

# CONSTITUCION, LEY, JUEZ \*

LUIS DIEZ PICAZO

1. En la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1985, de 1 de julio) se contiene un precepto —el artículo 11, apartados 1.º y 2.º— según el cual: «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Los Juzgados y Tribunales —concluye el precepto— rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

No faltará quien considere que este texto es banal, que es obvio, por sobreentenderse en todo ordenamiento jurídico racional. Sin embargo, cuando el razonamiento se colorea de pesimismo, puede llegar a pensarse que ese texto, tan simple, puede por sí solo llegar a suplir al Código Civil, al resto de los Códigos y, si bien se mira, al resto del ordenamiento jurídico. ¿Para qué alegar el regreso del acreedor solidario, la extralimitación del apoderado o la extinción de una servidumbre por consolidación si se dispone de una regla sencilla, proteica y aplicable por doquier? Comprendo que estoy exagerando, pero no me parece mal punto de arranque para iniciar una reflexión o una cavilación sobre la forma en que el ordenamiento está evolucionando ante nuestros ojos, sin que ellos, habituados a otros modelos más tradicionales, terminen de darse cuenta. Esto último —tratar de darnos cuenta de lo que está pasando— es el objetivo real de estas reflexiones.

2. La primera de las cuales hay que situarla en torno al valor y al puesto que la ley ocupa en el ordenamiento jurídico actual, preguntándose si existe —y hasta qué punto— una «crisis de la Ley». Para penetrar en este problema

---

\* He preferido dejar en su forma original, destinada a la exposición oral, el texto del presente trabajo, que no va por ello acompañado de más referencias bibliográficas que las incorporadas directamente al propio texto.

convendrá determinar cuál era, antes de ahora, el papel de la ley, confrontándolo después con el que cumple en la actualidad. Para ello, una primera puntualización: aun cuando entre los privatistas no es infrecuente que ley se equipare a norma jurídica de origen estatal, significado habitual en nuestro Código Civil, no sólo en el título preliminar, sino en otros muchos de sus preceptos, en este lugar aludimos a la ley entendida en su sentido estricto; como norma estatal de carácter primario; como norma emanada del Parlamento en los países que conservan la división de los poderes; como norma emanada de los órganos por los que se encauza la representación política y, por tanto, de la soberanía de la Nación. Si bien no es discutible que pueden admitirse leyes de carácter singular o leyes para casos concretos, nuestra reflexión concierne a la ley en la que se formulan preceptos jurídicos o reglas jurídicas de carácter general y abstracto. El concepto de ley que ha llegado hasta nosotros, que triunfó en el Estado jacobino, era la resultante de una doble línea filosófica, originada en LOCKE por una parte, y en ROUSSEAU por otra: la ley como garantía y medida de la libertad civil; la ley como expresión de la voluntad general. La ley, que se constituye en fuente del Derecho y, aún más, en la primera de las fuentes del Derecho en una evolución que se consuma a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, es al mismo tiempo la fuente de todas las certidumbres y el origen y el sostenimiento de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Existe una soterrada creencia en la omnipotencia de la ley. Si se dictan leyes como es debido, la realidad social cambiará para ajustarse a ellas y será una realidad social ordenada. Si cambiamos las leyes, cambiamos el mundo. Si somos capaces de hacer buenas leyes, somos capaces de crear un mundo mejor. Ideal todavía hoy notablemente extendido.

El ideal era también el de pocas leyes y claras, nociones estrechamente unidas, que se presuponen, pues la claridad es necesaria consecuencia de la escasez. Pocas leyes y claras, con el fin de que todos pudieran conocerlas, lo que, en parte, explica la regla de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley.

La ley, como línea de defensa de en las libertades civiles y de la certidumbre jurídica, necesitaba un instrumento de control. La creación de los tribunales de casación se explica precisamente para asegurar la legalidad y asegurar una recta interpretación de la misma. El genuino recurso de casación se daba siempre en interés de la ley. En ocasiones, se daba exclusivamente en interés de la ley y producía el extraño fenómeno de que una sentencia pudiese ser anulada por infracción de la ley y pudiese seguir valiendo entre los litigantes, por no haber sido recurrida por ellos. Cuando el recurrente es el interesado, el litigante, el recurso se sigue dando en interés de la ley; el litigante puede resultar premiado —con la anulación de la sentencia— por haber defendido la ley. La institución de la casación como defensa de la ley explica muchas de

las máximas a las que nuestro tribunal de casación nos habituó: los hechos pertenecen a la soberanía de los jueces *a quo* y el tribunal no los modifica; la apreciación de las pruebas es también soberanía de los jueces de instancia; ante el tribunal de casación no pueden ser planteadas cuestiones nuevas, etc.

Todo ese mundo perfectamente nítido en sus trazos comienza a deteriorarse a partir del momento en que al Estado moderno se le pidieron más funciones de aquellas que tradicionalmente tenía, de las que cubría el Estado liberal –asegurar el *fair play* de los agentes económicos– y el Estado, para proporcionar el bienestar a sus ciudadanos, tuvo que convertirse en director de la orquesta económica y en uno de los operadores económicos. A partir de este momento comienzan a surgir formas aberrantes de leyes. Se ha hablado de las leyes medida, que son leyes singulares enderezadas a resolver un problema concreto, a adoptar medidas de situación, leyes por consiguiente sin ninguna pretensión de perennidad. La ley se va convirtiendo asimismo en un instrumento de carácter tecnocrático, muy relacionada con las coyunturas económicas (v. gr. la ley de aprobación de un plan económico). Las dificultades de la tramitación y del debate del Parlamento, ocupado muchas veces con tareas de carácter político, obliga a acumular trámites y las leyes revisten un notorio carácter de heterogeneidad. Manifiestan claramente este sentido las modernas Leyes de Presupuestos, que son una especie de *totum revolutum*, en que se anuncia algo así como el anual Edicto del pretor.

Hace años GONZÁLEZ PALOMINO detectó la existencia de lo que llamó con gran acierto las leyes *ad pompam vel ostantionem*. Son leyes que se dictan porque es de buen tono tenerlas, porque los países similares al nuestro (de nuestro entorno se suele decir ahora con una frase más bien manida) las tienen o por otras razones semejantes. Son leyes que se sabe de antemano que no van a ser cumplidas o que no lo van a ser totalmente. No importa. Hay que tenerlas y se tienen.

Una categoría especial dentro del conjunto de las leyes contemporáneas es la de las leyes tecnocráticas. Son leyes de lenguaje enrevesado, donde el Estado se traza a sí mismo un programa, pero donde es muy difícil encontrar un verdadero contenido normativo. Muchas leyes tratan de cumplir la reserva legal y son leyes de habilitación al Gobierno o leyes dictadas con la finalidad de permitir la posterior aparición de reglamentos. La Ley 45/1984, de 17 de diciembre, tiene por objeto la reordenación del sector petrolero y en ella se encuentra fundamentalmente una serie de facultades que se otorgan al Gobierno: transmitir a CAMPSA la totalidad de los bienes y derechos de que el Estado es titular afectados al monopolio de petróleos, etc.

No es este (leyes retóricas, leyes tecnocráticas) nuestro problema central. El problema central radica en establecer el puesto y el papel de la ley en el ordenamiento jurídico.

3. JAVIER PÉREZ ROYO, en un pequeño opúsculo de reciente aparición dedicado a *Las Fuentes del Derecho* (Madrid, Editorial Tecnos, 1984), señala certeramente (págs. 17 y 18) que la Constitución ha roto el sistema anterior de fuentes y ha configurado otro distinto y más complejo, en el que se entrecruzan novedades importantes con la reafirmación de posiciones tradicionales y clásicas. Según el autor citado, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de Constitución, que es nuevo y diferente respecto del históricamente conocido en nuestro país. Históricamente, la Constitución pertenecía al mundo de la Política y no al del Derecho. Como norma jurídica, no jugaba ningún papel, de manera que la ley era soberana. En el concepto moderno, la Constitución se introduce en el ordenamiento jurídico. Es en él una norma jurídica y una norma jurídica aplicable a través de un sistema de garantías y de la justicia constitucional. La imposición de este nuevo concepto, sigue diciendo PÉREZ ROYO, comporta «la reducción consiguiente de la ley». En la opinión del autor citado esta «reducción consiste en el paso de la posición absolutamente privilegiada, que en el sistema anterior tenía, a una posición, que continúa siendo preeminente, es cierto, pero que queda subordinada a la Constitución y controlada en su ajuste o al menos susceptible de serlo, por un órgano específico, especialmente diseñado para ello, que es el Tribunal Constitucional. La opinión, a la que he aludido, me parece irreprochable. Sin embargo, tal vez convenga seguir caminando por la senda abierta, tratando de puntualizar esa «reducción de la ley» y hablar de una «degradación de la ley», que, por supuesto, no se produce en términos jurídico o, si se prefiere, jurídico-formales, sino en términos de sociología del Derecho. En el fuego cruzado de la Constitución como norma y como norma jurídica directamente aplicable, se produce el menguante de la ley: la ley zarandeada y la ley con escasa dosis de «auctoritas».

La reducción de la ley y el carácter difuso que tienen las relaciones entre las zonas del ordenamiento, tal vez a consecuencia del conjunto de limitaciones y mandatos que se imponen o dirigen al legislador, provoca la aparición de leyes de remisión a otras leyes, que es de una gran frecuencia en nuestros días. La Ley Orgánica del Poder Judicial, que sirve de punto de arranque y de hilo conductor a estas reflexiones, suministra un buen ejemplo v. gr., cuando alude a una futura ley del jurado, donde le dice al legislador lo que el legislador tiene que hacer (cfr. art. 19,2 LOPJ).

Esta técnica de previsiones legislativas de las actividades de los legisladores futuros había sido utilizada en el anterior régimen político y no constituye por tanto una novedad. No se sabe muy bien si han subsistido «hábitos», «reflejos» y «malas costumbres», que en momentos anteriores pudieron tener alguna justificación. Era un ejemplo muy claro la Ley General Tributaria (Ley 230/1963, de 28 de diciembre). Por ejemplo: su artículo 2.º decía que la

facultad originaria de establecer tributos es exclusiva del Estado y se ejerce mediante ley votada en Cortes; su artículo 10 establecía una serie de casos (la determinación de la base imponible, del sujeto pasivo, etc.) que debían regularse en todo caso por ley.

Una técnica semejante podía comprenderse en la medida en que en dicho régimen político existía una anómala prerrogativa del Jefe del Estado, de manera que las alusiones a la ley o a la ley votada en Cortes eran limitaciones de ese extraordinario «legislador». En otro sentido, especialmente por lo que se refiere al citado artículo 10 de la LGT, algunos sectores doctrinales habían señalado (y no sin razón) lo difícil que es concebir una reserva de ley establecida por la ley. Se concluía, acertadamente, que la norma sólo podría considerarse como una congelación de rango y, por tanto, como una interdicción del funcionamiento de los reglamentos, en un sistema en el que parecía existir una plenitud de la potestad reglamentaria.

Las cosas ahora han cambiado, como es notorio, y no se comprende bien la supervivencia de la técnica referida. Puede pensarse que al ser utilizada por una ley orgánica, es correcta porque ésta puede dirigirse al legislador ordinario. Ello replantea el problema de si la diferencia entre uno u otro tipo de leyes es de rango o es competencial. Personalmente me siento inclinado por esta última solución, pero de la otra –diferencia de rango– no se sigue la posibilidad de autolimitar al legislador futuro ni se convierte al autor de una ley no orgánica en ejecutor reglamentario de la ley orgánica.

Hablaba hace un momento de la ley zarandeada y de la ley sin «auctoritas». No aludo con ello a una mayor dosis de conductas contrarias a lo que la ley dispone. Creo que por regla general las leyes se observan y se cumplen. Aludo a otro fenómeno: a las presiones que todos los grupos interesados llevan a cabo para que las leyes contengan cláusulas que sean conformes con sus deseos, con sus aspiraciones o con sus intereses; en sentido inverso, al rechazo que en ocasiones la ley suscita y las formas de manifestación de este rechazo. La ley les parece además a muchos como algo originariamente viciado, contrario a los rectos principios. Las leyes que no nos gustan se tildan de inconstitucionales. No creo que sea sólo un problema nacido al calor del sistema constitucional. Más bien puede ser un reflejo de las conductas que adoptábamos en el sistema preconstitucional. Se trataba dentro de lo posible de rectificar, de corregir la ley. Los principios generales del derecho eran para ello un arma insustituible y a partir de una concepción iusnaturalista radical se ha podido sostener entre nosotros la rectificación de las normas legales por el valor superior de los principios del derecho.

Otro dato y de no menor importancia es la desaparición del viejo recurso de casación. La Ley de Reforma Urgente de nuestro Enjuiciamiento Civil (Ley de 6 de agosto de 1984) ha introducido innovaciones muy profundas en

la venerable figura del recurso de casación por infracción de ley. El recurso de casación, creado en la Revolución francesa, era un instrumento de defensa de la ley, entendiendo la ley en su sentido roussoniano y jacobino como expresión de la voluntad general que constituye el valladar de defensa de los derechos de los ciudadanos. La casación era un control de la legalidad: un sistema de defensa de la ley, fuente singular del Derecho que acababa de alcanzar el cetro en el sistema de fuentes. La violación de la ley obligaba a considerar una sentencia y a romperla. El tribunal de casación genuino se ocupaba sólo de si la ley había sido o no aplicada y si lo había sido correctamente. Si había violación de la ley, la sentencia se anulaba y el asunto era remitido de nuevo al tribunal a quo para su correcta aplicación legal. De este planteamiento derivaban muchos de los condicionamientos del recurso de casación que a veces constituían el martirio de los abogados que tenían que formalizar los recursos: precisar con exactitud la violación que se denunciaba; que no se tratara de una cuestión nueva, sino de una cuestión debatida en el proceso a quo; el reconocimiento de la soberanía de los jueces de instancia en el establecimiento de los hechos y en la apreciación de las pruebas; la rigidez en las admisiones, etc. Hay incluso un momento en el que no se reconoce al tribunal de casación como un órgano integrante –e integrado– en la organización judicial general y se produce la tensión entre tribunales de casación y tribunales ordinarios. Hay, me parece, un cierto parecido entre la función que a principios del siglo XIX se asigna a los tribunales de casación y la función que hoy se asigna a los tribunales constitucionales como tribunales de la defensa de la Constitución: los derechos constitucionales tienen que haber sido previamente invocados y no plantearse cuestiones nuevas; la soberanía de los hechos es de los jueces a quo, etc. De algún modo, hay algo que dice que la Constitución sustituye a la ley en el papel de fundación y defensa de los derechos del individuo. Así la innovación en el recurso de casación que introduce la Ley de 6 de agosto de 1984 es clara. Es verdad que la casación española fue siempre una casación híbrida. Por varias razones: porque admitía los llamados vicios de procedimiento o quebrantamiento de las formas y, sobre todo, porque admitía una parcial revisión de los hechos y de la prueba, a través de la vía del antiguo número 7.º del artículo 1.692 de la LEC en el llamado error de hecho en la apreciación de la prueba. Mas, pese a ello, no puede discutirse que la ley de 6 de agosto de 1984 ha introducido muy profundas modificaciones. Yo creo –y debe decirse– que el genuino recurso de casación ha muerto y que le ha sucedido otra figura jurídica a la que le han puesto su nombre –como en algunas familias parientes más jóvenes reciben el nombre de parientes más viejos– pero que no conserva todas sus señas de identidad. La idea de la defensa de la ley y del control de la legalidad se ha perdido por completo. La ley ni siquiera se menciona en la

regulación del recurso de casación. Por ello, habrá que entonar un réquiem por el recurso de casación y agradecerle los servicios prestados. Reconoceremos que en los últimos años cumplía su misión de manera sumamente defectuosa y que su prístina misión apenas resultaba comprensible para los justiciables, para los asesores jurídicos de los justiciables e incluso para los propios miembros del Tribunal.

El recurso que emerge de la Ley de 6 de agosto de 1984 articula como motivo central en el orden del derecho sustantivo la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate. El ordenamiento jurídico se menciona globalmente cualquiera que sea el tipo o la clase de normas. La Ley no tiene mayor importancia que otra norma cualquiera. ¿Cabe pensar una crisis mayor?

Tras lo dicho hasta aquí, habrá que coincidir en que existe un menguante de la ley, que es obra del nuevo sentido que posee la Constitución y de su inserción en el ordenamiento jurídico. Habrá, por ello, que profundizar en el alcance jurídico que la Constitución tiene en el ordenamiento, más allá de su función fundacional y de legitimación del mismo.

4. Entre nosotros, la tesis del valor normativo de la Constitución y de sus posibilidades jurídicas de aplicación fue sostenida en los meses inmediatos de su vigencia por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Se trataba de un momento de vacilación y existía una tradición antigua sobre el valor programático de los textos constitucionales, que había planteado ya problemas en la época de la segunda república y que había originado algún texto que seguía la misma línea en la Fiscalía General del Estado, aunque algunos órganos de indiscutible prestigio jurídico como la Dirección General de los Registros y del Notariado habían avanzado la tesis del valor jurídico y de la aplicabilidad inmediata. La tesis del valor normativo de la Constitución triunfó rápidamente, sin apenas discusión y fue adoptada desde los primeros momentos por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, hoy día el problema no radica en establecer que la Constitución tiene una significación normativa, ni siquiera en puntualizar su posible aplicación directa. No se discute tampoco la vinculación del juez ordinario a la Constitución. El problema lo planteaba —lo plantea— la determinación de los casos de «aplicación directa». El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA consideraba como casos posibles de aplicación directa tres: a) La aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales; b) La aplicación directa por los poderes constitucionales de la parte de la Constitución que los organiza y habilita; c) La declaración de derogación de las leyes preconstitucionales por virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria de la Constitución.

La tutela directa de los derechos fundamentales, por los jueces y tribunales no plantea especiales problemas en los casos en que lo que está directamente en juego y ha de decidirse es la existencia del derecho y la validez o eficacia de un acto de ejercicio del mismo determinado por su titular, cuando además la cuestión se plantee a través de algunos procedimientos específicamente articulados como procesos de protección constitucional de los derechos fundamentales. V. gr. la Ley 62/1978.

En este caso, surgen todavía algunos problemas por la misma razón antes mencionada, en los casos de los dos más notorios derechos constitucionales *vedettes* de estos años. Me refiero obviamente a los derechos consagrados por los artículos 14 y 24 de la Constitución. En el caso del derecho consagrado por el artículo 24 –el derecho a la tutela judicial efectiva y la constelación de derechos satélites –el problema se plantea porque no existe una específica vía procesal de protección de ese derecho, en cuya violación puede entrar– tiene que entrar necesariamente una norma legal de índole procesal. De esta manera el derecho del artículo 24, y su tutela, requieren la intermediación de una ley procesal, con independencia de si toda la violación de leyes procesales conduce al artículo 24 o sólo la de alguna o algunas de ellas.

El problema se replantea, aunque con diferente cariz, en lo que se refiere al derecho reconocido por el artículo 14 de la Constitución. Con la letra en la mano sería discutible la conclusión de que el artículo 14 consagra un derecho y podría decirse que se trata de un simple principio. La tesis, conciliadora, del Tribunal Constitucional es que en el artículo 14 se pueden ver los dos perfiles o perspectivas: un principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y un derecho de los ciudadanos para preservar esa igualdad. Lo que ocurre es que no existe ese derecho abstractamente considerado. El derecho a la igualdad se presenta siempre como un derecho instrumental al servicio de otra relación o situación jurídica respecto de la cual la igualdad –o la desigualdad o la discriminación– se discuten. De esta suerte, la tutela del supuesto derecho a la igualdad se involucra con la tutela de otro derecho de carácter material o sustantivo, de fondo, que no es ya un derecho constitucional, sino un derecho de otro tipo: v. gr. un derecho de naturaleza civil o laboral. El problema radica entonces en si la aplicación del artículo 14 es verdadera «aplicación directa» y la respuesta en buena lógica tendría que ser no. Sin embargo, la tesis contraria se ha ido abriendo paso. El derecho a la igualdad se superpone y prima respecto del derecho subjetivo de carácter sustantivo respecto del cual tenía carácter de mero instrumento. Y no cabe duda de que esta tesis presenta importantes apoyos. El apartado 2 del artículo 53 de la Constitución dice que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo segundo de los tribunales ordinarios por un procedimiento



basado en los principios de preferencia y de sumariedad. La Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, al delimitar su ámbito de aplicación, comprendió en él los siguientes derechos: las libertades de expresión, reunión y asociación; la libertad y el secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio y la detención ilegal. La disposición final de esta Ley 62/1978 permitía al Gobierno «incorporar al ámbito de protección de esta ley» los derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella. De acuerdo con esta autorización el Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, incorpora al ámbito de aplicación de la Ley 62/1978 los derechos al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación por el territorio nacional, la libre entrada y salida de España en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical. Por último, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su disposición transitoria 2,2, extendió el ámbito a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2 de la Constitución.

¿Qué debemos pensar –tras todo ello– sobre este modo de concebir la aplicación directa de la Constitución?

En el ejemplar formado por los números 100-102 de la *Revista de Administración Pública*, publicada en enero-diciembre de 1983, ALEJANDRO NIETO ha escrito un artículo, penetrante, como todos los suyos, en el que con el título «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», ha tratado de revisar o de puntualizar la tesis de la generalizada aplicación directa de la Constitución, pues efectivamente no se trata de discutir si la Constitución es una norma jurídica, con una eficacia jurídica inmediata, superando la vieja tesis de las declaraciones de orden programático que entre nosotros habían predominado en los tiempos anteriores. Que es una norma jurídica está dicho en ella misma y constituye el núcleo de la declaración del artículo 9.1, que reza: «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». De la lectura de este artículo se desprende sin duda que la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico («la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico»). Se desprende asimismo que existe una suerte de sujeción (como sujeción se define) de los ciudadanos y de los poderes públicos. Sin embargo, aun cuando otra impresión pueda obtenerse a primera vista, en ningún sitio está dicho en qué consiste esa sujeción. Tampoco está dicho que la sujeción de los ciudadanos y la sujeción de los poderes públicos sea idéntica. No se trata, pues, de reconocer que es una norma jurídica y no una simple declaración programática. Se trata de averiguar qué tipo de norma jurídica es y sobre todo de puntualizar ese fenómeno discutido de su «aplicación directa». De acuerdo

con una visión simplista de las cosas y con una lectura inocente del artículo 9.1 podría parecer que la Constitución es una norma –mejor un cuerpo de normas– cualitativamente igual a todas las demás que pululan por el ordenamiento jurídico con una única diferencia de rango, que produciría el apartamiento, la inaplicabilidad de las normas opuestas o contradictorias. Para resolver esta cuestión A. NIETO utiliza el concepto de las normas incompletas. Desde el punto de vista técnico –dice este autor– la cuestión no consiste en saber si la Constitución es o no una norma, sino determinar cuáles son los efectos jurídicos que produce. Porque, se añade, los efectos jurídicos de las normas son de hecho variadísimos y en muchos casos no son directos.

Una norma jurídica o una proposición jurídica se califica como completa cuando contiene la descripción del supuesto de hecho y la determinación de la consecuencia jurídica, de manera que ésta se puede aplicar a aquél sin ninguna otra intermediación. Al lado de esas normas, las incompletas precisan obviamente de complementación: porque integran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica o porque establecen un sistema de relación entre normas. Se produce entonces un fenómeno de conexión entre reglas de derecho y de remisión o reenvío de unas a otras reglas de derecho. Hay que admitir que en muy buena parte la Constitución requiere de la remisión a otras normas, generalmente legales, que establece el orden del sistema normativo, pero no tiene pretensiones de una aplicación directa. En ocasiones es la propia Constitución la que lo dejó perfectamente en claro. El artículo 53.3 dice que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo 3.º informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero añade que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Naturalmente, el artículo no puede prohibir la alegación en cuanto tal, pero sí limita lógicamente el acogimiento de la alegación que requiere la intermediación de una ley.

Al hablar de la aplicación directa de la Constitución hay que pensar sobre todo en la aplicación que realizan los tribunales de justicia. Puede admitirse que hay una relación directa de la Constitución con algunos poderes públicos. Así las Cortes Generales están sujetas a la Constitución y a su Reglamento. El Tribunal Constitucional está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica cuando juzga la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. No creo que ocurra lo mismo cuando enjuicia los derechos subjetivos de carácter fundamental de los ciudadanos, pues para reconocer y amparar tales derechos subjetivos habrá de aplicarse el bloque normativo del que tales derechos surja y en el que se establezcan su contenido y sus límites. Por eso siempre me ha parecido equívoca la distinción que algunas veces aparece en decisiones del Tribunal Constitucional entre plano de la constitucionalidad y

plano de la legalidad o entre cuestiones de constitucionalidad o de mera legalidad. En materia de recursos de amparo podría hablarse sólo de una legalidad ajena al derecho amparable. Lo que pasa es que el dibujo del bloque normativo, la creación y determinación del contenido del derecho que es relativamente sencillo en punto a la mayoría de los derechos clásicos (verbigracia derecho de asociación, derecho de reunión), se torna especialmente confuso y difícil en relación con el consabido artículo 24 o con el consabido también artículo 14.

Mas volvamos al planteamiento anterior. ¿En qué casos se puede producir una aplicación directa de la Constitución por los tribunales de justicia? Si la pregunta se centra de esa manera, la respuesta empieza a tener que ser vacilante y no ya tan clara. Ha de tratarse de pretensiones de los ciudadanos, ejercitadas de forma concreta ante los tribunales de justicia para reclamar un comportamiento positivo o negativo de otros ciudadanos o de poderes públicos del Estado.

Se comprende enseguida que la pretensión, o el debate o el litigio que en torno a ella se suscite sólo puede ser decidido con una norma cuyo supuesto de hecho coincida con los hechos del litigio de manera que se pueda producir una aplicación de la consecuencia jurídica. Si llegamos a esta conclusión, me parece que el único campo posible de aplicación directa es el de los derechos fundamentales que disponen de un ámbito especial de protección. En esta materia es decisivo el artículo 53 de la Constitución.

a) En su inicio dice que «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2.º del presente título (es decir, los derechos reconocidos en los artículos 14 a 38) vinculan a todos los poderes públicos.

La terminología aquí ha cambiado. Los derechos «vinculan a todos los poderes públicos». La vinculación debe entenderse en este lugar como obligación. Los poderes públicos tienen un deber de respeto de esos derechos y libertades y un deber de abstención de cualquier comportamiento que los pueda vulnerar.

b) La segunda parte del apartado 1 establece una reserva de ley para la regulación del contenido de estos derechos, lo que significa una exclusión de las regulaciones reglamentarias y un límite puesto a la actividad del legislador en el respeto del contenido esencial de los derechos.

Por último el apartado 2 permite que cualquier ciudadano puede recabar la tutela de las libertades y de los derechos antes mencionados a través de procedimientos especiales.

Así planteadas las cosas, se producirá una aplicación directa de la Constitución en todos aquellos casos en que el ciudadano titular de los derechos y legitimado para recabar su protección, recabe esta protección en el procedimiento específicamente establecido para ello. Sin embargo para que

la Constitución sea aplicable directamente será necesario además que el legislador no haya hecho uso de la potestad que se le reconoce en el artículo 53.1 para regular el ejercicio de tales derechos y libertades, respetando, por supuesto, su contenido esencial.

5. Las reflexiones que hemos hecho anteriormente permiten volver ahora al título preliminar de la Ley Orgánica del Poder Judicial, porque en él creo que se expresa, con rasgos muy acusados y con bastante nitidez, una forma de entender el ordenamiento jurídico y las relaciones entre sus partes, que guarda muy directa relación con todo lo que era objeto de nuestra cavilación y que hay que poner en tela de juicio. Me refiero a los apartados 2, 3 y 4 del artículo 5, que se refieren al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad y a un sedicente recurso de casación por infracción de precepto constitucional. Vamos a tratar de examinar una y otra cuestión.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra regulado en el artículo 163 de la Constitución que establece que «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

El precepto de la Constitución fue desarrollado por el artículo 35 de la LOTC, en forma muy similar a la antes recordada. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional aparece en términos imperativos: «planteará la cuestión». Es verdad que el requisito inicial –la consideración de la contrariedad entre la norma con rango de ley y la Constitución– aparece en los dos textos citados como equívoco. «Considere que puede ser contraria» significa una convicción indiscutible del juez y una pretensión suya de que tal convicción se imponga o una *res dubia*: el juez duda en punto a la inconstitucionalidad. Las primeras sentencias del TC se inclinaron por esta segunda solución, que facilitaba la promoción de las cuestiones, porque con ello se hacía más dúctil el cumplimiento de la función para la que la categoría se encontraba establecida: la depuración en concreto de las normas legales. Existe un interés general, un interés constitucional, en llevar a cabo esta depuración en el grado mayor posible, sobre todo teniendo en cuenta que existe una legislación preconstitucional, que formalmente derogada *in toto* puede plantear problemas en la práctica.

Tengo la impresión de que el artículo 5.3 de la LOPJ modifica por lo menos la perspectiva por decirlo de algún modo. El precepto es, sin duda, limitativo de las cuestiones de constitucionalidad. La cuestión procede cuando la acomodación no sea posible. *A contrario sensu* no procede cuando la acomodación es posible.

Este punto de vista es erróneo. No hay relación entre planteamiento de la cuestión de constitucionalidad y posibilidad de acomodación. La cuestión se plantea siempre que se considere que la norma legal es contraria a la Constitución. Porque el artículo 53 de la LOPJ podrá sustituir o modificar parcialmente el artículo 35 de la LOTC, pero no podrá modificar nunca el artículo 163 de la Constitución.

Mas vengamos a lo que constituye el núcleo del tema: la posible acomodación, por vía interpretativa, de la norma aplicable al ordenamiento constitucional. Ante todo chirrian los esquemas al pensar en una «acomodación que se produzca por vía interpretativa». El artículo 5.1 ha dicho ya que las leyes se interpretan según los preceptos y principios constitucionales. No tiene sentido repetir la misma idea en el artículo 5.3. Quiere ello decir que la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional no se lleva a cabo por vía interpretativa en sentido estricto (búsqueda y determinación del sentido y significado), sino por una interpretación considerada en un sentido mucho más amplio.

En mi opinión una actuación *contra legem* es gravemente subversiva. Si la ley es inconstitucional que caiga por inconstitucionalidad y que la haga caer quien pueda hacerlo, pero introducir manipulaciones en leyes vigentes por mucho que se pretenda acomodarlas me parece especialmente grave.

6. La notable figura del recurso de casación por infracción de precepto constitucional aparece en el artículo 5.4 del proyecto, que dice así: «En todos los casos en que según la ley proceda recurso de casación será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional». Se añade que «en este supuesto la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.»

Voy a prescindir de la última parte del supuesto, que me parece obvia, puesto que tratándose de los casos en que según ley proceda recurso de casación, naturalmente tiene que corresponder la competencia al Tribunal Supremo. No se está creando un nuevo recurso de casación. Se trata de los recursos de casación existentes según la Ley: el recurso de casación civil, el penal y el laboral. El problema radica en que la infracción de precepto constitucional es suficiente para fundar el recurso de casación. Aquí se produce una doble desarmonía. De un lado porque «el precepto constitucional» ocupa el mismo puesto del «precepto legal». Mas, en segundo lugar, habrá que considerar que el recurso se da en la medida en que la infracción fuera decisiva para fundar la sentencia contra la que se recurre. El Tribunal Supremo nos ha enseñado muchísimas veces que los recursos de casación no se dan contra los considerandos ni contra las aisladas consideraciones de las fundamentaciones jurídicas de las sentencias, sino contra el fallo de ellas. El

anómalo recurso de casación del artículo 5.4 se da en aquellos casos en que el precepto constitucional debió ser directamente aplicado para resolver la controversia planteada ante el tribunal a quo. De nuevo habrá que cuestionar la aplicación directa y de nuevo tendremos que volver a la conclusión que en su momento establecimos. No hay más aplicación directa que la protección de los derechos susceptibles de amparo cuando éstos carezcan de desarrollo legislativo. ¿Qué significa entonces el artículo 5.4? No puede ser la sustitución del recurso de amparo. Más bien ocurrirá al contrario, la sentencia del recurso de casación será susceptible de recurso de amparo, con lo cual la maraña se complica especialmente y todo ello por haber perdido el hilo conductor de las relaciones Constitución, Ley, Juez.

7. Lo que he llamado anteriormente el menguante de la ley, junto con la extensión desorbitada de la técnica de aplicación directa de la Constitución están produciendo entre nosotros una potenciación extraordinaria del Derecho judicial, tema al que quiero dedicar la última parte de estas reflexiones. Llamo «Derecho judicial» a los pronunciamientos de los tribunales que no sólo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto y que carecen de una directa vinculación con la ley. Son, por decirlo así, *praeter legem* y en algunos supuestos incluso *contra legem*. No se trata, ciertamente, de un fenómeno de nuestros días. Es muy probable que una cierta dosis de justicia casuística haya existido siempre. Es muy probable asimismo que los intentos de acomodación del sistema jurídico, a través de manipulaciones de la ley o de puros desconocimientos de la ley, se haya producido siempre. El fenómeno que me preocupa es la potenciación de esa línea, su generalización y su trivialización. La Constitución española, que en su artículo 103 establece una vinculación de la Administración Pública a la ley y al derecho, no contiene en lo que concierne al Poder Judicial una regla similar, aunque hay que darla por supuesta. Si así no fuera, no sería impertinente recordar el apartado 7 del artículo 1.º del Código Civil que enuncia un deber de los jueces para resolver los asuntos de que conozcan «ateniéndose al sistema de fuentes establecidas». Esta regla permanece inalterable, aunque no deja de haber cantos de sirena que quieran conducir el desarrollo jurídico de nuestro Derecho por otros caminos. Hay dos de particular relevancia, a los que no se debe dejar de hacer mención. Se encuentra, en primer lugar, la utilización *ad nauseam* de las cláusulas generales, en cuya fase de concreción el margen de arbitrio judicial es indudablemente extraordinario. Era precisamente esta multiplicación de las cláusulas generales la que abría este comentario y la que lo va a cerrar. La técnica de «acomodación» de las leyes a la Constitución, que se produce formalmente por vía interpretativa, pero que en rigor va más allá de la vía interpretativa, conduce a la misma solución. Una difusa influencia de la

cultura norteamericana, recibida por vías no siempre expertas, no es ajena a este fenómeno, y tengo la impresión de que se generaliza por doquier. No es el caso traer aquí ejemplos concretos de sentencias concretas, aunque es labor que podría hacerse sin demasiada dificultad. Es característico y curioso que cuando en ellas se pretende hacer una aplicación de la Constitución, lo que a veces se invoca son los valores supremos y entre ellos el principio de justicia. Lo que quiere decir, lisa y llanamente, que la aplicación de la Constitución lleva directamente, sin ninguna intermediación, a la creación judicial del Derecho. Piénsese, para cerrar el círculo, lo que significa una acomodación de la ley a la Constitución (ex art. 5 LOPJ) para ajustarla al artículo 1.º y al valor supremo justicia. Me parece que hay que tratar de favorecer frente a todo ello una vigorosa reacción, que, en aras de la brevedad, sintetizaré en tres puntos: una reevaluación de la ley y por consiguiente un nuevo jacobismo, acompañado naturalmente de la necesaria mejora de la calidad técnica de las leyes; una buena dosis de escepticismo y una tendencia restrictiva en la aplicación directa de la Constitución, no yendo nunca más allá de los genuinos supuestos en que la aplicación directa es posible y aun en estos casos no perdiendo nunca el hilo de la intermediación de la ley; abandonar la tentación de un Derecho judicial dando un nuevo énfasis al mandato del artículo 1.7 del Código Civil de resolver los asuntos ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

