

UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PARA EL SIGLO XXI: LOS RETOS
DE LA JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

MANUEL FONDEVILA MARÓN

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.º 111, mayo-agosto 2021

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PERMANENTE DEBATE ACERCA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. III. EL TRIUNFO DEL MODELO JURISDICCIONAL Y EL FORTALECIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. IV. LA (A MENUDO OLVIDADA) FUNCIÓN POLÍTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. V. LA NECESIDAD DE DESARROLLAR UN AUTÉNTICO DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN NUESTRO PAÍS. VI. CRÍTICAS Y RECELOS (INTERNOS Y EXTERNOS) A LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL. VII. LAS MEJORAS PENDIENTES DE NUESTRO SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. VIII. ESPECIAL REFERENCIA AL PERMANENTE PROBLEMA DEL AMPARO. IX. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 10/05/2020
Fecha aceptación: 19/01/2021

UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA EL SIGLO XXI: LOS RETOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

MANUEL FONDEVILA MARÓN¹

Profesor Lector Serra Hunter de Derecho Constitucional
Universitat de Lleida

I. INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XX se crean los Tribunales Constitucionales en Europa y se universaliza la jurisdicción constitucional en todo el mundo. Pero este espectacular desarrollo ha estado permanentemente acompañado de un equiparable esfuerzo de delimitación de sus atribuciones y de reticencias más o menos severas procedentes de gran parte de la doctrina.

Desde su mismo origen, la posibilidad de que el Poder Judicial pudiese actuar de contrapunto al poder político democrático ha sido visto con enorme desconfianza². Estas críticas a la jurisdicción constitucional han existido incluso cuando no había motivo racional alguno para ello, puesto que en la doctrina clásica de la división de poderes — quizás debido a que durante la Edad Moderna los jueces formaron parte esencial del aparato opresor de las monarquías absolutas³ (como lo son ahora de las dictaduras actuales) — este aparece como un poder debilitado y, hasta cierto punto,

¹ Facultad de Derecho, Economía y Turismo. Universitat de Lleida. C/ Jaume II, 73. 25001 Lleida. Email: manuel.fondevila@udl.cat

Información curricular y datos de contacto: <http://www.dpub.udl.cat/es/personal-docent/personal-docent/fondevila-maron-manuel/>

² Sobre esta cuestión *vid.*, por todos, Ruiz Ruiz, R (2016). *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*, Navarra, Thompson Reuters, p. 75 y ss.

³ Sobre esto *vid.*, Tomas y Valiente, F (1992). *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, pp. 163 y ss.

subordinado a los otros dos⁴. Por ello resulta fácil identificarlas con demócratas sedicentes, verdaderamente al servicio de los más conspicuos autócratas⁵. Sin embargo, la complejidad intrínseca que comporta la interpretación constitucional⁶, el resurgimiento del Derecho Natural y, en fin, el auge de los neoconstitucionalismos a los que en buena medida se debe el éxito de esta institución no permiten ya una tan maniquea simplificación, y muchas voces críticas proceden de académicos de cuyas convicciones democráticas no cabe duda alguna.

En España, la jurisdicción constitucional se ha establecido siempre al pasar de una dictadura a una democracia, razón por la cual, aunque ha habido críticas — a veces muy duras — a determinadas sentencias del Tribunal Constitucional⁷ y, también, intentos de delimitar su alcance, nuestro supremo custodio constitucional

⁴ En el *Federalista* 78 se pone de manifiesto esto («el ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa») y, por cierto, ya se sostiene que los jueces deben tener la potestad de fallar sobre la constitucionalidad de las leyes. Sus tesis son rebatidas por Brutus en los ensayos antifederalistas XI-XV.

⁵ Cfr., De Vega García, P (2004). «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», en *Estudios político-constitucionales*. México, IJ UNAM, p. 304. Fundamentalmente se refiere a los escritos de C. Schmitt (*El Defensor de la Constitución*) y su discípulo Erns Forsthoff (Forsthoff, E (2015). *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 365 y ss.).

⁶ Los problemas de la interpretación los ponía ya de manifiesto en un trabajo K. Hesse, (Cfr., Hesse, K (2012). «La interpretación constitucional», *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro Estudios Políticos y Constitucionales, p. 70) donde, por un lado, nos indica que «Este contenido [el de la interpretación] se encuentra hoy menos atendido que nunca. Tanto en la jurisprudencia como en algunos sectores de la doctrina científica, lo mismo un positivismo que sigue siendo acrítico e, incluso, inconsecuentemente practicado que los mismos esfuerzos emprendidos para superar dicho positivismo por medio del recurso acrítico a valores, han conducido a una creciente inseguridad. La crítica que ello ha suscitado se encuentra justificada. Ahora bien en la cuanto dicha crítica pretende responsabilizar de esta inseguridad a la expansión de las Ciencias del espíritu (...) buscando la solución en una vuelta a las tradicionales reglas de interpretación, viene a ignorar el complejo problema que hoy plantea la interpretación constitucional» (pp. 58-59) y por otro que «puesto que el Derecho no escrito no puede hallarse en contradicción con la *constitutio scripta* (...) esta última se convierte en límite infranqueable de la interpretación constitucional (...) Allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla (...) Incluso cuando un problema no puede resolverse adecuadamente por medio de la concretización, el juez que se haya sometido a la Constitución no puede elegir libremente los topoi» (p.70).

⁷ Aquí se podrían mencionar los ataques políticos que el Tribunal Constitucional recibió como consecuencia de las SSTC 111/1983 (expropiación del Grupo Rumasa) y 31/2010 (Estatuto de Autonomía de Cataluña), que generaron incluso crisis de legitimidad del órgano. Más recientemente la doctrina ha criticado prácticamente de forma unánime la STC 145/2015, sobre la objeción de conciencia de los farmacéuticos respecto de la dispensación de la llamada «píldora del día después» (*vid.*, a modo de ejemplo: Barrero Ortega, A (2016). «La objeción de conciencia farmacéutica». *Revista de estudios políticos*, 172; Navarro Michel, M (2015). «¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio». *Bioética y Derecho*, 35; Gómez Abeja, L (2016). «El Tribunal Constitucional ante el conflicto de conciencia farmacéutico: una solución de compromiso a gusto de nadie». *ReDCE*, 25; Celador Angón, O (2017). «La objeción de conciencia farmacéutica. Análisis comparativo de los modelos español y estadounidense». *Revista de Derecho Político*, 99.

ha gozado de bastante aceptación por parte de casi todos. Pero, a no ser que el siglo XXI sea aquel en que se desarrolle una teoría de la justicia constitucional que sea capaz de alcanzar cierto consenso científico, esta corre el serio riesgo de entrar en crisis, también en nuestro país. Dicha teoría no podría hacerse ignorando la realidad constitucional de las Cámaras legislativas actuales, enormemente debilitadas — incluso en los regímenes parlamentarios — en favor de los ejecutivos, debiendo, por tanto, reconocer que la jurisdicción constitucional es no pocas veces el último recurso de libertad con el que pueden contar las minorías.

Desde esta premisa, el objetivo de este ensayo es señalar los aspectos más susceptibles de mejora de nuestro actual sistema de justicia constitucional, mediante un análisis teórico (de carácter fundamentalmente doctrinal) y comparado de la institución, a la luz de los retos a los que ha tenido que hacer frente.

II. EL PERMANENTE DEBATE ACERCA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Dejando al margen antecedentes remotos del control de constitucionalidad que pueden hallarse en el mundo clásico⁸, el primer intento de someter las leyes del parlamento a revisión judicial tuvo lugar en Europa, de la mano del juez inglés Edward Coke, en *Bonham's Case* de 1610. Su tesis de que el Derecho común puede servir de parámetro para controlar las leyes del Parlamento, y en ocasiones declararlas faltas de eficacia, no cuajó en su país (que aun hoy carece de control de constitucionalidad) y el jurista fue depuesto de todos sus cargos. Por eso, es más común situar el nacimiento de la justicia constitucional en el célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803, en el que el juez norteamericano John Marshall estableció que «o es la Constitución una ley superior, suprema, inalterable en forma ordinaria, o bien se halla al mismo nivel que la legislación ordinaria y, como una ley cualquiera, puede ser modificada cuando el cuerpo legislativo lo desee. Si la primera alternativa es válida, entonces una ley del cuerpo legislativo contraria a la Constitución no será legal; si es válida la segunda alternativa, entonces las Constituciones escritas son absurdas tentativas que el pueblo efectuaría para limitar un poder que por su propia naturaleza sería ilimitable». Pero tampoco conviene exagerar — como tan a menudo se hace recientemente — los efectos de esta sentencia, tras este caso, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos anuló, en el caso *Fletcher vs Peck*, de 1810, una ley estatal por ser contraria a la Constitución; pero el caso *Marbury* no volverá a ser invocado hasta 1887 en el caso *Mugler v. Kansas*

⁸ De acuerdo con J. Ruipérez, el instrumento *graphè paranomon*, instituido por Solón, contiene la idea del actual control de constitucionalidad de las leyes (Cfr., Ruipérez Alamillo, J. (2008). *Libertad civil e ideología democrática. De la conciliación entre Democracia y Libertad a la confrontación Liberalismo-Democracia*. México, UNAM, p. 10).

de 1887, y después en *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, de 1895⁹. La justicia constitucional se iría implantando a lo largo del siglo XIX y XX por América Latina y llegaría finalmente a Europa con la aprobación de la Constitución austríaca de 1920.

Es a principios del siglo XX cuando surgen también las primeras voces críticas, sobre todo en los Estados Unidos de América, por considerarlo un poder contramayoritario¹⁰. En Europa, donde la justicia constitucional tardó en llegar debido, por un lado, a la pervivencia del principio monárquico, que supuso un obstáculo para la concepción de las Constituciones como normas supremas y, por otro, a la influencia de las tesis de Sieyès, que tuvieron como consecuencia que la voluntad de los parlamentos fuese confundida con la voluntad general, también hubo un enorme debate en torno a quién debía ser el defensor de la Constitución¹¹.

La consagración en este siglo del valor normativo de las Constituciones ha tenido como consecuencia el «derecho a la revisión judicial»¹². En la actualidad, el debate sobre el órgano que debe ejercer la justicia constitucional ha perdido relevancia respecto al relativo a los límites a la actuación de los Jueces y Tribunales con competencias constitucionales. En última instancia, ello remite al problema de cómo evitar caer en la tentación de cometer excesos en la interpretación de la Constitución más allá de lo que la misma racionalmente permite (activismo judicial)¹³.

En los años ochenta la tesis del «procesalismo constitucional»¹⁴ gozó de la máxima repercusión en los Estados Unidos, y su impacto ha, sin duda, traspasado fronteras.

⁹ Cfr., Pegoraro, L. y Rinella, A. (2020). *Derecho Constitucional Comparado, 4. Sistemas de Justicia Constitucional*. Buenos Aires, Astrea, pp. 57 y ss.

¹⁰ La expresión es de A. Bickel (Bickel, A-M (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press: New Haven, pp. 16 y ss.) pero mucho antes, en oposición a decisiones judiciales y a lo que se denominó «aristocracia de la toga» algunos estados norteamericanos instauraron el revocatorio de jueces e, incluso (Oregón en 1908 y Colorado en 1912), de decisiones (vid., Kägi, W. (2005). *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid, Dykinson, p. 226).

¹¹ Cfr., Schmitt, C. y Kelsen, H. (2009). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos. El primero sostenía que era el Presidente del Reich quien había de ejercer de guardián de la Constitución. El segundo le responde, de manera contundente, en primer lugar, que la creación del Derecho no les corresponde sólo a los jueces constitucionales sino a todos, por vía de la interpretación; en segundo lugar, que Schmitt intenta situar como defensor de la Constitución a quien más interés puede tener en violarla; y, por último, que la justicia constitucional se justifica por constituirse como defensa de las minorías

¹² Cfr., Kägi, W (2005). *op. cit.* pp. 222 y ss. y Stern, K. (2009). *Jurisdicción constitucional y legislador*. Madrid, Dykinson, p. 36, donde este autor indica que: «la Constitución es, también, norma jurídica, de modo que será lógico que la interpretación y salvaguarda de esta normativa se sitúe igualmente en manos de un órgano del Poder judicial», añadiendo, en la página siguiente, que «el Tribunal, como guardián de la Constitución, es por tanto una expresión práctica para la división del trabajo de los órganos estatales».

¹³ Cfr., Aragón Reyes, M (2019). «El futuro de la justicia constitucional». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23-1, pp. 15 y ss.

¹⁴ Cfr., Ely, J-H (1997). *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, para quien ni la pretensión de encontrar en los preceptos constitucionales la respuesta a todos los conflictos constitucionales (positivismo), ni la

En suma síntesis, la misma consiste en que, a la hora de examinar la constitucionalidad de una ley, el Tribunal no debe verificar sino que el proceso de elaboración de la ley se ha llevado a cabo sin exclusión de ningún sector social minoritario que pueda verse desfavorecido por la aplicación de la ley.

La mejor doctrina en nuestro país ha aducido, con razón, que, de la idea de Democracia y del ideal igualitario que subyace tras esta, se puede derivar no sólo el principio a no ser discriminado en el proceso legislativo, sino otros derechos sustantivos como, fundamentalmente, a la autonomía individual. La razón por la que cabe un control sustantivo de constitucionalidad es que, además, este control contribuye a una cultura constitucional de deliberación pública, pero éste debe realizarse siempre desde la presunción de constitucionalidad de la ley, excepto cuando la disposición impugnada afecte a grupos que han sido discriminados en el pasado y que, fruto de esa discriminación, se den actualmente todavía desigualdades de hecho. En ese caso, el juez debe sustituir la presunción de constitucionalidad por la sospecha¹⁵.

Aunque son minoría, algunos autores sí han ido, recientemente, más allá, censurando la justicia constitucional en su totalidad¹⁶. Sus argumentos carecen de toda solidez teórica. Pueden resumirse como sigue: en una Democracia que funcione razonablemente bien, el legislativo es mejor garantía de los derechos que los jueces, pues es una instancia más deliberativa en la que el principio de mayoría está mucho más justificado que en los Tribunales, los cuales también deciden votando. Pero incluso estos autores reconocen la posibilidad de que los Tribunales invalide los actos del ejecutivo (jurisdicción administrativa). Y es en esta vuelta a la clásica idea de que los jueces no son más que la boca de la ley, donde comienzan a poner al descubierto sus lagunas dogmáticas. Porque en la medida en que la doctrina de la división de poderes siga vigente en nuestros días¹⁷, evidentemente exige que el juego de pesos y contrapesos no se reduzca al poder ejecutivo y al poder judicial, con exclusión del legislativo. Los censores de la jurisdicción constitucional presentan la cuestión en unos términos, a fuer de simples, maniqueos, pues la mejor garantía de la voluntad popular no está solo en el legislativo o en los jueces y tribunales, sino en el equilibrio de ambos poderes, actuando en el ámbito de sus respectivas competencias.

técnica de recurrir a principios abstractos (iusnaturalismo) resultan adecuadas para el ejercicio del control de constitucionalidad, ni sirven — tampoco — para justificar la legitimidad de las decisiones de un órgano jurisdiccional, no elegido democráticamente, frente a las leyes aprobadas por el Parlamento.

¹⁵ Cfr., Ferreres Comella, V (2012). *Justicia Constitucional y Democracia*, premio «Francisco Tomás y Valiente», 2ª ed. Madrid, CEPC.

¹⁶ Especialmente: Waldron, J (2018). *Contra el Gobierno de los Jueces. ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, México, Siglo XXI. Este, efectivamente se pregunta acerca de «¿qué razón puede existir para querer establecer un proceso no electivo para revisar y, en ocasiones, invalidar el trabajo del legislativo?», pero reconoce que esta crítica solo es válida en sociedades razonablemente democráticas (pp. 55-124).

¹⁷ Cfr., Ruipérez Alamillo, J (2020). «Montesquieu en el Estado de Partidos», LOPEZ OLVERA, M-A. *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, México, UNAM, pp. 99-128.

En el pasado, algunas críticas apelaban a una dictadura o autoritarismo judicial. Las críticas modernas insinúan una «supremacía judicial»¹⁸, que consistiría en que las decisiones importantes de una sociedad acabarían correspondiendo a los jueces. Esto nos obliga a distinguir ambos supuestos. El primero resulta bastante disparatado, porque nunca son los jueces los autócratas. Es más, lo normal es que en las dictaduras los jueces sean un instrumento opresor más¹⁹, lo que significa, *a sensu contrario*, que es una característica de las Democracias tolerar el papel de vigilantes de estos.

Alguien puede preguntarse entonces que quién controla a ese vigilante. La respuesta no habrá de ser difícil de encontrar para todo el que comprenda la teoría del poder constituyente: el pueblo del Estado. Porque tampoco es cierto — este era el segundo supuesto — que los jueces vayan a poder tener (incluso en los modelos constitucionales más fuertes) la última palabra. De hecho, el papel del legislativo siempre es prevalente. A este le pertenece la primera palabra (es el primer intérprete de la Constitución, que plasma en la ley). Ante un eventual revés judicial puede acudir (con una mayoría cualificada) al procedimiento de reforma. Y si el Tribunal Constitucional (la mayoría de estos órganos tienen competencia para hacerlo) anulase la reforma, entonces estaríamos ante una crisis constitucional que estaría cuestionando su vigencia, y que requeriría ser arbitrada por el Pueblo mediante la apertura de un proceso constituyente²⁰. Pero antes de llegar a este decisivo momento lo más probable es que se hubiese producido un arreglo entre los poderes constituidos implicados, seguramente en favor del legislativo que — no olvidemos — suele tener capacidad de influencia a través de los nombramientos.

¹⁸ Cfr., Waldron, J. (2018)., pp. 125-152 y Niembro Ortega, R. (2019). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, pp. 45 y ss.

¹⁹ Es lo que ha ocurrido recientemente en Venezuela, donde la dictadura judicial (*Vid.*, al respecto Brewer Carías, A. «La consolidación de la dictadura judicial: La sala constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, declaró inconstitucionalmente un Estado de excepción, y eliminó la inmunidad parlamentaria (Sentencia n° 155 de la Sala Constitucional)», que puede consultarse en internet (<http://allanbrewercarias.com/documentos/148-la-consolidacion-la-dictadura-judicial-sala-constitucional-juicio-sin-proceso-usurpo-todos-los-poderes-del-estado-decreto-inconstitucionalmente-estado-excepcion-elimino-la/>); «El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (Sentencia n° 156 de la Sala Constitucional)» que puede consultarse en internet (<http://allanbrewercarias.com/documentos/149-reparto-despojos-la-usurpacion-definitiva-las-funciones-la-asamblea-nacional-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-justicia-al-asumir-poder-absoluto-del-estado-sent/>) complementa la dictadura política.

²⁰ Como bien indica Barry Friedman, cuando la ciudadanía verdaderamente clama por un cambio constitucional, tiende a lograrlo (*vid.*, Friedman, B (2005). «Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una repuesta a Roberto Gargarella». *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 6-1, p. 171. En el mismo número (pp. 123-160) se publica un artículo de este autor en que desarrolla su tesis de «constitucionalismo popular mediado». Su postura básicamente puede resumirse como sigue: los jueces no son un poder contramayoritario, pues normalmente reflejan a lo largo del tiempo la voluntad popular. Precisamente por eso la gente normalmente comparte las decisiones judiciales, y aun cuando no las comparte alguna de ellas comparte la existencia del control judicial, pudiendo tomar medidas al respecto si el descontento se prolongase.

III. EL TRIUNFO DEL MODELO JURISDICCIONAL Y EL FORTALECIMIENTO DE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

En la actualidad, el control político de constitucionalidad es (a pesar de que muchas obras comparatistas mantienen viva la clasificación que contrapone este al control jurisdiccional) claramente recesivo. El paradigma lo constituía Francia, pero hoy por hoy este ordenamiento constituye más bien un ejemplo de transformación de un control político en jurisdiccional²¹. Incluso en países de tradición socialista, a priori muy alejados, por tanto, de la idea de que la justicia pueda enmendar la voluntad popular, han establecido Tribunales Constitucionales: es el caso muy significativo de Rusia que estableció, en 1993, la Corte Constitucional Federal. Ahora bien, en los países que pueden considerarse democráticos²², la ausencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad no implica relegación de la judicatura: tanto en el caso francés (antes de la mencionada reforma)²³ como en Holanda²⁴, los jueces han antepuesto los derechos de los ciudadanos a la ley a través del control de convencionalidad²⁵.

En tiempos recientes es también cada vez más frecuente observar el aumento de competencias de los Tribunales Constitucionales, los cuales asumen muchas veces incluso funciones que no tienen que ver con el control de constitucionalidad: por ejemplo, la Constitución de Rumanía²⁶ establece como atribuciones de la Corte Constitucional cuestiones acerca de la elección, suspensión e interinidad presidenciales, el control del referéndum y la constitucionalidad de los partidos políticos; la Constitución de Alemania²⁷ da facultades al Tribunal Constitucional federal en materia de *impeachment* etc.

²¹ La reforma constitucional operada en 2008 (*vid.*, especialmente el art. 29 de la *Loi constitutionnelle* n.º 2008-724, de 23 de julio) permite al Consejo de Estado y la Corte de casación elevar al Consejo Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad. Esta reforma ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009.

²² Países como China tienen previsto únicamente un control formal de constitucionalidad, y para eso, aún no ha sido implementado (*vid.*, Zhai, G (2013). «La práctica del control de constitucionalidad en China». *Derecho PUCP*, 71).

²³ En virtud de lo dispuesto en el art. 55 de su Constitución.

²⁴ El artículo 120 de su Constitución impide a los jueces realizar ningún tipo de control de constitucionalidad, que en la práctica realiza el Ministerio de Justicia y el Consejo de Estado. Sin embargo, los órganos judiciales sí pueden inaplicar leyes contrarias al CEDH (sobre esto *vid.*, Massa Gallerano, G (2011). «Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo». *REDCE*, 15).

²⁵ Eso no quiere decir, que en países con un control jurisdiccional de constitucionalidad de inspiración no concentrada como es España no pueda ejercerse (en este sentido, especialmente, Jimena Quesada, L. (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Navarra, Thompson-Reuters) — de hecho, así ocurre, y el TC lo ha admitido en la STC 140/2018 FJ 6º — el control de convencionalidad (*vid.*, Fondevila Marón, M. (2019). «El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23-2).

²⁶ *Vid.*, art. 144.

²⁷ Art. 61.

En España, los principales proyectos democráticos han ido de la mano del establecimiento de un control jurisdiccional de constitucionalidad: el art. 77 del Proyecto de Constitución de 1873 establecía que el Tribunal Supremo Federal tenía la capacidad de suspender los efectos de una ley contraria a la Constitución, y la Constitución de 1931 estableció el que fue — tras los Tribunales austríaco y checo — el tercer Tribunal Constitucional europeo que respondía a la idea de modelo concentrado²⁸. Tanto en este caso como en 1978 el hecho de salir de una dictadura favorecía la opción por el establecimiento de este tipo de órgano, pero, sin duda alguna, la apuesta ha sido mucho más decidida (y mejor elaborada²⁹) en la actual Norma Fundamental³⁰. A nadie se le escapa, tampoco, que tanto la experiencia comparada (en 1978, los Tribunales Constitucionales ya se habían generalizado, y algunos casos como el de Italia y Alemania ejercieron enorme influencia) como la desconfianza hacia quienes en el momento de aprobarse la Constitución ocupaban las magistraturas (dado que se habían formado durante el franquismo) resultaron decisivas para que la decisión en favor del establecimiento de un Tribunal Constitucional fuera secundada por todos.

Nuestro supremo custodio constitucional se dotó también de atribuciones que exceden el estricto ámbito del control de constitucionalidad, pero sin superar la frontera de lo que, al menos *latu sensu*, puede considerarse propio de la jurisdicción constitucional. No obstante, lo que recientemente ha venido a desnaturalizar³¹ al Tribunal Constitucional son los nuevos poderes de ejecución que le confiere la L.O 15/2015. Unos poderes que, aunque no son una excepción, tampoco son, en absoluto, habituales en el Derecho Constitucional Comparado: tan solo Moldavia tiene una regulación similar a la nuestra; en países como Italia, el Alto Tribunal carece completamente de

²⁸ El Tribunal de Garantías constitucionales tenía, junto a las típicas funciones de control de constitucionalidad, otras atribuciones heterogéneas como son la de «examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República» y el conocimiento sobre «la responsabilidad criminal del Jefe del Estado, el Presidente del Consejo y de los Ministros», así como «la responsabilidad criminal del Presidente y de los Magistrados del Tribunal Supremo y el Fiscal de la República»(art. 121, apartados «d», «e» y «f»).

²⁹ Aparte de lo comentado en la nota anterior, se ha criticado su composición (25 vocales y 1 Presidente, siendo este último elegido por el Parlamento y quince aquellos representantes regionales) (Cfr., Tomas y Valiente, F (1993). «El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias», en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 24 y ss.

³⁰ Sobre las dudas y vacilaciones acerca del establecimiento de la justicia constitucional en la II República y por qué la cuestión resultó mucho más pacífica en la Constitución actual Cfr., Garromena Morales, A (2015). «Democracia y Justicia Constitucional: el debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978», en *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

³¹ Para esto y lo que sigue Cfr., Fondevila Marón, M (2019). «La L.O 15/2015 y la desnaturalización del Tribunal Constitucional», Aguilar Carvallo, G. *La evolución del Derecho Público en el s. XXI. Estudios sobre responsabilidad del Estado, Justicia Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Libro homenaje Profesor Doctor Domingo Hernández Emparanza*. Chile, Tirant Lo Blanch.

competencias en materia de ejecución; y en Ecuador³² (que constituye el extremo opuesto), el Tribunal tiene poderes de ejecución activos. Lo normal — sin embargo — es que, como ocurre en Austria y Alemania, la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional la lleven a cabo otros órganos a instancias del Tribunal.

Aunque el TC ha afirmado la constitucionalidad de la norma en las SSTC 185 y 215 de 2016, la doctrina se ha mostrado, por lo general, mucho más crítica con el contenido de la misma³³. La razón no es, lógicamente, que el TC, por no ser poder judicial, no pueda ejecutar sus sentencias³⁴, pues está claro que como órgano jurisdiccional que

³² *Vid.*, art. 436.

³³ Aunque algunos autores son partidarios de la misma (*vid.*, Torres Gutierrez, A. (2015). «Estudio sobre las reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en España: La Ley Orgánica 12/2015 y de 22 de septiembre, y Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre» *Civitas Europa*, 35, pp. 292 y ss., donde se hace eco de otras opiniones formuladas en prensa por Jorge de Esteban o Enrique Gimbernat) por lo general los autores han sido muy críticos con la misma. En concreto respecto al proceso seguido para su aprobación (*vid.*, Almeida Cerredá, M. (2016). «El »nuevo« sistema de ejecución de resoluciones del Tribunal Constitucional español» *Istituzioni del Federalismo*, v. 1-Anno XXXVIII); respecto a que se trate de una ley *ad casum* que no ha contado con el consenso de la Cámara ni el parecer del propio Tribunal antes de atribuirle funciones algunas más propias de la jurisdicción ordinaria y otras responsabilidades del ejecutivo (*vid.*, Hernández Ramos, M. (2016). «Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. Un paso en la decisión equivocada» *Arts Iuris Salmanticensis*, v. 4, nº 1; respecto a la alteración de la naturaleza de la ejecución de las sentencias del TC, modificando la posición de éste en la fase declarativa y en la fase de ejecución, produciendo con ello una mutación en el modelo de justicia constitucional (*vid.*, Álvarez Conde, E. (2016). «La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional. ¿Un cambio de modelo de Justicia Constitucional?» *Revista de Derecho Político*, 10; llegando alguna autora a afirmar — incluso — que se trata de una reforma constitucional encubierta que convierte al TC en mero ejecutor de las disposiciones del Gobierno (López Portas, M.-B. (2017). «A constitucionalidade da reforma do sistema de execución de sentenzas do Tribunal Constitucional español». *Revista Galega de Administración Pública*, 53).

También lo ha sido la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión Venecia), del Consejo de Europa, que en su dictamen 827/2015, de 10 de marzo de 2017 se ha mostrado crítica con dos aspectos de la reforma: de un lado la cuantía de las multas coercitivas, incidiendo en la necesidad, dado lo elevada de las mismas, a que su imposición se lleve a cabo con los requisitos que impone el art. 6 CEDH; y de otro lado, con la posibilidad de que cargos representativos puedan verse privados de sus funciones (*vid.*, Biglino Campos, P. (2018). «Nota a la opinión de la Comisión de Venecia sobre los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional», en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La ejecución de resoluciones del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC). El informe concluye que no resulta recomendable que el TC disponga de estas atribuciones, pero no existe un estándar europeo de referencia que pueda considerarse incumplido.

³⁴ Alguno de los primeros autores españoles que se ocuparon de esta cuestión sostuvo, por influencia alemana, que era contrario a «la esencia de la constitución» que el TC llevase a cabo una ejecución forzosa de sus sentencias al modo que ocurre en la jurisdicción ordinaria (*vid.*, Bocanegra, R. (1982). *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, pp. 246-247). La doctrina posterior [el punto de inflexión lo marca el siguiente trabajo: Salas, J. y Palomino, V. (1987). «La ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional (especial referencia a las relativas a la Administración)». *Documentación Administrativa*, 209)] ha venido entendiendo, sin embargo, de manera unánime, que era legítimo que el Tribunal Constitucional ejecutase sus propias Sentencias.

es, puede hacerlo³⁵, pero la desproporcionada cuantía de las multas coercitivas y la posibilidad de poder destituir a cargos representativos aleja al Tribunal de su genuina función y puede minar su legitimidad, en tanto que se le sobrecarga con atribuciones propias de otros órganos constitucionales (especialmente del Gobierno). Esta reforma de la LOTC se hace, como demuestran la intervención en el debate parlamentario del representante del Partido Popular³⁶, en el marco de la crisis política catalana. La reforma permite que el Gobierno pueda instar del TC medidas similares a las que podían adoptarse a través de la aplicación del art. 155 CE sin el control político y las garantías jurisdiccionales inherentes a este precepto³⁷. La posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda actuar como instrumento del Gobierno a este respecto compromete la imagen de imparcialidad que en todo momento debe acompañar a este órgano.

Actualmente hay una proposición de Ley del Grupo Parlamentario vasco en tramitación que tiene como propósito volver a la situación anterior a la aprobación de las Leyes Orgánicas 12/2015 (recurso previo de inconstitucionalidad para Estatutos de Autonomía) y 15/2015.

cias, en tanto que los artículos 117.3 y 161 CE, incluso si se encuentran en títulos diferentes de la Norma Fundamental, hacen referencia a un mismo ejercicio de la jurisdicción.

Con razón se ha dicho que, si no se desea que un Tribunal Constitucional ejecute sus Resoluciones, por considerar que no debe descender a ese nivel, quizás se le sitúa demasiado alto como para poder ejercer verdaderamente como un órgano jurisdiccional. A ello cabría añadir, además, que, si la razón es que se considera utópica la posibilidad de que el TC consiga realmente ejecutar una decisión contra altos órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, entonces es que nos encontraríamos ante una deriva autoritaria que convierte en pura falacia la existencia de un Tribunal Constitucional, con o sin poderes de ejecución.

No hay que olvidar, de hecho, como ha recordado el propio TC que La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables (STC 50/1984 FJ 3º).

³⁵ Cfr., Fernández Farreres, G. (2018). «Las nuevas facultades del Tribunal Constitucional para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, pp. 15-44.

³⁶ Durante la presentación de la Proposición de Ley, el representante del Grupo Parlamentario Popular (Sr. Hernández Fraile) afirmó: «De este modo, cuando el Tribunal Constitucional, señorías, solicita en un fallo (sic) una acción positiva por parte de un poder público y este responde con una consciente inactividad, se produce el incumplimiento y el desacato por su explicita negativa a dar cumplimiento a lo dispuesto, ya sea a través de la omisión dolosa de lo exigido o simplemente rehusando proceder a la derogación de la ley o actos autonómicos reprobados por el Tribunal Constitucional» y, tras poner algunos ejemplos, continuaba poco después «En todos estos casos la *Generalitat de Catalunya* ha puesto y está poniendo de manifiesto una única actitud: el incumplimiento como respuesta, el desacato como conducta y la deslealtad institucional como bandera» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente*, nº 306, 16 de septiembre de 2015, p. 104).

³⁷ Alguna autora ha entendido, incluso, que se trata de una modificación de facto de este precepto: González Hernández, E. (2016). «El art. 155 y la L.O 15/2015 de 17 de octubre de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ¿ineludible reciprocidad o círculo perverso?». *Teoría y Realidad Constitucional*, p. 551.

IV. LA (A MENUDO OLVIDADA) FUNCIÓN POLÍTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La generalización de la justicia constitucional de tipo jurisdiccional no puede hacer olvidar que esta cumple siempre (independientemente de cómo esté configurada constitucionalmente³⁸) una función política³⁹. Todo juez invade siempre la esfera de la política en tanto que crea Derecho. Esto es así, incluso, cuando interpreta una ley o un reglamento en un juicio ordinario. Pero esta función política es mucho más intensa al hablar de la justicia constitucional tanto por las peculiaridades de la interpretación constitucional como las trascendentales responsabilidades que tiene encomendadas: a) la protección de las minorías, que incluye la garantía de apertura del sistema democrático; b) la garantía de los estados miembros, y de sus competencias, en el seno de un Estado federal⁴⁰.

Olvidar esta función y concebir — desde un (mal entendido) positivismo a ultranza — a estos órganos exclusivamente desde parámetros técnico-jurídicos, acaba suponiendo un alejamiento de la realidad que convierte dichas teorías de la justicia constitucional en auténticas ficciones. Son incapaces de comprender que los regímenes político-constitucionales actuales se caracterizan más que nada por las posibilidades de bloqueo que, en defensa de sus intereses, son capaces de articular las minorías. Si la política es una práctica o acción colectiva para la gestión de conflictos, los Tribunales de justicia — especialmente los que ejercen funciones constitucionales — son una parte esencial de la misma⁴¹.

En España, la primera doctrina que se ocupó de la justicia constitucional tenía clara la doble naturaleza jurídica y — fundamentalmente — política del Tribunal Constitucional⁴². El abandono casi total de este enfoque por parte de la generación posterior de juristas (cuando no su negación⁴³), la ausencia de una ciencia del Derecho Procesal Constitucional en nuestro país⁴⁴ e, incluso, el hecho de que algunos juristas de renombre

³⁸ Algunos Tribunales con competencias constitucionales, como el canadiense, ejercen funciones consultivas que pueden considerarse políticas, pero no es esto a lo que nos referimos en este apartado.

³⁹ *Vid.*, Häberle, P (2011). «El Tribunal Constitucional como poder político». En Hesse, K y Häberle, P. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán*. México, Porrúa, pp. 91-124.

⁴⁰ Así lo entendió el mismísimo Kelsen (*Cfr.*, Kelsen, H (2011). «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15).

⁴¹ Quien probablemente mejor lo haya expuesto es P. Rosanvallon (*Cfr.*, Rosanvallon, P (2007). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, pp. 224-225).

⁴² *Cfr.*, Lucas Verdú, P. (1984). *Curso de Derecho Político*, vol. 4, Madrid, Tecnos, p. 824; García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Reuters, p. 201.

⁴³ Muy ilustrativo al respecto, el trabajo del Profesor M. Aragón (*Cfr.*, Aragón Reyes, M. (1986). «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional». *Revista española de Derecho Constitucional*, 17, p. 101 y ss.)

⁴⁴ Lo de menos es comentar aquí si la denominación correcta es la que se ha impuesto en Latinoamérica, «Derecho Procesal Constitucional» o la más habitual en Europa «Justicia Constitucional». De

decidiesen ponerse al servicio de la causa secesionista catalana mostrando un absoluto desprecio tanto por el Derecho positivo como por cualquier modo válido de razonar en Ciencias Jurídicas tuvo como consecuencia que, ante el mayor desafío territorial de la historia de nuestro país, el supremo custodio constitucional se hallase desprovisto de un *corpus* doctrinal que legitimase su necesaria intervención en el mismo⁴⁵.

V. LA NECESIDAD DE DESARROLLAR UN AUTÉNTICO DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN NUESTRO PAÍS

La mención que acaba de hacerse al Derecho Procesal Constitucional requiere hacer aquí, aunque sea, una breve aclaración. Dejando al margen cuestiones nominales (mucho se ha discutido si el nombre correcto es «Derecho Procesal Constitucional», «Derecho Constitucional Procesal» o «Justicia Constitucional») y referidas a la naturaleza de la disciplina (una parte del Derecho Procesal, Derecho Constitucional concretizado o un Derecho de naturaleza «mixta»)⁴⁶, el caso es que la ciencia constitucional en España requiere todavía un desarrollo dogmático de los mecanismos de defensa de la Constitución (desde el recurso de inconstitucionalidad a la reforma de la Constitución)⁴⁷.

Ello no deja de ser curioso teniendo en cuenta que fue un autor español (N. Alcalá Zamora) el que utilizó por primera vez esta expresión en 1933 y que esta materia fue de las primeras que mereció atención académica una vez culminado el tránsito a la Democracia. El abandono actual de la misma se aprecia tanto en los planes de estudio

hecho, en el año 1980, cuando se aprueba la LOTC, surgen en España dos monografías al respecto de la misma y usando respectivamente cada una de las nomenclaturas mencionadas (*vid.*, Almagro Nosete, J. (1980). *Justicia Constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Dykinson; González Pérez, J. (1980). *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas). Lo que verdaderamente importa es que ni en estas obras, por cierto, autoría de Profesores de otras disciplinas jurídicas, ni en la doctrina constitucionalista posterior, encontramos una reflexión acerca de los procesos constitucionales que trascienda del mero legalismo. Esta ausencia se hace especialmente patente en la ausencia de trabajos que profundicen sobre la problemática de la interpretación constitucional.

⁴⁵ Las defensas ante estos ataques, muchas veces con afirmaciones falsas (se llegó a afirmar que no existían casos similares en Derecho Comparado cuando el TS americano ha enjuiciado varias constituciones estatales, y también el Tribunal Constitucional italiano Estatutos regionales), aunque bien fundamentadas (*vid.*, por todos, Solozábal Echevarría, J.-J. (2011). «La Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña: una visión de conjunto». *Revista de Estudios Políticos*, 151, pp. 206 y ss.), llegaron demasiado tarde.

⁴⁶ *Cfr.*, García Belaunde, D. (2017). «El Derecho Procesal Constitucional y su configuración normativa», en *Ensayos de Derecho Constitucional*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, pp. 201-218.

⁴⁷ Domingo García Belaunde sostiene que este «abarca lo que podríamos llamar control constitucional, o sea, supervisión y vigilancia de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico». Pero este aseguramiento de la supremacía constitucional se consigue también mediante el instrumento de la reforma (*Cfr.*, Fondevila Marón, M. (2015). «Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional en Latinoamérica». *Revista peruana de Derecho Público*, 30, p. 125).

como respecto de trabajos científicos de investigación, lo que contrasta enormemente con lo que ocurre en otras latitudes (especialmente en Latinoamérica).

En buena medida esta laguna es consecuencia del positivismo jurídico dominante. El legalismo con el que (a diferencia de en el resto de Europa) se enfocan la mayoría de los estudios sobre la justicia constitucional en España tiene como consecuencia que, con notables excepciones, no existan obras que aborden en profundidad la naturaleza, legitimidad y funciones del Tribunal Constitucional y, ni siquiera, obras que constituyan críticas globales a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Por supuesto existen numerosísimos artículos doctrinales que critican determinadas sentencias (RUMASA⁴⁸, aborto⁴⁹, Bildu⁵⁰, *Estatut*⁵¹, objeción de conciencia farmacéutica⁵², etc.) y no pocas glosas de jurisprudencia, pero carecemos, hasta donde tenemos noticia⁵³, de estudios monográficos por parte de constitucionalistas patrios⁵⁴ sobre el objetivo de los recursos, el modo de motivar sentencias, la naturaleza y efectos de las mismas, las técnicas interpretativas, la coherencia jurisprudencial etc.⁵⁵

VI. CRÍTICAS Y RECELOS (INTERNOS Y EXTERNOS) A LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL

Si el Tribunal Constitucional cumple en gran parte una función política, a pesar de que su funcionamiento se rija por procedimientos jurisdiccionales, sus decisiones no derivan de la simple aplicación de silogismo jurídico alguno, y ello conlleva que las mismas sean mucho más susceptibles de ser objeto de crítica. Esta puede ser interna o

⁴⁸ A modo de ejemplo *vid.*, Galán Vioque, R. (1997). «Rumasa: expropiaciones legislativas y Leyes singulares (Comentario en torno a las sentencias constitucionales y del Tribunal europeo de Derechos Humanos recaídas en este asunto)». *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, 29.

⁴⁹ Por ejemplo, artículos de Joaquín Calvo Álvarez en la revista *Ius Canonicum*, núm. 68 y 70.

⁵⁰ *Vid.*, por todos Tajadura Tejada, J. (2011). «El caso “Bildu”: un supuesto de extralimitación de funciones del Tribunal Constitucional». *Revista española de Derecho Constitucional*, 93.

⁵¹ La Revista Teoría y Realidad Constitucional le dedicó un número monográfico (el 27).

⁵² *Vid.*, *supra*, nota 7.

⁵³ Sobre esta cuestión, también Jiménez Campo, J. (1998) «El control de constitucionalidad de la ley en el ordenamiento español» en Rubio Llorente, F; Jiménez Campo, J. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Madrid, McGraw-Hill, p. 63.

⁵⁴ Grandes filósofos del Derecho han elaborado teorías de la argumentación jurídica racional (*vid.*, Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Tecnos). En un extremo opuesto de pragmatismo, el Magistrado y Profesor americano Richard A. Posner tiene un interesante estudio sobre los factores internos, y externos, sistémicos, conscientes e inconscientes, psicológicos etc. sobre cómo deciden los jueces. (*Vid.*, Posner, R.-A. (2011). *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons).

⁵⁵ Algunas obras se han limitado a seleccionar y extraer Sentencias (*vid.* Portero Molina, J. A. (2012). *Constitución y Jurisprudencia Constitucional*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch). Otras si contienen una Introducción sobre el Tribunal Constitucional y un breve comentario de las mismas, sin llegar a realizar una exposición dogmática (*vid.*, González Rivas, J.-J. (2011). *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional. Comentario sistemático de la Constitución*, Navarra, Thompson Reuters).

externa. La primera es la que realizan los propios Magistrados a través de los votos particulares⁵⁶. La segunda la que lleva a cabo la sociedad civil, la clase política, y la doctrina.

También durante la II República española se publicaron los votos disidentes de los magistrados. En el ámbito comparado, en Gran Bretaña tradicionalmente la decisión de los Tribunales se ha conformado mediante la suma de las motivaciones de cada uno de los jueces. En Estados Unidos se adoptó el sistema de decisión por mayoría y publicación de los votos disidentes para fortalecer el papel del Tribunal⁵⁷. En Europa, la pretensión de univocidad respecto de la Constitución ha despertado muchos más recelos respecto de esta figura⁵⁸. Los debates al respecto suelen girar en torno a los siguientes argumentos: a favor suele esgrimirse la transparencia del proceso deliberativo, el reforzamiento de la jurisprudencia, la demostración de que caben distintas interpretaciones igualmente válidas de la Constitución, y el reforzamiento de la responsabilidad del juez; en contra suele aducirse el riesgo de politización (que los jueces respondan a los planteamientos de los partidos que los han propuesto), el fraccionamiento del órgano, la pérdida de la autoridad de las sentencias, y la quiebra del principio de colegialidad en pro del protagonismo de los jueces⁵⁹.

Independientemente de la postura de cada uno, el caso es que, durante los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, los votos particulares tuvieron un efecto beneficioso e, incluso, fueron preludio de cambios en la jurisprudencia del órgano⁶⁰. Recientemente, la valoración no puede ser tan positiva. Aunque el caso del Estatuto catalán minó la imagen del Tribunal por razones diversas, los profundos desacuerdos de fondo que reflejaban los votos particulares⁶¹ (algunos, como los del Magistrado J. Rodríguez-Zapata, especialmente duros con la mayoría) desde luego no ayudaron. De hecho, no pocos artículos de prensa se hicieron eco de estos y de las disensiones en el seno del Tribunal. Aunque esta imagen se había recuperado parcialmente en las muchas sentencias a propósito del *procès*⁶² (donde rigió la regla de

⁵⁶ El juridicismo que ha dominado la doctrina constitucional ha hecho que, con notables excepciones, el estudio de estos haya sido también postergado. Pero su importancia radica en que ponen de relieve una tensión entre norma y realidad, mostrando que no cabe una interpretación unívoca de la Constitución, enriqueciendo, además, el debate jurídico, mitigando el riesgo de que los profesores se conviertan en meros glosadores de sentencias (Cfr., Cámara Villar, G. (1993). *Votos particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 17-18).

⁵⁷ Cfr., Pegoraro, L y Rinella, A., *op. cit.*, pp. 301 y ss.

⁵⁸ De hecho, es sabido que en el TJUE no se publican votos disidentes. (Para una visión crítica *vid.*, Ibáñez García, I. (2020). «¿Deben permitirse los votos particulares en el TJUE?», *Diario La Ley*, nº 9560).

⁵⁹ Cfr., por todos, Cascajo Castro, J. L. (1986). «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española». *Revista española de Derecho Constitucional*, 17, pp. 176 y ss.

⁶⁰ Cfr., Cruz Villalón, P. (1983). «Dos años de jurisprudencia constitucional española», *Revista de Derecho Político*, 17, pp. 28-29.

⁶¹ Sobre esto Cfr., Álvarez Conde, E.; Tur Ausina, R. (2011). «El Estatuto de Cataluña a través de los votos particulares de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio». *Teoría y Realidad Constitucional*, 27.

⁶² Cfr., Castellà Andreu, J. M. (2016). «Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional». *Teoría y Realidad Constitu-*

la unanimidad), en los últimos años han vuelto a aparecer votos especialmente críticos e, incluso, se ha dado la insólita situación de que tres magistrados tuvieran que retirar parte de un voto particular⁶³.

Tanto en la materia territorial a la que se viene aludiendo como en otras, las dificultades a las que se ha tenido que enfrentar el Tribunal Constitucional han sido consecuencia de insuficiencias en el diseño constitucional que no han sido corregidas a través del mecanismo de reforma constitucional⁶⁴. El Tribunal Constitucional ha tenido que venir a completar y actualizar la labor del constituyente recibiendo, como algunos vaticinaron incluso antes de aprobarse la Constitución⁶⁵, enormes presiones por parte del legislador, sobre todo, cuando de enjuiciar la constitucionalidad de leyes orgánicas se trataba. Pocos podrán negar el decisivo papel que ha tenido el Tribunal Constitucional en la conformación del Estado Autonómico⁶⁶, y que sus Resoluciones han sido casi siempre favorables a los intereses de las Comunidades Autónomas⁶⁷. Pero cuando en la STC 31/2010 — y a pesar de evitar al máximo las declaraciones de inconstitucionalidad,

cional, 37; De Miguel Bárcena, J. (2019). *Justicia Constitucional y Secesión: El caso del proceso soberanista catalán*, Madrid, Reus.

⁶³ Fue el 6 de junio, cuando los Magistrados Fernando Valdés, Juan Antonio Xiol y María Luisa Balaguer corrigieron un voto particular en contra de la inadmisión (STC 75/2019) del recurso de amparo interpuesto por Jordi Sanchez contra la sanción impuesta por Prisiones al hacer uso del móvil en la cárcel para hacer campaña. El fragmento retirado acusaba a la mayoría del Tribunal de emplear criterios excesivamente rigoristas para evitar una Sentencia de fondo que habría de ser estimatoria. Decía así: «La decisión de inadmitir el presente recurso por extemporaneidad es la posición por la que ha optado la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, en contra de jurisprudencia constitucional previa, para evitar que este Tribunal tuviera que pronunciarse sobre el fondo de los derechos fundamentales invocados en la demanda. A buen seguro en conciencia de que se hubiera tratado de un pronunciamiento estimatorio en relación con la invocación del derecho a la legalidad sancionadora (art 25.1 de la Constitución)» [*vid.*, Diario El País, 7 de junio, https://elpais.com/politica/2019/06/07/actualidad/1559929016_337853.html (recuperado, el 8 de marzo de 2020)].

⁶⁴ *Cfr.*, Alegre Martínez, M-A. (2017). «Vigilando al vigilante: el Tribunal Constitucional y sus circunstancias», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4, p. 136.

⁶⁵ «A tenor de los artículos referidos al Tribunal Constitucional, 152 y siguientes, de las normas alusivas al referéndum y la revisión constitucional, queda claro que en el Proyecto [de Constitución] no se admite el recurso de inconstitucionalidad de las leyes constitucionales. (...) Ahora bien, aunque las leyes orgánicas no son leyes constitucionales, nada tendría de particular que el legislativo presionara sobre el Tribunal para que no se admitiera la discusión sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Se trata evidentemente de una hipótesis, pero perfectamente posible. Hipótesis que, caso de llegar a producirse, colocaría la clásica polémica de la justicia constitucional, como una justicia política, en un nivel inferior al que la planteara Carl Schmitt, y que significaría la muerte del Tribunal Constitucional» (De Vega García, P. (1978). «Los órganos del estado en el contexto político-institucional del proyecto de constitución», en AAVV. *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*. Bologna, Arnaldo Forni Editore).

⁶⁶ *Vid.*, Roura Gómez, S. (2003). *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978 el Tribunal Constitucional y las Comunidades Autónomas*, Madrid, Biblioteca Nueva, que desarrolla las ideas establecidas en una obra de referencia por Javier Ruipérez Alamillo (*Cfr.*, Ruipérez Alamillo, J. (1994). *La protección constitucional de la Autonomía*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 163 y ss.

⁶⁷ Este convencimiento generalizado solo se ha puesto duda en determinados aspectos concretos como es el de la determinación de lo básico (*vid.*, Montilla Martos, J-A. (2018). «La evolución de las competencias compartidas base-desarrollo». *Revista de Derecho Político*, 101.

haciendo uso y abuso de la técnica de interpretación conforme — el TC desactivó muchas de las disposiciones del *Estatut*, parte de la clase política reaccionó con vehemencia. El hecho más significativo a este respecto se produjo cuando el Presidente Montilla convocó a los ciudadanos a una manifestación, celebrada el día 10 de Julio de 2010, con el lema «Somos una Nación. Nosotros decidimos».

No es este el momento ni el lugar para tratar de construir una crítica global a los cuarenta años de jurisprudencia constitucional, pero es posible afirmar, con una visión de conjunto, que el TC ha sido muy deferente con el legislador — no pocas veces con sentencias interpretativas manipulativas⁶⁸ — pero a su vez muy garantista con los derechos de los ciudadanos. Lo primero ha supuesto que se cuestionase la garantía del sistema que ofrece el Tribunal⁶⁹. Lo segundo importantes choques con el Tribunal Supremo⁷⁰.

VII. LAS MEJORAS PENDIENTES DE NUESTRO SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Se ha señalado como problemas de nuestra jurisdicción constitucional: a) que no existe una correcta delimitación de sus funciones; b) que se ve sometida a una excesiva carga de trabajo; c) que genera recelos institucionales, sobre todo, por parte de la jurisdicción ordinaria; d) que no exista una base legal sólida para las declaraciones de inconstitucionalidad que no implican nulidad; e) que existen problemas de articulación con las instancias judiciales europeas; f) que el Tribunal Constitucional ha merchado su papel como garante de derechos; g) que ha habido una falta de diligencia por parte del poder público a la hora de designar magistrados⁷¹.

Una mejor comprensión de esta problemática (o problemáticas) requiere afrontarla desde la perspectiva más amplia, general y comparada que se viene manteniendo a lo largo de estas páginas, planteando la cuestión en unos términos distintos a los que la doctrina inspirada por el legalismo suele hacer. En caso contrario, se corre los serios riesgos de que los árboles no nos dejen ver el bosque o de que la solución sea igual o peor que el problema.

Comenzando por el final, el verdadero problema desde la perspectiva propuesta es cómo garantizar, a través del método de selección y mandato, la máxima

⁶⁸ Cfr., a propósito de la STC 101/2008, Fernández Segado, F. (2013). *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, pp. 1369 y ss.

⁶⁹ Incluso nada menos que la Vicepresidenta del órgano, en su voto particular a la STC 185/2016, habla de «una lamentable “abdicación” en el ejercicio de la jurisdicción constitucional».

⁷⁰ *Vid.*, por todos, Mendizábal Allende, R. (2012). *La guerra de los jueces. Tribunal Supremo vs Tribunal Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2012; Matia Portilla, J. (2016). «Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos». *Revista de Derecho Político*, 97.

⁷¹ Cfr., Pérez Tremps, P. (2019). *Sistema de Justicia Constitucional*, 3ª ed., Navarra, Thompson Reuters, pp. 209-220.

independencia posible de los miembros. Desde esa perspectiva, se puede comprobar que el problema de selección de los jueces del nuestro TC tiene problemas mucho mayores que el puntual acerca de los frecuentes retrasos en las renovaciones que proceden de los órganos políticos⁷², el cual ha tenido distintas soluciones en otros ordenamientos jurídicos⁷³.

En cuanto a cómo articular la coexistencia de nuestra jurisdicción constitucional de la libertad con las jurisdicciones europeas, la solución no puede ser unilateral. La solución a los problemas de articulación entre las tres jurisdicciones protectoras de derechos (TJUE, TEDH y TC) únicamente puede pasar por el diálogo entre Cortes, que tan buenos resultado ha dado, por ejemplo, en el caso *Taricco*⁷⁴. En lo tocante a la articulación entre el TJUE y el TC, la STC 26/2014 que resuelve el archiconocido caso Melloni donde, en lugar de integrar la respuesta que le da el TJUE en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por ATC 86/2011, lo que — de modo muy criticable — hace el TC es modificar su jurisprudencia, situando este órgano, junto al checo, entre los Tribunales menos dialogantes⁷⁵: es el ejemplo de lo que no debe hacerse. Y en relación con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, el necesario — tal y como se viene sosteniendo en estas páginas — control de convencionalidad, aceptado por el TC en su STC 140/2018, conlleva una nueva concepción de la norma fundamental como «Constitución convencionalizada» que supone que todos los operadores jurídicos (incluido el TC) interpreten la Constitución desde lineamientos internacionalistas⁷⁶.

Por lo que respecta al punto «d», tampoco parece satisfactorio optar — tan solo porque este haya sido el camino seguido por el TC en algunas resoluciones — por la reforma del art. 39.1 LOTC para permitir que el Tribunal Constitucional dé, en algunos casos, un plazo al legislador, sin una reflexión de fondo sobre sentencias interpretativas y aditivas y otros elementos del sistema de justicia constitucional⁷⁷.

⁷² Cfr., Bustos Gilbert, R. (2008). «La controvertida composición y renovación de los órganos situados en la cúspide». *AFDUAM*, 22. Sobre la falta de igualdad de género en la composición del Tribunal *Vid.*, Salazar Benítez, O. (2018). «La deseable composición paritaria del Tribunal Constitucional: una propuesta de reforma constitucional». *Revista de Derecho Político*, 101.

⁷³ En Italia, ante los retrasos, la Corte había establecido reglamentariamente la prórroga de los Magistrados. Esto sentó mal al Parlamento que aprobó la Ley Constitucional 2/1967 para excluir expresamente la posibilidad.

⁷⁴ A diferencia de lo que ha ocurrido históricamente (Simmenthal, Solange etc.) está vez el TJUE cedió aceptando la tesis de los contra-límites [Cfr., Romboli, S. (2017). « Los contra-límites en serio» y el caso *Taricco*. El largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la corte constitucional italiana». *REDCE*, 28].

⁷⁵ A este respecto *vid.*, por todos, Rodríguez-Izquierdo, M. (2016). «Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos. Los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional». *Revista española de Derecho Constitucional*, 107.

⁷⁶ Cfr., Sagüés, N.-P. (2016). *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, México, Porrúa, p. 356.

⁷⁷ Cfr., sobre esto Díaz Revorio, F.-J. (2009). *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, México, Porrúa, pp. 74 a 198.

Por último, la supuesta sobrecarga de funciones (normalmente, porque se compara con las funciones muy inferiores de los órganos de garantías constitucionales de Francia e Italia) es susceptible de ser reconsiderada a la luz de un análisis comparado más amplio, tanto sincrónico como diacrónico. Por un lado, el actual supremo custodio de la constitución tiene un halo de competencias inferior al Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. Por otro lado, no solo está el ejemplo del Tribunal Constitucional Federal alemán, con competencias para declarar el abuso del derecho, la inconstitucionalidad de los partidos políticos y controlar las elecciones; también encontramos en este tipo de órganos otras competencias alejadas de la idea de control de constitucionalidad: por ejemplo — como ya se ha mencionado —, competencias en materia de *impeachment* o incapacidad del Presidente, competencias para establecer las medidas para la ejecución de sentencias de Tribunales internacionales y deliberar sobre la decisión del Presidente de la República de anular resoluciones especiales adoptadas por el legislativo, competencias para verificar las circunstancias de la disolución presidencial, comprobar las incompatibilidades de los ministros y pronunciarse sobre las candidaturas al cargo presidencial, funciones consultivas y otras de lo más variado (incluidas emitir pareceres sobre medidas de emergencia, decidir la extradición de extranjeros). Con esta panorámica es fácil comprobar que, aunque nuestro Tribunal Constitucional está ciertamente dotado de importantes atribuciones, todas son, en esencia, de naturaleza claramente constitucional.

Los demás puntos pueden ser reconducidos o guardan una estrecha relación con el problema del amparo.

VIII. ESPECIAL REFERENCIA AL PERMANENTE PROBLEMA DEL RECURSO DE AMPARO

El recurso de amparo es una creación original de la Constitución mexicana deudora, a su vez, de las aportaciones del gran jurista mexicano Mariano Otero, aunque nuestra Constitución lo ha tomado de países más de nuestro entorno, fundamentalmente de la *verfassungsbeschwerde* alemana, atribuyendo esta competencia al Tribunal Constitucional⁷⁸. Además de estos dos, solo unos pocos Estados como Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Polonia o República Checa lo han configurado así. Aunque es posible que, sobre todo en los primeros años de vigencia de la actual Constitución, el recurso de amparo, usado intensamente por los abogados litigantes, tuviese efectos positivos (especialmente para, mediante la interpretación del art. 24 CE, reprobar algunas prácticas de los Jueces y Tribunales que habían servido durante

⁷⁸ A mediados del siglo pasado (concretamente en 1955) M. Cappelletti defendía sin éxito adoptar en Italia este modelo que él denominó de «jurisdicción constitucional de la libertad (*vid.*, Cappelletti, M. (2010) *La jurisdicción constitucional con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco*. Lima, Palestra, pp. 17-42).

franquismo)⁷⁹, tanto en nuestro país como en Alemania este recurso, además de colapsar al TC, ha sido utilizado abusivamente, razón por la cual se le ha considerado un «recurso de supercasación», «recurso de los desesperados» y se ha llegado a decir en Alemania, con buenas dosis de ironía, que es un recurso «sin costo, sin esfuerzo y sin esperanza»⁸⁰. Por todo ello, y teniendo en cuenta que en un Estado con una Democracia consolidada es la jurisdicción ordinaria la que fundamentalmente debe garantizar los derechos ciudadanos⁸¹, parece, tras cuarenta años de experiencia, que debe ser replanteado.

Desde su primera Sentencia (STC 1/1981) en la que, precisamente, se resuelve un amparo, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una magnífica jurisprudencia sobre el alcance e interpretación de los Derechos Fundamentales, especialmente necesaria en un país donde, tras cuarenta años de privación de libertades, los principales puestos en la judicatura y en la Administración seguían ocupados por personas formadas en la dictadura. Ahora bien, con el paso del tiempo y la consolidación de la Democracia en España, existiendo ya una rica jurisprudencia en materia de derechos conocida y seguida en general por todos los integrantes del Poder Judicial, comenzó a desvirtuarse la importancia de este recurso jurisdiccional, y la avalancha de demandas planteadas comenzó a consumir prácticamente todos los medios materiales y personales del Tribunal. Los retrasos, de hasta diez años⁸², provocaron, incluso, condenas a España por parte del TEDH⁸³.

Dado que la reforma del art. 50 LOTC operada por L.O 6/1988 no dio los frutos esperados, la doctrina y el propio Tribunal Constitucional manejaron distintas opciones para paliar esta situación⁸⁴. Después de que la L.O 7/1999 no adoptase ninguna

⁷⁹ Sobre esto *Vid.*, Díez-Picazo y Ponce de León, L (2010). «Tribunal Constitucional y Poder Judicial en defensa de los Derechos Fundamentales» en AAVV. *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid, CEPC, p. 26.

⁸⁰ *Cfr.*, De Vega García, P. (1992). «La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Dritwirkung der Grundrechte». *Derecho PUCP*, 46, p. 357.

⁸¹ SSTC 186/1997 y 170/2013 entre otras.

⁸² El Magistrado y Profesor Manuel Aragón señaló una media entre 3 y 5 años para los resueltos en Sala y de hasta 10 años para los resueltos en Pleno (*Cfr.*, Aragón Reyes, M. (2009). «La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». *Revista española de Derecho Constitucional*, 85, p. 13.

⁸³ *Vid.*, SSTEDH Díaz Aparicio, de 11 de octubre de 2001 y Soto Sánchez, de 25 de noviembre de 2003.

⁸⁴ Las medidas que se barajaron fueron: a) reformar el Tribunal Constitucional, aumentándolo en una Sala, con un consiguiente aumento del número de Magistrados, lo cual, aparte de requerir la reforma de la Constitución, podría dar lugar a diferencias de jurisprudencia entre ellas; b) reforzar el papel de la jurisdicción ordinaria en la defensa de los Derechos Fundamentales, estableciendo un procedimiento sumario y unificado, con lo que se perdería la función de unificación de doctrina por parte del Tribunal Constitucional. Dentro del mismo orden de propuestas, otras como las de creación de una Sala Constitucional en el Tribunal Supremo son más problemáticas; c) exclusión de algunos Derechos Fundamentales del recurso de amparo (especialmente el art. 24 que es en el que se fundamenta aproximadamente el 90% de los recursos) lo cual ha sido criticado por la doctrina por socavar la jerarquía del Tribunal Constitucional respecto de los jueces ordinarios (art. 5 LOPJ); d) la introducción de un proce-

de ellas, finalmente, la L.O 6/2007 aborda la situación estableciendo una serie de medidas entre las que destaca la necesidad de que el demandante de amparo justifique la especial trascendencia constitucional de su recurso de amparo⁸⁵. Se optó, pues, por «objetivar» el amparo⁸⁶, apostando de esta forma por una concepción que había sido largamente debatida por la doctrina⁸⁷.

A la hora de enjuiciar los resultados de esta medida, debe tenerse en cuenta que, efectivamente, el número de recursos que entraron en el Tribunal Constitucional ha ido descendiendo desde los 11741 (el número más alto de toda la historia del Tribunal) en 2006 que provocó la reforma a los 6977 en 2018 (lo que supone un repunte respecto del año anterior); pero aunque la tramitación sea más rápida sigue siendo un número similar al que tenía lugar en los primeros años de la década de los 2000, momento en que, como demuestran las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citadas, el problema ya existía. No obstante, la principal razón por la que los resultados no pueden considerarse positivos no es tanto el tiempo de resolución de los recursos, ni tampoco el número de casos que llegan al Tribunal — que, sin duda, resultan excesivos —⁸⁸, sino el hecho de que la inadmisión de los recursos se debe muchas veces más a la falta de pericia técnica del abogado que plantea el recurso que a la falta de fundamento de la demanda.

dimiento de certiorari tal como existe en Estados Unidos; e) limitar el amparo, bien subjetivamente (lo cual implicaría la reforma constitucional) u objetivamente, respecto únicamente de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia; e) establecer una especie de requisito de certiorari en la admisión del recurso, que debería ser acordada por la unanimidad de la Sección, y en caso de obtener sólo la mayoría, elevada a Sala (esta era la propuesta del propio TC) (Vid., Espinosa Díaz, A. (2010). «El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la Reforma». *Indret*, 2, 2010, pp. 7-11).

⁸⁵ Además, se habilitaron las Secciones para la resolución de determinado número de amparos. Se trata, en concreto, de aquellos asuntos de amparo que la Sala correspondiente les defiera cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional (arts. 8.3 y 52 LOTC en la redacción otorgada por la L.O 6/2007). También se ampliaron las facultades de los Tribunales ordinarios respecto de la protección de los Derechos Fundamentales con la nueva redacción del art. 241 LOPJ.

⁸⁶ Cfr., Aragón Reyes, M. op. cit., p. 19.

⁸⁷ A este respecto *vid.*, por todos, Díez Picazo, L-M^a. (1994). «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo». *Revista española de Derecho Constitucional*, 40, en el que hace una vehemente defensa del TC como órgano responsable de la protección subjetiva de los derechos fundamentales. Este artículo criticaba una ponencia de P. Cruz Villalón en un simposio de constitucionalistas celebrado en Sevilla en 1991, y recibió respuesta por parte de esta en el siguiente número de la revista.

⁸⁸ Sobre todo, lo segundo, y prueba de ello es que el número de peticiones de certiorari en los Estados Unidos se sitúa también —a pesar de las diferencias de tamaño entre España y este país— en torno a unas 7000, con el mismo porcentaje de éxito (2% de los recursos de amparo solicitados en España y 120 de esas 7000 solicitudes en los EEUU).

TABLA I: casos ante el tribunal constitucional desde 2000⁸⁹ a 2018⁹⁰

AÑO	ASUNTOS	AP	RI	CI	CP	CN	CC	CAL	TV	TI	FO	OTROS
2000	6901	6762	35	85	16	—	—	3	—	—		
2001	6934	6786	26	105	13	2		2	—	—		
2002	7456	7285	61	92	10			1				
2003	7878	7721	36	96	22			2	1			
2004	7951	7814	45	70	17			4		1		
2005	9708	9476	16	206	8			2				
2006	11741	11471	23	237	10							
2007	10013	9840	21	137	14			1				
2008	10410	10279	24	93	14							
2009	10848	10792	7	35	13							
2010	9041	8947	32	50	6	1		4				1

⁸⁹ En 1980 únicamente entraron 218 recursos de amparo, pero en 1986 la cifra era ya de 1225 y en 1993, de 3875 (fuente: Rubio Llorente, F. (1998). «El recurso de amparo», en Rubio Llorente, F.; Jimenez Campo, J. óp. cit., p. 50.

⁹⁰ Uso de abreviaturas: AP (recursos de amparo), RI (recurso de inconstitucionalidad), CI (cuestión de inconstitucionalidad), CP (conflicto positivo de competencia), CN (conflicto negativo de competencia), CC (conflictos entre órganos constitucionales), CAL (conflictos en defensa de la autonomía local), TV (impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución), TI (control previo de constitucionalidad de los Tratados), FO (cuestión prejudicial de validez sobre normas forales fiscales).

AÑO	ASUNTOS	AP	RI	CI	CP	CN	CC	CAL	TV	TI	FO	OTROS
2011	7192	7098	31	51	9			3				
2012	7294	7205	38	42	8	1						
2013	7573	7376	76	106	12			2	1			
2014	7878	7663	60	141	5	4		2	4			
2015	7369	7203	42	113	5			2	1		3	
2016	6774	6685	32	44	10		1	1			1	
2017	6381	6286	47	33	3		2		4		6	
2018	6977	6918	12	42					3		2	

Fuente: Elaboración propia, a partir de las Memorias del Tribunal.

Estudios recientes han señalado que, junto con estos resultados relativamente decepcionantes, la reforma ha mermado la protección de derechos en nuestro país y que ello ha generado insatisfacción a los justiciables, planteándose las siguientes propuestas de mejora: a) limitar únicamente a las dictadas por Tribunales superiores las resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas en amparo; b) exigir rigurosamente que la invocación de vulneración de un derecho fundamental ante la jurisdicción ordinaria sea expresa, para propiciar un mayor nivel de exactitud por parte del juez en la respuesta que a dicha invocación haga en la Sentencia; c) que los abogados presenten el embrión del posible recurso de amparo ante la jurisdicción ordinaria⁹¹.

Cada vez más, tanto en España como Alemania, se plantea la posibilidad de adoptar un sistema discrecional de admisión de amparos (al estilo del *writ of certiorari* norteamericano)⁹². Una nueva reforma del amparo constitucional parece necesaria si se considera la enorme cantidad de asuntos que siguen entrando y el invariable porcentaje de inadmisiones (siguen estando en torno al 98%). Además, la reforma del 2007 provocó un nuevo problema que es, fundamentalmente, el que más insatisfacción provoca entre los justiciables y que requiere una rápida solución: la falta de claridad en los criterios de admisión. Un problema que genera una enorme inseguridad jurídica y persiste a pesar de que, consecuencia de la STEDH *Arribas Antón*, de 20 de enero de 2015, el TC viene especificando desde esa fecha, en los autos de admisión, los motivos por los que considera cumplido el requisito de especial trascendencia constitucional.

IX. CONCLUSIONES

La justicia constitucional ha sido cuestionada desde su implantación hasta nuestros días. Sin embargo, el modelo jurisdiccional se ha extendido por todo el mundo y estos órganos jurisdiccionales han visto enormemente ampliadas sus competencias.

Tras cuarenta años de funcionamiento resulta conveniente una reflexión acerca de nuestro Tribunal Constitucional: su naturaleza, sus funciones y su posición en el ordenamiento constitucional. Este trabajo ofrece materiales teóricos y comparados para esta reflexión. Toda eventual reforma de nuestro sistema de justicia constitucional debe tomar en consideración estas perspectivas.

Nuestro Tribunal Constitucional tiene algunos importantes retos pendientes (todavía sigue acumulando importantes retrasos, sus magistrados cometen impruden-

⁹¹ Cfr., Tenorio Sánchez, P.-J. (2018). «Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?», *Revista de Derecho Político*, 101, pp. 735 y ss.

⁹² Totalmente contrario a esta propuesta es P. Häberle, quien entiende que el recurso de amparo convierte al Tribunal Constitucional en un «Tribunal ciudadano» y alaba la decisión de España de haberlo adoptado en su forma actual (*vid.*, Häberle, P. (2011). «La jurisdicción constitucional en la fase actual del desarrollo del Estado constitucional», en Hesse, K y Häberle, P. óp. cit).

cias a la hora de exponer sus desacuerdos en votos particulares, hay incongruencias en los criterios de admisión de amparos etc.) pero ninguno tan relevante como la necesidad de conseguir integrarse en un sistema europeo (multinivel) de protección de derechos, para lo que deberá mejorar su predisposición al diálogo judicial.

El modo de selección no puede seguir respondiendo a un reparto de cuotas entre los partidos políticos.

Title

A Constitutional Court for the 21st Century: The challenges of the constitutional jurisdiction in Spain.

Summary

I. INTRODUCTION. II THE PERMANENT DEBATE ABOUT CONSTITUTIONAL JUSTICE. III. THE TRIUMPH OF THE JURISDICTIONAL MODEL AND THE STRENGTHENING OF THE COMPETENCES OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT. IV. THE (OFTEN FORGOTTEN) POLITICAL FUNCTION OF CONSTITUTIONAL JUSTICE. V. THE NEED TO DEVELOP AN AUTHENTIC CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW IN OUR COUNTRY. VI. CRITICS AND REELS (INTERNALS AND EXTERNALS) TO THE COURT' ACTIONS. VII. THE PENDING IMPROVEMENTS OF OUR CONSTITUTIONAL JUSTICE SYSTEM. VIII SPECIAL REFERENCE TO THE PERMANENT PROBLEM OF AMPARO. IX. CONCLUSIONS

Resumen

Actualmente se ha universalizado el modelo jurisdiccional de justicia constitucional y, al mismo tiempo, se ha venido produciendo un incremento de sus funciones. Ello ha generado la «objección contramayoritaria» de algunos sectores doctrinales que cuestionan una supuesta falta de legitimidad democrática de los órganos de justicia constitucional. A pesar de que nuestro Tribunal Constitucional gozó en origen de un alto grado de aceptación por parte de todos (en buena medida por el hecho de haberse establecido, al igual que el Tribunal de Garantías de la II República, tras un periodo de dictadura) en la última década ha tenido que enfrentar la campaña de descrédito orquestada contra él por parte de la clase política independentista catalana, la falta de prudencia (también en la redacción de votos particulares) que recientemente han mostrado algunos magis-

trados, la desnaturalización que supuso las funciones a él atribuidas por la L.O 15/2015, el agravamiento de algunos problemas de configuración que arrastra desde su origen (entre los que destaca el colapso que, de sus medios personales y materiales, genera el tratamiento de todos los recursos de amparo que, incluso después de la aprobación de la L.O 6/2007, siguen registrándose cada año en la sede del Tribunal), y los problemas político-jurídicos que provoca el modo de renovación de los magistrados. En este trabajo se pretende ofrecer una perspectiva teórica y comparada de los retos de la justicia constitucional a nivel global que sirva como base a una reflexión acerca de nuestro Tribunal Constitucional y de las eventuales mejoras que, tras cuarenta años de funcionamiento, podría ser recomendable llevar a cabo. En concreto, se ha enfatizado la función política que, en el sentido de protección de las minorías políticas y árbitro de los conflictos territoriales le corresponde al supremo custodio constitucional, ya que el positivismo jurídico dominante en las ciencias constitucionales de nuestro país ha impedido el desarrollo de la justicia constitucional o Derecho Procesal Constitucional como disciplina científica, provocando la ausencia de un corpus teórico que pudiera servir de escudo legitimador al Tribunal Constitucional frente a los ataques recientemente recibidos. Resolver las cuestiones de carácter más interno mencionadas resulta imprescindible para, a posteriori, enfrentar los dos retos más importantes de carácter supranacional a los que debe hacer frente nuestro sistema de justicia constitucional: por un lado, su inserción en un sistema europeo de protección de derechos, para lo que deberá mostrarse más favorable al diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de lo que lo ha hecho en el pasado; por otro, redefinir su posición como garante de derechos ante los nuevos roles (incluido el control de convencionalidad) asumido por los jueces y tribunales ordinarios.

Abstract

Currently, the jurisdictional model of constitutional justice has been universalized and, at the same time, an increase in its functions has been taking place. This has generated the «counter-majority difficulty» of some doctrinal sectors that question an alleged lack of democratic legitimacy of the constitutional justice bodies. Despite the fact that our Constitutional Court originally enjoyed a high degree of acceptance by all (largely due to the fact that it had been established, like the Tribunal of Guarantees of the Second Republic, after a period of dictatorship) in The last decade has had to face the discredit campaign orchestrated against him by the Catalan independence political class, the lack of prudence (also in the writing of private votes) that some magistrates have recently shown, the denaturation that supposed the functions to be attributed by LO 15/2015, the aggravation of some configuration problems that dragged from its origin (among which stands out the collapse that, from his personal and material means, generates the

treatment of all the protection resources that, even after of the approval of LO 6/2007, continue to be registered every year at the headquarters of the Court), and the political-legal problems caused by 1 way of renewal of magistrates. This paper aims to offer a theoretical and comparative perspective of the challenges of constitutional justice at a global level that serves as a basis for reflection on our Constitutional Court and the possible improvements that, after forty years of operation, it might be advisable to bring finished. Specifically, the political function that, in the sense of protection of political minorities and arbitrator of territorial conflicts, corresponds to the supreme constitutional custodian has been emphasized, since the dominant legal positivism in the constitutional sciences of our country has impeded development of constitutional justice or Constitutional Procedural Law as a scientific discipline, causing the absence of a theoretical body that could serve as a legitimating shield for the Constitutional Court against the attacks recently received. Resolving the most internal issues mentioned above is essential to, a posteriori, face the two most important supranational challenges that our constitutional justice system must face: on the one hand, its insertion into a European system of protection of rights , for which he will have to be more favorable to the dialogue with the Court of Justice of the European Union than he has done in the past; on the other, redefine its position as guarantor of rights before the new roles (including control of conventionality) assumed by ordinary judges and courts.

Palabras clave

Justicia constitucional; Tribunal Constitucional; recurso de amparo.

Keywords

Constitutional Justice; Constitutional Court; amparo appeal.