

PODER JUDICIAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL
EN LA SOCIEDAD GLOBALIZADA

Andrés Ollero Tasara

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

PODER JUDICIAL Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA SOCIEDAD GLOBALIZADA

El primer elemento de la temática propuesta invita a ahondar en los motivos de nuestro endémico conflicto entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, que resultaría inexplicable si dependiera sólo de la capacidad de mutuo entendimiento entre sucesivos interlocutores. Su raíz, como hemos tenido ocasión de exponer con más detenimiento (1), estriba en un peculiar e híbrido sistema de control de constitucionalidad, que intenta combinar aspectos estructuralmente contradictorios.

La reacción espontánea, no menos endémica que el conflicto mismo, suele consistir en reclamar una reforma del sistema. Actitud tan expeditiva parece digna de aplauso, pero pone en evidencia una falta de reflexión sobre determinadas tensiones filosófico-jurídicas subyacentes. Si hace ya veinticinco años se optó por un sistema de control de constitucionalidad *concentrado*, presuntamente limitado a una función de *legislación negativa*, pero sin renunciar a la vez al *positivo amparo* de toda vulneración de un derecho fundamental de cualquier ciudadano, no fue por capri-

(1) En “Igualdad ante la ley, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo”, que sirve de introducción a nuestro libro *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y debates n.º 163), 2005 (2.ª edición aumentada y actualizada), págs. 9-13; también 121 y ss.

cho. Se respondía a una doble y conflictiva exigencia sobre la que viene reposando, de modo rara vez coherente, la teoría jurídica de la Europa continental desde la última posguerra.

La primera exigencia convierte al *respeto de los derechos humanos* en el elemento clave de toda la arquitectura jurídica. Habríamos pasado, en expresión ya tópica, de entender los derechos como meras situaciones derivadas de las leyes, a entender las leyes como desarrollo y protección de unos derechos que constituirían una realidad jurídica previa. De ahí la necesidad de que el recurso de amparo se convirtiera en elemento indispensable del control de constitucionalidad.

Podría pensarse que la satisfacción de esta exigencia habría hecho aconsejable un sistema de control *difuso*, más cercano a la experiencia norteamericana que al viejo modelo kelseniano, que no reconoce a los derechos protagonismo alguno. Ello nos habría llevado a convertir en Constitucional al propio Tribunal Supremo, evitando una dualidad potencialmente conflictiva; o, si acaso, diseñar un Tribunal Constitucional preocupado sólo de los conflictos de competencia o institucionales.

Con ello, sin embargo, se habría convertido al Judicial en Poder supremo, ya que resultaría caprichoso ignorar que el *sentido vigente* de las normas es el establecido por sus indispensables intérpretes y no por sus creadores. Añádase a ello que es en los legisladores, y no en los jueces, donde el sistema ha depositado la legitimidad de la creación de derecho; no parece lógico que unos jueces seleccionados con criterio meramente *técnico* acaben asumiendo un máximo protagonismo *político*. Es en este punto donde la segunda exigencia entra en escena. Nuestro modelo de Tribunal, integrado por miembros seleccionados con el *aval político de los diversos Poderes del Estado*, parece más adecuado para cumplir una función de control constitucional al margen (por no decir, por encima) de esos mismos Poderes.

Si a KELSEN ello no le planteaba problema alguno es porque suscribe un planteamiento filosófico-jurídico basado en una ética *no-cognotivista*. Reducido lo ético a mero emotivismo, niega

relevancia jurídica a cualquier intento de hacer *justicia*; en consecuencia, obliga a negar a los llamados derechos humanos toda dimensión jurídica diversa de la que puedan recibir de las normas positivas. Reconocer la existencia de derechos (obviamente jurídicos) previos a las leyes, puesto que incluso en su versión menos contundente— “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (art. 53.3 CE) es algo que no cabría en cabeza kelseniana.

El no-cognotivismo implica a la vez reconocer que la tarea de los jueces, como la de cualquier otro creador de normas jurídicas, no sería en modo alguno racional sino volitiva. Los jueces no formularían en realidad *juicio* alguno; dan paso a *actos de voluntad* en ejercicio de la competencia que para ello los habilita, sometidos sólo a la voluntad revisora de la instancia a la que la norma haya querido hacer competente. Esto es lo que permite a Kelsen caracterizar al ordenamiento jurídico como *sistema dinámico*.

El problema se desencadena cuando se pretende suscribir la teoría jurídica kelseniana sin asumir esa ética no-cognotivista. Más de uno pretende, al parecer, ser positivista (porque lo políticamente correcto convierte a todo lo que pueda oler a iusnaturalismo en académicamente incorrecto) y a la vez convertir en centro del sistema jurídico positivo a los derechos humanos. El problema es que, se quiera o no, el reconocimiento de tales derechos exige asumir una ética cognotivista, que más allá de todo voluntarismo— alimenta una dinámica jurídica vinculada al ejercicio de la razón práctica.

Hablamos con naturalidad y soltura de unos derechos humanos, cuyo “contenido esencial” la ley “en todo caso deberá respetar” (art. 53.1 CE). Entendemos a las leyes como encargadas de desarrollar de modo políticamente legítimo dicho contenido. Atribuimos a los jueces la obligación de interpretarlas siempre del modo más favorable para aquellos derechos. Giramos así de continuo —no como KELSEN— en torno a meras conexiones formales entre normas de aleatorio contenido, sino en torno a jui-

cios prácticos sobre la congruencia de las normas o resoluciones judiciales respecto a un referente material: los valores superiores del ordenamiento jurídico, expresados en derechos y proyectados en principios, antes incluso de verse desarrollados normativamente. Queda pues fuera de toda duda que la *validez* de tales normas dependerá, al menos de forma indirecta o *negativa*, de su *contenido*. Todo ello no hace sino configurar lo que KELSEN calificaría como *sistema estático*, inseparable para él de un planteamiento iusnaturalista.

Sin duda, el iusnaturalismo en el que KELSEN está pensando es el desplegado 'more geometrico' sobre bases racionalistas; una vez positivado legalmente por vía codificadora, desemboca en la aplicación silogística de la norma a través de un aséptico proceso de subsunción. El iusnaturalismo de la posguerra europea ya no era ése. Entiende, por una parte, que de unos mismos fundamentos cabe derivar diversos desarrollos legales, respetuosos todos ellos con su núcleo o contenido esencial. De ahí que el control de constitucionalidad pueda seguir aparentando consistir en una legislación *negativa*, en la medida en que renuncia a establecer *positivamente* cuál sería la mejor ley.

Obviamente, planteada así la cuestión, los jueces juzgan. Emiten juicios racionalmente plausibles; no se limitan a emitir actos de voluntad más o menos pronosticables. Controlar si su juicio no ha sido capaz de evitar la vulneración de un derecho fundamental, derivada de actos emanados de los poderes públicos, exige a la vez juzgar de nuevo; ello nos introduce en una inevitable dinámica de *juicios sobre juicios*. A partir de ahí, sólo un esmerado respeto institucional, que lleve a una mutua y prudente inhibición, puede evitar el continuo rifirrafe.

En el fondo, el problema no es quién juzga a quién, sino quién juzga sobre qué. Por debajo de posibles asimetrías estructurales, o de ocasionales resquemores personales, late la poco disimulada esquizofrenia que viene experimentando nuestra teoría jurídica: pierde pie si no se confiesa positivista; pero no renuncia a exhibirse como guardiana de una teoría de la justicia, a la que

con singular incoherencia niega a la vez todo satisfactorio acceso racional.

Como consecuencia de todo ello, entra en crisis el viejo intento de delimitar, de modo cuasi-*'territorial'* el ámbito de la legalidad y el de la constitucionalidad. El recurso de amparo se concibió, en aras de una correcta articulación procedimental, como subsidiario. Se trataba de respetar el papel del Poder Judicial como primer intérprete no sólo de la legalidad sino, muy especialmente, de la constitucionalidad de cualquier conducta o actuación. El Tribunal Constitucional ha de evitar en consecuencia abordar cualquier posible vulneración de un derecho fundamental que no haya tenido oportunidad de subsanar previamente la jurisdicción ordinaria.

La paradoja surge cuando esta prioridad de la vía judicial, emanada del respeto a su no menos primordial función, se convierte en obligada ocasión de mal asimiladas fricciones: todo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, si llega a otorgar amparo a un ciudadano ante la vulneración de uno de sus derechos fundamentales, dejará obligadamente en evidencia al órgano judicial que no aprovechó su primaria oportunidad de subsanarla.

La situación polémica se plantea ya, sin necesidad siquiera de que se vea anulada una resolución judicial, si se contrapone en clave legalista— una visión partidaria del “objetivismo propio de los instrumentos procesales” y otra empeñada en valorar “en clave finalística”— el ejercicio de esa vía previa. Se recordará, de pasada, que “ninguna norma, ni constitucional, ni legal, establece” el carácter subsidiario del amparo; se invitará a continuación a situarse “en el simple plano de la ley, y no en un más elevado innecesario plano principalista” (2), que es el que lle-

(2) El voto particular del Magistrado Conde Martín de Hijas a la STC 4/2000, de la que significativamente él mismo fue ponente, hace evocar otro no menos memorable de la primera fase de desarrollo de la doctrina de la igualdad en la aplicación de la ley: el del entonces Magistrado Díez Picazo a la temprana STC 34/1981, de 10 de noviembre.

varía a situarse “en el marco del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, para decidir desde él lo que sea, o no, razonable en la exigencia de agotamiento de la vía previa”.

Tiende a aclararse más el panorama cuando se aduce que “ese concreto contenido del derecho de tutela judicial efectiva es pura creación de nuestra jurisprudencia, sin base en ningún precepto constitucional o legal”. Lo llamativo es que no llegue a plantearse también si no ocurre, inevitablemente, lo mismo a la hora de delimitar todos y cada uno de los restantes derechos fundamentales. Legalidad y constitucionalidad, así entendidas, no parecen disfrutar de pacífica convivencia. Ante el rechazo constitucional de interpretaciones formalistas de la legalidad procesal, se dictaminará la “marcada incoherencia entre la proclamada subsidiariedad del recurso de amparo y la laxitud en el control del agotamiento de la vía previa”; ello sería sólo explicable por una “flexibilidad” que permite utilizar los recursos configurando “como una opción facultativa” lo que sería “un inequívoco imperativo legal”; todo ello acabaría operando “en perjuicio de la otra parte del proceso” (3).

Dejando al margen esta circunstancia española, debo dar entrada a un epílogo más globalizado. Es manifiesto el desfase entre una realidad social de alcance global, que no deja de plantear peculiares exigencias jurídicas, y la penuria de normas de similar alcance transnacional capaces de darles respuesta.

Sería precisamente la superación de un normativismo rígido lo que permitiría operar como principios interpretativos, vía art. 10.2 CE, a los escasos textos normativos disponibles. Sirvan de ejemplo las dificultades con que sigue tropezando en el ámbito penal el principio de “justicia universal”, ilustradas por la sen-

(3) La discrepancia del Magistrado Conde Martín de Hijas volverá a tener ocasión de expresarse en voto particular a la STC 33/2002, en cuyo epígrafe 1. se declara “consciente de que la Sentencia de la que discrepo sigue en este punto el criterio habitual en nuestra jurisprudencia; pero ese criterio es el que cuestiono, pues creo que no se acomoda a la lógica de la subsidiariedad del recurso de amparo”.

tencia del Tribunal Supremo sobre vulneraciones de derechos en Guatemala (4), recurrida más tarde ante el Tribunal Constitucional.

También la Carta europea podría haber ofrecido un interesante campo de juego a tales principios. Su situación actual se ha convertido sin embargo en paradójicamente patética. El afán de conferirle realce, incluyéndola en el proyecto de una Constitución para Europa, la ha llevado a compartir una crisis cuyos motivos le resultan absolutamente ajenos, truncando expectativas más optimistas (5).

(4) De interés el trabajo de C. CONDE PUMPIDO “La justicia universal en la jurisdicción española”, incluido en el número monográfico sobre *Globalización y derecho* de la revista *Persona y Derecho*, 2004 (51), págs. 49-73.

(5) Cfr. al respecto los primeros frutos del Grupo de trabajo encabezado por los Profesores STERN y TETTINGER (prematuramente fallecido antes de poder verlos madurar): *Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich Berlin*, Berliner Wissenschaft-Verlag, 2005.

EL JUEZ Y LA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

TOMO II

1.

Poder Judicial y jurisdicción
en una sociedad global

2.

El Poder Judicial
en la construcción europea

DIRECTORES

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
Vocal del Consejo General del Poder Judicial

JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO
Vocal del Consejo General del Poder Judicial



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

© CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
C/ Marqués de la Ensenada, 8 - 28071 MADRID

ISBN O. C.: 978-84-92596-12-6

ISBN T. II: 978-84-92596-14-0

Depósito legal: M. 15.035 - 2009

Imprime: LERKO PRINT, S. A.

Paseo de la Castellana, 121. 28046 Madrid