conflict, normalizing the relations between TS and TC.

Key words

Constitutional Court; Supreme Court; Conflict between jurisdictions; amparo/constitutional appeal.

* Magistrado del Tribunal Constitucional. Expresidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

SUMARIO: I. Tesis: el conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. II. Antítesis: la separación de campos operativos entre ambos tribunales. 1. Separación basada en el principio de jerarquía. 2. Separación basada en la actitud de deferencia y diálogo entre ambos tribunales. 3. Separación basada en técnicas procesales de competencias. A) División formal de competencias y creación de vías previas. B) Distinción entre hechos y Derecho. C) Distinción entre legalidad ordinaria y constitucional. D) Imputación a la ley de las vulneraciones de derechos fundamentales que resulten de su aplicación. E) Autorrestricción. III. Síntesis: el equilibrio constitucional entre las dos instituciones.

I. TESIS: EL CONFLICTO ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO

DESDE su creación el TC fue penetrando con intensidad creciente en la función jurisdiccional ordinaria mediante sucesivas aperturas de la jurisdicción constitucional. Comenzó haciendo valer la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva en contra del formalismo evasivo al que los tribunales de Justicia estaban acostumbrados. También de la primera época es la proscripción, como contrarias al principio de igualdad, de las rupturas injustificadas de la unidad de criterio judicial. Contemporáneamente reivindicó el examen de la racionalidad de la apreciación de la prueba en el proceso penal desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. Más adelante, el control de la racionalidad se extendió a la aplicación del ordenamiento jurídico en su conjunto, impuesto especialmente desde el ángulo del principio de legalidad en la imposición de penas y sanciones y de la ponderación de los derechos fundamentales afectados en el proceso. Finalmente, extendió sus facultades de control considerando como aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva la prohibición constitucional de la arbitrariedad y la exigencia de una motivación reforzada cuando la resolución afecta a derechos fundamentales.

Estas posiciones del TC produjeron, en conjunto, y sobre todo en sus primeras etapas, un efecto netamente positivo en la actuación de la jurisdicción ordinaria. En poco tiempo se vio forzada a abandonar las pautas de esterilización propias de la Dictadura e incorporó en su labor de aplicación de la ley los principios y valores de la CE. La jurisprudencia constitucional se convirtió definitivamente en un elemento del ordenamiento jurídico del que no pueden prescindir los tribunales ordinarios. En situaciones de normalidad, ha sido prácticamente innecesario invocar el artículo 5 LOPJ, que nació con el poco disimulado propósito de evitar que los criterios interpretativos surgidos del TC fueran rechazados o desconocidos intencionalmente por los tribunales ordinarios.

Las aperturas de la jurisdicción constitucional al proceso ordinario han sido muchas veces objeto de reticencias injustificadas por los tribunales ordinarios; pero otras han tenido efectos negativos en el ejercicio de la función jurisdiccional y en la posición constitucional del TS. Así ha sucedido cuando el TC ha incurrido en aparentes excesos de jurisdicción (Bustos Pueche), que han penalizado especialmente al TS. El intervencionismo del TC, justificado inicialmente por la función propedéutica del amparo constitucional (Xiol Ríos, J.A., 2001), lo convirtió *de facto* en una última instancia y determinó la masificación de asuntos pendientes en

el TC y que la anulación de sentencias del TS por el TC fuera relativamente frecuente y apareciera, como se dijo irónicamente, como una violación de derechos fundamentales que deviene tal a modo de un delito de resultado (Aparicio). A título de ejemplo, la STC 7/1994, de 17 de enero, afirma que la aplicación de ciertas normas que ha hecho el TS «provoca el incumplimiento de las obligaciones que al juzgador impone el [...] artículo 24 de la Constitución».

No es, pues, de extrañar, que se registrara una larga serie de episodios conflictivos entre el TC y el TS. Conviene que hagamos referencia a los más significativos (vid. Serra Cristóbal).

El primer incidente entre el TS y el TC es contemporáneo del nacimiento de la jurisprudencia constitucional sobre la presunción de inocencia. Esta jurisprudencia (STC 31/1981, Sala Primera, de 28 julio), de gran calado en el proceso penal, fue recibida al principio con evidente reticencia por los tribunales ordinarios y determinó una mutación sustancial del sentido del recurso de casación penal (STC 56/1982, Sala Segunda, de 26 julio). La Sala Segunda del TS, la cual había padecido con anterioridad filtraciones sobre el contenido de alguna deliberación, ordenó la incoación de oficio de diligencias penales a los magistrados del TC por la filtración a la prensa de la sentencia dictada en el caso RUMASA (STC 111/1983, Pleno, de 2 de diciembre). Aquellos declararon por escrito y el asunto terminó en archivo.

Alguna de las primeras sentencias del TC anuló decisiones de las Salas Primera, Segunda y Sexta (hoy Cuarta) del TS sobre la apreciación de los requisitos para interponer el recurso de casación. La doctrina fue iniciada por la STC 17/1985, Sala Primera, de 9 de febrero, respecto de la Sala Sexta (hoy Sala Cuarta) del TS. Fue continuada por la STC 110/1985, Sala Primera, de 8 octubre, respecto de la Sala Segunda del TS (aunque puede citarse como anterior la STC 56/1982, Sala Segunda, de 26 de julio, tendente a introducir en el recurso de casación el examen de la presunción de inocencia). La STC 81/1986, Pleno, de 20 de junio, la aplicó a la casación civil, de competencia de la Sala Primera del TS. La asunción de la competencia por el Pleno del TC y el voto particular del magistrado Díez-Picazo, preludiando la que luego sería la doctrina definitiva del TC en la materia, revelan el carácter polémico de estas decisiones, dado que atacaban un principio característico de los Tribunales de orden superior, el de disponer de un margen razonable de apreciación para delimitar su propia competencia. Este principio, por cierto, había sido reivindicado para el TC en intervenciones públicas de destacados miembros de este.

Más tarde, con ocasión de la reforma de la casación llevada a cabo en 1992, se reprodujo una doctrina análoga en la STC 212/1994. El TS dictó diversos autos en sentido frontalmente opuesto (entre ellos, ATS de 24 de enero de 1995), en los que se razona profusamente, en un perceptible intento de llevar a la convicción del TC la bondad de su postura inicial. Tras diversas incidencias extraprocesales, el TC inició una doctrina más contemporizadora sobre el alcance del derecho de tutela judicial en vía de recurso. Este nuevo punto de vista le permitió reconocer que el TS también dispone de facultades para interpretar la legislación sobre admisibilidad de los recursos de casación al atribuirle «la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación ante él interpuestos, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (STC 37/1995).

La opinión según la cual la Sala Tercera de lo Social (y la Quinta) del TS «nunca han planteado problema alguno con el Tribunal Constitucional» (Gimeno Sendra) solo puede aplicarse a los aspectos extraprocesales. Respecto de la Sala de lo Social recayeron en su día numerosos pronunciamientos del TC discutibles en cuanto al alcance de su jurisdicción. Desde planteamientos doctrinales se pusieron de manifiesto las dificultades existentes (A. Desdentado).

La Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo padeció también los efectos de esta etapa de rigor en la jurisprudencia constitucional respecto a la admisibilidad del recurso de casación (STC 188/1994, de 20 de junio). El conflicto, sin embargo, se desarrolló por cauces más discretos (*vid.* Gimeno Sendra). Posteriormente, el TC aceptó el rigor, objeto de críticas doctrinales, de la Sala Tercera en la admisión de los recursos de casación, especialmente a raíz de la entrada en vigor de la LJCA 29/1998, de 13 de julio (SSTC 58/1995, Pleno, de 10 de marzo, sobre inadmisión por razón de la cuantía en materia de sanciones administrativas; 260/2000, Sala Primera, de 30 de octubre, sobre inadmisión por presentación anticipada en el Juzgado de Guardia; y 230/2001, Sala Segunda, de 26 de noviembre, sobre inadmisión por falta de justificación en el escrito de preparación de la relevancia para el fallo de la norma estatal citada como infringida).

Más tarde, la Sala Primera del TS, en una reunión para la unificación de criterios de 12 de diciembre de 2000, elaboraría unas reglas muy estrictas para la admisión del recurso de casación y extraordinario de infracción procesal en aplicación de la nueva LEC 2000. El TC consideró estas interpretaciones compatibles con la Constitución. Verbigracia, ante la doctrina según la cual los criterios de admisibilidad del recurso de casación por interés casacional no son aplicables a los asuntos seguidos por razón de la cuantía, los AATC 191/2004, de 26 de mayo, 201/2004, de 27 de mayo, y 208/2004, de 2 de junio, y las SSTC 150/2004, de 20 de septiembre, 164/2004, de 4 de octubre, 167/2004, de 4 de octubre, y 3/2005, de 17 de enero, descartan que el TS incurra en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente, declarando que «es evidente que no nos encontramos ante «una simple expresión de voluntad», sin motivación o fundamento alguno (STC 164/2002, de 17 de septiembre), ni ante «quebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» (SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4), ni ante un razonamiento jurídico objetivamente insusceptible de resultar comprensible a «cualquier observador» (STC 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 5)». Una doctrina similar había sido seguida con anterioridad en relación con la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS sobre el régimen de admisión de la casación social para la unificación de doctrina.

En el orden civil, el TC penetró también en la labor de apreciación de la prueba mediante la técnica –irreprochable desde el punto de vista constitucional– de ponderar su resultado en función de la importancia de los intereses constitucionales afectados. Así ocurrió en el caso de la *negativa a la prueba de investigación de la paternidad* (STC 7/1994, Sala Primera, de 17 de enero). Un voto particular revelaba de manera incuestionable el exceso de jurisdicción que supone la falta de devolución de la competencia, pues se declaraba aplicable la SAP casada por el TS. El grave problema estaba en que el TC iniciaba una discutible práctica consistente en reaccionar contra las reticencias, reales o supuestas, a la efectividad de sus sentencias de amparo cortocircuitando el sistema de recursos mediante la anulación de la

sentencia del TS y la reviviscencia de la sentencia dictada en una de las instancias, como si tuviese competencia para resolver un recurso de apelación o de casación. En el TS se registró un conato de apelar al papel mediador de la Corona a través de su presidente.

La STS, Sala Primera, de 5 de noviembre de 2001, en términos de inusual dureza, se ratificó en la postura inicial «con la esperanza de que el Tribunal Constitucional medite sobre la importancia de las mismas sin llevar a sus últimas consecuencias lo que entendemos como conducta negligente que, con su repetición, sugeriría la concurrencia al menos de «culpa con representación» o dolo eventual». El TC insistió en su postura sin matización alguna en el fondo ni en el severo lenguaje empleado.

Los riesgos del cortocircuito procesal desde la perspectiva de las garantías constitucionales (especialmente del derecho a un proceso público y contradictorio, inmediación de la prueba, derecho a los recursos y a la doble instancia jurisdiccional) son más evidentes en el orden penal, en los que también han sido frecuentes. El acuerdo gubernativo de la Sala Segunda del TS de 15 de diciembre de 2000 se manifestó en el siguiente sentido: «En los procesos penales en que se haya dictado sentencia de casación, anulada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, necesariamente el Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional en el orden penal, habrá de finalizar el proceso dictando la sentencia que corresponda en los términos que habrían sido procedentes de haber sido apreciada en la casación la vulneración estimada por el Tribunal Constitucional, consecuentemente con la nulidad y los efectos decididos por el Tribunal Constitucional». En contraste con lo que ocurre en el orden jurisdiccional civil el TC reaccionó limitándose habitualmente a anular la STS cuando estima el amparo (verbigracia, caso *Los Albertos*, citado *infra*), para que sea el TS el que, en cumplimiento de la sentencia dictada, pronuncie la absolución o, si procede, la condena.

El TS ha llevado en algunas ocasiones su función de protección de los derechos fundamentales más allá de donde ha llegado el TC. Así ocurrió cuando la Sala Primera sentó una doctrina favorable a estimar que la preterición de la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios es discriminatoria (STS, Sala Primera, de 20 de junio de 1987, y otras muchas posteriores), no plenamente acorde con la naturaleza reconocida por el TC a los títulos nobiliarios como institución tradicional ajena al sistema de derechos fundamentales (STC 27/1982, Sala Segunda, de 24 de mayo). El TC rechazó enmendar el criterio del TS, fiel a su doctrina sobre la imposibilidad del llamado «contraamparo» (STC 885/1991, de 6 de julio). Posteriormente, sin embargo, entró en el examen de la cuestión, aprovechando el planteamiento de una forzada cuestión de inconstitucionalidad sobre la adecuación a la CE de una norma de las Partidas de Alfonso X sobre la sucesión de la Corona (desconociendo que la preferencia del varón no estaba proclamada por ninguna ley, ni tampoco en esa norma histórica, sino que arrancaba de una interpretación sobre el orden de suceder tradicional). Se declaró que la norma de las Partidas era adecuada a la CE (peculiar supuesto de reviviscencia de una norma después de varios siglos), y que debía prevalecer la preferencia del varón, dejando sin efecto por este procedimiento indirecto la jurisprudencia del TS. La Sala Primera del TS aceptó sin reacción alguna este evidente exceso de la jurisdicción constitucional (STC 126/1997, Pleno, de 3 de

julio), luego enmendado por el legislador, no carente de importancia por el hecho de no haber tenido repercusiones conflictivas.

En algunos casos la invocación del principio de legalidad penal u otras garantías constitucionales en el ámbito sancionador ha servido al TC para mantener interpretaciones de la ley penal o sancionadora discrepantes respecto del TS. En algunas de ellas parece reflejarse una concepción intervencionista de la justicia constitucional en el orden penal o, si se prefiere, una discutible constitucionalización global del enjuiciamiento penal o contencioso sancionador, similar al proclamado expresamente por el TC, por otras razones más atendibles, respecto del proceso contencioso-electoral [aunque, en todo caso, sería deseable que se respetase la valoración de los hechos realizada por el Tribunal ordinario, cumpliendo lo establecido en el art. 44.1.b) LOTC, precepto frecuentemente olvidado por el TC].

A título de ejemplo, puede citarse el caso Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio), en el que la anulación de la sentencia del TS se fundó en la inconstitucionalidad de la norma penal resultante de una nueva perspectiva sobre la falta de proporcionalidad de la pena susceptible de ser impuesta (Bacigalupo).

Inopinadamente, la STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2004, rec. 1/2003, apreció la responsabilidad civil de varios magistrados del TC, incluido su presidente, por entender que, al no admitir un recurso de amparo fundándose en que el recurrente había recusado a todos los miembros del Tribunal, «los Magistrados demandados han actuado con una negligencia profesional grave, que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable». El recurso de amparo se había interpuesto contra una sentencia de la Sala Tercera del TS que se había mostrado deferente con el TC en relación con los procedimientos de designación de letrados del Tribunal. La STS de la Sala Primera parte del principio de que la «responsabilidad extracontractual o aquiliana tiene que ser aplicable de una manera directa a los Magistrados del Tribunal Constitucional, ya que en su regulación orgánica no se han introducido singularidades o especialidades derivadas del ejercicio de su función como máximo intérprete de la Constitución». Fue unánime la crítica en el sentido de que el enjuiciamiento sobre la responsabilidad de los magistrados del TC debe ser ajeno al contenido de sus resoluciones.

Mediante Acuerdo de 3 de febrero de 2004, el TC declaró que «la Sala de lo Civil, al enjuiciar la fundamentación dada por el Pleno a una Resolución de inadmisión, pone en serio peligro la función jurisdiccional de amparo invadiendo competencias que sólo al Tribunal Constitucional corresponden. Pues no se enjuicia la hipotética concurrencia de algún elemento añadido a las resoluciones mismas y diferenciable de éstas, en cuanto eventual posible soporte de la responsabilidad reclamada, sino única y exclusivamente dichas resoluciones» y terminó «rechazando, con serenidad, pero también con rigor la invasión de nuestra jurisdicción que supone la utilización de la vía civil como indebida prolongación del recurso de amparo». Finalmente, la STC 133/2013, recurso de amparo 1091/2004, acordó estimar el recurso de amparo interpuesto por los magistrados condenados y anular la sentencia dictada por el TS.

La STC 237/2005 impone sin matizaciones el principio de justicia universal respecto de los delitos previstos en el artículo 24.4 LOPJ, en una materia cuya trascendencia desde el punto de vista constitucional resulta evidente, frente a las opiniones que han defendido que se trata de un problema de interpretación de la ley ordinaria. La STS, Sala Segunda, de 20 de junio de 2006, rec. 1395/2005, declara

que el cumplimiento de la STC «no nos impide mantener el diálogo institucional y constructivo que debe presidir la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, invitando a aquél a un nuevo análisis de las cuestiones que el principio de la jurisdicción universal implica».

Más adelante, el TC, dando un peligroso paso, penetró francamente en el terreno de la interpretación de la ley penal invocando el llamado canon reforzado de tutela judicial, de razonabilidad o de enjuiciamiento constitucional cuando el proceso se refiere a derechos fundamentales como los que resultan afectados por la imposición de una pena. Un ejemplo notable es la STC 29/2008, de 20 de febrero de 2008, dictada en el caso *Los Albertos*, en el que el TC se basa en este canon para anular una condena penal interpretando la norma sobre inicio del plazo de prescripción del delito, siguiendo el discutido precedente de la STC, Sala Segunda, 63/2005 de 14 de marzo. En acuerdo no jurisdiccional de 12 de mayo de 2005, la Sala Segunda del TS considera que la STC «insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el artículo 123 de la CE que establece que el TS es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales». Este acuerdo fue ratificado en los de 25 de abril de 2006 y 26 de febrero de 2008. En este último, respecto de la STC de 20 de febrero de 2008, se afirma que se desconoce la esencia del artículo 123 CE «fijando una interpretación de la legalidad ordinaria que sólo corresponde al Tribunal Supremo». En la Memoria del TS publicada en 2008 se critica severamente la expresada sentencia y se sostiene la necesidad de una revisión de la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la tutela judicial efectiva.

II. ANTÍTESIS: LA SEPARACIÓN DE CAMPOS OPERATIVOS ENTRE AMBOS TRIBUNALES

1. SEPARACIÓN BASADA EN EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA

A la vista de la prolongada situación de conflicto entre el TC y el TS, que registró episodios de recíprocos excesos de jurisdicción, enfrentamientos y exabruptos, más frecuentes que los de diálogo institucional, serenidad y reflexión, no es extraño que también en España se hablase frecuentemente de la «guerra de las Cortes», expresión acuñada en Italia y susceptible de ser trasladada a otros países en los cuales se ha instaurado posteriormente la justicia constitucional y en que la relación de esta con la corte suprema no es siempre del todo satisfactoria.

Para un sector importante de la doctrina y de la opinión profesional, la razón del enfrentamiento entre el TS y el TC ha radicado en la defectuosa delimitación de las competencias de uno y de otro. Para establecer esta delimitación se han sugerido doctrinalmente diversas soluciones. Una de las posiciones mantenidas inicialmente en el ámbito del propio TC y en ciertos sectores doctrinales se funda en el principio jerárquico: el conflicto entre el TS y el TC debería solucionarse subra-

yando la posición preeminente del TC en materia de garantías constitucionales, con lo cual se definirían perfectamente los trazos de separación entre ambas jurisdicciones.

El apartado primero del artículo 123 CE, en efecto, concentra en una fórmula simple el principio que debe regir las relaciones entre el TS y el TC: «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

Quiere esto decir, en primer término, que la garantía constitucional de una jurisdicción ordinaria suprema se formuló en la CE, ateniéndose a la tradición histórica del TS, de manera casi descriptiva, subrayando el elemento que había caracterizado a dicho tribunal en la tradición liberal de los tribunales de casación: la nota de supremacía (preeminencia, superioridad jerárquica, según el DRAE). En España la nota recibida por la CE aparecía tradicionalmente resaltada en la designación del órgano como supremo y en las referencias deferentes a este como Alto Tribunal (con mayúsculas mayestáticas), habituales en el foro. Es la misma nota que, en el ámbito de los tribunales superiores de justicia, el constituyente expresó con la palabra «culminar»: llegar al grado más elevado (art. 152.1 II CE).

Esta nota de preeminencia o superioridad jerárquica se concibe con carácter general cuando se refiere al TS («en todos los órdenes», es decir, cualquiera que sea el tipo de relación que se considere en el ejercicio de la jurisdicción o potestad jurisdiccional) y tiene una excepción, introducida en el precepto con el adjetivo de valor adverbial «salvo»: el TS no goza de esta nota de preeminencia en las materias en que opera el sistema de garantías constitucionales, es decir, cuando entra en juego la competencia del TC. Por consiguiente, el TC goza de preeminencia o superioridad jerárquica limitada a las materias de su competencia definidas en el artículo 161 CE, como excepción al principio de preeminencia general del TS en la función jurisdiccional.

Pero la nota de preeminencia no es, desde luego, suficiente ni en una mínima proporción para definir la garantía institucional del TS y la relación de este con el TC. La fórmula constitucional del artículo 123 CE no resuelve por sí misma todos los problemas que plantea la determinación del ámbito recíproco de competencia que corresponde al TS y al TC, entre otras razones, porque toda garantía institucional supone una apelación a la conciencia social y jurídica de cada momento y al conjunto de los valores y principios constitucionales. En todo caso, interesa especialmente subrayar los intentos reiterados de subvertir el sentido del precepto constitucional. Desde el ámbito más cercano al TC se invocó a veces una supuesta posición de supremacía jerárquica absoluta respecto del TS. De manera polémica se esgrimió periodísticamente el eslogan «Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero» (diario *El País*, 9 de febrero de 1994). Otro intento de tergiversación se llevó a cabo trayendo a la luz la condición del TC como «órgano constitucional», categoría concebida y reconocida legislativamente para hacer valer la autonomía del TC frente al Ejecutivo con el fin de permitirle organizarse en el ejercicio de sus funciones de defensa de la Constitución y recabar medios del Parlamento (García Pelayo). Se hizo para, entre otros efectos, relativizar el carácter subsidiario atribuido por la CE al recurso de amparo; para desconocer la posición constitucional del TS considerándolo como un órgano más de los que pertenecen a la «jurisdicción ordinaria»; o para justificar el monopolio de rechazo de las leyes en una supuesta mayor dignidad del Poder Legislativo, y por ende del TC, respecto

del Poder Judicial (STC 17/1981, Pleno, de 1 junio). Posteriormente una metonimia entre las explicaciones realistas sobre las decisiones judiciales y el carácter imperativo de la norma llevó a invocar el principio según el cual la preeminencia corresponde a quien decide en último lugar o a afirmar que, si la CE es lo que dice el TC, este goza de un poder omnímodo para determinar su competencia. En resolución, en un momento dado se trató de convertir el TC de «supremo intérprete de la Constitución», según la acertada definición de su Ley Orgánica, en supremo intérprete del ordenamiento por mandato de la Constitución.

Desde perspectivas próximas al TS se insistió en un concepto cerrado de legalidad ordinaria, en el sentido de ordenamiento o conjunto de normas reservado a los tribunales ordinarios y supuestamente ajeno a la CE y, por ende, inmune a la intervención del TC; se propusieron soluciones de supresión del recurso de amparo o limitación a algunos derechos fundamentales difícilmente compatibles con la CE; y se intentó también argumentar sobre la naturaleza de órgano constitucional del TS, la cual no se corresponde con la técnica seguida con la CE para garantizar su existencia y el mantenimiento de los rasgos que lo hacen reconocible como institución.

2. SEPARACIÓN BASADA EN LA ACTITUD DE DEFERENCIA Y DIÁLOGO ENTRE AMBOS TRIBUNALES

Ha habido explicaciones de esta situación de conflictividad fundadas en la procedencia ideológica y profesional mayoritaria de los magistrados y letrados de los primeros períodos del TC y en la penuria de medios que el TS heredó de la Dictadura (Gimeno Sendra), a lo que podría añadirse el lastre ideológico del TS en el momento de promulgarse la Constitución. Estas explicaciones suelen tener su última ratio en la interpretación del conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo como un conflicto de poder influido por el contexto ideológico y sociológico de sus componentes, por su mayor o menor proximidad a los grupos políticos y por el sustrato sociológico del que proceden.

Los estudios sobre la composición del TC no demuestran, a mi juicio, de manera concluyente que esta tenga una influencia decisiva en las relaciones con el TS. Alguno de los episodios conflictivos más virulentos han tenido lugar con presencia de magistrados del Tribunal Supremo como miembros del TC en proporción significativa y no parece que entre los magistrados que han contribuido a alimentarlos pueda detectarse una similar configuración ideológica.

En todo caso, sí puede afirmarse que no contribuye a disipar el conflicto entre ambos tribunales una concepción del derecho apegada al positivismo formalista alejada de la complejidad orgánica, sociológica, económica e ideológica que hoy reviste el sistema jurídico externo e interno en las sociedades modernas. En un sistema jurisdiccional complejo, como el propio de un Estado de Derecho avanzado característico de la situación histórica y geográfica que nos corresponde, puede pensarse que favorece el equilibrio entre ambas instituciones el diálogo institucional entre el TS y el TC. El diálogo entre tribunales resulta inevitable instrumento para el ejercicio de la jurisdicción en aquellas sociedades en las que viene imponiéndose una construcción deliberativa del Derecho por todos los agentes jurídicos; aquellas sociedades, en defi-

nitiva, en la que los enunciados jurídicos pertenecen en cada momento a quien los interpreta o aplica (Dominique Rousseau). Según esta posición, el conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo podría superarse acudiendo a las ideas de deferencia, respeto y diálogo. La solución radicaría, por una parte, en el respeto por el TS de las decisiones y los criterios sentados por el TC en la interpretación de la Constitución y la determinación del alcance de los derechos fundamentales, y, por otra parte, en el reconocimiento por parte de este (i) de la jurisprudencia del TS como expresión de la realidad viva del Derecho (Mangiameli) en la que se concreta la significación jurídico-pragmática de la ley cuya constitucionalidad se juzga y (ii) del papel que corresponde a los tribunales ordinarios como la instancia ordinaria de protección de los derechos y libertades fundamentales.

3. SEPARACIÓN BASADA EN TÉCNICAS PROCESALES DE DIVISIÓN DE COMPETENCIAS

Un segundo grupo de soluciones a la situación de conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han fundado en propuestas de carácter formal, articuladas sobre fórmulas legislativas tendentes a deslindar con criterios procesales o de delimitación de competencias el ámbito correspondiente a cada jurisdicción.

A. División formal de competencias y creación de vías previas

Se han efectuado algunas propuestas discutibles desde el punto de vista constitucional, como la supresión del recurso de amparo, o, cuando menos, la supresión del amparo relativo a los artículos 24 y 25 CE. Otras propuestas se decantan por el establecimiento de filtros –procesales u organizativos– para poder acceder al amparo constitucional.

Durante mucho tiempo el legislador ha estado tratando de regular el proceso sumario y preferente de protección de las libertades y derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria como vía previa al amparo constitucional. Se pretendía, en fin, superando el sistema transitorio previsto en la LOTC, limitar la intervención del TC a los recursos de amparo que se interpongan cuando previamente se haya seguido el procedimiento de amparo judicial.

En efecto, la disposición transitoria 3.^a2 LOTC determinó que, provisionalmente, la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo sería la contencioso-administrativa ordinaria o la establecida por la Ley 62/1978. La garantía jurisdiccional contencioso-administrativa de la Ley 62/1978 fue derogada por la LJCA 29/1998, de 13 de julio, y sustituida por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en los artículos 114 y siguientes. La garantía jurisdiccional civil prevista también en la Ley 62/1978 fue derogada por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, y sustituida por el juicio ordinario previsto para la tutela del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y, en general, para la salvaguarda de cualquier otro derecho fundamental (art. 249.1.2.º LEC). La garantía jurisdiccional penal establecida en la citada Ley 62/1978 fue suprimida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento de delitos de terrorismo.

ciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Todo el proceso penal, en sus diversas modalidades aparece así como de garantía jurisdiccional penal de derechos fundamentales. En el proceso laboral subsiste la garantía establecida en los artículos 175 a 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Se desarrollaron, igualmente, otros procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales en casos determinados, como el proceso especial contencioso-disciplinario militar, el procedimiento para la protección de los derechos de reunión y manifestación, el procedimiento referente al derecho de rectificación (Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo), el procedimiento de hábeas corpus (Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, y los procedimientos electorales previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y el establecido para la defensa del derecho de asilo.

Este panorama demuestra, como afirma Sala, que nunca ha existido un verdadero procedimiento «preferente y sumario», como quería la Constitución, para amparar ante la jurisdicción ordinaria la vulneración de derechos fundamentales objeto de protección reforzada a que se refiere el artículo 53.2 CE. Pérez Tremps y Rebeca Sánchez pusieron el colofón al afirmar que «superados ya los 25 años de vida constitucional, la idea de disponer de un desarrollo del artículo 53.2 CE capaz de responder a la doble necesidad [...] de un cauce único de tutela, preferente y sumario, que sirva al mismo tiempo para salvaguardar la subsidiariedad del amparo ante el Tribunal Constitucional, parece haberse descartado por completo». Previamente, De la Oliva había calificado de «falsa panacea» la mera instauración del procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios del artículo 53.2 CE.

En definitiva, la vía judicial previa al amparo constitucional nunca ha sido única, ni los distintos procedimientos establecidos han sido sumarios (en el sentido de procesos de conocimiento limitado) ni han podido evitar su coexistencia (o equivalencia) con las vías ordinarias como instrumento de protección de los derechos fundamentales. Además de ello, la resolución judicial que termina cualquiera de estas vías previas, al igual que la que termina cualquier procedimiento ordinario, puede, a su vez, incurrir en vulneración de un derecho fundamental, singularmente del de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En suma, el intento de regular el proceso judicial de amparo establecido en el artículo 53.2 CE ha sido un procedimiento inútil a los efectos de establecer una adecuada relación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional en la protección de los derechos fundamentales.

La LO 6/2007 amplía el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ a todos los derechos fundamentales, con el fin de que sirva de vía previa al amparo constitucional, aunque con la implícita pretensión, que implica más bien el reconocimiento de un fracaso, de que constituya un procedimiento de amparo judicial de los derechos fundamentales. Según su preámbulo:

De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

En sentido inverso, la LOTC establece filtros para impedir que las resoluciones del TC puedan ser dejadas sin efecto por los tribunales ordinarios y, especialmente por el TS, al conocer de la responsabilidad civil y penal de sus magistrados:

Artículo 4.1 En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. 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; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.

2. Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.

[...]

B. Distinción entre hechos y Derecho

Según el artículo 44 LOTC, modificado en 2007:

Artículo 44.1 Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

[...]

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

[...]

Este precepto, interpretado restrictivamente, únicamente permitiría al Tribunal Constitucional examinar las vulneraciones cometidas por los órganos jurisdiccionales por infracción de derechos fundamentales que establecen garantías procesales (en el caso de que la vulneración sea cometida por un órgano de carácter administrativo no es aplicable este artículo), pero no por una defectuosa interpretación de los derechos fundamentales en cuanto al fondo del asunto, dado que la doctrina, por lo general, ha venido considerando que la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares tiene carácter indirecto. Sin embargo, la interpretación habitual ha sido la de considerar que este precepto permite examinar la defectuosa interpretación efectuada por un tribunal ordinario en perjuicio del titular del derecho fundamental afectado en un proceso que tenga por objeto su interpretación y aplicación. Asimismo, el TC ha venido considerando que puede entrar en la apreciación de los hechos cuando la misma es relevante desde el punto de vista del alcance del derecho fundamental afectado.

C. Distinción entre legalidad ordinaria y constitucional

La distinción entre legalidad ordinaria y constitucional, a la que acude frecuentemente la jurisprudencia constitucional para establecer una distinción competencial entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo corresponde a una línea

sumamente imprecisa, pues el ordenamiento jurídico forma un conjunto y existen cuestiones que se relacionan con la aplicación de la ley ordinaria cuya interpretación incide en el alcance de un derecho fundamental. Sin embargo, muchos mantienen que el TC ha llevado demasiado lejos el examen de la razonabilidad de las decisiones judiciales hasta penetrar en muchos casos en criterios de aplicación de la legalidad ordinaria. Por ello se ha propuesto que el TC deje de aplicar el llamado test de legalidad ordinaria, limite al máximo la utilización del test de razonabilidad reforzada y sustituya el test de razonabilidad jurídica por el de razonabilidad lógica, mediante el que desde, criterios extraídos de la lógica común, sin entrar en valoraciones jurídicas, se enjuicia si las premisas de las que se parte en las resoluciones judiciales recurridas son lógicamente absurdas, si el razonamiento sufre quiebras lógicas y si las conclusiones incurren en incoherencias lógicas.

D. Imputación a la ley de las vulneraciones de derechos fundamentales que resulten de su aplicación

Otra propuesta consiste en considerar las vulneraciones producidas en la aplicación de la ley como imputables a la ley misma, evitando con ello condenar a los tribunales ordinarios y, especialmente, al Tribunal Supremo cuando el TC considera que la aplicación de la ley ha producido la vulneración del derecho fundamental.

E. Autorrestricción

En el plano formal, las soluciones inspiradas en el principio de mutuo respeto, reconocimiento y diálogo se han traducido también en propuestas de autorrestricción por parte de la jurisdicción constitucional. La solución radicaría, según estas posiciones, en una actitud por parte del Tribunal Constitucional favorable a restringir en lo posible el ejercicio de su jurisdicción respetando el papel de los tribunales del Poder Judicial como ámbito protector de los derechos fundamentales con carácter ordinario. Una alternativa a la autorrestricción voluntaria, tendente a evitar las posibles contradicciones de una actitud de tal naturaleza con el derecho positivo, radica en las propuestas de regulación de la admisión del recurso de amparo fundados en la técnica de *certiorari*. Como seguidamente veremos, esta es la solución que en definitiva se ha abierto paso, a mi juicio, con un éxito apreciable.

III. SÍNTEISIS: EL EQUILIBRIO CONSTITUCIONAL ENTRE LAS DOS INSTITUCIONES

El historial de conflictos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo demuestra, a mi juicio, que una de las principales razones de la tensión entre el TC y el TS radicaba en que el recurso de amparo se había masificado convirtiendo al TC, de manera impropia, en una última instancia, desdibujando los trazos de separación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional y desvirtuando la función jurisprudencial del TS.

La reforma de la LOTC introducida por la LO 6/2007 estuvo dirigida al propósito de restringir el acceso a la jurisdicción constitucional del recurso de amparo, permitiendo que el TC desarrollase adecuadamente su labor jurisprudencial en materia constitucional y restituyendo a los tribunales del Poder Judicial su función de protección ordinaria de los derechos fundamentales.

La clave del nuevo sistema está en exigir a la parte recurrente, como nuevo requisito para la admisibilidad del amparo, que justifique la especial trascendencia constitucional del recurso.

La doctrina había propuesto restringir la competencia del TC al conocimiento de aquellos recursos en los cuales se advirtiera la necesidad de un pronunciamiento de la jurisdicción constitucional para orientar la labor de los tribunales ordinarios en materia de derechos fundamentales. Se trataba de un sistema de *certiorari* a la alemana, con un trámite de admisión «en positivo» que consistiría en imponer al recurrente la carga de demostrar que el recurso tiene trascendencia constitucional o que, aun careciendo de ella, la vulneración denunciada causa perjuicios de especial gravedad a su persona o a sus intereses y bienes.

Esta es la solución por la que parece haberse inclinado (al menos parcialmente) la LO 6/2007 de 24 mayo 2007, optando por lo que se ha llamado –muy impropia-mente– la objetivación del amparo. La ley modifica, en este punto, la redacción del artículo 50 LOTC estableciendo, como requisito de admisibilidad «[q]ue el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial 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».

El nuevo sistema supone, como declara la STC, Pleno, 155/2009, de 25 de junio de 2009, que, a partir de la reforma llevada a cabo por la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC: «[...] para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC].» Esta sentencia realiza una enumeración hipotética de casos en que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo debido a su especial trascendencia constitucional advirtiendo que la enumeración no tiene un carácter exhaustivo.

La nueva regulación ha supuesto un notable decremento del número de recursos de amparo ingresados en el TC, así como la disminución del porcentaje de recursos admitidos. (Durante 2016 solo el 0,67% de recursos fue admitido).

El TEDH ha aceptado plenamente la adecuación del requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo al sistema del CEDH. Sin embargo, en su esperada sentencia en el asunto *Arribas Antón c. España*, de 20 de enero de 2015, el tribunal de Estrasburgo reclama, en aras de una mayor seguridad jurídica, la identificación del supuesto concreto en que se enmarca la admisión en cada caso resuelto por el tribunal español (y, por otra parte, rechaza que la apreciación de la falta de trascendencia constitucional del recurso ante el TC pueda justificar no considerar agotadas las vías internas previas al recurso ante el TEDH).

Creo que es la drástica reducción del número de recursos de amparo admitidos uno de los hechos principales que abierto al paso hoy por hoy a una razonable nor-

malización entre las relaciones entre el TC y el TS. Se han dictado sentencias por el TC que en otras circunstancias podrían haberse considerado conflictivas y que, sin embargo, no han dado lugar a reacciones significativas. Así por ejemplo, las diversas sentencias dictadas en amparo constitucional anulando sentencias de la Sala Primera del TS en materia de protección del derecho al honor con una concepción inclinada a la protección del derecho a la intimidad de los personajes públicos contraria a una consolidada jurisprudencia del TS (STC 176/2013, de 21 de octubre, caso *Álvarez Cascos*; STC 190/2013, caso *Gonzalo Miró*) o, simplemente, negando la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la imagen (STC 19/2014, de 10 de febrero, caso *Melani Olivares*, en la que se contiene la polémica afirmación, FJ 3, de que «[e]ste Tribunal no puede participar del argumento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la posición prevalente del derecho a la información respecto del derecho a la imagen»); diversas sentencias constitucionales anulando sentencias del TS por incumplimiento del principio de inmediación en la casación por falta de práctica del interrogatorio del acusado ante el propio TS, con las consiguientes dificultades para la tramitación del recurso de casación (pronunciadas especialmente a partir del caso *Atutxa*, STC 205/2013, de 5 de diciembre, desestimatoria del amparo, que dio lugar a la STEDH de 13 de julio de 2017, condenado a España); sentencias dictadas por el TC anulando autos de inadmisión de recursos de casación dictadas por la Sala Tercera del TS por razón de haberse aplicado una innovación jurisprudencial no suficientemente conocida por los recurrentes (a partir de la STC 205/2013, de 5 de diciembre); o una sentencia anulando otra de la Sala Cuarta del TS que esta rechazó ejecutar por el procedimiento de dictar una nueva sentencia de casación, por entender que esto no era adecuado a la peculiar naturaleza del recurso de casación, lo que se tradujo en que la propia Sala Cuarta declarase firme la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia (STC de 19 de septiembre de 2016 y ATS de aclaración, Sala Cuarta, de 27 de enero de 2017, rec. 430/2013).

BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO PÉREZ, M. A., «Justicia y Jueces en la Constitución Española de 1978», ponencia presentada en la II Conferencia de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia de Iberoamérica, Portugal y España, celebrada en Madrid el 4 de octubre de 1993, Consejo General del Poder Judicial, 1993.
- BACIGALUPO, E., «El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», *Actualidad Penal*, 38, 14 al 20 de octubre, 2002.
- BUSTOS PUECHE, J. E., «Planteamiento técnico del conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional», *Diario La Ley*, año XV, núm. 3601, 6 de septiembre de 1994.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-Picazo Giménez, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, 1996.
- DESDENTADO BONETE, A., «Sobre las difíciles relaciones entre el recurso de casación para la unificación de doctrina y el recurso de amparo y sobre los problemas de prejudicialidad administrativa en el proceso social. Una reflexión crítica y una propuesta», *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 78, 1996.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas recurridas en casación: una reflexión rectificativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre, 2000, p. 399.
- GARCÍA-PELAYO, M., «El “status” del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- GIMENO SENDRA, V., «De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», *Diario La Ley*, D-243, tomo 7, 2001.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «El recurso de amparo y su inserción en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, mayo-junio, Madrid, 2000, p. 309.
- MANGIAMELI, S., «Sentenza interpretativa, interpretazione giudiziale e “diritto vivente”», *Giurisprudenza costituzionale*, II-1, 1989, p. 23.
- NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Ariel, Barcelona, 2003.
- PÉREZ TREMP, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M., *La protección de los derechos fundamentales en España*, en la obra coordinada por PAJARES MONTOLIO, E., Valencia, 2005.
- ROUSSEAU, D., *La Justicia Constitucional en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- SALA SÁNCHEZ, Pascual, «La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria y la constitucional», en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete.
- SERRA CRISTÓBAL, R., *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, 1999.
- XIOL RÍOS, J. A., «Algunas reflexiones...». La sentencia de amparo constitucional, *Cuadernos y Debates*, núm. 63, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.