



## II. RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

## LA REFORMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

*Eduardo Espín Templado, Germán Fernández Farreres, Pedro Cruz Villalón,  
Thomson Aranzadi, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia de  
España, Navarra, 2006, 197 páginas*

Patricio Masbernat \* y Karen Masbernat \*\*

**1.** Del mismo modo que en Chile, en España se está tramitando una profunda y amplia reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). No obstante considerarse necesarias las modificaciones de dicha ley,<sup>1</sup> como se comentará, el proyecto en trámite no refleja las inquietudes de la comunidad jurídica.

Esta obra da cuenta de un Seminario efectuado por el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia de España en noviembre de 2005, en el que participaron 19 destacados profesores, parlamentarios (a su vez juristas) y magistrados y ex magistrados y altos funcionarios del Tribunal Supremo<sup>2</sup> (TS) y del

---

\* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Magister en Derecho por la Universidad de Chile. Doctor (c) en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.

\*\* Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile, Magister en Derecho por la Universidad Católica de Chile y LLM (c) por la Universidad Adolfo Ibáñez.

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo: Pérez Tremps, Pablo (C.), *La Reforma del Recurso de Amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; Carmona Cuenca, Encarna, *La Crisis del Recurso de Amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*, Univ. de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones. 2005.

<sup>2</sup> El Tribunal Supremo es el de más alta jerarquía del Poder Judicial de España, y los Tribunales Superiores son los de mayor jerarquía en cada Comunidad Autónoma.

Tribunal Constitucional de España (TC). Por lo dicho, este libro realmente es de la autoría de todos ellos, ya que todas sus opiniones (respuestas a encuestas) y debates han sido transcritos. El debate contenido en el libro es feroz y sumamente rico en ideas.

El primer apartado comprende tres ponencias (“*Comentarios al Anteproyecto de Reforma de la LOTC*”, de E. Espín; “*Comentarios al Anteproyecto de Modificación de la LOTC*”, de G. Fernández; “*Acotaciones al Proyecto de reforma de la justicia constitucional*”, de P. Cruz). En la segunda parte se exponen los resultados de un cuestionario aplicado a 16 juristas acerca de sus apreciaciones al proyecto de reforma a la LOTC. En el tercer apartado se transcribe el debate producido entre los 19 juristas.

**2.** Como ya destacamos, el Proyecto de Reforma es amplio y profundo (puede verse en <http://www.cepc.es>), y cubre muchos extremos. Este trabajo cubrirá sólo el análisis de algunos, y de aquellas opiniones más generalizables o destacables sobre los mismos.

2.1. En materia de declaración de inconstitucionalidad,<sup>3</sup> el proyecto de reforma establece una nueva regulación en materia de los recursos y cuestiones de constitucionalidad.

a) Proyecto: Las salas podrán resolverlos cuando sólo requieran la mera aplicación de doctrina (en el caso de los recursos, el Pleno indicará la doctrina a aplicar).

Fernández (p. 39), entre otros, considera que esa desconcentración de funciones es un riesgo para la coherencia y consistencia de la jurisprudencia del TC, por lo que estas materias (además de las disputas competenciales) debieran ser competencias exclusivas del Pleno ya que (para todos los juristas consultados) estas materias constituyen las funciones genuinamente del TC. Cruz (p. 72), que llama a este riesgo “doctrina de salas”, agrega que la fijación de la doctrina pertinente requerirá de muchísimo tiempo y larguísimos debates al interior del Pleno.

b) La reforma del art. 80 contempla un nuevo apartado segundo, que en lo que nos interesa discutir señala que las recusaciones y abstenciones no se admitirán si tuvieran la finalidad de impedir o perturbar la jurisdicción del TC.

---

<sup>3</sup> Cruz (p. 73) sugiere incorporar a la LOTC la revisión previa de constitucionalidad (como en los tratados internacionales) de los Estatutos de Autonomía (para limitar el poder de las Cortes Generales) y de la Reforma Constitucional. A nuestro juicio estas propuestas del ex Presidente del TC agregarían más elementos problemáticos (tanto dentro del sistema jurídico como del sistema político) en el papel que puede tener este Tribunal en la deliberación política y en la intervención sobre el ejercicio de la soberanía popular.

Fernández (p. 45) considera que la reforma estatuye un límite objetable ya que introduce un elemento subjetivo de muy difícil valoración, Cruz (p. 69) considera inadecuado basarse en la intención y no en la fundamentación de la solicitud, incluso un rechazo de recusación adecuadamente fundada podría significar una demanda contra el TC ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

c) *Se admitirá la personación del afectado ante el TC en las cuestiones de constitucionalidad.*<sup>4</sup>

Esta reforma no es discutida. Lo relevante es que introducen un elemento de subjetividad al juicio objetivo de cuestionamiento abstracto de las normas en defensa del sistema constitucional. En la práctica, el TC ya viene aplicando este mecanismo en ciertos casos.

d) La sentencia de inconstitucionalidad podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad de la norma (sin nulidad) o declararla difiriendo los efectos de la nulidad hasta por tres años.

Para algunos juristas, diferir la nulidad para que el legislador adecue la norma es preferible antes de dejar el vacío normativo (como ya lo ha decretado el TC en sentencias SSTC 145/1988, 36/1991), sin embargo, el plazo parece muy extenso.<sup>5</sup> Otros estiman que la separación entre nulidad e inconstitucionalidad no obedece a razones plausibles, que introduce problemas o que la nulidad es efecto necesario de la inconstitucionalidad.<sup>6</sup> Sin embargo, ya existe jurisprudencia desde la STC 45/1989 (donde el TC asumió como propia la facultad de determinar el concreto alcance temporal de las sentencias), rompiendo definitivamente la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, sea como mera declaración de inconstitucionalidad (sin nulidad) o con nulidad diferida (p. 48).

e) El TC podrá declarar la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, otorgando un plazo de actuación del legislador, vencido el cual, el TC podrá resolver lo que proceda para subsanar la insuficiencia.

Para la mayoría, esta norma propuesta es confusa, da un poder al TC no definido en contenido ni procedimiento, y sus consecuencias quedan en la oscuridad (Fernández, p. 48), donde en el mejor de los casos adolece de falta de

---

<sup>4</sup> Siguiendo las directrices del Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH en el caso *RUMASA*.

<sup>5</sup> J. L. Cascajo (p. 140) opina también que debiera considerarse la posibilidad que el TC declare la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones de una disposición legal; o como dice López (p. 193), declarar inconstitucional las interpretaciones contrarias a la doctrina establecida por el TC.

<sup>6</sup> Las observaciones más interesantes son planteadas por S. Oubiña (p. 90) y C. Vives (p. 94).

regulaciones precisas y en el peor de los casos implica una presión sobre los parlamentarios (se transformarían en mandatarios del TC y no del pueblo soberano).<sup>7</sup> Significa una intervención indebida (usurpación) en las funciones políticas exclusivas del Poder Legislativo (ya que habilitaría al TC a reemplazarlo en ellas si se encontrara *rebelde* ante su orden), he implica el riesgo de enfrentamiento con éste.<sup>8</sup> Para algunos ello va contra la Constitución, la Democracia y el Estado de Derecho. Sin embargo, ya existe jurisprudencia (*extralegem*<sup>9</sup>) del TC en este sentido (SSTC 96/1999, 208/1999, 235/1999, 184/2003, 194/2004).

2.2. En cuanto a la posición institucional del TC y sus miembros, el proyecto incorpora lo que la doctrina ha llamado un doble blindaje (a las funciones y al estatus personal de los magistrados).

En el art. 4, se intercalan las siguientes frases: *“El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben”* y; *“Las resoluciones del Tribunal Constitucional agotan la jurisdicción interna. Ninguna otra jurisdicción del Estado podrá enjuiciarlas a ningún efecto”*. El art. 92 complementa, agregando: *“Podrá también (el TC) declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción”*. En este mismo orden de ideas, el art. 22 quedaría como sigue: *“Los miembros del TC “Serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta ley establece, ni perseguidos en ninguna forma ni ante ninguna jurisdicción por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”*.

Algunos piensan que estas modificaciones incorporan medidas positivas “de defensa de la jurisdicción constitucional”, reiterando lo indicado en la Constitución (art. 164) o LOTC (art. 1.2), y evitan que otras jurisdicciones ataquen las decisiones del TC en ejercicio de sus atribuciones. Sin embargo, dentro de este mismo grupo partidario la mayoría cree que las normas propuestas debieran modificarse total o parcialmente. Así, Fernández (p. 37) piensa que debe esta-

<sup>7</sup> J. Jané, p. 190.

<sup>8</sup> Se plantean preguntas ¿cómo podrá actuar resolviendo lo que proceda o qué medidas podrá adoptar, en caso de que el legislador no cumpla en el plazo interpuesto por el Tribunal? Parece obvio que es dictando una norma de rango legal (p. 84), lo que debe efectuar eligiendo entre opciones políticas (p. 88). ¿Qué sucede si el TC da orden al legislador de actuar dentro de un plazo en un determinado sentido y éste lo hace en otro? Una norma como ésta no encaja bien con la democracia (p. 88). El TC se erigiría como superior jerárquico del Parlamento, lo que es inconstitucional (p. 91).

<sup>9</sup> Como lo afirma M. Terol (p. 92), dando su aprobación a las reformas (especialmente la que comentamos).

blecerse un procedimiento claro para la ejercer potestad anulatoria. Otros, estiman que el texto del proyecto permite una doble lectura, una positiva (como reforzamiento de la intangibilidad de las decisiones del TC dentro de sus competencias) o una negativa (como blindaje absoluto a los miembros del TC que supondría un régimen de absoluta exclusión de responsabilidad, plena impunidad, por cualquier acto realizado en el ejercicio de su funciones, lo que no es asumible ni social, ética o políticamente, y jurídicamente generaría más problemas que soluciones),<sup>10</sup> por lo que plantean fórmulas intermedias como el régimen de inviolabilidad parlamentaria. Por el contrario, otros plantean que estas atribuciones son excesivas, permiten al TC actuar<sup>11</sup> sin límites, abandonando los parámetros constitucionales y del Estado de Derecho (Mendizábal, p. 179), e implican una supervisión del TC sobre el resto de los poderes del Estado (pp. 127 y 138), sobre todo porque la potestad anulatoria se presenta sin vinculación a procesos cuya decisión se atribuye al TC (p. 129), y se trata *sólo de una de las medidas que sin limitación alguna puede considerar adoptar* (p. 130).

Serían excesivas también en cuanto implicaría absoluta irresponsabilidad (civil, penal, administrativa) de los magistrados, lo cual es contrario a los principios más básicos del Estado de Derecho, lo que resulta inconstitucional. Por ello, aunque el proyecto se convierta en ley, M. Perol (p. 133) y R. Trillo (pp. 136 y 167) expresan que los Tribunales Ordinarios siempre deberán perseguir la responsabilidad civil o criminal de quien corresponda (sea particular o autoridad), porque siempre ha sido así, ya que el enjuiciamiento y la persecución de dicha responsabilidad no supone arrebatar a los demandados o acusados sus exclusivas y excluyentes competencias. Finalmente, otros (Ortiz, p. 132) plantean que las responsabilidades penal (arts. 23.1 y 26 LOTC) y civil (arts. 23.1 LOTC) quedan a salvo (Espín cree ello para la responsabilidad penal y administrativa), por lo que la responsabilidad de los Magistrados procederá de cualquier elemento ajeno a sus funciones.

2.3. En uno de los aspectos más importantes del Proyecto, se introduce una nueva regulación de la configuración, admisión y resolución del recurso de amparo constitucional (RAC):

- a) La legitimación activa cambia *de ciudadano a cualquier persona* (art. 41).

<sup>10</sup> P. Crepo (p. 126) y J. Jané (p. 131).

<sup>11</sup> A J. Almagro le parece negativa, lo califica de “complicado mecanismo de ingeniería jurídica” destinado a procurar la impunidad de los miembros del TC por actos y resoluciones producidos mediante conductas antijurídicas e ilícitas de alguno o de todos los miembros. Es decir, busca una inviolabilidad y una irresponsabilidad claramente contrarios a la Constitución y al régimen normal de un Estado de Derecho (pp. 125, 184).

b) Respecto del RAC contra actuaciones administrativas, el proyecto incluye las omisiones (art. 41). El libro no registra muchas disputas en este punto.<sup>12</sup>

c) Se agrega un requisito de admisibilidad que reconfigura todo el sistema del RAC hacia la objetivización,<sup>13</sup> ya que el recurrente debe “*justificar la especial trascendencia constitucional del recurso*”. Lo complementa el art. 50.1.b, que quedaría como sigue: “*Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia, para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”.

d) Se propone una nueva división del trabajo del TC. En adelante, la decisión de la admisión del RAC recaerá en las Secciones, decidiendo por unanimidad mediante autos, y si no existiera unanimidad, pasa a las Salas que decidirán siempre mediante providencias, y en las de inadmisión se indicará sólo el requisito incumplido.<sup>14</sup> La resolución de los RAC corresponderá a las Salas y las Secciones<sup>15</sup> (por delegación de las anteriores, especialmente en los casos de mera aplicación de doctrina consolidada), fijándose plazo de diez días para dictar sentencia desde la deliberación.

e) El proyecto amplía la procedencia del incidente de nulidad de las actuaciones procesales (241.1 Ley Orgánica del Poder Judicial, que procede contra resoluciones judiciales firmes) por la violación de derechos fundamentales en la tramitación del proceso judicial (no sólo en caso de incongruencia de la sentencia o defectos formales), como vía de protección de ellos en sede del Poder Judicial. Pero requiere para su admisión que la vulneración no haya podido alegarse antes de recaer resolución. La finalidad de la norma es que la protección de derechos del TC sea realmente subsidiaria a la que prestan los tribunales ordinarios (ahora, en la práctica, no lo sería).

A continuación nos referiremos a los tres últimos puntos (c, d, e) conjuntamente, sobre los que recaen los análisis más relevantes expuestos en la obra. El

---

<sup>12</sup> Cruz cuestiona los déficits públicos en la protección de derechos, en la forma de computar los plazos, etc.

<sup>13</sup> Esto es, el RAC se transforma de instrumento de salvaguarda de derechos constitucionalmente garantizados a mecanismo de garantía e interpretación de la Constitución.

<sup>14</sup> Si bien las normas ya existentes establecen que la admisión se resuelve por providencia (para simplificar el trámite de admisión), el TC ha continuado motivándolas del mismo modo que las sentencias de los RAC (vulnerando su LOTC).

<sup>15</sup> El proyecto contempla (art. 55.2) que si la violación del derecho es causada por una ley, pueden elevar directamente al Pleno la Autocuestión de Inconstitucionalidad. Suspendiéndose la tramitación del RAC en tanto ella se resuelva.

problema que se intenta resolver es el siguiente: Los RAC constituyen el 98% de los recursos o solicitudes que ingresan anualmente al TC (como promedio en la última década), y su número crece cada año. Un 75% de los RAC presentados corresponden a violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva (por tanto, dirigidos contra órganos judiciales). Sin embargo, muy pocos recursos son admitidos a tramitación y menos son acogidos. En efecto, el año 2004 se dictaron 6.268<sup>16</sup> providencias de inadmisión y sólo 400 de admisión (4%), las sentencias dictadas en RCA fueron 195; estando pendientes de sentencia 505 recursos, y hay 7.580 de los mismos<sup>17</sup> pendientes de decidir su admisión. El TC parece haberse transformado en Tribunal de amparo.<sup>18</sup> Ello se debe a que el RAC es usado como una tercera instancia ordinaria en España.<sup>19</sup> De este modo, el TC en los hechos centra su trabajo en los RAC y descuida sus funciones primordiales y primarias. Más aún, se trata de una cantidad de trabajo que no puede absorber, produciéndose grandes retardos en la tramitación de las causas (v.g., la primera providencia para un RAC tarda promedio un año y las sentencias tardan tres años promedio,<sup>20</sup> los demás procesos constitucionales de competencia del pleno tardan promedio de seis a siete años<sup>21</sup>).

La regulación de admisión proyectada invierte el juicio de revisión, el TC dejará de revisar si se han cumplido los requisitos, y será el recurrente quien deberá acreditar su concurrencia.<sup>22</sup> Este criterio objetivo de elegibilidad algunos juristas lo han confundido con el *writ of certiorari*<sup>23</sup> (para algunos<sup>24</sup> ya existe éste en los hechos porque el TC resuelve la admisión de los RAC con un amplísimo margen de discrecionalidad; otros<sup>25</sup> señalan que el criterio de la relevancia constitucional el TC actualmente lo usa para admitir o inadmitir recursos *al modo de un certiorari*, siguiendo la tendencia alemana), pero la diferencia está en que éste establece una potestad discrecional, y la norma propuesta en España es reglada. Por ello, algunos juristas (P. García y C. Vives, pp. 102 y 114) abogan por establecerse un claro *certiorari*.

<sup>16</sup> Conforme a Memoria de la Fiscalía del TC el 90% de los asuntos resueltos por el TC son providencias de inadmisión de RAC (pp. 106 y 107). S. Oubiña (p. 109) citando dicha Memoria indica que el promedio de providencias de inadmisión de RAC del último quinquenio fueron 5.579.

<sup>17</sup> A. Cuesta, p. 101.

<sup>18</sup> Este dato aparece en otros sitios del libro, p. 104 y nota de p. 108.

<sup>19</sup> Ello también lo afirma D. López, p. 104.

<sup>20</sup> Los retrasos ya han significado condenas al Estado español por parte del TEDH (sentencia 25 noviembre 2005).

<sup>21</sup> En nota al pie de p. 112 se entregan datos más precisos sobre el tiempo que tarda el TC en resolver los recursos.

<sup>22</sup> La verificación del cumplimiento de los requisitos formales estará a cargo de las Secretarías de Justicia del TC.

<sup>23</sup> Sistema creado por la Corte Suprema de Estados Unidos para seleccionar los casos que atenderá.

<sup>24</sup> Como Fernández, p. 45.

<sup>25</sup> Como Espín, p. 29.

Pero el principal asunto en debate es la objetivización del RCA, que para algunos significa una transformación de todo el sistema de protección de derechos más allá de lo que la norma constitucional lo permite, en opinión de la mayoría de los juristas, debido a que modifica la finalidad y funciones asignados constitucionalmente a dicho recurso, viola el derecho a la jurisdicción y a la protección constitucional subjetiva<sup>26</sup> y garantista de los derechos fundamentales (la tutela contra su vulneración), supone desconocer (con un nuevo requisito) la legitimación (activa) que establece la propia Constitución.<sup>27</sup> Y, desde una perspectiva política, no será aceptable o justificable posponer derechos fundamentales claramente violados sobre la razón de que su protección no es importante para el ordenamiento jurídico.

Otra crítica apunta a que los criterios de identificación de la “trascendencia constitucional” (expresión ya considerada ambigua e inaprensible<sup>28</sup>) también son muy indeterminados.

Además, de acuerdo a la mayoría, estas reformas tampoco resuelven el problema en absoluto, sino que sólo permitirán al TC responder de modo semejante al actual a un mayor número creciente de recursos presentados, pues el problema no están en los recursos fallados, sino en la enorme cantidad de los mismos presentados, conforme a que el excesivo trabajo se destina (y seguirá destinando) a la revisión de admisibilidad.<sup>29</sup> De ahí que la solución sería buscar mecanismos para que se presenten menos recursos,<sup>30</sup> y como su mayoría se vinculan al derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario reforzar el amparo judicial de la jurisdicción ordinaria.<sup>31</sup> Por ello, diversos juristas sostienen que la solución puede o debe ir por crear un amparo judicial de derechos fundamentales de competencia o con

<sup>26</sup> Además, bajo el criterio objetivo, debiera aceptarse a tramitación y fallar los “contra amparos” o amparos por exceso de protección, que el TC viene rechazando, por ejemplo, STC 114/1995 (pp. 55 y 77).

<sup>27</sup> También, decididamente en contra, J. Ortiz (p. 106) y S. Oubiña (p. 109). Las reformas propuestas sacrifican indebida, gratuita y desproporcionadamente el amparo de los derechos fundamentales del justiciable por la depuración del ordenamiento jurídico (I. Borraja, p. 97; P. Crespo, p. 99) o por mejorar la eficiencia del TC.

<sup>28</sup> Por ejemplo, Juan Ortiz, p. 106.

<sup>29</sup> Para R. Trillo (p. 146) e I. Borraja (p. 171) el problema de exceso de recursos interpuestos del TC con los RAC es semejante a los del TS con los recursos de casación, y nunca se ha resuelto pese a las continuas reformas procesales que buscan su denegación sistemática.

<sup>30</sup> De ahí que surjan ideas como las de Fernández (p. 56) que afirma que la solución es limitar las entradas y no acelerar la salida de los RAC, estableciendo nuevos requisitos de admisibilidad de carácter automático y reglado que permitan a los propios recurrentes conocer anticipadamente, sin margen alguno para la duda, si su demanda puede ser viable o no, o si será irremisiblemente rechazada. Nosotros creemos que eso no es jurídicamente posible.

<sup>31</sup> Espín (154 y ss.). En sentido semejante, Fernández (p. 158) y P. García (p. 162).

competencia exclusiva en el Poder Judicial<sup>32</sup> (tribunales ordinarios), conforme a lo establecido en la Constitución en su art. 53.2.<sup>33</sup> Así, el RAC *objetivado* debiera cambiar su nombre y transformarse en una Casación Constitucional.<sup>34</sup>

Por otro lado, en lo que respecta a la división del trabajo en materia de admisión y fallo del RAC, también se afirma que puede generar divergencia jurisprudencial, y que las Secciones nunca debieran dictar sentencias. Las decisiones de las Salas (actualmente 2) ya ha ocasionado divergencias jurisprudenciales, con las cuatro Secciones esto será peor (pp. 96 y ss.).

Finalmente, es necesario referirnos específicamente a los análisis sobre las reformas propuestas al recurso de nulidad procesal (letra e). Para la mayoría de los autores (esta materia se trata en pp. 115 y ss) la proyectada ampliación de causales de la nulidad de actuaciones procesales es inapropiada ya que distorsiona su tradicional carácter de remedio excepcional de infracciones o vicios procesales o procedimentales (defectos de forma que hayan causado indefinición o incongruencia del fallo)<sup>35</sup> a mecanismo de tutela última de derechos fundamentales lesionados, directa o indirectamente, por los tribunales ordinarios (J. Cascajo, p. 116).<sup>36</sup> Además se cuestiona que este incidente debe resolverlo el mismo órgano judicial que dictó la resolución firme y no se puede esperar que vaya a rectificar su precedente criterio, ya que en la práctica hasta ahora ha sido así.<sup>37</sup> También esta reforma sería inútil, ya que la vía judicial se dilatará innecesariamente (surgiendo la duda de si se ha agotado la vía judicial previa si no se ha interpuesto el incidente), transformándose en un recurso más contra resolucio-

<sup>32</sup> Cruz (pp. 76 y 152) piensa que este recurso de amparo (situado en los Tribunales Superiores de Justicia) puede coordinarse con el RCA objetivado en el TC (también J. García, pp. 105 y 175). R. Trillo, aún más categórico (p. 114; y Espín, 154), imputa la *intrínseca disfunción del sistema* en que la protección final de los derechos fundamentales se haya ubicado fuera del marco del Poder Judicial, con las graves consecuencias logísticas y conceptuales que ello origina en el ejercicio de las funciones del TC. S. Oubiña (p. 122) compartiría que el RAC sea competencia del TS o los Tribunales Superiores en la medida en que se restrinja efectivamente su acceso al TC, a fin de que no se transforme en un obstáculo más en el peregrinaje del ciudadano en busca de protección de sus derechos.

<sup>33</sup> Prescribe que los ciudadanos pueden obtener amparo ante los Tribunales Ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

<sup>34</sup> Espín plantea que posibles amparos por interpretación de norma constitucional, en cuanto difiera la interpretación dada por el órgano recurrido con la asentada del TC, podría abrir un nuevo frente de conflicto con la jurisdicción ordinaria y el TS, especialmente si se aplica de modo expansivo en relación a la interpretación de leyes.

<sup>35</sup> Cruz, en el mismo sentido Espín (p. 31) y Fernández (pp. 56 y 156).

<sup>36</sup> J. García (p. 119; también E. Espín 156) explica que este incidente podría servir para atacar violaciones a derechos procesales, pero no derechos fundamentales sustantivos. Para D. López (p. 120), al contrario, este incidente equivale a la creación de un "recurso de amparo jurisdiccional".

<sup>37</sup> Esto es afirmado por diversos juristas (ver pp. 56, 118, 119, 121, 123).

nes judiciales firmes,<sup>38</sup> y a su elevado número previsible de desestimaciones seguirá la correspondiente interposición de la demanda de amparo (P. Crespo, p. 117). En conclusión, no será una contribución a mejorar el sistema de garantías ni redundará en mejorar el funcionamiento del TC.<sup>39</sup> Por esto para algunos la reforma proyectada debiera acompañarse de modificación a la legislación y a la Ley Orgánica del Poder Judicial, habilitando a que los Tribunales Ordinarios resuelvan los contenciosos a la luz de la Constitución y no sólo del ordenamiento jurídico subordinado (A. Cuesta, 117).

**3.** En definitiva, este proyecto de reforma de la LOTC es duramente criticado (aún por los juristas que en principio dicen alabarla o no objetarla) por inútil o insuficiente para la resolución de los problemas fácticos, por transgredir la Constitución y el Estado de Derecho, por contrariar principios democráticos. En general, sólo manifiesta una posición unilateral del Tribunal Constitucional y responde a sus propias pretensiones o aspiraciones, que busca proteger su propia posición institucional (y de sus miembros), y se encuentra totalmente “levantada bajo la sombra ominosa” (p. 178) de la sentencia del Tribunal Supremo español del año 2004,<sup>40</sup> que condenó a los magistrados del TC a una indemnización por responsabilidad civil en razón de no haber otorgado protección jurídica debida a un recurrente de amparo<sup>41</sup> (indebida providencia de inadmisión de un RAC).<sup>42</sup> De hecho, se basa (salvo en el aspecto relativo al reforzamiento o blindaje de la jurisdicción constitucional) en el borrador de reforma que en 1998 elaboró el TC (pp. 62, 66, 151).

Por otro lado, los juristas admiten que con las modificaciones propuestas se trata, en muchos casos, de dar cobertura legal a prácticas jurisprudenciales (por el momento *extralegem*) asentadas en el TC.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Y en una instancia más (R. Trillo, p. 124).

<sup>39</sup> De hecho este incidente ha sido suprimido tres veces, por su carácter perturbador de la actividad judicial, y ha sido repuesto por presión del TC (Almagro, p. 184).

<sup>40</sup> Lo asume el mismo P. Cruz, ex Presidente del TC (p. 151).

<sup>41</sup> Es una versión española de lo que en Italia se llama la “Guerra de las Cortes”, es decir, la serie de disputas que se han dado entre la Corte de Casación y la Corte Constitucional (p. 174).

<sup>42</sup> Verdaderamente, no obstante su trascendencia, esta sentencia no viene sino a constituir una etapa más de una larga cadena de desencuentros y conflictos entre ambos Tribunales. La elevada tensión existente entre ellos por el deslinde de sus competencias constituye un problema institucional de primer orden, como lo señala Espín (p. 17).

<sup>43</sup> Producto de una fuerte influencia de la jurisprudencia alemana sobre la materia (E. Espín, p. 29).

## PRINCIPI E VOTI, DE GUSTAVO ZAGREBELSKY\*

Manuel Núñez \*\*

El Profesor Zagrebelsky, que ha enseñado en las universidades de Sassari y Torino, no necesita mayores presentaciones en el mundo hispano parlante. La traducción de su libro *El derecho dúctil*<sup>1</sup> ha sido varias veces reimpressa y, lo que es más relevante, ha ejercido una notoria influencia en la dogmática constitucional latina, a uno y otro lado del Atlántico. Junto a ese texto de referencia coexisten otros, menos conocidos en nuestro medio, pero igualmente demostrativos de una extensa vocación por la reflexión política y constitucional. Es el caso de *“Crucifige” e la Democrazia* (Einaudi, Torino, 1995, p. 120) –donde ha vuelto sobre el mismo problema que a principios del siglo XX ocupó a Hans Kelsen, el proceso de Jesucristo y el sentido de la democracia– y el intercambio de lecciones sobre la justicia con el Cardenal MARTINI, *La domanda di giustizia* (Einaudi, Torino, 2003, p. 72).

*Principios y votos* es un texto, en formato menor y en clave ensayística, que se suma a la extensa y documentada producción del autor sobre la justicia cons-

---

\* Giulio Einaudi Ed., Torino, 2005, p. 131, ISBN 88-06-17827-X.

\*\* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Norte.

<sup>1</sup> La última que conozco es *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. cast. M. Gascón), Trotta, Madrid, 2003, p. 156; véase la reseña de Martínez, Faustino en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos XXVII* (2005), pp. 630-635.

titucional.<sup>2</sup> El eje sobre el cual discurre la obra es la aparente paradoja entre el carácter apolítico de las jurisdicciones constitucionales y el carácter político que posee la interpretación de la Constitución. La respuesta que sugiere Zagrebelsky se sustenta sobre la correcta inteligencia de un concepto aparentemente redundante: el de *república democrática*. Sosteniéndose sobre la tradición moderna de las formas de gobierno (desde Maquiavelo en adelante), el A. recuerda que la democracia (la especie) puede rebelarse contra la república (el género, entendido *res publica*), “transformándose en un régimen de facciones; una parte, aunque sea la mayoría, puede pretender valer como el todo adueñándose de la cosa común” (p. 120). Por eso, la tesis medular del libro se resume en la siguiente fórmula definitoria: la justicia constitucional es una institución (o una función) republicana que limita la democracia.<sup>3</sup> Esta tesis permite, al mismo tiempo, comprender la función “antimayoritaria” de la justicia constitucional e incardinarla en la teoría y práctica democrática. Para el A. es perfectamente posible afirmar, sin causar escándalo, “que las instituciones judiciales no forman parte de las instituciones de la democracia” (p. 119). La clave de la paradoja reposa en el concepto limitado de la Constitución, comprendida como un código de principios sobre el cual ya no se vota, o sobre el cual el Parlamento (en tanto y en cuanto Parlamento) ya no vuelve a votar. Entendida de esta forma, la Constitución asegura el mínimo de unidad o cohesión para la comunidad política y para la subsistencia de la *res publica*. Este modo limitado o anti jacobino de comprender la democracia permite concebir a los órganos de la justicia constitucional como “instrumentos de gobernabilidad” antes que como “obstáculos” para el gobierno. En este sentido, es también posible entender cómo la función de los jueces de la Constitución pueda, al mismo tiempo y sin variar las circunstancias, ser política y no política. En lo que concierne a su politicidad, el A. no duda en endilgarle ese adjetivo, si por política se entiende aquella actividad enderezada hacia la convivencia social.

Pero el valor del libro no se limita al intento por desatar –o demostrar la inexistencia– el nudo gordiano entre justicia constitucional y democracia. La perspectiva confesada del A., que por varios años ocupó una magistratura en la *Corte Costituzionale*, no es otra que la del *insider*, cuya autoridad y experiencia le permiten opinar no sólo sobre la naturaleza de la función del Tribunal Constitucional, sino también sobre su organización y funcionamiento. Esta dimensión completa la perspectiva teórica con la práctica, ofreciendo al lector la visión del magistrado que es capaz de advertir la importancia de los espacios (hay notables

<sup>2</sup> Véanse, en particular, *La giustizia costituzionale* (Il Mulino, Bologna, 1988) y la entrada “Il processo costituzionale” en la *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè, Milano, 1987), vol. XXIV, pp. 536 y ss.

<sup>3</sup> “En breve: la justicia constitucional es una ‘función republicana’. En esta definición de pocas palabras radica toda su importancia y su dignidad, y no hay ninguna razón para subir por los espejos buscándole, a toda costa, una innatural naturaleza democrática, que no necesita y de la que, es más, tiene que temer” (p. 121).

páginas dedicadas a la *Camera di Consiglio*), del silencio reflexivo, de las formas de debatir y también de argumentar.<sup>4</sup> Las recientes modificaciones en la organización y atribuciones de nuestro Tribunal Constitucional (cf. Ley N° 20.050, D. Of. de 26 de agosto de 2005), que lo acercan cada día más a sus similares europeos (con todos los problemas que ello conlleva), aconsejan prestar atención a las reflexiones que el A. propone sobre el Colegio y la persona de los jueces. Por lo que concierne a la unidad (el *Colegio*), la inexistencia de opiniones disidentes es evaluada como un herramienta que, en la particular cultura política italiana (que el A. se ocupa de separar de modelos culturales como el de la Suprema Corte de los Estados Unidos, donde las *dissenting opinions* no deterioran la autoridad del máximo tribunal) “alimenta en espíritu unitario del *Colegio* e influye en la sustancia de las decisiones” (p. 70).

Por lo que se refiere a la persona de los jueces, el A. insiste en aquello que puede resumirse como la obligación fundamental de fidelidad y renuncia de los jueces constitucionales. Esto implica, en primer lugar, fidelidad a la Constitución, que el A. resume en el deber de decidir “según” la Constitución y no “sobre” la Constitución. Es decir, lo propio de la jurisdicción constitucional sería el decidir sobre diversas posibilidades interpretativas de la Constitución, proposición cuya comprensión necesariamente reenvía al lector a las reflexiones sobre la interpretación constitucional contenidas en *La giustizia costituzionale*<sup>5</sup> o al examen sobre principios y valores de *Il diritto mitte*.<sup>6</sup> La renuncia de los jueces no es otra cosa que el deber de independencia, que en la obra es desglosado en dos partes: la renuncia a los demás y la renuncia a sí mismos. La primera forma de renuncia es la poco novedosa independencia de los jueces constitucionales frente al poder político, rasgo que impide (o deber impedir) concebir a este tipo de órganos jurisdiccionales como una tercera cámara política. Sin embargo, esta forma de independencia también esconde una cara más sutil que el A. se encarga de evidenciar: la independencia de los jueces también comprende la independencia frente a la mayoría. “No te dejes arrastrar al mal por la muchedumbre” es un párrafo del *Éxodo* (23, 2) que el A. se preocupa de recordar al lector. Este deber de escapar del poder político y de la presión de la mayoría se resume en una máxima difícil de traducir: “*essere giudici, non propaggini*”.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Hay una “tendencia psicológica por la tercera opción”, esto es, no dar por ganadora a ninguna de las partes en conflicto, que lleva al ex magistrado a recomendar a los litigantes no utilizar frente a la Corte argumentos o expresiones categóricas como “¡necesariamente debe ser así!”, “¡ay si fuese de otro modo!” o “sería grave sí” (vid. p. 61).

<sup>5</sup> Enmarcada dentro de la función de “defensa de las reglas sobre competición política y no de la dirección de la misma”, *La giustizia costituzionale* (Il Mulino, Bologna, 1988), p. 54.

<sup>6</sup> En *Il diritto mitte* (trad. cast., cit., *El derecho dúctil*) se encuentra la conocida proposición de los principios concebidos como expresión del “sentido común” del Derecho (cito desde la ed. de G. Einaudi, Torino, 1992, pp. 169 y ss.).

<sup>7</sup> En una entrevista concedida a *La Nuova Sardegna* (miércoles 21 de diciembre de 2005, p. 4), Zagrebelsky explicaba el sentido de esta sentencia: “Simplemente quiere decir que [los jueces]

Pero no basta con que el juez renuncie a la mayoría, debe también renunciar a sí mismo. Y renunciar a sí mismo no supone solamente renunciar a convertir en colegiales las convicciones y creencias estrictamente personales, sino también renunciar a las opiniones vertidas en otros lugares. Aquí el A. toca un aspecto muy sensible en la crítica de la argumentación judicial: esa tendencia academicista que lleva a algunos magistrados a descreer en las profundas diferencias que separan una sentencia de un trabajo de carácter académico y a ceder frente a la estúpida tentación de consignar, bajo la voz del Tribunal, sus opiniones personales o académicas.<sup>8</sup> Esta advertencia ciertamente compensa la recomendación de Zagrebelsky a favor de jueces con personalidades fuertes e historias personales dignas de ser reivindicadas (p. 62), y contraria a esos jueces “tibios”, o “Nicodemos que sólo poseen el coraje de sus ideas al reparo de las tinieblas” (p. 62).

---

deben cuidar de un modo especial su independencia. Es más, deben ser del todo desinteresados, es absolutamente necesario que actúen en propio, es decir, que no se refieran a ‘terceros’, sean ellos delegados de los partidos políticos o representantes de otros intereses sociales. Este es un principio que vale para todos los jueces”.

<sup>8</sup> Uno de los casos más conocidos es la crítica que en Alemania recibió el juez (y Profesor) del Tribunal Constitucional Paul Kirchhof, ponente de la conocida sentencia Maastricht (*Brünner et al.*, 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89, 155 y ss.) sobre el Tratado de la Unión Europea; *vid. Zuleeg, M.* “The European Constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario”, *European Law Review* 22 (1997), pp. 27 y ss.