

# La proyección de la complejidad institucional en la decisión jurídica

## *The projection of the institutional complexity in the legal decision*

Por JUAN MANUEL RODRÍGUEZ CALERO  
Universidad de La Laguna

### RESUMEN

*Los conflictos entre instancias judiciales enturbian la tradicional concepción del derecho como un mecanismo destinado a proporcionar la solución «correcta» a los supuestos controvertidos. El protagonismo que adquiere el juez en la ponderación de los principios y la inexistencia de un acuerdo institucional acerca de cuál sea el tribunal superior al que corresponde pronunciar la última palabra en el mundo del derecho ofrecen una imagen de extrema complejidad que redimensiona el sentido de los instrumentos de control de la decisión jurídica. La vis atractiva de los derechos fundamentales y la interrelación entre la norma constitucional y la ley justifican el papel que puede asumir la jurisprudencia constitucional disponiendo la respuesta definitiva. Pero ello no obsta el reclamo de un órgano judicial que pudiera cerrar el sistema desde una perspectiva institucional.*

*Palabras clave: Razonamiento jurídico. Tribunal Constitucional. Tribunal Supremo. Principios del derecho. Decisión jurídica.*

### ABSTRACT

*The conflicts between the judicial instances mar the traditional conception of law as a mechanism intended to provide the «right» solution to controversial*

*issues. The leading role that the judge acquires in the weighting of the principles and the non existent institutional agreement about which High Court of Justice has the last word in the world of law, offers an image of extreme complexity which resizes the sense of the instruments of control of the legal decision. The attractive vis of the fundamental rights and the relationship between constitutional norm and the law justify the role that the constitutional jurisprudence can play having the final response. This does not prevent the claim of a Judicial body that could close the legal system from an institutional perspective.*

*Keywords: Legal reasoning. Constitutional Court. Supreme Court. Principles of law. Legal decision.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PRINCIPIOS. – 3 LA INDEFINICIÓN DE LA ÚLTIMA INSTANCIA JUDICIAL. – 4. CONCLUSIONES.

**SUMMARY:** 1. INTRODUCTION. – 2. THE JUDICIAL CONTROL OF THE PRINCIPLES. – 3. THE LACK OF DEFINITION OF THE LAST JUDICIAL INSTANCE. – 4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los problemas jurídicos reclaman una solución que no siempre resulta sin más deducible de las normas. En estos casos la pretensión de vigencia del principio de seguridad jurídica resulta inevitablemente afectada. El juez tiene que valorar la densidad normativa de los principios, eventualmente contradictorios, que pudieran concurrir en cada concreto supuesto. Pero esa valoración no dispone de un criterio cristalino para fiscalizar su mayor o menor corrección. La institucionalización de la revisión judicial contribuye cuando menos a precisar la competencia de cada órgano judicial al respecto. El problema surge, no obstante, cuando se generan conflictos entre organismos que reclaman para sí el papel de órgano superior de la jurisdicción. Son dos, pues, los desafíos que asume la seguridad jurídica en este punto: la inexistencia de un criterio único de decisión en los supuestos de colisión de principios y la indefinición acerca del órgano superior de la jurisdicción. Los analizaremos por separado.

## 2. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS PRINCIPIOS

Resalta en el pensamiento jurídico contemporáneo un enfoque de la interpretación jurídica que expresa una confianza que entendemos excesiva.

va en la función que pueden cumplir los principios en el ámbito jurídico. Se trata de corrientes matizadamente antiformalistas que desde distintos puntos de vista pretenden considerar a los principios jurídicos como una especie de bálsamo de fierabrás capaz de dar la respuesta adecuada, incluso la única respuesta correcta, a un conflicto jurídico.

De manera significativa encarna esta fe en los principios Ronald Dworkin, quien esgrime la imposible identificación de los principios por una regla maestra, por una norma que reconozca los estándares normativos que aplica el juez. En concreto refiere al efecto el caso del asesino que pretende heredar el patrimonio de su víctima. El juez rechaza su petición aplicando un principio, «nadie puede beneficiarse de sus propios ilícitos»<sup>1</sup>, enunciado que no existe en el sistema jurídico. No existe una norma de reconocimiento, de identificación, que fije su pertenencia al mismo. Sugiere que cuando un juez está ante un caso difícil, siguiendo la tesis positivista, en el que una regla no puede dar respuesta, introduce nuevos derechos jurídicos que aplica retroactivamente al caso que tenía entre manos<sup>2</sup>. Desde su punto de vista la tesis de los derechos hace que se concilie la creación judicial y la historia institucional. Su teoría de la adjudicación, en la que alude a un juez ideal, en este caso nos interesa algo menos. Lo relevante, a nuestro juicio, es que existe algo en los sistemas jurídicos que no son reglas del derecho, que no pueden ser identificadas por una norma de reconocimiento y que deciden controversias jurídicas. Habría estándares que aplican los jueces y son creados por ellos. Esto pondría en cuestión la vigencia de la noción tradicional de seguridad jurídica, en la medida en que más allá de la ley los operadores jurídicos serían los encargados de crear normas con las que resuelven supuestos concretos.

En tales casos la entrada en juego de los principios derivaría en una decisión que se entiende no solo desde el punto de vista formal sino también material (desde el punto de vista de su justicia) correcta. ¿Existen estándares normativos distintos a las normas, que se utilizan para la resolución de controversias jurídicas y que son «creados» por los jueces? De ser afirmativa la respuesta algunas de las nociones tradicionales de la cultura jurídica tendrían que ser reformadas<sup>3</sup>.

Muchas veces los juristas, es cierto, hablan de principios<sup>4</sup>. Así se sostiene que son principios del derecho laboral *in dubio pro operario*, la irrenunciabilidad de los derechos o la no discriminación. En estos

---

<sup>1</sup> DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1987, p. 23.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>3</sup> Analiza las causas del desfase de las nociones tradicionales de la cultura jurídica con respecto a la realidad del derecho ARA PINILLA, I., «La autocomplacencia estética de la cultura jurídica» en Sánchez Bravo, A. (dir), *Democracia, pluralismo y derechos humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 285-305.

<sup>4</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, sin pretensión de exhaustividad, aluden a seis sentidos: norma muy general, norma redactada en términos vagos, norma programática, norma que expresa valores o máxima o enunciado de la ciencia jurídica con un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del sistema jurídi-

casos, y a pesar de que se utiliza explícitamente el término «principio», estaríamos ante la descripción del derecho pero no ante una norma. Se podría asumir esta conclusión tras el análisis del derecho laboral porque algún precepto los recogiera. Pero seguiríamos estando en el ámbito descriptivo del derecho, no en el normativo. Es decir, cuando hablamos de principios en general no necesariamente estamos aludiendo a estándares que resuelven supuestos concretos, a normas<sup>5</sup>. En ocasiones se utilizan para la descripción del sistema jurídico. En otros casos, y esto es más frecuente de lo que pudiera parecer, se emplea la fórmula para referirse a máximas o aforismos que tienen un carácter lógico o histórico (*nemo dat quod non habet-nemo inauditis condemnetur*) y en otros como criterio de interpretación (principio de libertad o principio de igualdad). En estos casos los principios jurídicos no aparecen como normas de derecho y, por tanto, en nada les afecta la crítica de Dworkin.

Sin embargo, también existe un sentido de los principios como normas, como estándares jurídicos que resuelven conflictos, que son utilizados por los operadores jurídicos, y fundamentalmente por el juez, para fundar una respuesta ante un conflicto real, pero entendemos que no se trata de la creación *ex novo* de normas por parte del juez, ni de la existencia de un juez ideal capaz de proporcionar la única respuesta correcta.

Asumimos que la distinción entre reglas y principios como normas se plantea en el razonamiento jurídico. Esto es, cuando el juez justifica su decisión. El juez necesariamente ha de partir de un enunciado jurídico establecido al que podamos identificar a través de una norma de reconocimiento porque de otra manera estaría aplicando su criterio de justicia –y sería sancionado porque su obligación es aplicar el derecho vigente, no crearlo–. Podrá llegar a conclusiones incoherentes o irrazonables desde el punto de vista del razonamiento y, por lo tanto, censurables. Pero el juez habrá de partir de un enunciado normativo establecido por el legislador para dar una respuesta fundada en derecho. Si esto es así, la pregunta es en qué se diferencia la aplicación de una regla de la de un principio.

Las reglas son enunciados normativos que resuelven como razón exclusiva y excluyente una controversia jurídica. Es decir, el operador jurídico debe tratar de dilucidar qué regla da respuesta a un problema e invalidar aquellas que pudieran contradecir su contenido<sup>6</sup>. Se trata-

---

co o de un sector normativo. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 3 y 4.

<sup>5</sup> CARRIÓ, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, pp. 35 ss.

<sup>6</sup> La distinción entre reglas y principios ha sido objeto de distintos estudios en las últimas décadas. Entre las más relevantes puede verse ALEXEY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; «On the structure of Legal Principles», *Ratio Juris*, núm. 13-3, 2000, pp. 294-304; PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykin-

ría de determinar cuál es el enunciado que opera como regla y que es una razón suficiente para dar una solución al problema que se plantea. Una norma podría establecer que quien difame al empleador podrá ser despedido sin ningún tipo de indemnización. Un trabajador es considerado por una autoridad como reo de esta falta y se le aplica esta norma como razón suficiente. El juez tendrá que analizar si existen otras normas que sean contradictorias con ella y plantear su validez frente a esta a través de las herramientas que proporciona el propio sistema jurídico (la ley superior deroga a la inferior, la posterior a la anterior o la ley especial a la general). Si hubiera una norma de rango superior, posterior en el tiempo o más especial que estableciera por ejemplo el derecho a la indemnización incluso en estos casos, el juez habría de aplicarla como razón suficiente para resolver el problema jurídico y excluir la anterior. Lo relevante es que el juez es el que determina, con los instrumentos que dispone el sistema jurídico, la respuesta que se desprende de un enunciado normativo interpretado como regla. La regla es por tanto una razón suficiente, exclusiva y excluyente, para dar una respuesta a un conflicto jurídico.

El principio, por su parte, es una razón a ponderar con otras normas principales para obtener una respuesta, una decisión jurídica. En el supuesto en que el operador jurídico determine en relación con un caso concreto que un enunciado normativo ha de ser utilizado como principio habrá de ponderarlo con otros principios para proporcionar la decisión<sup>7</sup>. En estos supuestos no cabe anular norma alguna, ni recurrir a los criterios para resolver las antinomias jurídicas, porque los principios se condicionan y la aplicación de uno implica la de otros. La configuración de un enunciado jurídico como un principio supone la ponderación, el *bilancio* o *balancig test*, con otros y, por lo tanto, su aplicación simultánea. Por ejemplo, el principio de buena fe contractual que pudiera estar recogido en una disposición del sistema jurídico habría de ser ponderado con otros como puede ser la irrenunciabilidad de los derechos laborales o con el de seguridad jurídica. Es el juez el que ha de ponderarlos para dar una respuesta fundada en derecho, y su solución habrá de resolver el supuesto concreto y podrá ser utilizada por otros operadores jurídicos dependiendo del rango jerárquico del órgano judicial que resuelva el conflicto. Pero esto último está más relacionado con el papel de la jurisprudencia en la decisión jurídica que con el propio razonamiento jurídico.

Por lo tanto los enunciados normativos establecidos por el legislador pueden ser utilizados por los jueces, y en general por los operadores jurídicos, como principios del derecho o reglas jurídicas. Y la pregunta que nos podemos plantear es si existen elementos estructurales que

---

son, 1998; ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *op. cit.*, MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon, 1978; ASIS ROIG, R., *Jueces y normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995; ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

<sup>7</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, p. 105.

determinen que un enunciado deba ser interpretado como regla o principio. Si un operador jurídico deba considerar un enunciado como un tipo de estándar o como otro. Han existido distintas propuestas que plantean esta hipotética distinción aludiendo a diferentes criterios<sup>8</sup>. La distinción entre reglas y principios se configura, desde nuestro punto de vista, en el ámbito interpretativo, en la adscripción de sentido a los enunciados normativos establecidos por el legislador. En el ámbito del lenguaje del legislador no cabe pretender una distinción entre reglas y principios. Nos podemos encontrar, evidentemente, con la utilización del término «principio» o incluso «regla» por parte del legislador o del constituyente, pero ello no prejuzga su operatividad como tales<sup>9</sup>.

Aunque esto sea así, no creemos tampoco que el juez o el operador jurídico de que se trate tenga libertad (o discrecionalidad) para configurar un enunciado normativo como regla o principio. En este ámbito existe lo que, siguiendo a Tarello, podemos denominar «espías de la función» de regla o principio<sup>10</sup>. Es decir, una serie de «pistas» o «indicios» acerca de si un enunciado ha de operar como regla o principio. Su carácter general, abierto o incluso la propia consideración de un enunciado del legislador como principio solo pueden ser tenidos en cuenta como elementos indiciarios de cómo han de operar en la resolución de un caso concreto. Pero es el juez, en definitiva, el que dilucida su operatividad en cada caso concreto como regla o principio.

Vale al respecto la consideración de Garrido Falla en relación con el artículo 1 de la Constitución que proclama los valores superiores del sistema jurídico: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, cuando indica que se trata de un enunciado que indiciariamente tendría que configurarse como un principio, esto es, podría dar una respuesta a través de su ponderación con otras normas principiales. Su carácter general, abierto e incluso el hecho de que se proponga por el constituyente como valores, inclinaría a pensar en su operatividad como principio. Sin embargo, Garrido Falla plantea que en la hipótesis de una ley que implantara un único partido su inconstitucionalidad sería palmaria y se justificaría en la configuración de este pre-

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ CALERO, J. M., *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 60 ss.

<sup>9</sup> GIANFORMAGGIO, L., «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65-103, p. 71. Los profesores Atienza y Ruiz Manero parecen, por su parte, proponer una distinción estructural entre reglas y principios entendiendo que las primeras configuran el caso de forma cerrada mientras los principios lo hacen de forma abierta. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., «Sobre principios y reglas», *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 101-120, p. 108. Véase en este sentido la polémica con Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992; «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 315-325. ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho...*, *op. cit.*, pp. 26-34.

<sup>10</sup> TARELLO, G., «Enunciati, enunziamenti e spie della loro funzione precettiva», en G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 143-165, p. 164.

cepto como regla jurídica, el valor pluralismo político justificaría como razón suficiente la inconstitucionalidad de esta ley<sup>11</sup>. Por lo tanto un enunciado que indiciariamente apunta a su configuración como principio, opera como regla jurídica, como razón exclusiva para resolver un conflicto.

La determinación de si un enunciado ha de ser razón suficiente (regla) o ha de ponderarse con otros principios es una decisión que en cada caso toma el juez, el operador jurídico, aunque ha de tener presente, también, los mencionados espías de la función de regla o principio.

El principio como norma que ha de ser ponderada es uno de los sentidos en el que puede hablarse de principios del derecho. En todo caso no da lugar a decisiones más justas, más correctas o implica la utilización de estándares ajenos a la regla de reconocimiento. Se trata de una forma de razonar en el derecho con una serie de enunciados que el operador jurídico entiende que es preciso ponderar con otros. La entrada en acción de este tipo de principios podría generar la imagen de un déficit de seguridad jurídica en cuanto, más allá de los supuestos de manipulación semántica de los enunciados que los consagran<sup>12</sup>, parece evidente que el balanceo o ponderación entre principios da un mayor protagonismo al juez u operador jurídico, pero en la medida en que los órganos de más alto rango resuelvan estos conflictos y que sus decisiones sean vinculantes para los demás operadores jurídicos entendemos que esta apreciación queda en buena medida solventada<sup>13</sup>.

Junto a esta tipología de principios podemos también aludir a otro tipo de principio que aparece en el ámbito del razonamiento jurídico con rasgos diferenciados, y que utilizan los operadores jurídicos como normas para resolver controversias jurídicas. Nos referimos a los denominados principios generales del derecho o, si se prefiere, principios implícitos del derecho frente a los descritos previamente, que serían «principios explícitos». Los principios generales del derecho están vinculados con las lagunas jurídicas. Es

---

<sup>11</sup> GARRIDO FALLA, F., «Comentario al art. 1.1», en F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, p. 29.

<sup>12</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, D. E., «La desmaterialización del sentido de los principios jurídicos en la sociedad global como estrategia solidaria», *Ideas & Derecho*, núm. 12, 2016, pp. 43-71.

<sup>13</sup> Carlos Bernal, tras destacar que la fórmula del peso no es un modelo algorítmico que provea una única respuesta y que permite «al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan un papel determinante», advierte que «explicita cuáles son las variables relevantes en la ponderación». Esta fórmula «hace explícitos todos los elementos que el juez debe tener en cuenta para que sus decisiones encuentren respaldo en una fundamentación correcta. En la práctica jurídica, estas decisiones judiciales conforman una red de precedentes que permita la aplicación consistente y coherente de los principios y la predicción de los resultados de las ponderaciones futuras». BERNAL PULIDO, C., «La racionalidad de la ponderación», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75, pp. 71 y 72.

el ámbito en que el operador jurídico en ausencia de norma aplicable crea una norma con la que da respuesta a un vacío jurídico. Los principios generales del derecho constituyen junto con la analogía, como indica MacCormick, el ámbito en el que el juez crea derecho de forma legítima<sup>14</sup>.

No se trata desde luego de una creación *ad libitum* en la que el operador jurídico establezca lo que a su juicio sería una respuesta justa o correcta. Un principio general del derecho lo es en la medida en que explique y justifique normas concretas del sistema jurídico, esto es, se ha de partir necesariamente de las normas específicas, existentes en el ordenamiento, para instaurar un principio jurídico<sup>15</sup>. Si un operador jurídico propone un enunciado capaz de justificar y explicar los enunciados legislativos podríamos afirmar que estamos ante un principio general del derecho.

Nos encontramos con un expediente en el razonamiento en el que el operador jurídico resuelve una controversia jurídica, una laguna, a través de la creación de una norma. Podríamos pensar que este tipo de razonamiento en cuanto implica creatividad plantea problemas desde el punto de vista de la preservación de la seguridad jurídica. No obstante conviene no perder de vista, en primer lugar, que este razonamiento está ligado a una insuficiencia normativa, previamente el operador debe demostrar que no existe un precepto, regla o principio, capaz de resolver el problema jurídico. Además su «creación» ha de tener como sustrato inevitable las concretas normas del sistema jurídico. Ha de argumentar en el sentido de que su respuesta no es más que una operación inductiva en la que el enunciado que propone procede de las normas (reglas y principios) jurídicas<sup>16</sup>.

Es cierto que los jueces podrían plantear la existencia de principios jurídicos contradictorios, aunque la lógica de los sistemas jurídicos, la propia coherencia del ordenamiento, nos lleva a que finalmente sean

---

<sup>14</sup> MACCORMICK, *op. cit.*, p. 153.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 238. «Quien pretenda la aplicación de un principio implícito, deberá realizar un razonamiento dirigido a demostrar: a) que el principio implícito se colige de principios o reglas explícitas del sistema, y b) que de acuerdo a las convenciones interpretativas explícitas, hay razones suficientes para la aplicación del principio implícito». ALONSO VIDAL, H., «Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho», *Doxa*, núm. 35, 2012, pp. 157-172, p. 171.

<sup>16</sup> ALONSO, siguiendo a Pierce, advierte que por inducción se ha de entender el procedimiento por el que «se obtiene o justifica una generalización a partir de un conjunto finito de casos verificados con la pretensión de que la generalización obtenida se aplique a muchos otros casos». ALONSO, J. P., «Principios implícitos y fuentes sociales del derecho», *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 63-83, p. 72. Dentro de este procedimiento existen diferentes metodologías: el falsacionismo, la inducción probabilística y la abducción. Tanto la primera como la segunda son inadecuadas para las generalizaciones normativas al mostrarse inoperantes ante los casos recalcitrantes; la abducción, sin embargo, plantea «resistencia a los casos recalcitrantes ya que los mismos, en la medida que sean casos aislados, no falsifican la hipótesis ni exigen su inmediata revisión». *Ibidem*, p. 75.



depuradas las propuestas por los órganos jurisdiccionales de mayor rango, que en sus decisiones fijarán el principio jurídico que resuelve las eventuales lagunas que se planteen, sin perjuicio de que podrían ser modificados si cambia la legislación, o que se pudiera entender que existe una mejor formulación de un enunciado que explique y justifique las normas de un sistema jurídico. Los principios generales de derecho constituirían, por tanto, un modelo de razonamiento jurídico para dar respuesta a una laguna.

Por principios del derecho, en definitiva, no se ha de entender otra cosa que dos formas de razonar en derecho; dos formas en las que no se introducen elementos extraños, ni en las que podamos predicar que la decisión es más justa, mejor o más correcta. Se trata, incluso, podríamos decir, de dos modalidades de razonamiento en las que pudiera percibirse un mayor activismo o protagonismo judicial y, por ende, mayor inseguridad jurídica en la medida en que es el juez quien pondera y por tanto da prioridad a un principio explícito frente a otro, y quien propone un enunciado que justifica y explica las normas concretas de un sistema jurídico.

Esto último no obstante, como hemos venido manteniendo, tiene que ser matizado. Es cierto que en ambos casos el juez tiene mayor protagonismo pero de ello no se puede deducir que los principios propendan a generar una mayor inseguridad jurídica. En efecto, en ambos casos el protagonismo judicial se diluye en cuanto son los órganos jurisdiccionales superiores los que en definitiva fijarán en buena medida el resultado de la ponderación entre los diferentes principios o el establecimiento de enunciados capaces de explicar y justificar las normas concretas del sistema jurídico<sup>17</sup>.

Es necesario resaltar que este relevante papel se da no solo en países en los que el precedente vertical es reconocido como fuente del derecho sino también en aquellos en los que el juez está sometido exclusivamente a la ley. En el primer caso sobran las explicaciones en cuanto los jueces están sometidos a los precedentes judiciales de los órganos superiores, pero en aquellos en los que, como sucede en el caso español, es cierto que consideran que la jurisprudencia no es fuente formal del derecho y que el juez es independiente de forma que, como indica la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces superiores no pueden dar instrucciones, generales o particulares, a los jueces inferiores «sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico», también lo es que podrán corregir la interpretación y aplicación del derecho «en virtud de los recursos que la leyes establezcan». Y fundamentalmente por la existencia de un recurso de unificación de doctrina al que se puede acudir ante el Tribunal Supremo y que implica el conocimiento por parte de los jueces de cómo se resolverá en

---

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ CALERO, J.M., *op cit*, pp. 147 ss.

última instancia un conflicto concreto o, en su caso, los recursos ante el Tribunal Constitucional.

Es cierto, no obstante, que los jueces podrán plantear nuevos principios jurídicos que serán sometidos al escrutinio, a través de los recursos procedentes, de los jueces superiores. Podemos en este sentido citar los principios formulados para resolver la laguna jurídica consistente en la compensación por la ruptura de la convivencia en la pareja de hecho cuando no existe pacto entre los convivientes. Nuestros tribunales rechazan, en general, que las normas que regulan el matrimonio puedan aplicarse a la situación de pareja de hecho por no existir identidad de razón<sup>18</sup>. La sentencia del pleno del Tribunal Supremo 611/2015, de 12 de septiembre de 2005, en un intento de unificar la doctrina en esta materia, advierte que se ha pretendido colmar esta laguna con distintos principios generales del derecho: la buena fe y la sanción del abuso del derecho, el enriquecimiento injusto, la indemnización de daños y perjuicios, la protección del conviviente más débil e incluso con la aplicación analógica del artículo 97 del Código civil. Esta sentencia se decanta por la aplicación del principio que proscribe el enriquecimiento injusto «que siempre servirá como «cláusula de cierre» para resolver la cuestión». Sin embargo algunos jueces siguen planteando otros principios, y especialmente el principio de protección del conviviente más débil para resolver esta laguna jurídica<sup>19</sup>. En 2018 el Tribunal Supremo, en pleno, se reafirma, de nuevo, en su decisión de 2005 destacando que se ha de aplicar en todo caso el principio general prohíbe el enriquecimiento injusto en el caso de ruptura de la pareja de hecho<sup>20</sup>. Desde entonces esta cuestión parece tener un carácter más pacífico y la jurisdicción ordinaria viene admitiendo el mencionado principio. Y es que aunque, como hemos visto, nada impide que se pudieran plantear por los jueces otras alternativas<sup>21</sup>, son los órganos judiciales de mayor rango quienes suministran la última respuesta.

---

<sup>18</sup> Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han mantenido en su jurisprudencia que el matrimonio y la pareja de hecho no son realidades equivalentes. Véase por todas el Auto del Tribunal Constitucional 156/1987 (FJ 1), de 11 de febrero o la STS 932/1992, de 1 de octubre (FJ 5).

<sup>19</sup> En este sentido SAP de Málaga 734/2013, de 11 de diciembre (FJ 4). Es preciso hacer notar que en todo caso existe una más que vacilante jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta cuestión. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 387/2008, de 8 de mayo, plantea la posibilidad de aplicar otros principios generales como la protección del perjudicado o la analogía de las normas que regulan el matrimonio. STS 387/2008, de 8 de mayo (FJ 3). Véase también, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 1040/2008, de 30 de octubre (FJ 4).

<sup>20</sup> STS 17/2018, de 15 de enero (FJ 5).

<sup>21</sup> El propio Tribunal Supremo advierte que dentro de su función jurisdiccional está «la de evolucionar los criterios hermenéuticos [...] pudiendo cambiar de orientación, siempre que este cambio se funde en una nueva interpretación razonable y no arbitraria, e incluso siendo saludable la revisión constante de la propia doctrina en paridad con la evolución de la sociedad en que ha de aplicarse». STS 6/1990, de 3 enero (FJ 1).

### 3. LA INDEFINICIÓN DE LA ÚLTIMA INSTANCIA JUDICIAL

La incorporación de la jurisdicción constitucional en los sistemas jurídicos genera por lo común conflictos entre esta y la jurisdicción ordinaria a la hora de precisar en ocasiones el criterio que ha de imponerse como definitivo a los problemas jurídicos. Vamos a citar algunos de los conflictos entre estas dos jurisdicciones en nuestro sistema jurídico y que hacen que más que hablar de un dialogo entre jurisdicciones tengamos que referirnos a debate o, mejor, colisión o choques entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y que, como veremos, ha llegado a extremos inaceptables desde el punto de vista de la estabilidad institucional, y que no ayuda precisamente a la determinación de cuál es esta última jurisdicción.

Este antagonismo encuentra un primer ejemplo en la Sentencia 31/1981, de 28 de julio, en la que el Tribunal Constitucional modifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo de fallar teniendo en cuenta los elementos que aportaban los sumarios, manteniendo incluso que todos sus folios, incluido los atestados, pasaran al juicio como prueba documental. El Tribunal Constitucional modifica el criterio del Tribunal Supremo en cuanto a rechazar los recursos de casación que se fundamentaban en la incomparecencia de los testigos en el juicio oral si constaban sus declaraciones en el sumario. El Tribunal Constitucional, en el fundamento 3 de su sentencia, va a indicar que «las pruebas a las que se refiere el propio artículo 741 de la LECrim son las “pruebas practicadas en el juicio”, luego el Tribunal penal solo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él»<sup>22</sup>, entendiendo que la confesión ante la policía, recogida en el sumario, tiene el carácter de denuncia y no basta con que se dé por reproducida en el juicio oral. Para el Tribunal Constitucional esto supondría la vulneración de la presunción de inocencia.

Pero vamos a centrarnos en los casos en que esta colisión se ha producido con mayor virulencia. En primer lugar podemos referirnos a una sentencia del Tribunal Constitucional con respecto a las pruebas de paternidad en que se revisa el criterio sostenido por el Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994 indica que «afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y –legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa– fallar sobre la

---

<sup>22</sup> Vega Torres advierte que la propia Ley de Enjuiciamiento criminal recogía como principio general la producción de la prueba en el juicio oral. «La posibilidad de valorar como prueba elementos introducidos en el proceso antes de las sesiones del juicio es excepcional y está prevista para aquellos casos en que resulta imposible producir o reproducir la diligencia de que se trate en el acto del juicio oral». VEGA TORRES, J., «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal», *Persona y Derecho*, 2006, pp. 741-767, p. 745.

base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial»<sup>23</sup>, anulando la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992<sup>24</sup>. Ante esta decisión la Sala primera del Tribunal Supremo pide al Rey que ejerza su poder constitucional de moderación afirmando que concurre una extralimitación del Tribunal Constitucional<sup>25</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999 constituye otro supuesto destacable que es necesario citar. Esta decisión anula la sentencia del Tribunal Supremo de 2/1997, de 29 de noviembre, por la que se condenaba a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Bata-suna por un delito de colaboración con banda armada a la pena de siete años y multa de 500.000 pesetas. El razonamiento del Tribunal Constitucional se dirige a examinar si «resulta proporcionada una figura que condena las conductas descritas a penas de un mínimo de seis años y un día de prisión». Entiende que superaría el juicio de idoneidad y necesidad pero no el de proporcionalidad en sentido estricto en cuanto las conductas estaban «muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finalmente evitar»<sup>26</sup> (FJ 29). La

<sup>23</sup> STC 7/1994, de 7 de enero, (FJ 7).

<sup>24</sup> Para Xiol Ríos con esta sentencia el Tribunal Constitucional «iniciaba una discutible práctica consistente en reaccionar contra las reticencias, reales o supuestas, a la eficacia de sus sentencias de amparo cortocircuitando el sistema de recursos mediante la anulación de la sentencia del TS y la reviviscencia de la dictada en una de sus instancias, como si tuviera competencias para resolver un recurso de apelación o casación». Xiol Ríos, J. A., «Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. ¿un conflicto permanente?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018, pp. 173-188, pp. 176 y 177.

<sup>25</sup> Los magistrados de la Sala Primera decidieron presentar al Rey un memorando en el que manifestaban su queja por lo que entendían una invasión de su jurisdicción, tras descartar la posible querrela ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo o el incumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional. Se apela en este escrito al poder moderador del monarca. No obstante, tras la intervención del Presidente del Tribunal Supremo, la Sala Primera decide mostrar su descontento con un escrito dirigido a los poderes del Estado (legislativo, judicial y al propio Tribunal Constitucional). «Se produce, por lo tanto un cambio de criterio. Ya no se trata de un Memorandum, sino de una Exposición, sin proponer la adopción de las medidas pertinentes, pareciendo dar a entender que la llamada «revolución judicial» se diluía en una cuestión técnica, es decir, en la existencia de un problema jurídico que debía ser solucionado con criterios legislativos y jurisprudenciales, que parecía exigir la intervención de otros poderes del Estado, pero no del Rey». ÁLVAREZ CONDE, E., «Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional. A propósito del pretendido conflicto entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», en AA. VV., *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1333-1353, p. 1336.

<sup>26</sup> «Los recurrentes, en efecto, no emprendieron directamente la realización de la actividad difusora, sino que remitieron las cintas a los respectivos organismos públicos. Repárese además, en segundo lugar, en que perdieron con ello el dominio del curso de riesgo que conducía del acuerdo delictivo al efectivo apoyo a la organización terrorista; dominio que les hubiera permitido mantener el acto de colaboración hasta la producción de su efectivo resultado, del beneficio para la organización terrorista y del perjuicio para la sociedad» (FJ 29). STC 136/1999, de 20 de julio.

pena es, a su juicio, desproporcionada en relación con la prevista para otros delitos en el Código Penal español y para este delito en otros Estados europeos. Señala, por otro lado, que, aunque la difusión del mensaje político que hizo la Mesa no está protegida por la libertad de expresión e información y participación política, «una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos». Este efecto disuasorio se ve incrementado, indica, por la relativa indeterminación del artículo que «puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada» (FJ 29).

Se censura de esta sentencia la utilización del canon de la proporcionalidad, que ya advirtieron algunos de los magistrados del Tribunal Constitucional en sus votos particulares<sup>27</sup> en el sentido de que su utilización implicaría eventualmente la suplantación del legislador<sup>28</sup>. Aláez Corral en este sentido advierte de la dificultad de aplicar el triple test de la proporcionalidad a las decisiones del legislador al carecer de un punto fijo de referencia «que le predetermine el concreto fin a perseguir con la medida limitativa»<sup>29</sup>. Para el autor el canon de proporcionalidad habría de limitarse a las decisiones administrativas o judiciales siendo el de la razonabilidad el que se ha de aplicar a las decisiones legislativas<sup>30</sup>.

Particular interés plantea también la sentencia del Tribunal Supremo 645/2006, de 20 de junio, que trae a colación Matía Portilla. El autor centra su atención en el voto particular de los Magistrados Saavedra Ruiz, García Pérez, Granados Pérez, Martínez Arrieta y Sánchez Melgar, en el que, a través de una interpretación sistemática del artículo 5.1 de la LOPJ, indican que «en caso de conflicto entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los órganos jurisdiccionales no se encuentran vinculados por las resoluciones del Tribunal Constitucional dictadas al resolver recursos de amparo». Para los magistrados referidos solo las senten-

---

<sup>27</sup> Rafael de Mendizábal Allende indica que es la primera vez que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un precepto penal por considerar desproporcionada la sanción prevista. Indica que este Tribunal ha venido manteniendo que la proporcionalidad es un complejo juicio de oportunidad, y no una mera ejecución o aplicación de la Constitución, en el que no solo hay que tener en cuenta el fin esencial y directo de la norma sino considerar también otros fines legítimos que se puede perseguir con la pena. Véase también los votos particulares de Manuel Jiménez de Parga y Vicente Conde Martín e Hijas.

<sup>28</sup> BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio: El tribunal enmienda la plana al legislador», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 277-342, pp. 339 ss.

<sup>29</sup> ALÁEZ CORRAL, B., «Defensa de la Constitución, libertad de expresión e información y principio de proporcionalidad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, pp. 2567-2594, p. 2583.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 2588.

cias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad serían vinculantes para todos los poderes. Matía Portilla estima, no obstante, que este expediente es inconsistente desde un punto de vista general, y estéril desde un punto de vista práctico. En el primer caso porque una sentencia que alude a la interpretación de una norma vincula en todo caso siendo «indiferente la vía procesal a través de la que el Tribunal se exprese». Estéril, en cuanto el Tribunal Constitucional podrá anular las sentencias del Tribunal Supremo si entiende que la interpretación de la ley viola un derecho fundamental<sup>31</sup>.

Otro episodio significativo es el conflicto que se produjo con la sala Segunda del Tribunal Supremo con respecto a la interrupción de la prescripción de los delitos. Era criterio tradicional del Tribunal Supremo que esta se producía cuando se presenta una querrela, denuncia o investigación sobre una persona identificada o identificable. La STC 63/2005, sin embargo, va a exigir un requisito adicional, un acto judicial de admisión de la denuncia o querrela. Ante esta Sentencia el Tribunal Supremo aprueba un acuerdo no jurisdiccional, de 12 de mayo de 2005, en el que reivindica su rol como órgano jurisdiccional superior en la interpretación de la legalidad penal<sup>32</sup> y que ratifica un año después con el acuerdo no jurisdiccional de 25 de abril de 2006 en el que mantiene su jurisprudencia sobre la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005<sup>33</sup>. Pero lo cierto es que posteriormente el Tribunal Constitucional se volvió a manifestar en el mismo sentido con respecto a la prescripción en la Sentencia 29/2008, de 20 de febrero, respondiendo el Tribunal Supremo con otro acuerdo no jurisdiccional, de 26 de febrero de 2008, en el que se ratifica en sus acuerdos anteriores resaltando que se trata de la interpretación de la legalidad ordinaria que solo a él corresponde.

Desde el punto de vista material la cuestión se resolvió a través de una nueva regulación por parte del legislador de la prescripción. En efecto, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/2005, de 22 de junio, se advierte que «se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos» con respecto a la interrupción de la prescripción.

---

<sup>31</sup> MATÍA PORTILLA, F., «Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, septiembre-diciembre, pp. 11-48, pp. 22 y 23.

<sup>32</sup> La propia sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 contiene dos votos particulares, de los Magistrados Rodríguez Arribas y Conde Martín de Hijas, en el sentido de entender que es una cuestión que corresponde enjuiciar a la jurisdicción ordinaria. STC 63/2005, de 14 de marzo.

<sup>33</sup> Esta interpretación se había mantenido en el ámbito jurisdiccional con la STS 643/2005, de 19 de mayo, que sostenía que «condicionar la interrupción de la prescripción a la admisión de la querrela sería aleatorio, inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado» (FJ 10).

Pero quizás el conflicto más áspero estaba por llegar. El asunto de fondo quizás resulta ahora más fútil pero es donde el choque entre ambas jurisdicciones alcanza posiblemente su cénit. Se trata de unas declaraciones de una empleada de hogar sobre aspectos de la vida privada de un personaje que con frecuencia aparecía en las revistas del corazón. El Tribunal Supremo, a pesar de haber sido sancionada una revista con indemnizaciones de 5.000.000 de pesetas en primera instancia y 10.000.000 en segunda, entendió en su sentencia 157/1996, de 31 de diciembre, que se trataba de «propalación de chismes de escasa entidad» que puede justificar el despido pero no se trata de un atentado a la intimidad. El Tribunal Constitucional en su sentencia 115/2000 entiende que estas declaraciones «han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen». El Tribunal que entiende, por tanto, que se ha vulnerado el derecho a la intimidad, anula la sentencia del Tribunal Supremo y le remite las actuaciones para que dicte nueva sentencia en la que se reconozca la violación de aquel derecho fundamental. El Tribunal Supremo acepta la decisión del Tribunal Constitucional en la forma, pero no en el fondo, al establecer una indemnización de 25.000 pesetas señalando que las declaraciones «se pueden calificar como insignificantes dada la enorme proyección pública de la afectada... –indicando además que la difusión de la noticia y las ventajas reportadas, no han podido ser cuantificadas económicamente» (STS 776/2000, de 20 de julio). Ante esta sentencia la perjudicada presenta ante el Tribunal Constitucional incidente por indebida ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional y subsidiariamente amparo al Tribunal Constitucional por violación del derecho a la intimidad y de la tutela judicial. El Tribunal Constitucional entiende en su sentencia 186/2001, de 17 de setiembre, que se ha conculcado no el artículo 24 de la Constitución sino el derecho a la intimidad<sup>34</sup> anulando la sentencia del Tribunal Supremo y dando validez a la sentencia de la Audiencia que establecía una indemnización de 10.000.000 de pesetas considerando que es insuficiente la indemnización de 25.000 pesetas para reparar el daño. Excluye, en este sentido, la devolución de la causa al Tribunal Supremo para que «la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles al resultar remitida a un proceso que puede prolongarse indefinidamente y que, en consecuencia, por su misma duración, podría hacer ilusoria la obligada reparación del derecho fundamental lesionado» (FJ 8).

---

<sup>34</sup> GIMENO SENDRA, V., «De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», *Persona y Derecho*, 2001, pp. 103-111, p. 104, indica que «no parece que un problema de ejecución pueda resolverse, mediante el mecánico traslado a este caso de la doctrina de la proporcionalidad para poder afirmar una nueva infracción del derecho a la intimidad... ni debió el T. C. entrar a conocer sobre la aplicación de los criterios legales sobre el daño moral, que, tratándose de una cuestión de pura legalidad ordinaria, tan solo al T. S., en virtud de lo dispuesto en el art. 123.1.e., le corresponde determinar en exclusiva».

La respuesta del Tribunal Supremo no se hace esperar y en su sentencia 1064/2001, de 5 de noviembre, anuda la fijación de la cuantía de una indemnización por la publicación de fotos que vulneran el derecho a la propia imagen con su decisión del año 2000. Así entiende «cabalmente acertado el criterio seguido» en su sentencia anulada por el Tribunal Constitucional señalando que: 1. «Las sentencias del Tribunal Constitucional que han otorgado doblemente amparo... incurrir en palmaria contradicción. La primera, en efecto, declara “irrelevante desde la perspectiva constitucional que los datos pertenecientes a la esfera de la intimidad divulgados sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela”», considerando que la gravedad sirve «para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental». Y esta fue «no respetada y transgredida posteriormente por el Tribunal Constitucional en su segunda sentencia de amparo, al irrumpir abruptamente en la cuestión indemnizatoria». 2. «La sentencia del Tribunal Constitucional, cuyos razonamientos son inaceptables, desconoce el concepto de “instancia procesal” e incurre en el error mayúsculo, inexcusable por su índole, de hacer valer una sentencia inexistente –la de la Audiencia–... cuyos hechos en cuanto fueron probados (y también *ad reversum* en lo no probado) tenía que respetar el Tribunal Constitucional por mandato del artículo 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (FJ 2).

Reprocha al Tribunal Constitucional que entre en el análisis de los hechos probados considerando como tales los establecidos por la Audiencia provincial. Defiende, además, el Tribunal Supremo su actuación en el anterior supuesto indicando que solo se limitó a valorar libremente la prueba y fijar la indemnización que a su juicio correspondía, reprobando que se califique de simbólica la indemnización por él fijada. Pone de manifiesto, por último, la desconfianza hacia su buen hacer al no remitir las actuaciones en su segunda sentencia para que fije la indemnización. Añade, por último, que estas consideraciones se hacen «con la esperanza de que el Tribunal Constitucional medite sobre la importancia de las mismas sin llevar a sus últimas consecuencias lo que entendemos como conducta negligente que, con su repetición, sugeriría la concurrencia al menos de “culpa con representación” o dolo eventual» (FJ 2). Existe, desde luego, en esta sentencia una advertencia hacia los magistrados del Tribunal Constitucional. Se les indica que, de reiterar su jurisprudencia, incurrirían en culpa con representación o dolo eventual.

El Tribunal Supremo cumplirá esta amenaza con ocasión del archivo de un recurso de amparo en el que el demandante solicita la abstención de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional por tener interés directo en el asunto o, subsidiariamente, su recusación, reclamando, asimismo, una medida legislativa al Presidente del Gobierno para que solicite del Parlamento la aprobación de un proyecto de ley que garantice el derecho constitucional a un examen imparcial del recurso de amparo



planteado. El Tribunal Constitucional no lo admitió por no dirigirse a él sino a otro que hipotéticamente lo sustituya<sup>35</sup>. Tras plantear un recurso de súplica que fue rechazado por un acuerdo del pleno del Tribunal Constitucional en el que reitera que la demanda de amparo no se dirige a este órgano y que no tenía la claridad y precisión que exige el artículo 40 de la LOTC, el demandante de amparo se dirige al Tribunal Supremo solicitando que se condene por dolo civil a los Magistrados del Tribunal Constitucional o, en su defecto, por culpa grave imponiéndoles la obligación solidaria de indemnizar al recurrente<sup>36</sup>.

La Sala primera del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 23 de enero de 2004 entiende que los miembros del Tribunal Constitucional se negaron a responder a la demanda de amparo «so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal, lo que implica un *non liquet* totalmente inadmisibles [...] sin aducir razón alguna que fundamente o motive seriamente dicha posición negativa a dar la resolución procedente». Para el Alto Tribunal los Magistrados del Tribunal Constitucional han actuado «con una negligencia profesional grave» que causa un daño moral en el recurrente que evalúa en 500 euros exigibles a cada miembro del Tribunal Constitucional.

Esta sentencia fue censurada por la mayor parte de la doctrina, que la calificó de estrambótica<sup>37</sup>, insólita<sup>38</sup> o disparatada<sup>39</sup>. Por otro lado el

---

<sup>35</sup> Para Aguado Renedo la propia petición del demandante es una provocación jurídica al dirigirlo «Al Tribunal Constitucional sustituido por la formación que garantice un examen imparcial...». AGUADO RENEDO, C., «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o como poner en riesgo todo un sistema», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2006, pp. 14-54, p. 41.

<sup>36</sup> Aguado Renedo pone en relación esta sentencia con la anteriormente citada indicando que tiene el carácter de «culminación del enfrentamiento institucional». *Ibidem*, p. 42.

<sup>37</sup> RUBIO LLORENTE, F., «El guardián de la Constitución», *Claves de razón práctica*, 2004, núm. 142, pp. 14-23, p. 21.

<sup>38</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L., «Inviolabilidad frente a responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, pp. 267-314, p. 272.

<sup>39</sup> MATÍA PORTILLA, *op. cit.*, p. 36. Aguado Renedo indica que se podría plantear, como hace la sentencia, de un caso de *non liquet* que «designa supuestos que nada tienen que ver con el así calificado... como es el negarse a resolver el asunto sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, o so pretexto de falta de material probatorio, o hacerlo con razones que ninguna relación guarden con el objeto que se pretenda o con argumentos ininteligibles o de cuya fehaciente irrazonabilidad no quepa albergar la menor duda, pues esto último es, en rigor, dejar de resolver». AGUADO RENEDO, *op. cit.*, p. 26. También advierte el autor que esta sentencia presupone la competencia del Tribunal Supremo para controlar una decisión que corresponde al Tribunal Constitucional como es la «de admitir o inadmitir los recursos a él dirigidos» y que subyace a la exigencia de la responsabilidad civil de los Magistrados del Tribunal Constitucional (*ibidem*, p. 29). Esta sentencia crea la expectativa de que todo es recurrible y pone en duda la decisión del Tribunal Constitucional de admitir o no un recurso de amparo. Serra Cristóbal, R., «Crónica de un «desencuentro» entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, en AA. VV., *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 789-803, p. 803.

legislador modificó el artículo 4 de la LOTC a través de la LO 6/2007, de 24 de mayo, incorporando un nuevo apartado segundo en el que se afirma que «las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado».

La reacción de los Magistrados del Tribunal Constitucional fue, por un lado, presentar un recurso de amparo que será resuelto favorablemente mucho después, en 2013, por magistrados no contaminados<sup>40</sup>, sentencia que afea al Tribunal Supremo que se refiera a la actuación del Tribunal Constitucional como antijurídica e irrazonable. Además aprueban un acuerdo, el 3 de febrero de 2004, en el que señalan que la Sala de lo Civil, al enjuiciar la fundamentación dada por el Pleno a una Resolución de inadmisión, pone en serio peligro la función jurisdiccional de amparo invadiendo competencias que solo al Tribunal Constitucional corresponden. Para los magistrados de este tribunal se ha producido «una invasión de las funciones jurisdiccionales constitucionalmente atribuidas a este Tribunal Constitucional». Se ha originado, así, una «clara extralimitación competencial, y correlativa invasión de nuestras exclusivas competencias y atribuciones constitucionales». Señala por último que «las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial dado que solo a este Tribunal corresponde, conforme a la Constitución [...] resolver tales recursos» y «que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida a este Tribunal Constitucional por la Constitución».

Estos son algunos de los conflictos en los que se han visto envueltas las jurisdicciones ordinaria y constitucional. Sería tautológico decir que la separación de ambos órdenes jurisdiccionales ha de justificarse en la función que cumplen: interpretar y aplicar la ley o la Constitución, realizar juicios de legalidad o constitucionalidad. Y es que, como señalaba Rubio Llorente, no se puede disociar «en la práctica el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad [...] Constitución y ley forman parte de un sistema único y debe haber muy pocas aplicaciones de muy pocos preceptos legales que un abogado mínimamente imaginativo no pueda conectar con uno u otro de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza. En esta situación no existe, naturalmente, más Tribunal Supremo que aquel que puede resolver los litigios desde la perspectiva de la norma más alta y de forma ya definitiva»<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> STC 133/2013, de 5 de junio.

<sup>41</sup> RUBIO LLORENTE, F., «Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero», *El País*, 1994. [https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409_850215.html). Para Gimeno Sendra es justamente la necesaria configuración legal para el ejercicio de los derechos lo que determina que el Tribunal Constitucional entre en «el examen e interpretación de la correspondiente Ley ordinaria, lo que puede ser estimado por el T. S. como una intromisión en la esfera de su competencia». GIMENO SENDRA, *op. cit.*, p. 106.

En este mismo sentido Aragón Reyes advierte que «ni la jurisdicción ordinaria puede, al aplicar la ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir de la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la ley [...] No hay pues dos jurisdicciones separadas [...] sino dos jurisdicciones estrechamente relacionadas»<sup>42</sup>.

No falta tampoco quien entiende que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya establecido un listado de los supuestos en los que cabría considerar la especial relevancia constitucional puede servir para «ayudar a pautar las relaciones entre ambas jurisdicciones y especialmente entre el TS y el TC»<sup>43</sup>. Es especialmente esta una cuestión abierta que no ha encontrado una solución definitiva a nivel doctrinal ni jurisprudencial. Se echa en este sentido en falta la existencia de un criterio diáfano que permitiera cerrar el sistema. Pero ello no deja de ser una prueba más de la notable complejidad que en nuestros días caracteriza al fenómeno jurídico.

#### 4. CONCLUSIONES

El material normativo de que dispone el juez para el dictado de su decisión prefigura un ejercicio creativo por su parte en la ponderación de la idoneidad normativa de principios eventualmente contradictorios. La discrecionalidad resultante obliga a afinar los mecanismos de control pertinentes, entre los que destaca la revisión judicial. Su eficacia requerirá la determinación precisa del órgano a quien compete la

---

<sup>42</sup> ARAGÓN REYES, M., «Relaciones entre Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, pp. 169-178, p. 176. Para el autor, no obstante, las decisiones del Tribunal Constitucional no son vinculantes para la jurisdicción ordinaria en cuanto caben otras interpretaciones constitucionales. Salvo en dos casos, las sentencias interpretativas unidireccionales y las sentencias interpretativas de rechazo (*ibidem*, p. 177). «En tales condiciones, y con estos límites, no cabe negar que aunque el Tribunal Supremo sea el tribunal superior de la interpretación “legal” de la ley, el Tribunal Constitucional es el tribunal superior de la interpretación “constitucional” de la ley».

<sup>43</sup> SERRA CRISTÓBAL, R., «Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España ¿de las desavenencias a una relación dialogada?», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 18, 2014, pp. 371-399, p. 396. La autora refiere en este sentido que la reforma de la LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2007, de 24 de mayo, «ha mostrado una clara voluntad de ofrecer más instrumentos que refuercen a los tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, reservando al TC solo para los supuestos en los que aquellos mecanismos fallen... siendo necesario acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del TC en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución» (*ibidem* p. 395).

respuesta definitiva al problema planteado, evitando los conflictos entre órganos judiciales al respecto.

Aunque pueda existir un ámbito en el que la jurisdicción ordinaria pueda ser la última instancia, la *vis* atractiva de los derechos fundamentales y la íntima relación entre la Constitución y la ley, hacen que el órgano que resuelve, en no pocos casos, en última instancia y de acuerdo con la norma de más alto rango es el Tribunal Constitucional. Serán por tanto el juez constitucional y, en su caso, el órgano superior de la jurisdicción ordinaria, quienes fijen cómo llevar a cabo la ponderación entre principios y la propuesta de enunciados que expliquen y justifiquen sus reglas. La seguridad jurídica en este ámbito se alcanzaría en cuanto los jueces y el resto de los operadores jurídicos tuvieran cabal conocimiento de sus sentencias y propósito de cumplirlas. La experiencia enseña que en general es así, pero evidentemente existen excepciones.

Esta solución dista de tener carácter pacífico en la medida en que han surgido y posiblemente seguirán apareciendo supuestos en que los criterios entre estas jurisdicciones sean incompatibles. Desde el punto de vista del razonamiento jurídico es poco relevante el que fuera un juez u otro el que estableciera en última instancia la ponderación entre normas principales o el establecimiento de la formulación de los principios generales del derecho. Lo relevante es que podamos reconocer un órgano cuyas decisiones se impongan al resto de operadores jurídicos para salvaguardar la vigencia del principio de seguridad jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUADO RENEDO, C., «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o como poner en riesgo todo un sistema», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2006, pp. 14-54.
- ALÁEZ CORRAL, B., «Defensa de la Constitución, libertad de expresión e información y principio de proporcionalidad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, pp. 2567-2594.
- ALEXEY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- «On the structure of Legal Principles», *Ratio Juris*, núm. 13-3, 2000, pp. 294-304
- ALONSO, J. P. ; «Principios implícitos y fuentes sociales del derecho», *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 63-83.
- ALONSO VIDAL, H., «Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del derecho», *Doxa*, núm. 35, 2012, pp. 157-172.
- ÁLVAREZ CONDE, E., «Algunas reflexiones en torno a las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional. A propósito del pretendido conflicto entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», en AA. VV., *Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1333-1353.

- ARA PINILLA, I., «La autocomplacencia estética de la cultura jurídica», en Sánchez Bravo, A. (dir), *Democracia, pluralismo y derechos humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 285-305.
- ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., «Sobre principios y reglas», *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 101-120.
- *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- ASIS ROIG, R., *Jueces y normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995
- ARAGÓN REYES, M., «Relaciones entre Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, pp. 169-178.
- BERNAL PULIDO, C., «La racionalidad de la ponderación», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75.
- BILBAO UBILLOS, J. M., «La excarcelación tenía un precio: El tribunal enmienda la plana al legislador», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 277-342.
- CARRIÓ, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970.
- DELGADO DEL RINCÓN, L., «Inviolabilidad frente a responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, pp. 267-314.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1987.
- GARRIDO FALLA, F., «Comentario al art. 1.1», en AA. VV., *Comentarios a la Constitución*, edición dirigida por Fernando Garrido Falla, Madrid, Civitas, 1980.
- GIANFORMAGGIO, L., «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, pp. 65-103.
- GIMENO SENDRA, V., «De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional», *Persona y Derecho*, 2001, pp. 103-111.
- MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Clarendon, 1978.
- MATÍA PORTILLA, F., «Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, septiembre-diciembre, pp. 11-48.
- PÉREZ GONZÁLEZ, D. E., «La desmaterialización del sentido de los principios jurídicos en la sociedad global como estrategia solidaria», *Ideas & Derecho*, núm. 12, 2016, pp. 43-71.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.
- «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, núm. 13, 1993, pp. 315-325.
- *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.
- RODRÍGUEZ CALERO, J. M., *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2004.
- RUBIO LLORENTE, F., «El guardián de la Constitución», *Claves de razón práctica*, 2004, núm. 142, pp. 14-23.
- «Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero», *El País*, 1994. [https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409\\_850215](https://elpais.com/diario/1994/02/09/opinion/760748409_850215).
- SERRA CRISTÓBAL, R., «Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España ¿de las desavenencias a una relación dialogada?», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 18, 2014, pp. 371-399

- TARELLO, G., «Diritti, enunciati, enunziacioni e spie della loro funzione pre-cettiva», en TARELLO, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 143-165.
- VEGA TORRES, J., «La presunción de inocencia y el escenario de la prueba penal», *Persona y Derecho*, 2006, pp. 741-767.
- XIOL RÍOS, J. A., «Las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, ¿un conflicto permanente?», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018, pp. 173-188.
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.