

EL MODELO ESPAÑOL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: NOTAS PARA UNA APROXIMACIÓN

David Almagro Castro.¹

RESUMO: O presente artigo faz uma abordagem, em perspectiva histórico-analítica, da origem da justiça constitucional entendida como garantia da superioridade da Constituição perante a lei. Tomando como referente sua origem histórica nos EEUU – mediante a celeberrima sentença *Marbury vs Madison* – será feita uma análise sintética das consequências que aquela sentença teve na consolidação do recém nascido Estado constitucional moderno assim como a influência que produziu – limitada por razões preferentemente históricas – no continente europeu, cenário central do presente artigo. Em um segundo apartado, será exposto o processo de conformação do modelo de justiça constitucional europeu que, surgindo no período entre guerras, será devido principalmente á influência da obra de Hans Kelsen. A análise do desenho *kelseniano* será o marco referencial no estudo do modelo de justiça constitucional espanhol – elemento central deste artigo –, visando atingir um triplo enfoque: sua necessidade histórica, as suas principais características e funções e, por último, uma valoração sob o imprescindível rol que a justiça constitucional teve – não isenta de trevas - na consolidação da democracia na Espanha.

PALAVRAS-CHAVE: democracia. justiça constitucional. Tribunal Constitucional. recurso de amparo.

RESUMEN: El presente artículo aborda, en perspectiva histórico-analítica, el origen de la justicia constitucional entendida como garantía de la superioridad de la Constitución frente a la ley. Partiendo de su origen histórico en los EEUU – mediante la celeberrima sentencia *Marbury vs Madison* - se propone un análisis sintético de las consecuencias que tal sentencia tuvo para la consolidación del Estado constitucional recién instituido así como la influencia que produjo – limitada por razones preferentemente históricas como se verá – en el continente europeo, escenario central del presente artículo. En un segundo apartado, se expondrá el proceso de conformación del modelo de justicia constitucional europeo que, surgiendo en el periodo de entreguerras, se deberá principalmente a la influencia de la obra de Hans

¹Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilla. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, com bolsa da Agência Espanhola de Cooperação e Desenvolvimento (AECID - Ministério de Assuntos Exteriores de Espanha). Desenvolve investigações em Direito Constitucional, com enfoque em Direitos Fundamentais políticos em perspectiva comparada Brasil e Espanha.

Kelsen. El estudio del diseño *kelseniano* servirá de marco referencial para el análisis del modelo de justicia constitucional español - elemento central de este artículo - desde una triple enfoque: su necesidad histórica, sus principales características y funciones y, por último, un análisis valorativo sobre el notable papel que la justicia constitucional - no exento de sombras - ha prestado a la *consolidación* de la democracia en España.

PALABRAS-CLAVE: democracia. justicia constitucional. Tribunal Constitucional. recurso de amparo.

I. EL ORIGEN DE LA IDEA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL: ALGUNAS NOTAS HISTÓRICAS

El origen del modelo europeo de justicia constitucional fue fuertemente influenciado por razones histórico-políticas que, por la relevancia que tendrán en el diseño institucional del modelo a adoptar - el modelo concentrado - requiere la realización de algunas puntualizaciones. Pero antes de entrar en esta cuestión deben realizarse algunos comentarios sobre el origen del control de constitucionalidad como instituto jurídico². Es lugar común situar el origen del control de constitucionalidad como garantía de la superioridad de la Constitución frente a la ley en las reflexiones de Hamilton³ vertidas en *el Federalista*⁴, que serán luego reafirmadas en la popularísima sentencia *Marbury vs Madison* pronunciada en 1803⁵.

²Paulo Bonavides (2011, p. 296) ofrece una síntesis de las luces y sombras del control de constitucionalidad como instituto jurídico - que serán analizadas posteriormente - en los siguientes términos: "El punto más grave de la cuestión radica en quien debe ejercer el llamado control de constitucionalidad. Sin ese control, la supremacía de la norma constitucional sería vana, frustrándose así la máxima ventaja que la Constitución rígida y limitativa de poderes ofrece al correcto, harmónico y equilibrado funcionamiento de los órganos del Estado y sobre todo a la garantía de los derechos enumerados en la ley fundamental. Pero, por otra parte, el control acarrea dificultades considerables, en razón de conferir al órgano incumbido de su realización un lugar que muchos tienen por privilegiado, un lugar de verdadera preeminencia o supremacía, capaz de afectar el equilibrio y la igualdad constitucional de los poderes"

³Blanco Valdés (2006, p. 321) ofrece una síntesis adecuada de las reflexiones de Hamilton a este respecto en los siguientes términos: "¿Qué conclusiones deriva el propio Hamilton de su afirmación de que <<ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida>>? Sencillamente, la de considerar inadmisibles <<la suposición de que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad por la de sus constituyentes>>: muy lejos de ello, la única salida racional era la de <<suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislación, con la finalidad, entre otras, de mantener a aquélla dentro de los límites asignados a su autoridad>>. La superioridad de la Constitución sobre la ley conduce naturalmente - como, con precisión, afirma Hamilton - al control judicial de la constitucionalidad: <<Las limitaciones al legislativo no pueden preservarse en la práctica por otra vía que la de los Tribunales de Justicia, cuyo deber será declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución. Sin ello, todas las reservas que se realicen respecto a determinados derechos y privilegios quedarán en nada>> [...]."

⁴Vid. por todos *The Federalist Papers*, 1787, n. 78 y ss sobre las atribuciones del Poder Judicial.

⁵<http://laws.lp.findlaw.com/getcase/us/5/137.html> (acceso el 27/11/12). Aun cuando *Marbury vs. Madison* es paradigma del surgimiento de la justicia constitucional, Guilherme Marioni (2012, p. 708)

El Juez Marshall planteará la *tensión* entre la ley y la Constitución en los siguientes términos

Es una proposición demasiado sencilla para ser respondida la de que, o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con él, o que la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una ley ordinaria. Entre estas dos alternativas no existe término medio. O la Constitución es una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o se sitúa en el nivel de las leyes ordinarias y, al igual que esas leyes, puede ser alterada cuando la legislatura desee hacerlo. Si la primera opción de esta disyuntiva es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no constituye derecho; si es cierta la segunda opción, entonces las Constituciones escritas son proyectos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable.

El desenlace es por todos conocidos: la Constitución, dirá Marshall, es norma superior a la ley y, por tanto, en caso de conflicto la norma que debe regir el caso es aquella. La relevancia de esta afirmación fue tal que acuñó la conocida expresión *doctrina Marshall*⁶. Pero las consecuencias de *Marbury vs. Madison* no acaban con esta deducción lógica ya que, sobre la base de aquella, se constituirá la *judicialreview* sobre las Leyes en nombre de la Constitución⁷. Todos los jueces y no únicamente el Tribunal Supremo

apunta que: “La idea de control de los actos estatales, inclusive del parlamento, era conocida por el juez de la tradición de la *commonlaw*. Hay ahí, ya en el inicio del siglo XVII, precedente dotado de fundamentación muy parecida con aquella que vino a ser utilizada, más de un siglo después, en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, que sirvió de base para el fulgurante desarrollo del *judicial review* of legislation estadounidense. En el final de la primera década del siglo XVII, en el igualmente celebre caso *Bonham*, Edward Coke declaró que las leyes están sometidas a un derecho superior, la *commonlaw*, y que, cuando ellas lo inobservan, son nulas y desprovistas de eficacia.”

⁶Sobre las consecuencias de *Marbury v. Madison*, Miguel Carbonell (http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf) afirma: “*Marbury* versus *Madison* asienta de una vez por todas el principio de supremacía constitucional. Es decir, la sentencia no refiere solamente el papel del juez ante la ley inconstitucional, sino que trata sobre todo del lugar de la Constitución frente a la ley y, por vía de consecuencia, frente al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución se impone en caso de que haya contradicciones entre su contenido y cualquier otra norma jurídica, nos dice Marshall en su sentencia.” Un análisis de *Marbury vs Madison* puede verse en Ingo Sarlet *et al*, 2012, p. 725-9; En sentido similar, Da Cunha Junior (2011, p. 66) afirma: “La decisión de Marshall representó la transagración no sólo de la supremacía de la Constitución frente a todas las demás normas jurídicas sino también del poder y deber de los jueces de negar la aplicación de leyes contrarias a la Constitución. Se consideró que la interpretación de las leyes era una actividad específica de los jueces y que entre esas figuraba la ley constitucional, como ley suprema, de tal modo que, en caso de conflicto entre dos leyes a aplicar a un caso concreto, el juez debe aplicar la ley constitucional y rechazar, no aplicándola, la ley inferior.”

⁷Da Cunha Junior (2011, p. 66) apunta algunas críticas que le fueron hechas a *Marbury vs Madison* en los siguientes términos: “Esa decisión, en términos jurídicos y lógicos e irreprochable a pesar de las críticas que la acusaron de *usurpadora de poder*, lanzadas bajo el argumento de que en ningún dispositivo de la Constitución se encuentra expresamente conferida al Poder Judicial la facultad de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros Poderes para declararlos nulos frente a la Constitución. Cuanto a este aspecto, prevaleció el entendimiento de que no hubo usurpación de poderes, teniendo en cuenta que el embrión de la *judicial review* ya se encontraba en las entrelíneas de la Constitución norteamericana, pues allí fue puesta por la historia.”

—aunque la posición suprema será la del TS en base a la doctrina *staredecisis*— estarán capacitados para realizar el control de constitucionalidad de la Ley, pudiendo declarar la inaplicabilidad de aquellas cuando contradigan lo dispuesto por la Constitución (GARCIA DE ENTERRÍA, 2011, p. 291-2). A diferencia de la experiencia histórica europea, en EEUU la división de poderes lógica del Estado constitucional no impedirá que el Poder judicial lleve a cabo la función de controlar la producción normativa del Legislativo evitando posibles y temibles excesos de las mayorías en el poder⁸.

Trasladándonos al continente europeo pero manteniéndonos en el tiempo de *Marbury* - inicios del s. XIX - nos encontramos con una Europa donde hace escasos años ha tenido lugar la Revolución Francesa, un tiempo que modificará notablemente la configuración tradicional de los poderes que en Europa venían funcionando por décadas sobre la base del Estado Absoluto y con innegables reflejos en la configuración estamental de la sociedad⁹. A diferencia de los estadounidenses que, consecuencia de su situación originaria de *homogeneidad social* - tan agudamente descrita por Tocqueville¹⁰ - pudieron configurar el poder judicial como un contrapeso efectivo al poder legislativo y dotarlo de un gran poder político, la configuración y eficacia del poder judicial en la Francia Revolucionaria¹¹ se verá fuertemente mermada por una circunstancia histórica de enorme influencia institucional y política: el *Ancient Regime* con la figura del Monarca absoluto a la cabeza de este¹².

⁸GuilhermeMarioni (2012, p. 729) apunta varias razones por las cuales el Poder Judicial pudo desarrollar su función de contrapeso del legislativo: “[...] La *commonlaw* nunca fue un derecho dependiente del parlamento. Nunca fue limitado o mismo definido por la legislación. La *commonlaw* siempre fue guía de los actos del parlamento inglés y, después, de los actos de las colonias. Por tanto, los colonizadores ya tenían conciencia de que sus actos debían estar en conformidad con la *commonlaw*, de la tradición inglesa. El judicial review tiene origen en la subordinación del derecho de las colonias al derecho inglés, entendido, es cierto, como *commonlaw*.”

⁹En la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey los <<privilegios y libertades>> tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento. No hay modo más categórico de indicar la diferencia que este: el absolutismo regio fue derrotado, en un caso, como poder regio; en otro, como poder absoluto. Por eso, solo en el primer caso se abrió la vía a lo que será el absolutismo parlamentario por medio de la ley; en el segundo, la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el <<commonlaw>>, nacido de elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho positivo, de razón y legislación, de historia y de tradiciones.” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 25).

¹⁰Tocqueville, Alexis de. *La democracia en América*. Madrid, Trotta, 2010.

¹¹GuilhermeMarioni (2012, p. 73) apunta las siguientes razones históricas influyentes en la desconfianza hacia los jueces en la Francia revolucionaria: “ Los miembros del Judiciario francés, antes de la Revolución, constituían una clase aristocrática no solo sin cualquier compromiso con los valores de la igualdad, la fraternidad y la libertad sino que tenían lazos visibles y espurios con otras clases privilegiadas, especialmente con la aristocracia feudal, en cuyo nombre actuaban con las togas. En esa época, los cargos judiciales eran comprados y heredados, lo que hacía suponer que el cargo de magistrado debería ser disfrutado como una propiedad particular, capaz de rendir frutos personales. Los jueces prerrevolucionarios se negaban a aplicar la legislación que era contraria a los intereses de sus protegidos e interpretaban las nuevas leyes de forma a mantener el *status quo* y a no permitir que las intenciones progresistas de sus elaboradores fuesen alcanzadas. No había excepción alguna para “juzgar””

¹²[...] los americanos no tuvieron que hacer frente a las resistencias sociales e institucionales que en

En este contexto de mudanzas en la conformación de los poderes se insertará - con *eficacia limitada* como se verá - la norma constitucional dado que la separación de poderes no será, como en el caso estadounidense, un modelo de racionalidad y equilibrio¹³. De una parte el poder ejecutivo - un poder más nominal que influyente en la dirección política¹⁴ - será detentado por el monarca constitucional, quien contará con representantes que abogarán por la idoneidad de este para ser el garante natural de la Constitución (KELSEN, 2003, p. 240). Al propio tiempo el Parlamento, que en teoría debería servir de contrapeso al poder Ejecutivo y garantizar la supremacía de la Constitución, se convertirá *poco menos* que en la propia Constitución¹⁵. Y como resulta fácilmente deducible, esta hipóstasis entre Nación y Parlamento - con el resultado de la supremacía absoluta de la ley¹⁶ - anulaba cualquier posibilidad

Europa se derivarían de la existencia del Antiguo Régimen y de su exponente institucional más acabado, los monarcas absolutos. El punto de partida político de los norteamericanos sería, así, el de la homogeneidad social e institucional, un punto de partida que les iba a permitir organizar los poderes del Estado de una forma racional: tanto el legislativo como el ejecutivo serían poderes electivos y, por eso, resultaba previsible que tanto uno como otro se excediesen en sus atribuciones, lo que exigía que ambos fuesen objeto de control.”(BLANCO VALDÉS, 2006, p. 324).

¹³“En la Europa continental de final del siglo XVIII, el principio de la separación de poderes fue comprendido como limitación de los poderes del rey y de los jueces en favor del parlamento. En Francia, además de las contingencias históricas que llevaron a los jueces a ser vistos con desconfianza, tuvo gran repercusión la obra de Rousseau, que concibió el parlamento como depositario de la soberanía nacional, a reflejar la voluntad general de los individuos en él representados y, consecuentemente, como órgano no susceptible a limitaciones y control de parte de sujetos sin legitimidad democrática.” (GUILHERME MARIONI, 2012, p. 731).

¹⁴Sobre la limitada relevancia del poder ejecutivo posterior a la Revolución Francesa, Fioravanti (2007, p. 60) afirma que: “En concreto, los constituyentes franceses rechazaron resultamente la hipótesis de un veto absoluto del monarca sobre los actos de la asamblea legislativa, ya que el carácter absoluto de veto hacía que la voluntad del monarca se convirtiera en necesaria, al igual que la de la asamblea, para producir la máxima fuente de derecho, la ley, reproduciendo así la lógica británica - a rechazar - del *King in Parliament*. En lugar del veto absoluto se eligió, como solución de compromiso, un veto suspensivo que el monarca era llamado a ejercer desde fuera de la asamblea, como jefe de un poder ejecutivo a su vez fuertemente debilitado por la Constitución de 1791, privado casi del todo de poderes normativos autónomos, encaminado a la ejecución, lo más mecánicamente posible, de la ley querida por la asamblea.”

¹⁵Hans Kelsen (2003, p. 240) afirma la ineficacia jurídica de la Constitución por la perversa influencia del *principio monárquico* como garante de la norma constitucional en los siguientes términos: “ Cuando, por tanto, los representantes de la teoría constitucional del siglo XIX, orientados por el así llamado *principio monárquico*, defendían la tesis de que el *guardián natural de la Constitución* sería el monarca, esto no pasaba - quien podría hoy dudar de eso - de una ideología muy evidente, una de las tantas que forman la doctrina del constitucionalismo, a través de la cual esa interpretación de la Constitución procuraba enmascarar su tendencia real: compensar la pérdida de poder que el jefe de Estado había experimentado en el paso de la monarquía absoluta a la constitucional. Lo que en realidad se quería era [...] impedir la eficaz garantía de la Constitución, por lo menos contra violaciones por parte de quien más la amenazaba, o sea, el propio monarca o, mas precisamente, el gobierno, o sea, el monarca en conjunto con los ministros que firmaban sus actos pues aquel no podía actuar solo. Eso también pertenece al método de la ideología constitucional: hablar apenas del monarca, cuando en verdad está actuando un órgano colegiado en que el monarca no es parte autónoma. Como no se podía declarar abiertamente el verdadero objetivo *político* de impedir una eficaz garantía de la Constitución, este sería mascarado según la doctrina según la cual tal garantía sería tarea del jefe de Estado.”

¹⁶Cf. con Zagrebelsky, 2008, p. 25.

de configurar un poder judicial mínimamente eficaz¹⁷ en la salvaguardia de la Constitución como ¿norma suprema?¹⁸.

García de Enterría (2011, p. 293) sintetiza magistralmente la posición de subordinación del poder judicial frente al legislativo en los siguientes términos

Los jacobinos elevarán a dogma esta soberanía del legislativo, expresión de la voluntad general, y someterán a los jueces a su más neutro papel de simples aplicadores de sus decisiones, prohibiéndoles incluso la interpretación de las mismas, que el propio legislativo se reserva en la forma de un *referelégislaff* (que está, por cierto, en el origen del posterior recurso de casación, que busca el acantonamiento estricto del juez a la función aplicadora de la Ley). Esta idea del carácter soberano de la Ley hace inimaginable su enjuiciamiento por los jueces.

De esta configuración - irracional por desproporcionada - de los poderes se deduce la imposibilidad de dar entrada a la justicia constitucional en la Europa post-revolucionaria. Digo irracional porque de la *supremacía descontrolada de la ley* se deriva una perniciosa consecuencia para la convivencia: la tiranía de la mayoría frente a las minorías. Bajo ese argumento,

¹⁷Sobre la subordinación del poder judicial al legislativo, Sérvulo da Cunha (2003, p.8-9) afirma: “Desde 1667 en Francia era expresamente prohibido a los jueces interpretar normas sobre cuyo entendimiento tuviesen dudas, debiendo en tal caso dirigirse al monarca, el cual, como autor de la ley, era su guardián y único intérprete [référéalegislateur]. Cuanto a eso la Revolución nada alteró, habiendo apenas sustituido la persona del monarca por la soberanía del poder legislativo. El decreto de 16-24 de agosto de 1790 prohibió a los tribunales realizar reglamentos induciéndolos a dirigirse al legislativo cada vez que juzgasen necesario interpretar una ley [référéfacultatif]. Poco después, Robespierre sustentó que el vocablo “jurisprudencia” debería ser borrado de la lengua francesa: “En un Estado que tiene Constitución y legislación, la jurisprudencia de los tribunales no puede ser otra cosa sino la propia ley. En diciembre de ese año se instituyó la Corte de Casación y se creó o référénécessaire, una consulta al poder legislativo en caso de divergencia jurisprudencial.” En sentido similar, Guilherme Marioni (2012, p. 716) afirma: “Como la ley era imprescindible para la realización de los objetivos de la Revolución Francesa, y los jueces no merecían confianza, la supremacía del parlamento ahí fue vista como sujeción del juez a la ley, siendo prohibido, inclusive, de interpretarla para no violentarla y, de este modo, frustrar los objetivos del nuevo régimen.”

¹⁸García de Enterría (2011, p. 293) sustenta la tesis de un posible entendimiento de la supremacía de la Constitución sobre la Ley en la Francia post-revolucionaria en los siguientes términos: “En el preámbulo de la básica Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se dice que dicha declaración solemne se formula <<con el fin de que esté constantemente presente a todos los miembros del cuerpo social y les recuerde sin cesar sus derechos y deberes>>, y <<con el fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al poder ser en cada instante comparados con el fin de toda institución política, aquellos derechos sean más respetados>>. Es claro, pues, que los derechos fundamentales se conciben como un límite al poder legislativo. Y aun añade el preámbulo que otro de los fines de la Declaración es <<que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas a partir de ahora sobre los principios simples e incontestables conduzcan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos>>. Podría entenderse, pues, que en aplicación de estos principios cabría esperar que se institucionalizase una <<reclamación>> contra las leyes en nombre de la Constitución. Pero esta posible derivación quedará bloqueada y más tarde definitivamente excluida por la polarización de la lucha política como una lucha por el poder legislativo, concebido como el verdaderamente soberano de acuerdo con concepciones rousseauianas.”

será Sieyes quien perspicazmente propondrá – tras la funesta experiencia de «El Terror»– la necesidad de contar en la Constitución de 1795 con una garantía que él mismo definió como “indispensable y esencial”: la garantía de la Constitución misma, olvidaba en proyectos anteriores¹⁹. Tal propuesta será fuertemente rechazada bajo un argumento que aún hoy día sigue acompañando al modelo de justicia europeo: **¿Quién vigilará al propio Tribunal?**²⁰

Los principales actores intelectuales de la Revolución argumentarán que, bajo la supuesta bondad del mecanismo de control de las leyes propuesto por Sieyes se esconde una pérfida posibilidad: la destrucción del edificio social que se sustenta sobre el principio de soberanía Nacional sustanciado en la Ley. En consecuencia, el *Jury de Constitutions* anatematizado por ser un peligro para la propia Constitución²¹. (BLANCO VALDÉS, 2006, p. 325-6).

Será en este contexto en el que se negará la conveniencia de establecer, por las razones aquí brevemente expuestas, un Tribunal Constitucional que garantice la propia idea de Constitución y su supremacía normativa, que, como se ha visto, corresponderá en términos absolutos a la Ley como expresión de la voluntad general. Francia marcará la tendencia – si bien no exclusivamente por influencia de la Revolución²² – al rechazo del control de constitucionalidad en la mayoría de los países del continente por espacio de más de un siglo. Esta ideología de rechazo frontal al control de constitucionalidad cambiará, lentamente, con la llegada de otro momento histórico determinante – el periodo de entreguerras – que forjará un jurista igualmente determinante en el nacimiento del modelo de justicia constitucional concentrado en Europa:

¹⁹Sobre las numerosas tentativas fallidas de instaurar el control de constitucionalidad en la Francia post-revolucionaria, Paulo Bonavides (2011, p. 300) dice así: “El control por un órgano político, en la historia de las instituciones francesas, conoció otras tentativas igualmente fracasadas: la del Senado de la Constitución de Enero de 1852 y la del Comité Constitucional de la Constitución de 27 de octubre de 1946. El primero se transformó prácticamente en una segunda Cámara Legislativa mientras el segundo se caracterizó por su desempeño mediocre y oscuro.”

²⁰[...] se pregunta cómo puede un Tribunal con jueces designados de esta manera venir a sindicar los actos de aquellos órganos; como puede la criatura fiscalizar al creador; cómo puede un tribunal así compuesto no reproducir la composición del Parlamento y la orientación del Jefe de Estado. Esa es la aporía del Tribunal Constitucional: si le falta la fuente de designación por órganos representativos carece de legitimidad; si la recibe, se diría desprovisto de eficacia o utilidad en el ejercicio de su competencia.” (JORGE MIRANDA, 2008, p. 135).

²¹Sobre la conveniencia de un Jury de Constitution dirá Thibaudeau lo siguiente: “Ese poder monstruoso lo sería todo en el Estado y queriendo darle un guardián a los poderes públicos, les daríamos un amo que nos encadenaría para vigilarlos con mayor facilidad.” (*Apud* BLANCO VALDES, 2006, p. 326).

²²“La Corte Constitucional y el monopolio, por ella, del control de la constitucionalidad no resultaran de la mera invención teórica. Es la historia, no la lógica, la que explica las instituciones. En el continente europeo la revolución burguesa, que trajo la Constitución, no trajo consigo el control de constitucionalidad, que en los Estados Unidos – no nos olvidemos – fue una construcción pretoriana. No sería correcto atribuir esa omisión únicamente a la influencia de la tradición francesa, sabidamente refractaria al poder de los jueces. En la Europa continental, el modelo procesal autoritario asociado a la monarquía absoluta obligaba desde mucho a los jueces, en caso de duda sobre la inteligencia de la ley, a suspender el proceso y realizar la consulta sobre esa cuestión a un órgano superior, preferentemente de naturaleza política antes que judicial.” (HANS KELSEN, 2003, p. 8).

Hans Kelsen.

II. EL NACIMIENTO DEL MODELO DE JUSTICIA CONCENTRADO EUROPEO: LA INFLUENCIA DE HANS KELSEN

Antes de comenzar el análisis de la influencia del pensamiento de Kelsen en la conformación del modelo de justicia constitucional europeo debe realizarse una concreción de carácter histórico. El Tribunal Constitucional (en adelante TC) es, en sí mismo, una *anomalía* resultante de la complejidad socio-política en la Europa de los siglos XIX y XX²³. Decimos esto porque la existencia y proyección del TC guarda relación directa con las dificultades que diversos países tuvieron en transitar del Estado liberal del s. XIX al democrático del s. XX. Nos referimos a Austria, Alemania, Italia, Portugal y España²⁴. A *sensu contrario* y haciendo propio el raciocinio de Pérez Royo (2010, p. 733) se da el hecho de que

Allí donde la <<razón>> y la <<historia>> han podido ir juntas en la edificación del Estado Constitucional, como en los Estados Unidos, o allí donde la <<historia>> no obstaculizó excesivamente la organización <<racional>> del Estado, como ocurrió en Inglaterra y las demás Monarquías parlamentarias europeas, el Tribunal Constitucional no ha sido necesario. La división tripartita de poderes clásica ha sido suficiente para controlar el ejercicio del poder y evitar su desnaturalización.

La recepción de la justicia constitucional en Europa se producirá en el contexto socio-político aquí brevemente delimitado y, como se dijo en el inicio de este apartado, gracias principalmente a la obra de Hans Kelsen²⁵. Más allá de puntuales supuestos casuísticos presentes en las Constituciones austriaca y alemana de finales del s. XIX la introducción *stricto sensu* de la institución Tribunal Constitucional tiene lugar en la Constitución Austríaca

²³Pérez Royo (2010, p. 732) apunta dos factores esenciales que motivarán la aparición del Tribunal Constitucional en algunos países europeos al afirmar lo siguiente: “El modelo de justicia constitucional europeo es, por tanto, una especialidad de países con trayectorias políticas y constitucionales muy distintas, pero que tienen dos rasgos en común: 1. Que en todos ellos la Monarquía no se transformó en Monarquía Parlamentaria en el siglo XIX, sino que el monarca siguió jugando un papel importante en el proceso político; y 2. Que en todos se produjo la destrucción del régimen constitucional en el período de entreguerras como consecuencia de las tensiones desatadas con la crisis posterior a la Primera Guerra Mundial y las consiguientes dificultades de la transición del Estado liberal al Democrático.”

²⁴Cf. con Pérez Royo. *Curso de Derecho Constitucional*, 12 ed. Madrid, Marcial Pons, 2010.

²⁵Vid. portodosKelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*, 3 ed. São Paulo, Martins Fontes, 2003. Particularmente relevante la crítica que realiza el autor austríaco a la posición de Schmitt, quien era partidario de atribuir la custodia de la Constitución al Jefe de Estado por su condición de “poder neutro”, posición que no escondía sino su condición de ideólogo del nazismo.

de 1920²⁶. Debe decirse que la concepción que Kelsen tenía de Constitución era una concepción *formalista*. Dentro de un sistema de normas piramidal, la norma que ocuparía la posición jerárquicamente más relevante dentro del conjunto de las fuentes del derecho sería la Constitución. Y para ello previó la necesidad de instituir un órgano que, con carácter exclusivo y alcance general, analizase la compatibilidad de la ley con la norma constitucional en función de su primacía jerárquica. La idea matriz del constitucionalismo estadounidense - la constitución como conjunto de principios y derechos fundamentales posibilitadora de un orden social justo así como la idea de rigidez constitucional - no eran pues elementos centrales en la teoría *kelseniana* (GUILHERME MARINONI, 2012, p. 733).

Antes de continuar nuestra exposición, una pregunta parece ser obvia de hacer y obligada de responder: ¿Qué razones llevaron a la adopción del modelo concentrado de justicia propuesto por Kelsen? Las teorizaciones al respecto son variadas si bien es tenida por válida la justificación cuya autoría se debe a Capelleti²⁷, quien afirma que la introducción del modelo de control difuso en un sistema de *civil law* como el europeo hubiera llevado, al inexistir el principio de *stare decisis*, a una situación de descontrol no solo judicial sino social - inseguridad jurídica - por cuanto una misma ley podría ser objeto de aplicación o inaplicación en función de la valoración que el juez realizase al no encontrarse vinculados por aquel principio. Un factor añadido que desaconseja ese modelo en los sistemas de *civil law* es que podría provocar una situación de sobrecarga judicial al ser la ley declarada una vez inconstitucional objeto de posibles e interminables juicios de constitucionalidad ante la inexistencia del principio de *stare decisis* (DA CUNHA JUNIOR, 2012, p. 289)

Las características esenciales del modelo de justicia concentrado son definidas por el autor austriaco, quien marcará diferencias notables - que, como veremos se difuminarán en el periodo post II Guerra Mundial - en relación al modelo de justicia constitucional, difuso e incidental, norteamericano. Es decir, a diferencia del modelo americano - en el cual todo juez está investido de la autoridad de declarar la inconstitucionalidad de la ley - la *naturaleza concentrada* de la justicia constitucional europea atribuye a un único órgano *ad hoc de naturaleza política* - el Tribunal Constitucional - la competencia, con carácter exclusivo, de declarar la inconstitucionalidad de la ley. Pero, y esta es otra diferencia respecto al modelo americano, la validez de la sentencia no se limitará a la inaplicación de la Ley al caso en cuestión sino que será una *declaración erga omnes*, anulando para todos y definitivamente la Ley

²⁶“El artículo 89 de la nueva Constitución negó expresamente a los tribunales el poder de “apreciar la validez de las leyes regularmente publicadas” y los arts. 137-45 diseñaron la competencia de la Corte Constitucional, a la cual cabría principalmente apreciar “la inconstitucionalidad de las leyes de los estados-miembros a requerimiento del gobierno federal, la inconstitucionalidad de las leyes federales a requerimiento del gobierno de cualquier estado-miembro y, de oficio, cuando se trate de ley que sirva de base a su decisión” (art. 140).” (HANS KELSEN, 2003, p. 12).

²⁷Capelleti, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

declarada inconstitucional al excluirla del ordenamiento²⁸. Sus efectos serán igualmente *ex nunc*. La trascendencia de esta característica – el ser el TC un *legislador negativo* – requiere de unas notas adicionales justificadoras de esta competencia.

¿Por qué atribuir tamaño poder a un órgano que se encuentra al margen de los Tres poderes – es decir, independiente – y que no además, por su propia conformación no goza de legitimidad democrática directa²⁹? De nuevo la historia nos dará razones de peso. La Justicia Constitucional – encarnada en un TC – es la consecuencia natural de las dificultades de consolidar un régimen democrático por medios acordes a la lógica de la división de poderes propia del Estado Constitucional y, por tanto, su existencia obedece en principio a síntomas de una cierta debilidad constitucional³⁰. Por ello, la institución del Tribunal Constitucional se ha hecho precisa en países como Alemania³¹, Austria, Portugal, España y se ha extendido a los países del Este de Europa y otros tantos que quisieron consolidar sus regímenes democráticos tras experiencias autoritarias.

De la experiencia histórica – en gran medida – se deriva, por tanto, la conformación del TC como *legislador negativo*. A diferencia de los

²⁸Aragón Reyes (2006, p. 170) caracteriza la condición del TC como legislador negativo como la gran diferencia hoy día existente entre los modelos estadounidense y europeo de justicia constitucional en los siguientes términos: “Ese monopolio de rechazo a la ley es hoy la única diferencia sustancial entre el modelo europeo y el modelo norteamericano de justicia constitucional, modelos muy aproximados en todo lo demás, pues en el europeo (como en el de los Estados Unidos), no hay jurisdicción que ejerza en exclusiva el juicio de legalidad y otra que ejerza en exclusiva el juicio de constitucionalidad: la jurisdicción ordinaria también aplica la Constitución; la jurisdicción constitucional también aplica la ley, no solo en el supuesto de las llamadas <<leyes interpuestas>>, que integran el canon o parámetro de la constitucionalidad, sino en el de las demás leyes, pues en todos los procesos constitucionales en los que medie la ley (por ser objeto de control o por ser aplicable al caso) la jurisdicción constitucional está obligada a realizar, sobre ella, una interpretación constitucionalmente adecuada.”

²⁹Hans Kelsen (2003, p. 153) justificará la independencia de la jurisdicción constitucional frente a los poderes del Estado con el objetivo de controlarlos en los siguientes términos: “Su independencia delante del Parlamento así como del gobierno es un postulado evidente. Porque precisamente el Parlamento y el Gobierno deben ser, como órganos participantes del proceso legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional.”

³⁰“Y es que, en Europa, toda una serie de complejíssimos fenómenos políticos más o menos íntimamente interrelacionados entre sí trajeron como consecuencia que el principio clásico de separación de poderes, en el que los europeos habían confiado durante el siglo XIX como respuesta frente a los problemas derivados del control del poder del Estado y, por tanto, a los derivados también de las formas de protección del orden constitucional, se convirtiese en totalmente insuficiente para hacer frente a los retos inéditos que imponía la nueva situación: así, entre otros, pero de forma primordial, la caída de los regímenes monárquicos convertidos en Repúblicas, o, en su caso, la progresiva marcha de aquellos hacia la parlamentarización; la apertura del campo político de la mano de la extensión del derecho de sufragio y, en combinación con ella, la consolidación de los primeros partidos políticos de masas como fundamentales elementos vertebradores de la vida política e institucional; o, el cambio en el tradicional equilibrio de poderes que había caracterizado durante el siglo XIX a las monarquías constitucionales, como consecuencia de la *fusión* política entre poder ejecutivo y poder legislativo típica del parlamentarismo.” (BLANCO VALDÉS, 2006, p. 326-7).

³¹Un análisis en profundidad del Tribunal Constitucional Federal puede verse en Haberle, Peter. El Tribunal Constitucional como poder político. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 125, jun-sep. 2004.

tres poderes del Estado, cuya función es activa, es decir, su funcionamiento responde a la tentativa de dar respuestas a las demandas sociales la función esencial del TC es negativa, es decir, evitar que los poderes del Estado actúen de manera contraria a la Constitución³².

Pero aquí no acaban las razones del TC. En efecto, *laratio decidenci* de la Justicia Constitucional fue sintetizada por Kelsen al afirmar que «desempeña la función de una protección eficaz de la minoría contra el abuso de la mayoría, cuyo dominio solo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente». El TC es, pues, órgano esencial en el logro del equilibrio en el proceso político característico del régimen democrático donde grupos sociales con intereses opuestos e incluso antagónicos se disputan el poder³³. Un poder, el de la mayoría, que encuentra en el TC un límite a su uso contrario a los derechos de la minoría³⁴.

Recapitulando, el modelo de Tribunal Constitucional europeo es órgano que surge con *vocación monopolística* de la interpretación vinculante de la Constitución. Es considerado órgano jurisdiccional – de naturaleza defensiva como se vio – si bien no forma parte stricto sensu del Poder Judicial. Su composición procura reflejar un *amplio consenso parlamentario* entre la mayoría y la minoría. En relación a sus competencias, puede diferenciarse una competencia básica – el *control de constitucionalidad de las leyes* como garantía de protección de las minorías – y unas competencias adicionales de corte igualmente defensivo: a) la protección de los derechos fundamentales;

³²Pérez Royo (2010, p. 733) sintetiza la función de la Justicia Constitucional en los siguientes términos: Su función está determinada, en consecuencia, por el carácter negativo de la experiencia histórica a la que debe su existencia. Y por eso el Tribunal Constitucional es un órgano negativo, o, si se prefiere *defensivo*, que no existe nada más que para defender al Estado Democrático frente a su posible *desnaturalización*. Esta es la esencia de la institución.”

³³García de Enterría (2011, p. 299) afirma la centralidad – si bien con límites evidentes – del TC para el sostenimiento del sistema jurídico en los siguientes términos: “El Tribunal Constitucional resulta ser así un órgano de muy especial trascendencia en el sistema jurídico. No sólo porque desempeña el papel de supremo garante de la Constitución y de árbitro máximo, en sentido jurídico, de la división territorial y funcional del poder (además de presentarse como última instancia de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo), sino también por la función de «recreador» de la Constitución (y del ordenamiento en su conjunto) que mediante su doctrina lleva a cabo. Sin embargo, no es exactamente un «comisionado del poder constituyente», en el sentido más fuerte de esa expresión, sino un órgano constitucional que, como tal, es poder constituido y que no debe suplantar a los demás poderes constituidos, especialmente al legislador. Este (el legislador) es el verdadero intérprete político de la Constitución y sus decisiones sólo deben ser invalidadas por el Tribunal cuando no haya dudas en que vulneran, en términos estrictamente jurídicos (que son los únicos que el Tribunal puede apreciar) la norma constitucional.”

³⁴En este sentido, Jorge Miranda (2008, p. 132) dice así: “Si democracia postula mayoría – con las múltiples interpretaciones y reelaboraciones filosóficas y teóricas de que ha sido objetivo – no menos, naturalmente, ella postula respeto de las minorías y, a través o más allá de él, el respeto de los derechos fundamentales. Criterio de decisión, instrumento técnico o presunción puramente negativa de que nadie cuenta más que el otro; reconduce a la afirmación positiva de igual dignidad de todos los ciudadanos y se reconduce al reconocimiento de que la voluntad soberana se forma sobre el contradictorio y la alternancia. Siendo así, la fiscalización, mismamente cuando es de carácter objetivista, en último término busca la salvaguardia de los valores de la igualdad y libertad.”

b) la protección de la distribución territorial del poder; b) la protección de la división de poderes.

Para concluir este apartado, se entiende útil por su concreción la síntesis que el prof. Pérez Royo (2010, p. 734) realiza sobre la institución y que dice así

Dicho en pocas palabras: el Tribunal Constitucional europeo es un órgano artificial inventado por el constituyente democrático del siglo XX para *completar* la división tripartita clásica de poderes ante la insuficiencia de esta última para controlar el ejercicio del poder del Estado y evitar su desnaturalización autoritaria. Se trata, pues, de un producto de la falta de respeto a la Constitución por los poderes clásicos del Estado. Donde la Constitución se ha respetado, no ha hecho falta un Tribunal Constitucional. Donde no se ha respetado, ha habido que introducirlo. Los constituyentes democráticos de los países en los que ha ocurrido esto último *han tenido que hacer de necesidad virtud* y diseñar un instrumento, a fin de imponer a los poderes del Estado *desde el exterior*, por así decirlo, el respeto a la voluntad del constituyente. En esto, en última instancia, es en lo que consiste el Tribunal Constitucional.

Es indudable, pues, la influencia de la obra de Kelsen en la conformación del modelo de justicia constitucional europeo. No obstante, debe realizarse una matización al respecto: el modelo de justicia constitucional europeo tras la IIª Guerra Mundial será objeto de una transformación en relación a la teorización de Kelsen. Si bien el elemento central era la existencia de dos jurisdicciones separadas - la constitucional dedicada en exclusiva a la Constitución y la ordinaria, dedicada a la ley - la práctica post IIª Guerra privilegiará un modelo alternativo cuya característica básica será la interconexión entre las dos jurisdicciones y, por tanto, la relativización de las diferencias con el modelo de justicia norteamericano (ARAGÓN REYES, 2006, p. 169-70). Decimos esto porque bajo esta lógica se articulará el Tribunal Constitucional español, cuestión que será tratada en el siguiente apartado.

III. EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA: EL TC

La recepción originaria del modelo de justicia europeo en España se producirá en el contexto político de la II República bajo la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales (Título IX)³⁵ que, en líneas generales, reproducía la teorización de Kelsen anteriormente expuesta y que, a pesar de su corta vida, ejercerá cierta influencia en el constituyente del 1978 en la decisión de contar con un TC. Pero, como es bien sabido, ni la II República, ni

³⁵<http://www1.icsi.berkeley.edu/~chema/república/constitucion.html> (consultado el 29/11/12).

su Constitución ni el propio Tribunal tuvieron la oportunidad de consolidarse dado que España pasará – “por obra y gracia” de Francisco Franco - a ser un régimen dictatorial por espacio de 40 años.

Será con el final de la dictadura, el inicio de la Transición y la llegada de la Constitución de 1978 (en adelante CE) cuando podrá hablarse definitivamente en España de la existencia de un modelo de justicia constitucional adaptado a las transformaciones que se comentaron en el cierre del apartado anterior. España, país caracterizado por un marcado continuismo en su historia constitucional, incorporó instituciones de arraigo peso histórico como la Monarquía, el sistema parlamentario bicameral y otros al tiempo que introdujo instituciones novedosas como el Tribunal Constitucional, al cual dedicó el Título IX³⁶. La técnica legislativa adoptada en el Título IX es heredera de la tradición italiana y, sobre todo, de la alemana post-II Guerra Mundial.

Al igual que en el origen del modelo europeo de justicia constitucional, el TC se vio afectado en su configuración técnicas por circunstancias históricas que merecen, por su relevancia en el entendimiento global de la institución, de un breve *excursus*. La primera y principal razón es obvia: era deseo del constituyente superar definitivamente la etapa dictatorial y afirmar, esta vez de manera permanente, la supremacía de la Constitución como norma jurídica y acabar con la frustración que produjo la derogación de la Constitución del 1931 consecuencia del golpe franquista³⁷. La defensa de los derechos fundamentales, como corazón de una democracia inmadura, precisaba inexcusablemente del TC³⁸. Igualmente, la creación del TC se apoyaba en la positiva influencia que esta institución había tenido en la consolidación de los modelos democráticos italiano y alemán. No es baladí recordar las dificultades históricas³⁹ que la democracia había tenido para

³⁶<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=159&fin=165&tipo=2> (consultado el 29/11/12). Una lectura en clave histórica del TC español es dada por Aragón Reyes (2011, p. 298) en los siguientes términos: “El Tribunal Constitucional español se inscribe en el que se ha llamado modelo europeo de *justicia constitucional*, que nació en las Constituciones de Austria y Checoslovaquia de 1920, prosiguió en la Constitución Española de 1931 (que estableció un Tribunal de Garantías Constitucionales) y se consolidó en la Constitución italiana de 1947 y en la Ley Fundamental de BONN de 1949.”

³⁷La Exposición de Motivos de la Ley 6/2007 de reforma de la LOTC dice así: “Las democracias modernas se basan en Constituciones dotadas de valor normativo garantizado en forma cada vez más extendida por órganos encargados del control de constitucionalidad, que ejercen la jurisdicción constitucional. La Constitución Española de 1978 se inscribe en esta tradición y recupera el precedente del Tribunal de Garantías establecido por la Constitución Española de 1931.

³⁸Blanco Valdés (2006, p. 328) otorga una especial relevancia al problema de la protección de los derechos fundamentales como justificación del TC en los siguientes términos: “Entre esos problemas dos tenían una importancia primordial: el de los derechos y el de la descentralización territorial. El de los derechos, no solo porque en 1977 se salía de una de las más largas dictaduras existentes en Europa occidental en todo el siglo XX, sino además porque durante toda la compleja historia constitucional hispana apenas había llegado a funcionar un auténtico sistema de derechos, en el que los mismos estuviesen reconocidos y amparados.”

³⁹La accidentada historia constitucional española, nacida con la Constitución de Cádiz de 1812, está

asentarse en España desde la concepción moderna de esta⁴⁰.

Otras dos razones de peso fueron: la cuestión histórica de las “múltiples Españas” y el secular problema de la organización territorial del Estado – que, recogido en el Título VIII, auguraba conflictos entre el Estado central y los nacionalismos periféricos⁴¹ – y la existencia de un Poder judicial de corte «franquista» con escasa tradición histórica del “juez de la Constitución” por influencia francesa. Pues bien, será en este ambiente que el TC tendrá que consolidarse como institución garante de la supremacía de la Constitución, los derechos fundamentales y *moderador* de los numerosos conflictos territoriales consecuencia de la cuestión, excesivamente abierta, del modelo de organización territorial español – el Estado de las Autonomías – definido en el Título VIII⁴² (ARAGÓN REYES, 2011, p. 298).

III. 1. Características funcionales del TC

Como se ha comentado anteriormente, el TC se encuentra regulado básicamente en el Título IX de la CE (arts. 159-165) y, por mandato del art. 165 CE⁴³, complementariamente por la *Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional*. En líneas generales, las competencias del TC son las siguientes – basadas principal pero no exclusivamente en el diseño propuesto por Kelsen-

El TC es un órgano de naturaleza política *ad hoc*, es decir, no se enmarca en el diseño del Poder Judicial realizado en el Título VI de la CE bajo el título “Del poder judicial”⁴⁴. Es, pues, un órgano constitucional dotado

repleta de muestras que confirman los recelos que la oligarquía española ha sentido hacia la democracia. La I República apenas tendrá un año de duración (1873-1874) siendo sustituida por la Restauración Borbónica (1874-1923) a la que seguirá la dictadura de Primo de Rivera (1923-30). La II República española (1931-1936) será sustituida – ¡¡ tras 5 míseros años!! – por la dictadura franquista (1939-1975).

⁴⁰“El Tribunal Constitucional se introduce en España como consecuencia de dos dictaduras: la del General Primo de Rivera en los años veinte y la del General Franco desde la Guerra Civil hasta 1975. Tanto el constituyente de 1931 como el de 1978 reaccionan inequívocamente contra la experiencia anterior.” (PÉREZ ROYO, 2010, p. 741).

⁴¹“[...] como el propio resultado electoral de 1977 iba muy pronto a demostrar, la reivindicación política de una remodelación de la estructura territorial tradicional seguía viva en las dos regiones en las que desde el último tercio del siglo XIX venían existiendo fuerzas políticas y sociales portadoras de aquella reivindicación: el País Vasco y Cataluña.” (BLANCO VALDÉS, 2006, p. 328).

⁴²25 años más tarde y con ocasión de la reforma de la LOTC por la LO 6/2007, el legislador orgánico reconocerá la importancia del TC en la resolución de los conflictos competenciales y la estabilidad institucional en los siguientes términos: “El sistema constitucional español se asienta ya sobre una práctica política de más de cinco lustros de experiencia. Sus instituciones se han revelado como eficaces instrumentos de regulación de la convivencia, y entre ellas el Tribunal Constitucional ha cumplido con una tarea especialmente relevante, como centro de equilibrio del sistema de poderes separados, territorial y funcionalmente, que la Constitución articula.”

⁴³Art. 165. Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

⁴⁴Sobre la permanente polémica naturaleza política del TC y sus consecuencias, Rubio Llorente (2004, p. 12) dice así: “[...] en el momento constituyente la creación de la jurisdicción constitucional encontró muy

de amplia autonomía organizativa y presupuestaria. Aun cuando el TC no forme parte del Poder Judicial, no hay dudas que ejerce una auténtica función jurisdiccional, característica que se deduce mediante una interpretación *a sensu contrario* del art. 123.1 CE⁴⁵ y de la prolija jurisprudencia vertida por el propio Tribunal, entre otras la STC 9/1981, FJ1 que dice así

[...] el Tribunal Constitucional, que no forma parte del Poder Judicial y está al margen de la organización de los Tribunales de Justicia como la propia. Constitución pone de manifiesto al regular en títulos diferentes, unos y otros órganos constitucionales (el VI y el IX, respectivamente). Sin embargo, no puede afirmarse tajantemente .que el poder general aludido, aun otorgado con anterioridad a la promulgación de la Carta fundamental, sea insuficiente para comparecer ante este Tribunal, que actúa especialmente en los procesos de amparo, como tal Tribunal y con base en un procedimiento de carácter jurisdiccional, bien que -regulado de manera especial en su Ley Orgánica; ello, sin perjuicio de la posibilidad de subsanación prevista en el artículo 85 de la mencionada Ley.

La *independencia*⁴⁶ del TC en la resolución de conflictos conforme a Derecho tiene una doble procedencia: referida al órgano en general por virtud del art. 1.1 LOTC⁴⁷ y referida a nivel individual de cada uno de

escasa oposición. Así fue, en efecto, pero a la vista de lo que después ha venido resulta necesario añadir que se cometería un error si se pensara que la facilidad con la que entonces se aceptó la creación del Tribunal Constitucional fue debida al hecho de que la imagen que muchos de los constituyentes de 1978 tenían de él estuviera muy alejada de la que los constituyentes de 1931 tuvieron del Tribunal de Garantías Constitucionales. En 1978, como en 1931, estaba muy extendida la idea de que, pese a su denominación, el nuevo órgano, situado fuera de la organización judicial, era una <<institución política>>, aunque esa idea no suscitara la misma repulsa en los constituyentes del Estado de las Autonomías que en los de la Segunda República. La advertencia es ahora indispensable, porque esa idea, de la que hay abundantes testimonios en los trabajos constituyentes, sigue viva y vigorosa todavía hoy y es ahora cuando estamos recogiendo los frutos de la desconfianza frente al Tribunal Constitucional que entonces se plasmó en algunos de los preceptos que la Constitución consagra al Poder Judicial y a los que frecuentemente se recurre para justificar el enfrentamiento del Tribunal Supremo con el Constitucional.” Pérez Tremps (2010, p. 21) señala como nota de independencia en relación al Poder judicial no solo el status constitucional y legal de los Magistrados del Constitucional sino el proceso de elección de estos, que, por ser competencia preferentemente de las Cámaras (4 por el Congreso, 4 por el Senado) y complementariamente por el Ejecutivo (2) y el Consejo General del Poder Judicial (2) le atribuye una legitimidad mayoritariamente parlamentaria.

⁴⁵Art. 123.1 CE. 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.

⁴⁶Sobre la independencia del TC, Jorge Miranda (2008, p. 135) afirma: “Los miembros del Tribunal Constitucional no se tornan representantes de los órganos que los eligen o nominan, no están sujetos a ningún vínculo representativo. Muy al contrario, una vez designados, son completamente independientes y se benefician de garantías e incompatibilidades idénticas a las de los demás jueces; para garantizar esa independencia, sus mandatos no coinciden con los de los titulares del órgano de designación, son más largos y, por principio, no susceptibles de renovación; y, cuando son de elección parlamentaria, normalmente se requiere mayoría cualificada (lo que obliga a compromisos y evita elecciones fuera del <<arco constitucional>>.”

⁴⁷Art. 1.1 LOTC. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente

sus Magistrados por la fuerza vinculante del art. 159.5 CE⁴⁸. Otra de sus características, el «**monopolio del rechazo de las normas con rango de ley**» fue igualmente afirmado en la STC 73/2000, FJ16 en los siguientes términos: “los órganos jurisdiccionales no puedan fiscalizar las normas con rango de ley”, para a continuación añadir que “el art. 163 C.E. y los correspondientes preceptos de nuestra Ley Orgánica facultan a dichos órganos para plantear la duda de inconstitucionalidad respecto a una «norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo» en el proceso a quo (art. 35 LOTC).”

Por tanto, y siguiendo la lógica *kelseniana*, será el TC – únicamente – el órgano competente para declarar la inadecuación de la ley a la Constitución. No obstante, la propia CE en su art. 163⁴⁹ faculta al juez ordinario para que este, en la lógica de preservar la eficacia de la Constitución, presente la *cuestión de inconstitucionalidad* ante el TC cuando tenga fundadas dudas sobre la constitucionalidad de la Ley y esta sea esencial para el fallo en el caso *a quo*. Se pone de manifiesto aquí, pues, la naturaleza del TC de *legislador negativo*⁵⁰ ya que este, al declarar la inadecuación de la ley a la Constitución la expulsa del ordenamiento y declara mediante sentencia – de indudable relevancia en nuestro sistema de fuentes del Derecho – con valor *erga omnes* la inconstitucionalidad de aquella.

Valga como corolario al análisis aquí realizado la STC 54/2008 que dice así

Ley Orgánica.

⁴⁸Art. 159.5 CE. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

⁴⁹Art. 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

⁵⁰Sobre las razones que llevan a catalogar el Tribunal Constitucional como *legislador negativo* Aragón Reyes (2011, p. 298) realiza el siguiente análisis: “[...] el modelo europeo, también llamado *kelseniano* por la innegable autoría que sobre él tuvo ese extraordinario jurista, se articula mediante un tribunal especial (Tribunal Constitucional) distinto de los órganos que ejercen la jurisdicción ordinaria; Tribunal al que se le atribuye el monopolio (jurisdicción concentrada) de la declaración de la inconstitucionalidad de la ley, dotándose, además, a esa declaración de efectos generales (*erga omnes*), de tal manera que, en lugar de la inaplicación al caso, la apreciación de la inconstitucionalidad de la norma supone su anulación. Precisamente por esa función depuradora del ordenamiento que en este tipo de control se realiza, el Tribunal Constitucional aparece, en parte, como un «legislador negativo»; Rubio Llorente, en voto particular (STC 2/81) se pronuncia sobre la función de legislador negativo del TC en los siguientes términos: “La Constitución y su propia Ley Orgánica otorgan a este Tribunal competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de las Leyes y la nulidad de aquellos de sus preceptos afectados por ese vicio (artículo 39.1 LOTC) Y cuando opera dentro de ella, tienen sus decisiones plenos efectos frente a todos (artículo 164, 1 Constitución). Es esta competencia para expulsar del ordenamiento las Leyes inconstitucionales la que es monopolio del Tribunal Constitucional, no es por tanto, un monopolio para enjuiciar sino sólo para rechazar. Y esta competencia exclusiva no puede ser compartida de ningún modo con el Juez ordinario del mismo modo que no puede ser compartida la competencia exclusiva de los órganos del poder judicial para decidir cuál es la Ley vigente.”

«los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular —como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución— y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España [...]»

Pero, y como certeramente apunta Aragón Reyes (2011, p. 298) el TC no es tan solo un *legislador negativo* dado que

Su cometido, al igual que ocurre con los actuales Tribunales Constitucionales alemán e italiano, ya no es solo el de ser un legislador negativo, capaz de depurar el ordenamiento, con efectos *erga omnes*, las leyes inconstitucionales, sino el de realizar también una función de <<legislador positivo>>, en cuanto que, como <<intérprete supremo de la Constitución>> (según se dice, con acierto, en el art. 1 LOTC⁵¹), impone, con efectos vinculantes para los aplicadores del Derecho (art. 164 CE⁵², art. 40.2 LOTC⁵³, art. 5 LOPJ⁵⁴).

Sobre la relación entre el “juez constitucional” y el juez ordinario en la labor de aplicación de la Constitución debe realizarse un comentario aclaratorio. Aún cuando el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de la ley sea competencia exclusiva del TC, el propio Tribunal (STC 4/1981, FJ3) estableció que en determinadas ocasiones <<el juez ordinario actúa como juez de la constitucionalidad>>. La concepción del ordenamiento como sistema y el entendimiento – hoy día pacífico – de la CE como la norma suprema de aquel⁵⁵ conllevan necesariamente la obligación del juez ordinario

⁵¹Art. 1 LOTC. 1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.

⁵²Art. 164 CE. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos;

⁵³Art. 40.2 LOTC. En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.

⁵⁴Art. 5 LOPJ.1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

⁵⁵Art. 9.1 CE. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del

de aplicar preferentemente la Constitución⁵⁶ protegiendo pues los derechos fundamentales y, aquí radica la mutación en relación al sistema kelseniano original, cooperar con el TC en el control de la constitucionalidad de la ley el planteamiento ante el TC de la cuestión de inconstitucionalidad. Es por ello que, como afirma Pérez Tremps (2010, p. 21) “En consecuencia, la justicia constitucional en España está funcionalmente integrada por el Tribunal Constitucional y por el resto de los órganos jurisdiccionales incardinados en el poder judicial y en la jurisdicción castrense.”

III. 2. Las competencias del TC

El último bloque del presente artículo lo dedicaremos al diseño competencial que el constituyente realizó del TC. Un diseño que, como se verá en el análisis de cada uno de sus institutos jurídicos, tenía tres objetivos referenciales: la afirmación de la CE como la norma suprema del ordenamiento frente a las tendencia histórica de considerarla un documento exclusivamente político⁵⁷; la protección del sistema de derechos fundamentales como conditio sine qua non para la pervivencia del recién diseñado Estado democrático español; y, por último, e igualmente trascendente, la *moderación y racionalización* de los conflictos territoriales no resueltos en el proceso constituyente y reflejados en el muy polémico Título VIII dedicado a la organización territorial⁵⁸.

ordenamiento jurídico;

⁵⁶Art. 5 Ley Orgánica del Poder Judicial. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

⁵⁷“Los peligros de tal vacío constitucional se pusieron claramente de manifiesto en las dos experiencias dictatoriales y de ahí que la primera preocupación del constituyente al regular el Tribunal Constitucional fuera asegurar la *primacía de la Constitución en cuanto norma jurídica y garantizar la estabilidad del sistema de fuentes constitucionalmente definido*.” (PÉREZ ROYO, 2010, p. 742).

⁵⁸Un análisis completo y ciertamente irónico en relación a la complejidad de la estructura estatal diseñada por la CE 1978 puede verse en Cruz Villalón, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, 2 ed. Madrid, CEPC, 2006.

El art. 161 CE⁵⁹ establece, sin carácter preclusivo⁶⁰, las competencias nucleares del TC pudiendo establecerse 5 grandes bloques. Un primer bloque en relación a los instrumentos de que el Tribunal dispone para el **control de constitucionalidad de las normas con rango de ley**⁶¹, a saber: a) el recurso de inconstitucionalidad⁶²; b) la cuestión de inconstitucionalidad⁶³; c) el control previo de los tratados internacionales⁶⁴. Un segundo bloque referido a los **conflictos constitucionales** que puedan darse entre: a) los órganos constitucionales y las competencias que cada uno de ellos reclame para sí; b) los conflictos competenciales entre Estado y CCAA o de estas entre sí; c) los conflictos en defensa de la autonomía local. El tercer bloque competencial lo forma el **control de constitucionalidad de disposiciones y actos de las Comunidades Autónomas por motivos no competenciales**: impugnaciones al Título V de la LOTC (De la impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el Artículo 161.2 de la Constitución.

⁵⁹**Artículo 161.1.** El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

⁶⁰El art. 161. 1 d) posibilita la ampliación de las competencias del TC a través de la propia CE o bien de la LOTC.

⁶¹“El control de normas es la única competencia *natural* del Tribunal Constitucional, esto es, la única competencia que tienen *todos* los Tribunales Constitucionales sin excepción. En las demás hay coincidencia en algunas con algunos Tribunales Constitucionales y no coincidencia con otros, lo mismo que ocurre con las competencias que ellos tienen atribuidas. Pero el control de normas es una competencia general, una *conditio sine qua non* para la existencia del órgano. Dicho con otras palabras: el Tribunal Constitucional nace para garantizar la supremacía de la Constitución frente a la ley. Si no fuera por esto, el órgano no existiría. Se trata, por tanto, de la única competencia que el Tribunal no puede no tener.” (PÉREZ ROYO, 2010, p. 743).

⁶²El Art. 162 establece la legitimidad para la interposición del recurso de inconstitucionalidad en los siguientes términos: 1. Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

⁶³Sobre la cuestión de inconstitucionalidad, el art. 163 establece que: Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

⁶⁴Art. 95 CE. 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

El cuarto bloque competencial es, sin duda, junto al control de la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, *prima ratio* del TC: **la defensa de los derechos fundamentales** mediante el recurso de amparo⁶⁵. Como ya se comentó, una de las grandes novedades de la CE es la sistematización, por primera vez en la historia constitucional española, de un auténtico catálogo de derechos fundamentales como *conditio sine qua non* de la existencia de un régimen, esta vez sí, democrático en España. Y para su garantía se creó, paralelamente, un instituto jurídico ad hoc: el recurso de amparo⁶⁶. Cierra el núcleo competencial del TC la propia **defensa de la jurisdicción del Tribunal** en los casos de tensión entre el Poder Judicial y el propio Tribunal⁶⁷.

APÉNDICE: UNA VALORACIÓN GLOBAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como se ha visto, las circunstancias socio-políticas en que fue creado el TC auguraba un *terreno de juego institucional* cuanto menos complejo para una institución que, si bien era esencial para la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución y por extensión del Estado democrático, nació al tiempo con una carga de suspicacia por parte de los elementos conservadores del sistema socio-político español. Pero, como suele ser habitual, la fuerza de los hechos acaba por constituir elemento central en la legitimación de las instituciones. Y a esta fuerza de la historia – más de 30 años – no ha sido ajeno ni mucho menos el TC, tiempo en el cual sus logros – y carencias – han sido objeto de desigual valoración⁶⁸.

⁶⁵Art. 161. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca; Su regulación específica se encuentra en el Título III de la LOTC bajo el Título <<Del recurso de amparo constitucional>>.

⁶⁶Sobre la trascendencia del recurso de amparo, Pérez Tremps (2010, p. 107) dice así: “El recurso de amparo viene regulado en la Constitución como la pieza final interna del sistema de garantía de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos. En efecto, el art. 53.2 CE, al referirse a los instrumentos de protección de dichos derechos y libertades, establece que cualquier ciudadano podrá recabar del Tribunal Constitucional su tutela a través del recurso de amparo. Desde esta perspectiva, garantista y subjetiva, el recurso de amparo es, pues, la garantía jurisdiccional interna última de los derechos fundamentales.”; Para un estudio en profundidad sobre el recurso de amparo, vid. Carrasco Durán, Manuel. El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 63, sept-dic. 2001; Un estudio sobre la reforma del Recurso de Amparo operada por la LO 6/2007 puede verse en Matia Portilla, Francisco J. La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n.86, mayo-agosto 2009.

⁶⁷Un estudio en profundidad puede verse en Pérez Tremps, Pablo. *Sistema de Justicia Constitucional*. Pamplona, Thomson Reuters, 2010.

⁶⁸Rubio Llorente (2004, p.24) ofreció una valoración global del TC a los 25 años de su funcionamiento, que aún con matices por el tiempo pasado, sigue siendo válida en los siguientes términos: “Considerada en conjunto, con independencia de aciertos o errores ocasionales y de la mayor o menor capacidad de los hombres que se han ido sucediendo en él, la obra del Tribunal ha sido decisiva para la configuración de

Comenzando por los logros, no hay duda de que el TC ha conseguido afirmar y solidificar la fuerza normativa de la Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico español. Una actitud de defensa de la CE que quedó patente desde su primera sentencia, la STC 1/1981, que afirma la vinculación de los poderes públicos a la CE en los siguientes términos

Para ello el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (artículo 1º de la LOTC, de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se imponen todos los poderes públicos. Corresponde por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos. En este punto es suficiente, en lo que ahora importa, el recordar lo que dicen los artículos 9. 1 y 53.2 de la Constitución Española

La defensa de los derechos fundamentales es otra de las materias donde el TC ha jugado un papel esencial⁶⁹. Y en ello ha tenido gran parte de responsabilidad el recurso de amparo. Efectivamente, la posibilidad de revisar las decisiones judiciales a través del recurso de amparo, dando la última palabra al TC en materia de derechos fundamentales, no solo contribuyó a la defensa del conjunto de los derechos fundamentales sino que además, paralelamente, tuvo un efecto pedagógico en el conjunto del Poder Judicial, una “constitucionalización” que de no existir el recurso de amparo hubiera sido bien más compleja de lograr y que ha sido objeto de numerosos desencuentros entre el TC y el TS. (PÉREZ TREMPES, 2010, p. 160)

En varias ocasiones se ha comentado aquí que una de las razones esenciales de la creación del TC era la indeterminación del modelo territorial del Título VIII de la CE. Pues bien, en esta materia la actuación del TC ha

nuestra vida pública. [...]. Resultado necesario de la existencia de un Tribunal Constitucional es sin duda la conversión de la Constitución en una referencia obligada de toda la actividad política, la transformación de la nuestra en una política centrada en la Constitución. [...]. La aportación más original de la institución, aquella que es justo considerar como obra suya, es la que ha efectuado en relación con la forma del Estado, con la distribución territorial del poder. El Estado de las Autonomías, que en la Constitución existe como mera posibilidad, es producto de la actuación que dentro de la Constitución y a través de las instituciones han llevado a cabo los partidos políticos, pero de manera muy señalada también de las decisiones del Tribunal que han interpretado el marco de acción.”

⁶⁹“Aunque la creación de los Derechos Fundamentales es obra de la Constitución misma, creo que no es exagerado decir que para el común de los españoles esos Derechos deben su existencia real a la labor del Tribunal. Seguramente se trata de una exageración, pero aún así no carente de alguna base real, pues no hay que olvidar que cuando el Tribunal inició su actividad estaba todavía muy extendida la idea de que el enunciado de los Derechos tenía un valor meramente programático. Una idea arraigada incluso en ciertos sectores de nuestra judicatura y con la que por eso el Tribunal hubo de enfrentarse explícitamente en sus primeras decisiones. La construcción que el Tribunal ha hecho de los distintos Derechos es en general plausible, perfectamente adecuada al <<Estado social y democrático de derecho>>. Más conveniente quizás que la construcción de la noción misma de Derecho Fundamental con la que opera.” (RUBIO LLORENTE, 2004, p. 27-8)

sido esencial para establecer el marco general de relación entre el Estado y las CCAA establecido en el art. 149 CE y cuya interpretación por el TC impuso una concepción material de las competencias básicas que el Estado tenía frente a las CCAA posibilitando a estas legislar de forma amplia (RUBIO LLORENTE, 2004, p. 25). Cierra el capítulo global de luces del Tribunal la labor de delimitación de la configuración de los poderes del Estado y las relaciones, no siempre fáciles, entre ellos⁷⁰.

Hasta aquí los logros de la institución, que, no obstante, es objeto de ciertas críticas que aquí se expondrán al objeto de delinear una panorámica moderadamente completa. Una crítica que puede ser calificada de eterna al TC es la de su consideración como “comisionado del poder constituyente” por su condición de garante de la norma suprema, paralelamente de la voluntad de su creador y, puntualmente, de su reformador. No obstante, en descarga del Tribunal debe decirse que esta posición es, en parte, consecuencia del complejísimo proceso de reforma establecido por el Título X de la CE⁷¹, que, de facto, es consecuencia de un temor casi paranoico a la reforma constitucional. Ello lo convierte debido a la inmovilidad citada e incluso contra su voluntad, en un protagonista demasiado evidente del juego político, posición de la cual se derivan consecuencias a veces negativas para su legitimidad⁷².

Una de las críticas más recurrentes al TC era la lentitud de sus pronunciamientos consecuencia de la sobreabundancia de recursos de amparo. A remediar esta situación contribuyó la reforma de la LOTC 6/2007⁷³

⁷⁰Pérez Tremps (2010, p.161) da varios ejemplos a este respecto, destacando la labor que el recurso de inconstitucionalidad ha tenido en la determinación de las actuaciones normativas de las Cortes Generales y el Gobierno, el recurso de amparo para concretar el *status* constitucional de los parlamentarios, o el recurso de amparo electoral para consolidar la transparencia del sistema electoral.

⁷¹Artículo 167. 1.Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Artículo 168. 1.Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.3.Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

⁷²En este sentido, Pérez Royo (2010, p. 735) afirma: “[El TC] es un órgano menos legitimado democráticamente que va a controlar e imponer su voluntad a un órgano más legitimado desde ese punto de vista. Esta contradicción con el principio de legitimación democrática del poder, que es el fundamento de toda la organización del Estado sin excepción, solo puede ser tolerada por la sociedad, si la composición del órgano aleja la sospecha de que es un órgano <<político>>, que actúa por motivaciones asimismo políticas.”

⁷³Un estudio en profundidad de la reforma de la LOTC mediante la LO 6/07 puede verse en Matías Portilla, F.J. La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 86 (mayo-agosto), 2009.

que produjo dos efectos inmediatos: la caída de las peticiones de amparo y el acortamiento de los plazos de resolución. No obstante esta mejora, la duración de los plazos es cuestión que sigue afectando a la legitimación de la institución por su “disfuncionalidad” en el papel de garante de los derechos y libertades.

Por último, una consideración respecto a las relaciones entre el TC y el TS. Como se ha puesto de manifiesto en momentos anteriores, TC y TS han tenido y tienen una relación institucional y jurídica que puede calificarse de tensa. Y esa tensión procede de la decisión del TC de anular, en sus primeros años de vigencia, determinadas decisiones de los tribunales ordinarios en relación a la vulneración del principio de presunción de inocencia, que, como se sabe, se encuentra regulado en el art. 25 CE⁷⁴, correspondiéndoles las garantías propias de los derechos fundamentales – entre ellas el recurso de amparo -. La tensión es consecuencia de la consideración del TS como cúspide del orden jurisdiccional español que, en principio, genera recelo en relación a la última ratio de las decisiones del TC en materia constitucional por ser este un órgano de naturaleza política. Pero, y como acertadamente apunta Pérez Tremps (2010, p. 168)

Desde el punto de vista técnico- jurídico, las tensiones entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo deben resolverse según el principio de supremacía del primero, tal y como se deduce del art. 123.1 CE. La posición de la Constitución, como norma suprema de todo el ordenamiento, hace lógicamente que sea el Tribunal Constitucional el intérprete supremo y que se halla en la cúspide del sistema hermenéutico, alcanzando tanto a la interpretación de la Constitución como a la interpretación constitucional del resto del ordenamiento.

CONCLUSIÓN

La justicia constitucional como instituto jurídico surge en los EEUU, como se ha visto, con el propósito de asegurar la supremacía de la Constitución frente a la categoría normativa que, hasta entonces, era referencial normativo de la vida en comunidad: la ley. Mientras en EEUU la afirmación de la institución será moderadamente pacífica producto, entre otras razones, de la situación de *moderada* homogeneidad social en que nacerán los EEUU, una estructura socio-política marcada por la influencia

⁷⁴Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

secular del *AncientRegime* imposibilitará, junto a la doctrina de la supremacía absoluta de la ley, la consolidación de la justicia constitucional y por tanto de la supremacía de la Constitución frente a la ley. A ello contribuyó decisivamente la configuración institucional de un Poder Judicial que debía ser, simplemente, «la bouche de la loi». Ya en el periodo de entreguerras y consecuencia de la particular historia europea como se ha visto, será Kelsen quien diseñará las líneas maestras del modelo de justicia constitucional que supervisará la efectiva superioridad normativa de la Constitución: el modelo concentrado.

Sin embargo, la experiencia práctica del modelo kelseniano se verá prontamente desplazado debido a la barbarie fascista y nazista. El conjunto de estas circunstancias y las dificultades de consolidar en Europa la democracia como régimen de convivencia justificarán la adopción de tal modelo. Un modelo que, con las mutaciones lógicas de los cambios históricos que afectarán a la estructura del Estado constitucional, será el adoptado por el constituyente español de 1978. El objetivo del TC español es claro: ser garante de la Constitución frente a la ley y consolidar, al propio tiempo, el conjunto de las libertades y los derechos fundamentales concebidos como elemento central del régimen democrático recién instaurado. Lejos de realizar apología del TC no hay como negar que esta institución ha servido eficientemente a los propósitos por los cuales fue creado por el constituyente de 1978. Puede afirmarse, en consecuencia, que el TC ha sido y es - *por la fuerza de los hechos* - un elemento central en la normalización de las relaciones interinstitucionales en un país cuya historia se empeñaba en desmentir la posibilidad de convivir bajo un régimen democrático por espacio prolongado.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ARAGÓN REYES, Manuel. Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 76, 2006, p. 169-78.

_____. Tribunal Constitucional. In ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, Cesar. *Temas básicos de Derecho Constitucional (Tomo III)*, 2 ed. Pamplona: Thomson-Reuters, 2011, p. 298-303.

BLANCO VALDÉS, Roberto. *La Constitución de 1978*, 1ª reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CARBONELL, Miguel. *Marbury vs Madison. Regreso a la leyenda*. Disponible en (http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf).

CARRASCO DURÁN, Manuel. El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la

práctica del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 63, 2001, p. 79-127.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, 2 ed. Madrid: CEPC, 2006.

DA CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática*, 5 ed. Salvador: Juspodium, 2011.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 6 ed. Salvador, Juspodium, 2012.

SERVULO DA CUNHA, Sergio. Introdução á Jurisdição Constitucional. In KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 5 ed. Madrid: Trotta, 2007.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Justicia Constitucional. In ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, Cesar. *Temas básicos de Derecho Constitucional (Tomo III)*, 2 ed. Pamplona: Thomson-Reuters, 2011, p. 291-8.

HABERLE, Peter. El Tribunal Constitucional como poder político. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 125, 2004, p. 9-37.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARINONI, L.G. Controle de Constitucionalidade. In Ingo Sarlet et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MATÍAS PORTILLA, F.J. La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 86, 2009, p. 343-67.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional (Tomo IV)*, 4 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 12 ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PÉREZ TREMP, Pablo. *Sistema de Justicia Constitucional*. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

RUBIO LLORENTE, Francisco. El Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 71, 2004, p. 11-33.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. Madrid: Trotta, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8 ed. Madrid: Trotta, 2008.