

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y EL CASO CHILENO¹

Marc Carrillo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona-España)

RESUMEN

Se analiza el régimen mixto vigente en Chile, comparándolo con el sistema español de justicia constitucional. Se enfatiza, sin embargo, la incidencia de la política en la composición y funciones de nuestro Tribunal Constitucional, especialmente por la influencia de las Fuerzas Armadas. Evaluada esa situación se formulan críticas desde el punto de vista democrático. Sobre la base del caso chileno, se plantean observaciones algo más generales en relación con las funciones de la Judicatura Constitucional en el Derecho Comparado.

I. INTRODUCCIÓN

A veintitrés años de vigencia de la Constitución española, las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional constituyen uno de los puntos centrales para evaluar la efectiva aplicación de la norma suprema. Los años transcurridos de Constitución democrática suponen una venturosa excepción en la accidentada historia constitucional española, plagada de regímenes autoritarios y totalitarios, de guerras civiles y, en definitiva, de formas de gobierno donde la negación de las libertades y la división de poderes han sido la regla habitual del proceso de construcción del Estado español contemporáneo.

La Constitución de 1978, al igual que la republicana de 1931, contempla la jurisdicción constitucional como un instrumento de tutela de su fuerza normativa frente al resto

de los poderes públicos. Y entre ellos se encuentran también los juzgados y tribunales que integran el Poder Judicial. La Constitución se configura como un límite que opera sin excepción frente a la actuación de los poderes públicos; el Tribunal Constitucional (TC) es su intérprete supremo (art. 1 LOTC) que con este objeto se configura como una jurisdicción especial concentrada dotada de potestad para excluir del ordenamiento una norma que vulnere la Constitución o para declarar nulo un acto de cualquier poder público que la vulnere, bien por invasión de competencias de un ente público (Estado o Comunidad Autónoma) o por afectar lesivamente al contenido de un derecho fundamental².

Puede sostenerse que la labor del Tribunal Constitucional forma parte ya del importante acervo jurídico del nuevo sistema normativo que la norma suprema configuró a partir del 29 de diciembre de 1978 y, asimismo, es parte integrante del patrimonio democrático del Estado y de la ciudadanía. En este

¹ Los cuatro primeros apartados de este trabajo constituyen la reelaboración de una ponencia defendida en el Seminario de Derecho Constitucional organizado bajo la dirección de los profesores ALESSANDRO PIZZORRUSO y ROBERTO ROMBOLI de la Universidad de Pisa, en junio del 2001.

² Sobre las relaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, véase: P. PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1985.

sentido, el juicio de constitucionalidad ha consolidado su función limitadora de la acción del legislador y de protección de las minorías parlamentarias sin que por ello quepa atribuirle de forma indiscriminada la condición de poder contramayoritario³.

En una primera fase, el recurso de inconstitucionalidad ha sido el instrumento procesal a través del cual el Tribunal Constitucional ha ejercido la función de control de constitucionalidad que le está encomendada; sin embargo, en los últimos años, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por Jueces y Tribunales aparece como un procedimiento constitucional de control abstracto de la ley de uso cada vez más frecuente. Es decir, es con motivo de la aplicación de la ley estatal o autonómica con relación a un caso concreto que el Tribunal es llamado a pronunciarse a través de una vía procesal que, sin cuestionar su última decisión para mantener o no en el seno del ordenamiento a la ley, introduce elementos de justicia constitucional difusa en un modelo que se fundamenta en la atribución de esta función a un órgano *ad hoc*. Por ésta y otras razones, la cuestión de inconstitucionalidad ocupará, pues, el primer punto a tratar en esta reflexión sobre la relación entre juez ordinario y juez constitucional.

El segundo abordará alguna de las cuestiones que suscita el procedimiento del conflicto de competencias con respecto a la función que en relación a su objeto pueden también ejercer los tribunales ordinarios y, en especial, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas así como el Tribunal Supremo. El tema no es baladí ya que la experiencia demuestra que tanto los tribunales con jurisdicción autonómica como el supremo de la jurisdicción ordinaria ejercen evidentes funciones de delimitación competencial ante los contenciosos que les

³ Sobre la relación entre la función jurisdiccional y sistema democrático véase, el espléndido trabajo de: V. FERRERES COMELLA, *Justicia Constitucional y democracia*. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1998.

son planteados tanto por las diversas administraciones públicas como por los particulares⁴. Algunas de las cuestiones que suscita esta realidad jurisdiccional, especialmente con relación a la atribución del Tribunal Constitucional para resolver los conflictos de competencia, serán abordadas en la segunda parte de la exposición.

En el tercero se tratará de la relación de subsidiariedad entre el recurso de amparo constitucional respecto de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas ejercida por los tribunales ordinarios a través del procedimiento previsto por el artículo 53.2 de la CE (el llamado amparo ordinario). Una relación de subsidiariedad que se fundamenta en la tesis según la cual la jurisdicción ordinaria ha de ser la sede natural de tutela de los derechos fundamentales y el recurso de constitucional una vía extraordinaria de garantía constitucional, alejada de cualquier veleidad que, de hecho, pretenda equipararla a una especie de tercera instancia judicial⁵. Asimismo, vinculados con este punto aparecen algunos de los problemas de orden jurídico procesal que suscita el incidente de inconstitucionalidad (la llamada autocuestión) cuando es en la ley donde se encuentra el origen de la violación de un derecho fundamental.

Finalmente, en el cuarto se abordarán de forma sintética los problemas que plantea a la luz del Derecho Comparado la actual regulación de la composición del Tribunal Constitucional de Chile.

⁴ Vid. J. GARCÍA ROCA, *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993. En lo que concierne al debate doctrinal sobre la relación entre este procedimiento y la jurisdicción ordinaria, es interesante consultar las actas del III Seminario de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1998 (en prensa). Es de interés consultar el debate sostenido al respecto entre los profesores Javier García Roca y Germán Fernández Ferreras.

⁵ Sobre la relación de subsidiariedad, véase mi trabajo, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Centro de Estudios Constitucionales-BOE. Madrid 1995, p. 75 y ss.

II. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, COMO CAUCE DE COLABORACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

1. Aspectos preliminares

El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad (en adelante, CI) ha experimentado un notable crecimiento en los últimos años. En este sentido, diríase que de la evolución experimentada por esta vía de acceso al Tribunal Constitucional se deriva muchas veces una creciente y desinhibida actitud jurisdiccional ante la posibilidad de plantear la duda o la certeza sobre la constitucionalidad de un precepto legal aplicable al caso concreto. Al mismo tiempo, hay que precisar que también se ha producido un cierto crecimiento de los Autos de inadmisión de CI que, no obstante, no empaña la constatación de un hecho cada vez más reiterado: y es que la CI es un procedimiento de control específico sobre la constitucionalidad de la ley que va ir desbancando la relevancia que en los primeros años de vigencia de la Constitución ha tenido el recurso de inconstitucionalidad como control más genérico.

La CI es una forma de control de constitucionalidad que habilita a todos los órdenes jurisdiccionales a participar de dicho control, coadyuvando a la jurisdicción constitucional en el juicio de constitucionalidad, aunque la decisión sobre la validez de la ley únicamente corresponda al Tribunal Constitucional. Así, los jueces y tribunales se dirigen al juez constitucional tanto en razón de problemas competenciales entre las diversas administraciones públicas como por la lesión que la ley aplicable al caso puede suponer para un derecho fundamental.

La importancia de la CI se acrecienta también en la medida que permite al órgano judicial que la plantea desvincularse del criterio que sobre idéntico precepto legal pueda tener el órgano jurisdiccional superior⁶. El

principio de independencia judicial cobra aquí especial relevancia para legitimar una acción procesal que refuerza la posición autónoma de los órganos judiciales a la vez que se aleja notoriamente de la regla del *stare decisis*.

2. La CI como procedimiento de control objetivo y específico de la ley

La CI es un procedimiento constitucional de control de la ley que presenta un valor complementario al que ofrece el recurso de inconstitucionalidad (en adelante, RI). Ambos ofrecen una vía objetiva de análisis sobre la constitucionalidad de la ley o de la norma con este rango; sus efectos son siempre *erga omnes* pero así como el RI se plantea de forma genérica, desvinculada de cualquier situación judicial contenciosa, la CI encuentra su razón de ser en que la ley cuestionada ha de ser aplicada en un supuesto judicial específico. Algo semejante, aunque de carácter más excepcional, es lo que ocurre con la llamada autocuestión que puede llegar a plantearse el propio Tribunal Constitucional (art. 55.2 LOTC) para la tutela de derechos fundamentales cuando el origen de la violación del derecho fundamental se encuentra no el acto de aplicación sino en la ley misma.

3. La legitimación activa para plantear la CI y la posición de las partes del proceso a quo

A diferencia del caso austríaco, que reside en el planteamiento de la cuestión en el órgano judicial superior, del artículo 163 CE no se deriva ninguna restricción específica al respecto: “*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, (...)*”. No hay limitaciones sobre los criterios de legitimación y, por tanto, la CI puede ser planteada como es obvio tanto por un órgano unipersonal como por un tribunal. Asimismo, no es preciso que su planteamiento dependa de que previamente se hayan agotado las instancias que el procedimiento específico establezca para el caso concreto. Si fuese así, este requisito anularía las más de las veces que los jueces pudiesen llegar a plantearla. En consecuencia, la deci-

⁶ Vid. STC 157/93.

sión sobre la conveniencia jurídica de dirigirse al Tribunal Constitucional corresponde en exclusiva al órgano judicial –de la naturaleza que sea– que considere que la norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo que ha de dictar, pueda ser contraria a la Constitución. Y ello con independencia de la posición que el órgano judicial ocupe en el seno de la organización judicial, lo que hace que el planteamiento de la cuestión no pueda quedar enervado o anulado en razón de la jerarquía que ostente el órgano promotor de la misma. Es evidente, pues, que los principios de independencia y exclusividad (arts. 117.1 y 3) encuentran aquí cumplida aplicación práctica.

El planteamiento de la CI es de oficio, pero nada obsta para que el juez o tribunal la puedan activar también a instancia de parte. Sin embargo, la decisión final siempre corresponderá al órgano judicial que es quien retiene esta opción procesal sin que pueda quedar vinculado por la petición que le pueda hacer llegar alguna de las partes en el proceso *a quo*. No existe, pues, un derecho de las partes a que el órgano judicial plantee la CI que permita considerar que la negativa de este último a hacerlo supone una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial⁷. No obstante, como se ha puesto de manifiesto recientemente, en su STC 159/97, el Tribunal parece abrir la posibilidad de que cuando la petición de inconstitucionalidad es la única pretensión del recurrente, el tribunal *a quo* ha de darle una respuesta explícita a fin de no incurrir en incongruencia omisiva vulneradora del artículo 24 de la CE y, en consecuencia, susceptible de recurso de amparo⁸.

⁷ Vid. SSTC 151/91 y 23/88; también los AATC 275/83 y 767/86.

⁸ Vid. C. VIVER PI-SUNYER, “L’acte de plantejament de la qüestió d’inconstitucionalitat. Introducció a un debat”. En: *Autonomia i Justícia a Catalunya*. Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya. Barcelona 1998, pp.136-137; este mismo artículo puede encontrarse en versión castellana en: “El auto de planteamiento de la cues-

La posición de las partes que tienen esta condición procesal en el proceso *a quo* pero que carecen de la misma en el proceso constitucional es otro de los temas que suscitan mayor debate con relación a la institución de la CI. Porque del contenido del artículo 35.2 de la LOTC, como es sabido, únicamente se deriva el deber del órgano judicial de oír a las partes y al Ministerio Fiscal antes de tomar una decisión definitiva sobre la procedencia de plantear la CI. La interpretación que hasta ahora ha mantenido la jurisdicción constitucional es que, en consecuencia, las partes del proceso *a quo* no mantienen esta condición procesal cuando la litis se traslada al Tribunal Constitucional; a diferencia, en este caso, de lo previsto, por ejemplo, en otros ordenamientos como en el italiano donde los recurrentes también participan de la condición de parte en el proceso constitucional. No obstante, el tema no es pacífico en la jurisprudencia constitucional ya que en los últimos años todos los Autos en los que se plantea este tema van acompañados de votos particulares que insisten en que, como mínimo, se les habría de reconocer el derecho a participar como coadyuvantes⁹.

Sería razonable, en este sentido, que a la luz de la actual redacción del artículo 35.2

tión de inconstitucionalidad”, *Cuadernos de Derecho Público* N° 7, INAP, Madrid 1999.

⁹ Vid. ATC 178/96. El tema es importante, en especial en los supuestos de leyes singulares o de caso único, después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 1992, condenatoria para el Estado español en el caso Ruiz-Mateos contra España, por vulneración del artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950. Para el TEDH el derecho a un proceso contradictorio “supone la oportunidad para una de las partes de tener conocimiento de las observaciones o piezas presentadas por la otra parte y discutir las”; “(...) características propias de los procedimientos constitucionales, pero cuando se remite al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad de una ley que afecta a un círculo restringido de personas en el marco de un procedimiento civil del que son parte, en principio debe garantizárseles el libre acceso a las observaciones de las otras partes y una verdadera posibilidad de comentarlas”.

de la LOTC, el órgano judicial informase sobre los motivos que le mueven a plantear o a rechazar la CI a las partes a fin de que éstas le remitan su posición al respecto y así disponer de un espectro más amplio de argumentos para operar en un sentido u otro.

4. *Sobre el significado de la cuestión de inconstitucionalidad: ¿qué es lo que plantea el órgano judicial?; ¿una duda de constitucionalidad? o ¿una certeza sobre esta circunstancia?*

No hay una razón de peso para negar que ambas posibilidades sean factibles. En realidad no puede considerarse que aparezcan como absolutamente incompatibles entre sí y más bien su corrección constitucional depende del grado de motivación que el órgano judicial haya empleado en su argumentación. Ciertamente, si se trata de una certeza el nivel de convicción habrá de ser superior; pero en el caso de que se trate de una duda de constitucionalidad el órgano judicial no puede quedar exento del deber de diligencia suficiente para fundamentar los motivos que le mueven respecto de la ley aplicable al caso para suspender el proceso *a quo*. Los términos en los que se expresa el artículo 163 de la Constitución (“...una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución...”) permiten, a mi juicio, admitir tanto la duda como la más sólida convicción. Pero ya sea en un caso como en otro, la condición necesaria para el uso adecuado de este procedimiento constitucional ha de ser una suficiente motivación.

La CI ha de ser entendida como una vía procesal al alcance de la jurisdicción ordinaria sólo en los casos en los que a juicio del órgano judicial no sea posible mantener la ley en el seno del ordenamiento jurídico. A este respecto no hay que dejar de reiterar que la interpretación de la Constitución no es monopolio el Tribunal Constitucional y, que en función de ello, también los órganos dependientes de la jurisdicción ordinaria participan en la tarea de exégesis de la norma fundamen-

tal, aunque, ciertamente, de forma subordinada al supremo criterio del Alto Tribunal. En esta función interpretativa, el juez o tribunal ordinario que aplica la ley al caso concreto verifica su adecuación a la Constitución no sólo cuando decide plantear la CI, sino obviamente también cuando se niega a ello conservándola para sí como parte integrante del ordenamiento. Así ha de ser entendido el tenor del artículo 5.3 de la LOPJ cuando establece que “*procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*”. El principio hermenéutico de la interpretación conforme es el que ha de presidir el sentido de este precepto.

5. *Los requisitos para plantear la cuestión de inconstitucionalidad*

Del contenido de los arts. 163 CE, 35.1 LOTC y 5.2 de la LOTC cabe sistematizar tres requisitos esenciales: a) que la norma cuestionada ha de poseer el rango legal y encontrarse entre las que son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad (art. 27.2 LOTC); b) ha de ser una norma con rango de ley aplicable al caso que se dilucida ante la jurisdicción ordinaria; c) finalmente, de la validez de la citada norma depende el fallo y solución del litigio planteado.

El primero no ofrece problemas interpretativos de mayor relevancia. No hay duda que corresponde al órgano judicial seleccionar las normas legales aplicables al caso, fruto de la potestad jurisdiccional que le está atribuida. Ciertamente, este juicio de aplicabilidad puede ser revisado excepcionalmente por el Tribunal Constitucional si se diese un error manifiesto en la elección de la norma aplicable al caso. De producirse esta circunstancia, el TC declararía inadmisibles la CI planteada¹⁰.

¹⁰ Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en: *La jurisdicción constitucional en España*. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1995, pp. 90-91.

Cosa distinta es la interpretación que suscitan los dos requisitos restantes. No hay duda que la aplicabilidad de una norma es condición necesaria para que el fallo que haya de dictarse en sede judicial ordinaria dependa de su validez; pero como ha subrayado la jurisprudencia constitucional no es condición suficiente¹¹. La razón estriba en la importancia que adquiere el juicio de relevancia sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada que subyace a la argumentación que el órgano judicial presenta ante el Tribunal Constitucional. Y más precisamente, de la justificación de la dependencia que se establezca entre el fallo a dictar por la jurisdicción ordinaria y el proceso *a quo*. Se trata de un tema de especial importancia porque la CI no se puede promover en aquellos casos en los que no se deduzca directamente que la norma aplicable al caso no adolece de indicios racionales de inconstitucionalidad. Es decir, la CI no puede promover su planteamiento si la motivación para su instrumentación procesal no es clara. O dicho de otro modo, la CI no puede ser entendida como una consulta de constitucionalidad porque el Tribunal Constitucional no es un órgano consultivo. Asimismo, no puede plantearse de forma artificiosa, por ejemplo, atribuyendo a la ley un significado imposible.

Cuando la argumentación sobre el juicio de relevancia acerca de la posible inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso no es suficiente –por falta de exteriorización o de motivación– el TC no tendrá otra opción que la inadmisión de la CI planteada. A *sensu contrario*, las posibilidades de las que goza la jurisdicción ordinaria para superar la admisión previa de una CI dependen, y mucho, de la justificación de la interdependencia entre la pretensión procesal y la resolución judicial en el proceso *a quo*. Del repaso a la jurisprudencia constitucional en materia de criterios de admisión sobre las CI planteadas pueden sistematizarse tres supuestos con los que se ha ido operando y que definen el contenido de los Autos de inadmisión¹². El primero y

más evidente es aquel que inadmite la CI por una ausencia absoluta de motivación¹³, dado que el TC no puede convertirse en un destinatario sistemático de la falta de diligencia jurisdiccional cuando no del desconocimiento de su jurisprudencia por parte de algunos órganos de la jurisdicción ordinaria; un segundo supuesto, es aquel en el que sí se produce la exteriorización del juicio de relevancia pero partiendo de una interpretación arbitraria y no razonable del precepto legal objeto de la cuestión¹⁴; y el tercero es aquel tipo de Autos de inadmisión en los que el TC considera *a limine* que no tienen ninguna posibilidad de prosperar, bien porque ya existe un criterio consolidado de inadmisión para casos anteriores idénticos o bien porque la interpretación del precepto de la norma cuestionada resulta *prima facie* insostenible¹⁵.

6. ¿Cómo debe plantear el órgano judicial la CI?: el sentido de la interpretación de la ley conforme a la Constitución

Cuando el órgano judicial albergue serias dudas o bien asuma la plena convicción acerca de la inconstitucionalidad de la Ley aplicable al caso deberá remitir el Auto de planteamiento al TC dotándolo de la suficiente fundamentación. Ello quiere decir que el órgano judicial no puede limitarse a una genérica invocación de los preceptos constitucionales eventualmente afectados por la presunta inconstitucionalidad de la que cree ser acreedora la ley impugnada; tampoco puede contentarse con reproducir las tachas de inconstitucionalidad suscitadas por las partes en el proceso *a quo*. A mi juicio, la CI ha de permitir al órgano judicial ordinario mostrar con especial beligerancia jurídica la potestad para interpretar el ordenamiento que *también* a él le está atribuida por la Constitución.

El hecho de que la conocida sobrecarga de asuntos que se acumulan en las diferentes oficinas judiciales sea una de las rémoras que en demasiados casos asuelan la función juris-

¹¹ STC 26/84.

¹² Vid. VIVER PI-SUNYER, *op. cit.*, pp. 139-140.

¹³ Por ejemplo, el ATC 158/93.

¹⁴ Vid. AATC 66/95; 302/94 y 301/93.

¹⁵ Por ejemplo, el ATC 132/92.

diccional de juzgados y tribunales, no puede ser un impedimento para exigir un esfuerzo hermenéutico al órgano que promueve una CI, a fin de exteriorizar la relevancia del juicio de constitucionalidad que le lleva a cuestionar la norma aplicable al caso. En este sentido, de lo que se trata sobre todo es de evitar la mera invocación nominal de los preceptos viciados de inconstitucionalidad y su argumentación simplista. El objetivo más adecuado para el sentido de la CI habría de ser que la exposición de los motivos de inconstitucionalidad expuestos por el órgano judicial disponga de la suficiente calidad jurídica para que, tanto en el supuesto de un Auto estimativo como en otro que no lo sea, el TC tenga a su alcance un cuerpo argumental suficiente con el que resolver. Un cuerpo argumental que en cualquier caso ha de ser el substrato imprescindible para el necesario diálogo jurídico entre jurisdicciones.

Pero no hay que obviar que antes de llegar a la solución más traumática de proponer al TC la declaración de inconstitucionalidad y la consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico de la norma impugnada, al igual que es preceptivo en la jurisdicción constitucional, los órganos del Poder Judicial han de agotar las posibilidades que la ley pueda ofrecer para ser mantenida como parte integrante del ordenamiento jurídico. Este es el mandato que se deriva del artículo 5.3 de la LOPJ cuyo objeto no es otro que exprimir las posibilidades que favorezcan una interpretación de la ley adecuada a la CE. Pero este mandato no es un requisito impuesto explícitamente por la CE. En este sentido, el juez o tribunal ordinario dispone del margen de maniobra que le otorga el principio de independencia judicial para llevar a cabo el enjuiciamiento de la ley aplicable al caso que crea más adecuado a su leal saber y entender. Hasta el punto, incluso, de separarse de la posición que sobre el mismo tema hayan podido tener otros órganos judiciales, incluidos aquellos de superior posición jerárquica. Pero es preciso matizar que esta invocación al principio de independencia no puede ser empleada de forma abstracta, de manera tal que, por ejemplo, obvie la jurisprudencia constitucional que pueda exis-

tir al respecto. En este sentido, la razonabilidad de del planteamiento de una CI presupone que el órgano judicial no opera arbitrariamente y si decide desvincularse de otras líneas interpretativas es porque su disidencia no es producto de un razonamiento alocado, sino consecuencia de una reflexión jurídica, en la que el contraste con los criterios de intérprete supremo de la CE no puede ser en ningún caso descartado.

7. Algunas cuestiones de orden procesal

De forma esquemática podemos reseñar aquí algunas.

Una primera es la que concierne a si es posible plantear una CI sobre el mismo precepto y fundamentada en los mismos motivos. Como afirma Viver Pi-Sunyer¹⁶, la respuesta ha de ser siempre positiva siempre que el TC no se haya pronunciado sobre la primera. Pero si lo ha hecho y el pronunciamiento ha sido desestimatorio parece razonable sostener que la nueva CI habrá de ser inadmitida. A no ser que su planteamiento esté suficientemente separado en el tiempo y obedezca a un cambio en la interpretación de la CE o del precepto legal objeto de la CI¹⁷.

La segunda es un tema especialmente relevante. La CI puede ser planteada no sólo antes de dictar sentencia sino también antes de dictar un Auto, especialmente en los casos de orden formal; la CE se refiere a fallo judicial y, obviamente, éste no se reduce, aun con su indudable importancia, a la sentencia¹⁸.

Asimismo, sigue siendo una cuestión abierta en la jurisprudencia el momento en el que se ha de plantear la CI. La interpretación literal de la LOTC (art. 35.2), según la cual debe plantearse cuando el proceso ordinario haya concluido y siempre antes de dictar sentencia, parece una solución reductiva. Especialmente cuando los indicios de inconstitucionalidad versan sobre materias de orden

¹⁶ Vid. *op. cit.*, p. 138.

¹⁷ Véase en este sentido la STC 55/96, sobre la objeción de conciencia a la prestación social substitutoria.

¹⁸ Vid. STC 76/82.

formal que puedan dejar a una de las partes en una situación de desigualdad de armas procesales para defender sus intereses.

Finalmente, el objetivo de la interpretación conforme ha de ser evaluado por el órgano juzgador también en razón de los eventuales perjuicios de orden material que puede ocasionar el transcurso del tiempo (ya de por sí prolongado en la jurisdicción ordinaria) sobre la resolución del contencioso ordinario, que supone haber de esperar a una resolución del TC sobre la ley impugnada.

III. EL CONFLICTO DE COMPETENCIAS Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

1. *Consideraciones generales*

El procedimiento del conflicto de competencias ofrece en estos tiempos una faceta a la que la doctrina ha empezado a dedicar atención en los últimos años. La cuestión se centra en determinar si los tribunales ordinarios pueden también ejercer una función jurisdiccional de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA). El artículo 161.1 c) CE atribuye esta competencia al Tribunal Constitucional, y es evidente que se trata de una de las funciones típicas de la jurisdicción constitucional en los estados compuestos. Sin embargo, del texto constitucional no se deduce de forma explícita que esta atribución corresponda en exclusiva al TC. Sin duda, la determinación de la titularidad competencial le corresponde en última instancia, pero ello no impide que otros órdenes jurisdiccionales puedan participar del juicio atributivo de competencias, de acuerdo, eso sí, con la jurisprudencia constitucional en la materia de que se trate. En este sentido, cuando la CE establece que el control de la actividad de los órganos de las CCAA se ejerza por la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que concierne a la administración autónoma y sus normas reglamentarias, avala el hecho de que los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA y, en su caso, el Tribunal Supremo también se pronuncian sobre contenciosos de contenido

competencial, reflejados tanto en decretos o en órdenes ministeriales.

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años permite sostener que la jurisdicción ordinaria ejerce juicios que versan sobre problemas de delimitación competencial entre el Estado y las CCAA, así como entre estas dos administraciones y las Corporaciones Locales. Los ejemplos son muy numerosos.

El Tribunal Supremo (TS) ha dictado 37 sentencias entre junio de 1996 y el mismo mes de 1997; 58 en 1998; 66 en 1999 y 63 en el 2000. Al igual que en años anteriores, las controversias competenciales que son abordadas por la jurisdicción del Tribunal Supremo se plantean, normalmente, junto a problemas de legalidad ordinaria. Siguen predominando como objeto principal de este grupo de sentencias del TS las que versan sobre actuaciones de las Comunidades Autónomas quedando muy en segundo plano las que resuelven recursos contra actuaciones del Estado y también de las Corporaciones Locales. En todo caso, sin perjuicio de la competencia del Tribunal Constitucional para decidir sobre la determinación de la titularidad competencial en los diversos conflictos, la jurisdicción ordinaria sigue siendo un ámbito jurisdiccional en el que *también* se dirimen controversias de la misma naturaleza sobre el orden constitucional de distribución de competencias. Un ámbito en el que, como no podía ser de otra manera, se aprecia una progresiva incidencia de la jurisprudencia sentada por el TC en materia autonómica en las decisiones judiciales que resuelven los recursos planteados.

El hecho de que la jurisdicción ordinaria se haya consolidado como sede en la que se resuelven contenciosos judiciales, en los que están presentes discrepancias competenciales, ha permitido que su planteamiento pueda ser la consecuencia de una iniciativa particular, posibilidad que no es factible en el procedimiento constitucional. El año pasado ello era en especial evidente tanto en las actuaciones imputadas al Estado como en las procedentes de órganos de las CCAA. En el presente la tendencia se mantiene respecto de las actuaciones de las CCAA, pero no así

cuando se trata de las disposiciones generales o actos administrativos del Estado y de las Corporaciones Locales, supuestos en los que mayoritariamente es otra administración pública la parte promotora del recurso. Los datos estadísticos que sobre esta tendencia se pueden ofrecer son los siguientes: por ejemplo, en las actuaciones de CCAA que en el período comprendido entre junio de 1996 y junio de 1997 han dado lugar a una sentencia del TS son 17, por 11 las del Estado y 9 las de las Corporaciones Locales. Respecto de las primeras, como decíamos, los recursos promovidos por particulares individuales o entidades alcanza la cifra 11, por cuatro que proceden del Estado y 2 de las Corporaciones Locales. Sin embargo, cuando el objeto del recurso son actuaciones del Estado, el recurrente es mayoritariamente la Comunidad Autónoma y de forma muy marginal los particulares y una administración institucional. Y algo parecido ocurre con relación a las actuaciones de las Corporaciones Locales, cuyos opositores procesales únicamente son las otras dos administraciones públicas territoriales. Todo lo cual permite afirmar que en el período estudiado de sentencias del TS (junio 96 a junio del 97) se constata un mayor activismo de las administraciones públicas en plantear contenciosos competenciales frente a los otros entes públicos¹⁹. Y se trata de una tendencia que se ha reproducido en los años posteriores.

2. La complementariedad entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional para conocer de los contenciosos competenciales

Constatada una realidad irrefutable, como es que los tribunales ordinarios ejercen jurisdicción sobre el contencioso competencial,

¹⁹ Vid. M. CARRILLO "Actividad jurisdiccional: la jurisprudencia del Tribunal Supremo". En: *Informe Comunidades Autónomas 1997*, Vol. I, Instituto de Derecho Público. Barcelona 1998, p. 464 y ss. También, véase el mismo apartado dedicado a la jurisprudencia del TS en: *Informe Comunidades Autónomas 1998*, Vol. I, Instituto de Derecho Público. Barcelona 1999, pp. 466-475; e *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Barcelona 2000, pp. 456-466.

probablemente el modelo más coherente con el diseño constitucional que atribuye al Tribunal Constitucional la función de resolver los conflictos de competencia (art. 161.1 c) CE) es aquel que permita la complementariedad entre ambas jurisdicciones, sin que en ningún caso, quede vedado el acceso de un conflicto al Tribunal Constitucional. Pero, asimismo, esta complementariedad puede facilitar que el contencioso conflictual pueda ser resuelto ante la jurisdicción ordinaria sin necesidad de residenciarlo siempre ante el TC.

Porque la tesis *exclusivista* en favor de la competencia del TC es difícilmente compatible atendiendo a lo que establecen los artículos 106 y 153 c) de la CE. Y además coloca en una cierta indefensión a aquellos sujetos que carecen de legitimación para plantear ante el TC un conflicto de competencias. Por otra parte, la tesis *alternativista* según la cual unos conflictos podría ser resueltos por la jurisdicción ordinaria y otros habrían de ser atribución exclusiva de la jurisdicción constitucional resulta artificiosa en la medida en que no es fácil delimitar un criterio que determine que es competencia de una o de otra y plantea el peligro de consagrar resoluciones contradictorias. En un tercer estadio, la tesis que defiende la competencia *subsidiaria* del TC una vez agotada la vía judicial ordinaria —en una cierta semblanza con el régimen del recurso de amparo— permite no cuestionar la competencia del TC sobre la conflictividad competencial, pero sin perjuicio de que ésta pueda ser solventada previamente ante la jurisdicción ordinaria dando en este caso oportunidad a las partes que carecen de legitimación activa en el procedimiento constitucional para intervenir en el contencioso²⁰. Como demuestra la estadística antes referida, ello tiene especial importancia para las Corporaciones Locales, cuyos intereses frente al reglamento administrativo ya gozan de una amplia tutela actualmente por la jurisdicción ordinaria. Una tutela que se ha ampliado a la ley (estatal o autonómica) tras la reforma de la LOTC, por la que se introduce un nuevo procedimiento

²⁰ Esta es la tesis sostenida por H. LÓPEZ BOFILL, *Conflictes de competència i jurisdicció ordinària*. Marcial Pons. Madrid 1999.

constitucional en defensa de la autonomía local (art. 10 c) bis y art. 65 bis).

La tesis de la complementariedad se fundamenta en la constatación de que ambas jurisdicciones constituyen de forma simultánea una garantía para la defensa del sistema de distribución de competencias diseñado por el bloque de la Constitución, el TC frente a todo tipo de normas y la jurisdicción ordinaria frente a los reglamentos administrativos.

En este sentido, la asunción por los tribunales ordinarios de la jurisprudencia constitucional en materia competencial ha de ser un elemento que coadyuve a la función constitucional de delimitación competencial que ejercen con ocasión del control de legalidad de los reglamentos del Estado, de las CCAA y de las Corporaciones Locales. Esta asunción de los criterios interpretativos del TC puede permitir reubicar el conflicto positivo de competencias ante el mismo en una posición relativamente subsidiaria.

Lo que plantea mayores incógnitas es la posibilidad que se prevé en la reforma legislativa de la LOTC de que los Municipios puedan acceder directamente ante el TC frente a una ley que haya lesionado su autonomía local. A saber: a) dificultad de determinar el contenido de la noción de autonomía local; especialmente, resulta problemática la fijación del parámetro de referencia para contrastar la ley eventualmente lesiva, porque su definición difícilmente se puede extraer de la CE. b) el peligro de acumular casos por resolver ante una jurisdicción constitucional ya de por sí harto saturada por la inflación de recursos de amparo que le son planteados²¹.

IV. LA SUBSIDIARIEDAD DEL RECURSO DE AMPARO COMO PRESUPUESTO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA COMO SEDE NATURAL DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS PROBLEMAS DE LA AUTOCUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El recurso de amparo constitucional se ha constituido como un instrumento de gran

funcionalidad para expandir los criterios interpretativos del TC al ámbito de la jurisdicción ordinaria. A través de esta institución de garantía, la jurisdicción constitucional ha desarrollado una labor de pedagogía jurídica de gran relevancia para la jurisdicción ordinaria, introduciendo nuevas formas interpretativas propias de un sistema jurídico dotado de justicia constitucional. Asimismo, ha sido un recurso de amplia utilización por particulares que han creído encontrar en el mismo una última instancia para obtener la protección a sus derechos y libertades. Sin embargo, la avalancha de recursos sin la debida fundamentación ha hecho planear en más de una ocasión la amenaza de colapso del Tribunal. Con esta finalidad se reformó en 1988 la LOTC a fin de reforzar la posición del alto Tribunal a objeto de facilitar la más rápida inadmisión de recursos que o bien carecen de relevancia constitucional o no han sido invocados en la jurisdicción ordinaria. La experiencia que al respecto ofrece la jurisprudencia del TC pone de relieve que una de las causas del problema ha sido el desconocimiento del significado de la nota de *subsidiariedad* que afecta al recurso de amparo.

Ciertamente esta relación de subsidiariedad no plantea dudas desde la perspectiva literal del texto constitucional. Además, es una subsidiariedad que no ofrece excepciones como es el caso de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, que en su artículo 90 ap. 2, párr. 2 establece que el Tribunal puede “*decidir de inmediato sobre un recurso de amparo interpuesto antes del agotamiento de la vía jurídica, cuando ese recurso sea de interés general o cuando, de no hacerlo así, se le irrogase al recurrente un perjuicio grave o inevitable*”. Asimismo, la jurisdicción constitucional de amparo no es una tercera instancia judicial, sino que su función se circunscribe a enjuiciar la existencia o no de violaciones de los derechos constitucionalmente garantizados. No le corresponde, por tanto, revisar con carácter general los hechos declarados probados ni tampoco el derecho aplicado en la resolución judicial que haya sido objeto de impugnación. En este sentido, hay que hacer notar que la dicción constitucional de *recur-*

²¹ AA.VV. *Defensa de la Autonomía Local*, INAP. Madrid 1997.

so atribuida al amparo no ha favorecido su carácter subsidiario dejando entrever una naturaleza judicial de recurso en segunda instancia²², que su naturaleza jurídica no le permite asumir. Porque, más allá de la protección jurisdiccional de derechos subjetivos, el recurso de amparo presenta una dimensión objetiva de interés general cifrada en el establecimiento de unos criterios interpretativos que superan el más limitado ámbito del conflicto intersubjetivo planteado, para alcanzar implícitamente una eficacia *erga omnes*. Esta *doble dimensión* del recurso de amparo ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional afirmando que: “*La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades (...) cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal actúa como intérprete supremo de la Constitución (art. 1º de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos*”²³.

No se olvide que los jueces y tribunales, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, tienen encomendada la tutela de los derechos y libertades y “*en especial los enunciados en el art. 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido*” (art. 7.2 LOPJ). Asimismo, la dimensión objetiva del recurso de amparo encuentra plasmación también en la LOPJ cuando establece que los órganos judiciales deberán interpretar y aplicar las le-

yes y reglamentos de acuerdo con los criterios aportados por la doctrina del TC, que adquiere en los procesos de amparo un alcance general, más allá de la resolución concreta del conflicto planteado por el recurrente.

Esta atribución general de tutela sobre los derechos y libertades encomendada a jueces y tribunales impide que el TC pueda entrar a enjuiciar *ab initio* cuestiones que son competencia de la jurisdicción ordinaria. Únicamente cuando ésta haya vulnerado, por acción u omisión, un derecho fundamental, el TC podrá enjuiciar la presunta violación si el recurso de amparo es activado externamente, una vez agotado el proceso judicial previo.

El propio TC en multitud de ocasiones ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de esta competencia propia estableciendo al respecto lo que sigue:

“*El recurso de amparo en defensa de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la CE, cuya lesión tenga su origen directo o inmediato en un acto u omisión de un órgano jurisdiccional, es un recurso subsidiario y no instancia directa o revisora de la jurisdicción común (...).*

(...) sólo procede entablarlo cuando se hubieran agotado, ineficazmente, los procesos utilizables dentro de la vía judicial en sus diversas instancias, según dispone el art. 44.1.a) de la LOTC en cuanto tendentes a conseguir el restablecimiento del derecho cuestionado, exigencia que debe interpretarse en el sentido de que han de utilizarse en toda su dimensión procesal los medios de impugnación que estén establecidos del proceso judicial seguido, sin poder sentirse iniciar el amparo cuando se encuentra sin decidir el recurso procedente puesto en marcha pues en tal caso la vía procesal u ordinaria no estaría concluida, sino abierta y operante”.²⁴

²² Vid. J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional*, Dikynson, Madrid 1980, pp. 191-192.

²³ Vid. STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 2; también, véanse STC 11/1982 de 29 de marzo FJ 4; STC 62/1983 de 11 de julio FJ 3; 36/1983 de 11 de mayo FJ 1, entre otras.

²⁴ ATC 333/1982, de 27 de octubre. En el mismo sentido, entre otros: 332/82; 355/82; 70/84; 90/83; 342/85 y 179/87, etc.

De acuerdo con las previsiones normativas que el ordenamiento constitucional ofrece, la noción de subsidiariedad no presenta siempre el mismo grado de intensidad. Veámoslo:

– *La subsidiariedad del recurso de amparo constitucional cobra una nueva dimensión cuando la violación de un derecho fundamental procede de una decisión o acto sin valor de ley de un órgano legislativo.*

Es sabido que el ordenamiento jurídico no ha previsto su enjuiciamiento de estos actos o decisiones por la jurisdicción ordinaria. Así lo reitera también el TC estableciendo que el “(...) artículo 42 de la LOTC (...) *no exige que hayan de apurarse los remedios jurisdiccionales ordinarios antes de pedir el amparo constitucional*”²⁵. La ausencia, por tanto, de una previsión de recurso judicial contra la decisión o acto de las Cortes Generales o la Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma tanto en los Reglamentos parlamentarios como en las leyes procesales, implica que el carácter subsidiario del recurso de amparo es en este caso mucho menor. De hecho, *el recurso se configura aquí como una solución procesal casi directa*, pues únicamente habría que salvar –en los casos que proceda– el pronunciamiento decisorio que el Presidente o la Mesa de las cámaras deban realizar al respecto.

– *La subsidiariedad del recurso de amparo es, por el contrario, plena cuando en sede jurisdiccional ordinaria no se ha invocado el derecho fundamental violado.*

Es decir, cuando el recurrente accede al TC obviando lo preceptuado en el art. 44.1,c) de la LOTC que obliga a alegar formalmente en el proceso judicial ordinario el derecho constitucional vulnerado, está olvidando que el recurso de amparo constitucional no es una vía jurisdiccional de acceso directo. Está excluyendo fases procesales que no son opcionales sino de obligado cumplimiento para el

litigante, por lo que con tal proceder impide al TC ejercer su función de órgano constitucional de garantía contra presuntas violaciones de los derechos fundamentales procedentes de órganos dependientes del Poder Judicial. Con esta actitud procesal el recurrente está formulando una queja *ex novo* ante el TC. Y, en este sentido, el Alto Tribunal señala que: “(...) *la naturaleza extraordinaria y subsidiaria del recurso de amparo impide un acceso per saltum al mismo y veda el examen de toda queja que previamente no haya sido planteada en vía jurisdiccional ordinaria(...)*”²⁶.

En consecuencia, no se trata con esta exigencia de introducir un formulismo inadecuado ni entorpecedor, sino de subrayar la verdadera naturaleza extraordinaria y no judicial del recurso de amparo. Con esta opción del constituyente de introducir el recurso de amparo como una de las competencias del TC puede afirmarse que los resultados hasta ahora han sido positivos para el sistema de libertades y que se manifiestan no sólo en el positivo juicio objetivo de constitucionalidad realizado sobre los actos sin valor de ley de los poderes públicos, sino también en la labor pedagógica –jurídica y también política– que al respecto ha desplegado. No parece, sin embargo, que dicha funcionalidad pueda considerarse expirada. Más bien procede una más precisa aplicación de las funciones de amparo constitucional acordes con las previsiones constitucionales y la naturaleza de esta institución procesal. Ello significa una necesaria asunción de la nota de subsidiariedad que le caracteriza en favor del amparo ordinario que está atribuido, y de forma muy importante, a los jueces y tribunales ordinarios en tanto que sede natural o habitual para la tutela de los derechos y libertades (art. 9.1 de la CE; art. 7 LOPJ).

La jurisprudencia constitucional ha intentado abrir, no obstante, una línea interpretativa tendente a restringir al máximo la

²⁵ STC 136/1989, de 19 de julio, FJ 1.

²⁶ STC 73/1989, de 20 de abril, FJ 8. En el mismo sentido: SSTC 71/1989 FJ 2; 77/1989 FJ 1; 117/1989 FJ 2; 16/1990 FJ 1.

dimensión objetiva del recurso de amparo constitucional²⁷. Se ha acrecentado una línea interpretativa destinada a reducir la intervención del TC en su incuestionable condición de jurisdicción suprema de los derechos y libertades. El fundamento de esta posición ha radicado en un reforzamiento de las exigencias derivadas del principio de subsidiariedad que informa al recurso de amparo respecto de la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales. Parece como si el transcurso del tiempo haya hecho mella en el Alto Tribunal haciéndole ver que su función interpretativa debe ya superar, salvo en casos excepcionales, los lindes del conflicto intersubjetivo. El tema no es banal, dada la invocación indiscriminada de la que han sido objeto los derechos procesales incorporados al derecho fundamental a la tutela judicial.

Como es harto conocido, a ello es preciso añadir la flexibilidad empleada por el TC en sus primeros años de jurisdicción en interpretar la diversidad de contenidos del art. 24 de la CE. Este cúmulo de factores ha generado una dinámica procesal que –de hecho– ha convertido al recurso de amparo constitucional en una tercera instancia. Por esta razón, la polémica doctrinal que en los últimos años ha girado alrededor de un nuevo planteamiento interpretativo ha señalado que el problema radica esencialmente en la concepción que se tenga del derecho a la tutela judicial del art. 24 de la CE. Así se señala la necesidad de reforzar el rigor en los criterios que han de presidir la admisión de recursos y que el derecho a la tutela –salvo en el proceso penal, donde está en juego la libertad de la persona– no puede definirse a través de la identificación entre derecho de acceso a la jurisdicción y

derecho al recurso; o también, en la distinción entre diversos tipos de amparo, entre los que cabe incentivar aquellos que se interpongan frente a leyes (art. 55.2 de la LOTC), como medio adecuado de objetivación, ya que el recurso de amparo no es un elemento típico del modelo europeo del control de constitucionalidad; o en su cuestionable carácter subsidiario a la luz de las previsiones constitucionales; o, en fin, en el reforzamiento del Derecho Constitucional de los derechos fundamentales frente al Derecho Constitucional de la ley, en la medida que el recurso de amparo es elemento básico del sistema constitucional español²⁸. Sin embargo, el sistema de la autocuestión previsto en el citado artículo 55.2 LOTC resulta disfuncional ya que obliga a emitir una segunda sentencia al TC reunido en pleno, en la que no es seguro que la posición adoptada por la Sala estimando un amparo siempre se vea corroborada con una posterior sentencia del pleno declarando la inconstitucionalidad de la ley lesiva del derecho fundamental. En todo caso, la necesidad de emitir una segunda resolución judicial resulta una carga excesiva para la garantía de los derechos²⁹.

En cualquier caso, el problema permanece planteado en unos términos en los que un hecho es indiscutible: la subsidiariedad del amparo constitucional ha de ser la condición para que la jurisdicción ordinaria no deje de ser el ámbito propio y habitual para la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

Otra cuestión de relevancia en materia de garantía de los derechos y libertades es la

²⁷ Vid. J.L. REQUEJO PAGÉS, "Hacia la objetivación del amparo constitucional (Comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994)". *REDC* N° 42, Madrid 1994; J.L. RODRÍGUEZ ALVAREZ, "Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la 'Verfassungsschwede'". *REDC* N° 41, Madrid 1994; J. FOLGUERA CRESPO, "Justicia constitucional y Poder judicial: el alcance práctico de una nueva relación". *AJA* N° 208, 27 de julio de 1995, Madrid.

²⁸ Esta polémica se ha expresado, entre otros, en los siguientes trabajos: F. RUBIO LLORENTE, "El recurso de amparo...", *op. cit.*, pp. 125-173; I. BORRAJO INIESTA; I. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ y G. FERNÁNDEZ FARRERAS. *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo (Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)*. Civitas, Madrid 1995; L. M^a DÍEZ-PICAZO, "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo". *REDC* N° 40, Madrid 1990; P. CRUZ VILLALÓN, "Sobre el amparo". *REDC* N° 41, Madrid 1994.

²⁹ Vid. Luis Javier MIERES MIERES, El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo). Civitas. Madrid 1998.

que resulta de la reciente proclamación en la cumbre de Niza de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la problemática que plantea la ausencia de garantías jurisdiccionales. Pues es evidente que *las garantías jurisdiccionales de la Carta* son en la actualidad inexistentes. Luego, una de las notas características de los derechos fundamentales como es la de disponer de una acción procesal ante los tribunales está ausente del régimen jurídico diseñado por la Carta para la garantía de los derechos en ella proclamados. Ahora bien, esta ausencia no se proyecta en el vacío, sino que se produce en un ámbito jurisdiccional europeo en el que sobre todo el TEDH y de forma más episódica y subsidiaria el TJCE han ido labrando una importante doctrina jurisprudencial sobre derechos y libertades que, como es obvio, no puede caer en saco roto.

Entre las propuestas hechas por el Comité de expertos, presidido por Spiros Simitis en su Informe de febrero de 1999³⁰, destaca la necesidad de que ambos tribunales –TEDH y TJCE–, aun siendo necesariamente independientes, laboren de forma interrelacionada. Y es evidente que forzosamente ha de ser así puesto que la jurisprudencia de Estrasburgo constituye hoy un capital ineludible para el tribunal con sede en Luxemburgo, sobre todo porque si bien en la década de los noventa ha tenido oportunidad de abordar problemas derivados de la tutela de algunos derechos fundamentales, es indudable que el TEDH y su jurisprudencia han de ser un parámetro para aplicación de la Carta por parte del TJCE. Máxime, cuando durante un largo tiempo el Derecho Comunitario se ha mantenido ajeno al CEDH, dado que la Comunidad no es Parte contratante del mismo.

Pero el Derecho Comunitario se ha incorporado progresivamente al ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la UE; y la aplicación de este derecho de raíz europea por los órganos constitucionales nacionales ha incidido no sólo en materias transferidas a la Comunidad, sino que también lo ha hecho en

muchas ocasiones a derechos y libertades reconocidos en el CEDH. De esta forma, la aplicación del Derecho Comunitario por los Estados de la UE, en su condición de Parte contratante del Convenio de Roma, ha hecho posible que Estrasburgo analice su aplicación. Las sentencias del TEDH en el caso *Canтони*, de 15 de noviembre de 1996, el caso *Hornsby*, de 25 de febrero de 1997 y, sobre todo, la ya citada del caso *Matteus* de 18 de febrero de 1999, dejan bien a las claras la disposición del TEDH de entrar a abordar la aplicación del Derecho Comunitario cuando los derechos y libertades son puestos en cuestión.

Esta contrastada circunstancia jurisprudencial avala la viabilidad del Informe Simitis que, con relación a una futura incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, propone ubicar institucionalmente al TEDH como una última instancia a la que el Tribunal de Luxemburgo podría acudir a través de la *cuestión prejudicial* del art. 234 (antiguo 177) del TCE. Esta vía procesal de carácter incidental puede ser también un instrumento a disposición del ciudadano de la UE, de forma indirecta, a través del juez nacional, en su condición también de juez comunitario. Así sería posible que pueda plantear cuestiones referidas al cumplimiento de la Carta por las autoridades del Estado, cuando apliquen el Derecho Comunitario³¹.

V. LA MEDIATIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL CASO CHILENO

La organización de la justicia constitucional en Chile responde a un singular modelo mixto de jurisdicción concentrada y difusa, según el cual al Tribunal Constitucional le corresponde ejercer un control preventivo de las leyes orgánicas y otras leyes con efectos *erga omnes* (art. 82), mientras que la Corte Suprema conoce del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad con efectos única-

³⁰ Para la consulta de esta documentación, véanse: <http://db.consilium.eu.int/df>.

³¹ Sobre la aplicación de la cuestión prejudicial, véase: D. RUIZ JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*. Civitas. Cuadernos de Estudios Europeos. Madrid 1993, pp. 71 y ss.

mente *inter partes* (art. 80)³². No corresponde a la finalidad de este trabajo, sin embargo, analizar el estatuto jurídico de la jurisdicción constitucional chilena³³, sino sólo verificar si por razón de los criterios que regulan la composición y las funciones del Tribunal Constitucional se puede sostener que también en este ámbito institucional, cuya finalidad es la defensa de la supremacía jurídica de la Constitución, se detectan zonas del poder de influencia de las Fuerzas Armadas.

Y la respuesta ha de ser forzosamente afirmativa. Especialmente, porque entre los siete miembros que integran el Tribunal Constitucional, dos de ellos son abogados elegidos nada menos que por el Consejo de Seguridad Nacional (art. 81. C). Un órgano que, como se ha reiterado en los diversos análisis de la actual Constitución chilena, es la expresión institucional de la omnipresencia militar en la vida chilena, carente de toda legitimidad jurídica y democrática³⁴. La anomalía que representa

esta previsión constitucional resulta especialmente grave. Porque se institucionaliza el poder de los cuerpos armados de elegir a dos miembros de un órgano cuya función más relevante es la de ejercer el juicio de constitucionalidad sobre la ley del Congreso. Desde un punto de vista democrático la consecuencia de esta presencia de juristas a propuesta o bajo influencia militar resulta especialmente aberrante y atípica en el Derecho Comparado de las jurisdicciones constitucionales de los Estados democráticos. Porque lo habitual es que los magistrados constitucionales sean elegidos por las instituciones representativas estatales o infraestatales y también a propuesta de los órganos de gobierno del Poder Judicial. En este sentido, los criterios de composición de las jurisdicciones constitucionales tienen por objeto asegurar también en el ámbito jurídico el pluralismo que opera en la sociedad. Por el contrario, una composición que permita la presencia de magistrados cuya procedencia se deba directa o indirectamente a la administración militar —que siempre debería estar subordinada a las instituciones civiles— resulta pura y simplemente una opción constitucional ajena a criterios democráticos. Se trata de una manifestación más de la institucionalización del poder autónomo de las Fuerzas Armadas y de Orden Público en Chile.

Desde otra perspectiva, a todo ello hay que añadir también la inconveniente duplicidad que se produce en la composición del Tribunal Constitucional, al establecerse que tres ministros (magistrados) de la Corte Suprema elegidos por ésta sean a su vez miembros del Tribunal Constitucional (art. 81.a). La confusión entre jurisdicción concentrada y jurisdicción difusa es otro elemento más que incide negativamente en la independencia de la jurisdicción constitucional chilena.

³² Sobre el carácter mixto del sistema de justicia constitucional chileno, véase: K. CAZOR ALISTE, *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República de Chile*. Tesis Doctoral. Departamento de Derecho Constitucional, Procesal y Eclesiástico. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid. Valladolid 2000, pp. 230-260 (texto inédito).

³³ Vid. H. NOGUEIRA ALCALÁ, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en: D. GARCÍA BELAÜNDE y F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Ed. Dikynson. Madrid 1997, pp. 533-571.

³⁴ Vid. H. NOGUEIRA ALCALÁ, “Revisión del modelo orgánico y de la legitimidad del Tribunal Constitucional chileno”, en: *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma* (Ed. GASTÓN GÓMEZ BERNALES). *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile 1999, p. 203. Sobre la presencia del estamento militar en la vida chilena, J.L. CEA EGAÑA reconocía hace unos años (diciembre de 1995) en un seminario sobre la justicia constitucional en Chile que “en este momento y quién sabe por cuánto tiempo más las FF.AA. y de Orden tienen en Chile un peso político indiscutible ¡y ostensible!...” (Vid. J.L. CEA EGAÑA, “Reforma y defensa del Tribunal Constitu-

cional”, en: *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma* (Ed. GASTÓN GÓMEZ BERNALES). *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile 1999, p. 132.