

PRINCIPIO DE LEGALIDAD, ESTADO MATERIAL DE DERECHO Y FACULTADES INTERPRETATIVAS Y CONSTRUCTIVAS DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONSTITUCIÓN

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

SUMARIO: I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN.—II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONSTITUCIONAL. POSITIVISMO JURÍDICO. ESTADO MATERIAL DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA DE VALORES: 1. *Legalidad y positivismo jurídico.* 2. *Legalidad y sus complementos constitucionales: Derecho como distinto de la Ley, «sistema de valores» superiores y normativos, «ordenamiento».* 3. *El principio de Estado de Derecho como Estado material de Derecho. El papel del juez.*— III. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1983: 1. *Los hechos de la Sentencia.* 2. *La posición de la doctrina jurídico-penal sobre los hechos de la Sentencia.* 3. *La doctrina de la Sentencia.*—IV. EL ESPACIO DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA DOCTRINA GENERAL DE LA SENTENCIA Y EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL: 1. *La posición constitucional del juez.* 2. *El problema procesal de la determinación del ámbito del recurso constitucional de amparo por relación a las vías ordinarias de tutela judicial:* A) Los términos del problema y el riesgo de convertir el recurso de amparo en una supercasación. B) La solución alemana: cuestiones «de Derecho constitucional específico» o «clarificación de un problema de Derecho constitucional». C) La solución americana: el «writ of certiorary». D) *Hacia una solución material y no formal en nuestro Derecho.* 3. *Conclusión sobre el espacio propio de la jurisprudencia ordinaria en el sistema constitucional.*

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución ha dado el rango supremo al principio de legalidad, formulado en términos generales como uno de los principios básicos del ordenamiento en el artículo 9.º3, el primero, por cierto, en la enumeración que este precepto contiene («La Constitución garantiza el principio de legalidad...») —y otra serie de principios que vienen a continuación). Aparte de esta proclamación general, la Constitución ha precisado luego dicho principio de legalidad en varias de sus aplicaciones específicas (legalidad de los delitos y las infracciones administrativas, artículo 25; legalidad tributaria y de prestaciones personales, artículos 31.3 y 133; legalidad de la Administración, artículos 103.1 y 106.1; legalidad de la actuación de jueces y Tribunales,

artículo 117.1; defensa de la legalidad por el Ministerio Fiscal, artículo 124.1; sin contar toda la serie de reservas de Ley o remisiones a la Ley que la Constitución contiene en una buena parte de su articulado).

¿Qué ha de entenderse por el genérico «principio de legalidad» garantizado tan enfáticamente por el artículo 9.º3? Parece claro que el constituyente ha querido aludir con esa fórmula al sistema de Estado de Derecho, formulado con este nombre en el artículo 1.º1 (como «Estado social y democrático de Derecho») y referido con bastante precisión en el propio Preámbulo de la Constitución, que enuncia y destaca sus propias «decisiones fundamentales», lo que llama «su voluntad», la de la Nación española como poder constituyente. El Estado de Derecho, dice el tercer párrafo del Preámbulo, es el que «asegur(a) el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular», el que consagra una «convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes» (párr. 2.º), a la vez que protege todos los «derechos humanos» (párrafo 4.º) —no interesa en este momento precisar el alcance concreto de ese Estado de Derecho por sus connotaciones de «social y democrático», aunque será luego oportuna alguna alusión.

El Estado de Derecho será, pues, el «imperio de la Ley», «la convivencia dentro de las Leyes», pero no de cualesquiera leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan «dentro de la Constitución», por «la voluntad popular» y con garantía plena de «los derechos humanos» o fundamentales.

Es, pues, una técnica determinada de organizar la vida colectiva (*government by laws, not by men*, gobierno por las Leyes —«imperio de la Ley» en el preámbulo y en el artículo 117.1—, no por los hombres, los cuales, en cuanto ejerzan autoridad, sólo podrán exigir obediencia «en nombre de la Ley», cuya voluntad abstracta han de limitarse a aplicar y concretar), pero no una técnica puramente formal, que se resuelva en una simple malla de normas, sea cual sea su origen y su contenido. En cuanto a su origen, es patente que el principio de legalidad pone su énfasis precisamente en la Ley en su sentido formal, como «voluntad popular», como decisión del «pueblo español» a través de sus representantes (art. 66; y sin perjuicio de la admisión constitucional de Leyes autonómicas —arts. 152, 153b—, expresión de la voluntad de las respectivas colectividades en su ámbito competencial propio), desvalorizando automáticamente a los Reglamentos, o normas producidas por las distintas Administraciones, normas que sólo como complemento de la Ley tienen hoy cabida en el sistema constitucional de las fuentes; incluso la desvalorización se extiende a los Decretos-leyes, igualmente producto del Gobierno, y que, no obstante su rango, equiparable inicialmente al de las propias Leyes, son normas marcadas por la nota de la provisionalidad, necesitadas de ser convalidadas (art. 86.2 y 3). En definitiva, se trata de la «primacía de la Ley» como expresión jurídica central del sistema democrático mismo.

En cuanto al contenido de las leyes a que el principio de legalidad remite, quedará también claro que no vale tampoco cualquier contenido (*dura lex, sed lex*), que no se legitima cualquier mandato normativo, sino sólo aquellos (arts. 161.1a, 163 y 164) que se produzcan «dentro de la Constitución» y especialmente de su «orden de valores» que con toda explicitud expresa y, en particular, que no atente, antes bien sirva, a los derechos fundamentales.

No tiene interés pretender precisar ahora cómo se matiza ese genérico «principio de legalidad» en cada una de las aplicaciones concretas que vimos que especifica el texto constitucional.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONSTITUCIONAL. POSITIVISMO JURÍDICO, ESTADO MATERIAL DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA DE VALORES

1. *Legalidad y positivismo jurídico*

De ese destacamiento resuelto que la Constitución hace de la Ley, en su sentido estricto de Ley escrita procedente del Parlamento, como técnica de gobierno o de «imperio» y como pivote central de todo el sistema de fuentes, las cuales sólo como complemento de la Ley o «en virtud de la Ley» serán ya invocables, podría deducirse que la Constitución, con todo su peso, fuerza a un positivismo jurídico estricto, esto es, impone al intérprete la necesidad de buscar todo el Derecho en las palabras de la Ley y sólo en ellas, a indagar como objeto último de su esfuerzo hermenéutico la voluntad del legislador, que es «la voluntad popular» a través del mecanismo de representación política (art. 66), proscribiendo decididamente toda otra «construcción jurídica» que no sea esa indagación.

El argumento, que se apoya finalmente en el principio democrático, es conocido y hay que decir que no se trata de un simplismo, puesto que es el argumento que precisamente ha desplegado su plena virtualidad durante más de un siglo como soporte último del positivismo jurídico de estricta observancia que dominó en el mundo europeo desde los orígenes del constitucionalismo hasta recientemente.

No intentaremos aquí, naturalmente, formular una crítica de la concepción positivista, crítica que, por lo demás, está ya hecha en todos los sistemas jurídicos y en la generalidad de las doctrinas hoy dominantes (1). Se trata, más bien que de recaer en un problema de teoría general, de argumentar sobre el texto constitucional al que todos los ciudadanos y todos los poderes públicos (los jueces, por tanto) estamos sometidos o «sujetos» (art. 9.º1).

(1) Por mera referencia, citaré tres trabajos en nuestro propio sistema, dos recientes, los de A. OLLERO: *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, 1982, y A. HERNÁNDEZ GIL: *El positivismo jurídico*, 1982; y el ya viejo estudio del autor *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, «Revista de Administración Pública», 40; este último lo cito, no por atribuirle ninguna autoridad, como es obvio, sino sólo para excusar aquí repeticiones de lo que allí he mantenido.

2. *Legalidad y sus complementos constitucionales: Derecho como distinto de la Ley, «sistema de valores» superiores y normativos, «ordenamiento»*

Observemos, por de pronto, que en alguna de las formulaciones constitucionales de especificaciones del principio de legalidad, la referente, en concreto, a la legalidad de la Administración, parece haberse querido excluir por el constituyente de manera deliberada esa conclusión positivista: el artículo 103.1 precisa, en efecto, que la Administración «actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Examinado en sí mismo, este precepto es realmente notable, puesto que presupone de manera inequívoca (como resulta gramaticalmente del uso de la conjunción «y») (2) que existe un Derecho (con mayúscula en el texto) que tiene otro origen distinto del de la Ley; más simplemente, que la Ley no es el único origen del Derecho para el sistema constitucional, que *ius* y *lex* no se corresponden y se confunden, según el dogma central del positivismo.

Lo que es de lamentar es que este precepto, por diferencia con su claro modelo, que es el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn («... *die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*»: el poder ejecutivo y la justicia están vinculados a la Ley y al Derecho), no se haya extendido también al poder judicial y haya quedado referido sólo a la Administración. Pero aparte de que carecería de sentido que ese supuesto Derecho extralegal fuese sólo aplicable a la Administración como organización especializada y estuviese formalmente proscrito en cualquier otra aplicación fuera de ese ámbito, es decir, aparte de que ese reconocimiento explícito de un Derecho no legalizado tiene por sí mismo un inevitable valor general, resulta que a la misma conclusión sobre la existencia de ese misterioso Derecho no encapsulado en Leyes puede llegarse por exégesis de otros preceptos constitucionales.

En primer y decisivo lugar, está el principio del sometimiento del legislador a la propia Constitución, sometimiento cuya observancia determina la propia validez de la Ley (arts. 161.1, a; 163 y 164). Ahora bien, este sometimiento no es sólo, ni siquiera predominantemente, un sometimiento a las normas constitucionales que fijan la formación de las Cámaras, el procedimiento legislativo, la delimitación de los respectivos ámbitos de cada uno de los diversos tipos de Leyes, esto es, a las normas que determinan las condi-

(2) Recordemos, no obstante, que una tesis interpretativa del artículo 20.3 de la *Grundgesetz*, origen de nuestro artículo 103.1, la de MANGOLDT-KLEIN, en su conocido *Kommentar*, 8.ª ed., 1976, tomo I, pág. 603, ha interpretado el «y» de otra manera: vincularía el encuentro simultáneo de la Ley, como mera «*Positivität ohne Wertgehalt*» (positividad sin contenido de valor) con el Derecho, como «*Wertgehalt ohne Positivität*» (contenido de valor sin positividad). Klaus STERN: *Staatsrecht*, I, 1977, p. 629, dice, con razón obvia, que esta tesis no puede ser seguida. *Vid.*, en general, sobre el tema, R. STAHL: *Die Bindung der Staatsgewalten an die höchstrichterliche Rechtsprechung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf der Grundlage des Bonner Grundgesetzes*, 1973.

ciones puramente formales de las Leyes para llegar a ser tales, sino que es, sobre todo, un sometimiento al sistema de valores materiales que la Constitución proclama sin ambigüedades. Nuestra Constitución contiene, en efecto, una parte dogmática especialmente explícita, de manera particular en cuanto a principios básicos (título preliminar) y derechos fundamentales (título primero), parte dogmática que es, además, dentro de su propio sistema, la que predomina entre todo su contenido y jerarquiza a éste, como revela la enérgica protección que formula el artículo 168.1, que presta a la parte principal de la misma el beneficio de una superrigidez, desde la cual podría trasladarse incluso a nuestro Derecho la técnica alemana de la «inconstitucionalidad de las normas constitucionales» (BACHOF) (3).

Ahora bien, esos principios básicos y esos derechos fundamentales son precisamente valores, y además valores «abiertos». El Tribunal Constitucional lo ha subrayado con reiteración desde sus primeras Sentencias: Sentencias de 31 de marzo y 8 de junio de 1981; de 5 de mayo y 22 de noviembre de 1982; de 17 de mayo y 3 de julio de 1983, todas las cuales hablan en forma explícita de la Constitución como un «sistema de valores», y de valores por cierto normativos y no meramente ornamentales o retóricos (4).

Del mismo modo que el legislador, y aun con más energía, porque es servidor y no señor del Derecho, el Juez mismo está sometido a la Constitución (art. 9.º1 de ésta) y, por tanto, dado su rango relevante dentro de ella, a ese mismo «sistema de valores» materiales. Esta vinculación es incluso «más fuerte» que a las propias Leyes, porque la Constitución, además de sobrepone a éstas, constituye la base y el fundamento de todo el ordenamiento, de modo que las leyes mismas han de interpretarse «de conformidad con la Constitución» (5). Esto quiere decir, por de pronto, que las Leyes han de comprenderse como valedoras de ese sistema de valores, puesto que si no fuese así, y mucho más si hiciesen obstáculo a su efectividad, a su vigencia real como principios informadores «reales y efectivos» de la sociedad

(3) Cfr. lo que sobre el particular se expone en mi libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., 1982, pp. 97 y ss. y 230-2.

(4) En su primera Sentencia de inconstitucionalidad, la de 2 de febrero de 1981, el Tribunal Constitucional fue absolutamente explícito: «Los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el Ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1.4 del título preliminar del Código Civil—, que debe ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo... carácter específico del *valor aplicativo* —y no meramente *programático*— de los principios generales plasmados en la Constitución». Vid. sobre la justificación de este valor normativo de los principios constitucionales lo que indico en mi libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 68 y ss.

(5) Los conceptos aludidos en el texto («vinculación más fuerte» del Juez a la Constitución que a las Leyes, obligación de interpretación de todas las Leyes «de conformidad con la Constitución»), en mi libro *La Constitución como norma*, pp. 63 y ss. y 93 y ss.

(art. 9.º3), dichas normas serían inválidas. De este modo, todo el sistema jurídico está orientado por esos valores, entendidos, según determinación expresa del artículo 1.1 de la propia Constitución, «como valores superiores de (1) ordenamiento jurídico».

Pues bien, un sistema jurídico ordenado por valores superiores abiertos será cualquier cosa menos positivista. Hay aquí la aplicación más clara de una «jurisprudencia de valores», que ve a las normas, una por una y todas ellas, no como sistemas formales cerrados y autosuficientes, sino como portadoras de valores de una justicia superior, que dominan su sentido y presiden toda su aplicación.

No se trata, bien entendido, de una conclusión puramente deductiva, sino de una experiencia universal: allí donde opera una justicia constitucional efectiva, que asegure la primacía normativa de la Constitución, ésta deja de ser vista como una simple articulación formal de poderes para comprenderse como un parámetro de los valores materiales de todo el ordenamiento, lo que opera por sí solo una verdadera conversión *vom Gesetzstaat zum Verfassungsstaat* (6), de un Estado puramente legal a un Estado ordenado por los principios básicos constitucionales, principios que rompen por sí solos todo intento de una jurisprudencia formal puramente inmanente, y aun todo leguleyismo (7). En el caso americano y en el caso alemán eso es absolutamente patente; en el primero, toda la polémica actual sobre la base, los fundamentos y el alcance de la *judicial review* sobre las Leyes (8), es, justamente, la polémica sobre los límites del poder del juez, y es uniforme la aceptación de su poder creador, aunque siempre sobre el punto de partida del texto constitucional o de sus valores fundamentales, naturalmente, y no en su contra; en el caso segundo, ha sido común desde la promulgación de la Ley Fundamental hablar de un cambio desde el Estado de Derecho en sentido formal a un Estado de Derecho en sentido material, que justamente

(6) Tomo el concepto del título de la colaboración de la española FRANCESCA PUIGPELAT en el reciente *Gedächtnisschrift für René Marcic*, 1983: «Vom Gesetzesstaat zum verfassungsstaat. Ueber das rechtsphilosophische Denken von René Marcic», pp. 889 y ss. La propia autora ha publicado en castellano un libro general sobre las doctrinas de ese autor: *Derecho del ser y Estado del juez. La filosofía jurídica de René Marcic*, 1983; en particular, sobre este tema, páginas 201 y ss.

(7) En el prólogo a la 3.ª edición de nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, que se produce inmediatamente a la nueva Constitución, 1979, Tomás R. FERNÁNDEZ y el autor observamos ya que la entrada en vigor de la Constitución iba a tener un efecto decisivo sobre nuestro Derecho Administrativo «para romper definitivamente su tendencia inercial al procedimiento y al legalismo casuista, dada la necesidad con que va a encontrarse de conectar todas y cada una de sus regulaciones al orden material de valores que la Constitución contiene». *Vid.* también en la 4.ª edición de esta misma obra, I, 1983, pp. 79-80.

(8) Sobre la versión y las referencias ofrecidas en mi libro *La Constitución como norma*, citada, pp. 209 y ss. *adde*, especialmente, el libro de M. J. PARRY: *The Constitution, the courts and human rights*, 1982.

íntegra, por encima de la misma legalidad, los valores superiores (9), y, paralelamente, a una verdadera decisión constitucional por el Derecho Natural (10), aunque esto último resulte ya más cuestionable.

Pero puede aún aducirse una razón más específica en contra de cualquier intento de deducir de la Constitución y de su resuelta opción por un general «principio de legalidad» una opción por el positivismo legalista. A mi juicio, esa razón más específica está en la explícita declaración de la justicia que contiene su artículo 1.º de la propia Constitución y de su proclamación como uno de los «valores superiores del ordenamiento jurídico». Estos «valores superiores» ordenan desde su superioridad todo el contenido mismo de la Constitución y, por tanto, la exigencia de la justicia el principio de legalidad en su sentido estricto. (En el mismo Preámbulo se declara que el fin primordial de la decisión constitucional en su conjunto es «establecer la justicia, la libertad y la seguridad», tres valores jurídicos materiales del más amplio espectro.) Por otra parte, esta justicia «mana del pueblo», precisa el artículo 117.1 de la Constitución, a la hora de precisar que el poder judicial, «sometido únicamente al imperio de la Ley», «administra» esa justicia con ese origen así declarado.

(9) U. SCHEUNER: *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland*, en su obra recopilativa *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, 1978, pp. 185 y ss., especialmente 204 y ss.; KERN: *Staatsrecht*, pp. 608 y ss. y referencias; E. BENDA: *Der soziale Rechtsstaat*, en el *Handbuch des Verfassungsrechts*, her. von E. BENDA, W. MAIHOFFER y H. J. VOGEL: 1983, pp. 477 y ss., e *infra* en el texto.

(10) En la conocida Sentencia de 18 de diciembre de 1953, el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró que el mismo constituyente estaba también vinculado a ciertos valores jurídicos superiores. MAUNZ, en MAUNZ-DÜRIG: *Grundgesetz. Kommentar*, 1983, preámbulo, número marginal 14; cfr. G. MÜLLER: *Naturrecht und Grundgesetz*, 1967; el volumen colectivo dirigido por W. MAIHOFFER: *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, 1962, y H. U. EVERS: *Naturrecht in der deutschen Rechtsprechung*, en el *Gedächtnisschrift für R. Marcic*, cit., pp. 725 y ss. Críticamente, HESSE, *Das Grundgesetz in der Entwicklung; Aufgabe und Funktion*, en el *Handbuch des Verfassungsrechts*, de BENDA-MAIHOFFER-VOGEL, cit., p. 16 (aunque MAIHOFFER, en la misma obra, p. 201, sitúa el principio de la dignidad humana, con cuya proposición como fin de toda la construcción estatal comienza la *Grundgesetz*, artículo 1.º I, como una regla de Derecho Natural en la concepción actual de este concepto). Para Suiza, análogamente, KÄGI: *Die Verfassungs als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, p. 57. También en Estados Unidos se ha pretendido una interpretación de su Constitución desde los criterios del Derecho Natural, lo cual es históricamente difícilmente discutible (CORWIN: *The «higher law» background of American Constitutional Law*, en «*Harvard Law Review*» 1928-29, y mi resumen en *La Constitución como norma*, cit., pp. 51 y ss.); para la aplicación actual del criterio, *vid.* las referencias críticas de J. ELY: *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, 1980, pp. 48 y ss. Conviene recordar, y esto es algo más que opiniones de autor, que en el sistema constitucional alemán se ha institucionalizado un «derecho de resistencia» individual contra las agresiones injustas a los valores básicos constitucionales, mediante la reforma del artículo 20.4 de la Ley Fundamental, que se llevó a término en 1968. Cfr., por todos, J. ISENSEE: *Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine Staatsrechtliche Analyse des art. 20 Abs. 4 Grundgesetz*, 1969; el derecho de resistencia es visto como el instrumento extremo de reacción contra la agresión injusta de valores jurídicos superiores.

Administrar justicia no es, pues, con toda claridad, para la Constitución un simple juego formal que el juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, con cierre de cualquier «valor superior». Por el contrario, es un intento de hacer pasar precisamente el valor superior de la justicia, valor material por excelencia, en el proceso de aplicación legal, justicia que además, en cuanto poder formalizado, se origina en la conciencia social misma, en el pueblo, como uno de los componentes capitales de la sociedad civil a cuyo servicio la Constitución, y el Derecho, por tanto, están ordenados. El pueblo no es, pues, para el Derecho el simple conjunto de los «destinatarios» pasivos de las normas, sino que está en su mismo origen, tanto en cuanto que es su voluntad formalizada la que crea nuevo Derecho, como porque es en sus vivencias sociales profundas y en su voluntad de perfección ética en donde surge precisamente la exigencia de la justicia (*ubis societas, ibi ius*; aparece aquí ya la raíz del «dualismo» Ley y Derecho, que más adelante nos surgirá de nuevo), justicia que órganos especializados simplemente administran.

Cómo ha de actuar el juez para llegar a conseguir ese valor de la justicia, no lo precisa la Constitución, naturalmente, y sería absurdo que lo hubiese pretendido siquiera. Por fundante y fundamentante del sistema jurídico entero que sea, la Constitución no crea un mundo total *ex nihilo*, como Dios lo hizo de las tinieblas; presupone necesariamente valores establecidos y uno de ellos, evidentemente, es el Derecho como técnica, técnica perfectamente objetivada desde hace siglos.

Lo que los jueces deben aplicar para llegar al valor superior de la justicia aplicando las Leyes es la técnica jurídica más estricta para, respetando tanto la *auctoritas* como la *potestas* de dichas Leyes (cuyo «imperio» es, pues, indiscutible, como expresión del principio democrático, que es otro de los indiscutibles «valores superiores» de la Constitución), las encamine precisamente hacia ese objetivo preciso.

Esa técnica existe y es, justamente, la técnica no positivista. No se trata, obviamente, de que el juez, o cualquier aplicador del Derecho, se liberen de la Ley («Derecho libre»), porque esto manifiestamente iría contra el principio de legalidad y contra el imperio de la Ley que la Constitución proclama y destaca. Tampoco el mandato de la búsqueda de la justicia implica una invocación a la supuesta «justicia del caso concreto»; no hay justicia posible del caso concreto en el sistema constitucional si ello supone distinguir en la aplicación de la Ley, ante la cual todos los ciudadanos son iguales (art. 14); la justicia ha de ser, pues, como la Ley misma, común y general. En fin, no será posible tampoco apelar simplemente a un evanescente e impreciso sentimiento de lo justo, por dos razones concluyentes: primero, porque si ese sentimiento fuese subjetivo del intérprete, de cada intérprete, en cada circunstancia, se rompería de nuevo la generalidad del Derecho (el Tribunal Constitucional ha declarado, por ello, que una ruptura injustificada de la unidad

interpretativa de un mismo precepto supone una agresión al principio constitucional de igualdad y ha otorgado amparo frente a rupturas de ese tipo: Sentencias de 14, 22 y 28 de julio de 1982 y 24 de enero de 1983); segundo, porque si alguna justificación y alguna objetividad ha alcanzado la técnica jurídica a lo largo de los siglos es, precisamente, la de ser una técnica de la justicia, con alcance infinitamente más preciso y seguro que cualquier otra posible valoración moral o legal (11).

Quizá, por conciencia de esa actuación compleja en la aplicación de las leyes, encontramos también en el texto constitucional otra expresión sumamente significativa, la expresión «ordenamiento» (arts. 1.º, 9.º), que, sin duda, procede de su anterior recepción en el Código Civil, reforma de 1974, artículo 1.º, y en las Leyes de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 1956, artículo 83.2 y Preámbulo, y de Procedimiento Administrativo de 1958, artículo 115. Como en estos tres precedentes, la expresión «ordenamiento» tiene la directa intención de excluir «un *positivismo superado*» (*sic*), de no «olvidar que *lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad immanente en el seno de las instituciones*», en términos difícilmente más expresivos del citado Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (12).

El juez debe, pues, inexorablemente, «construir en Derecho» todos y cada uno de los preceptos legales antes de proceder a su aplicación. Esa «construcción en Derecho», que luego intentaremos precisar, tiene un significado claro para los juristas, aunque no resulte fácil explicarlo para quienes no lo son. Que la Ley tiene que ser reducida a Derecho es, valga la obviedad, la única manera de poder extraer de sus preceptos soluciones justas, según el «superior» principio o mandato constitucional.

(11) Precisaremos que el aserto del texto (la técnica jurídica es, y si no no sería nada, una técnica de conseguir justicia, depurada a estos efectos e insustituible a tal fin por cualquier otra técnica) no se refiere sólo a una concepción abstractamente ética de la justicia, sino incluso a la justicia como pura función de articulación social eficaz. Ver sobre el particular el importante análisis de N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. esp. de I. de OTTO, 1983, lúcido análisis que debe recomendarse a algunos sociólogos y politólogos elementales, que parecen creer seriamente que la técnica jurídica, y más específicamente la dogmática jurídica, es un simple divertimento de unos cuantos profesionales.

(12) L. DIEZ PICAZO, en *Constitución y Fuentes del Derecho*, en REDA 21, y en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, 1979, pp. 653-4, ha destacado como «muy significativa», en sentido análogo al del texto, esta «consagración de la idea de ordenamiento» en la Constitución. Por su parte, GARRIDO FALLA observa que la Constitución «ha utilizado un término que, desde que fue introducido entre nosotros por la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ha adquirido carta de naturaleza» (*Las fuentes del Derecho en la Constitución española*, en la misma obra colectiva cit., I, p. 34). Igualmente, PÉREZ MORENO, *El concepto de Ordenamiento jurídico en la Constitución*, en la misma obra, III, pp. 1633 y ss.

3. *El principio de Estado de Derecho como Estado material de Derecho. El papel del juez*

En este momento del discurso se hace patente algo que resulta capital para el problema que nos ocupa. Hemos dicho más atrás que sólo para la vinculación jurídica de la Administración, artículo 103.1, la Constitución acumula la dualidad de términos «Ley» y «Derecho». Lo cual es cierto, pero también lo es que, por mucho que la Constitución enfatice el principio de legalidad y la Ley, la definición global del Estado que formula en su inicial y decisivo artículo 1.º es la de «Estado de Derecho» y no Estado legal (como también el Preámbulo: el «imperio de la Ley» es un instrumento para «consolidar un Estado de Derecho»). El término Derecho respandece aquí en todo su significado material y con el alcance constitucional más general y extenso. El verdadero fin de toda la construcción constitucional es así implantar el Derecho mediante la justicia, la libertad y la igualdad (art. 1.º); la legalidad y la Ley son instrumentos indispensables para ese menester, evidentemente, pero como tales instrumentos su función está subordinada a la finalidad que confesadamente han de perseguir. El primado del Derecho en el sistema constitucional queda así configurado sin equívocos.

No intentaremos aquí precisar el contenido de la cláusula constitucional de Estado de Derecho; cláusula central en toda la construcción constitucional, como proclaman con toda explicitud el Preámbulo y el artículo 1.º. Antes hemos comenzado refiriendo el principio de legalidad al Estado de Derecho como técnica de gobierno por leyes generales y no por hombres con decisiones caprichosas y singulares. Pero la idea de un Estado de Derecho excede con mucho de esa técnica de gobierno puramente formal. Ya hemos adelantado que, en el sistema constitucional, esa estructura puramente formal, si se limitase a remitir a las leyes, sean cualesquiera sus respectivos contenidos, la ordenación de la sociedad, no cubriría las explícitas exigencias constitucionales, que imponen un definido sistema material de valores. A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de Derecho (que sería, por cierto, el Estado «burgués» de Derecho) a un Estado material de Derecho, o del Derecho en su sentido material y no formal.

No sólo se trata de hacer imposible el retorno a una dictadura que se apropie del poder de hacer normas y que pretenda desde esa apropiación legitimar su pretensión de obediencia, sino también de cerrar el paso a una concepción jacobina, o decisionista-totalitaria, de la democracia (13), que haga de la decisión mayoritaria la suprema y todopoderosa instancia del Estado, absoluta y sin límites. Para ello la Constitución ha configurado a la democracia, no como una simple regla mecánica, ciega a los valores materia-

(13) BENDA, en *Handbuch*. cit., p. 479.

les y estrictamente neutral ante ellos (14), sino como una pieza inserta en un cuadro de valores materiales que, en cuanto constitucionalizados, se imponen a su funcionamiento; por ello el artículo 1.º no califica al Estado sólo de Estado democrático, sino de «Estado democrático de Derecho». Lo cual quiere decir un Estado donde el poder del Estado, democráticamente formado, está vinculado al Derecho, en el sentido de sus valores materiales y de sus principios generales (15). Pues el Derecho, dice el presidente del Tribunal Federal Constitucional alemán, Ernst BENDA, es algo más que mera forma, comprende «principios fundamentales positivados, a los cuales todos, y también el Estado mismo, están sometidos» (16). Estado de Derecho sería, así, un «Estado de justicia igual» (17). Esta idea puede perfectamente justificarse en nuestro sistema sobre el texto explícito del preámbulo constitucional, que considera el Estado de Derecho como un medio para «establecer la justicia, la libertad y la seguridad», declaración capital sobre la que ya hemos llamado la atención.

La articulación técnica (para servir a su solemne proclamación en el Preámbulo) de ese Estado material de Derecho es inequívoca en nuestra Constitución, a través de la proposición de los «valores superiores del ordenamiento» que formula el artículo 1.º; de la solemne declaración del artículo 10.1, según la cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (18); de la vinculación tanto al legislador como al juez de los derechos

(14) Tal es, por cierto, desde el escepticismo radical ante los valores, el ya clásico concepto de la democracia que propuso Kelsen, *Von Wesen und Wert der Demokratie*, 2.ª ed., 1929.

(15) BOECKENFOERDE, cit. por BENDA, loc. cit. SCHEUNER, *Die neue Entwicklung*, cit., página 205.

(16) *Ibidem*. Vid. también los trabajos de EICHENBERGER, NOVAK y KLOEPFER sobre *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, en el tomo 40 de las «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 1982.

(17) MAUNZ-DÜRIG: *Kommentar*, cit., art. 20, número marginal 59 (en la redacción original). En términos análogos, SCHEUNER: «El Estado de Derecho es no solamente el Estado de una Administración legal o de un control judicial extenso, ni solamente el principio de la seguridad jurídica y de la regulación de la ejecución... Su fundamento ideal comprende el reconocimiento de la dignidad y la libertad de los hombres como valores fundamentales, la creencia en una justicia material determinante del contenido de la vida humana colectiva, cuya realización incumbe al legislador, y en la necesidad de una limitación del poder político»: *op. cit.*, p. 208. Lejos queda, pues, el clásico concepto de OTTO MAYER: «El Estado de Derecho es el Estado con un Derecho Administrativo bien ordenado» (*Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., I, 1924, p. 58), y ello con independencia de que no hay Derecho Administrativo bien ordenado sin recurrencia sistemática a la justicia material y no sólo a la legal.

(18) Sobre el valor central de la dignidad de la persona como inviolable y de los derechos fundamentales como base o fundamento del sistema constitucional, la doctrina alemana es abrumadora, porque con esa proclamación se abre justamente la *Grundgesetz*, art. 1. Destacaré, tanto por su calidad como por su fecha reciente, las colaboraciones de MAIHOFER al *Handbuch* citado, con el título *Prinzipien freiheitliche Demokratie*, pp. 173 y ss., de BENDA (*Die Menschenwürde*, pp. 107 y ss.), de HESSE, sobre la teoría general de los derechos fundamentales (pp. 79 y siguientes), y de KRIELE sobre libertad e igualdad (pp. 129 y ss.); un cuarteto importante.

fundamentales (art. 53.1 y párrafo 3 del propio art. 53 que incluso para los «principios rectores de la política social y económica» no configurados técnicamente como derechos subjetivos prescribe que «informarán la legislación positiva, la práctica judicial») (19) y de la explícita declaración de que el legislador al regular el ejercicio de dichos derechos «deberá respetar su contenido esencial» (art. 53.2); en fin, de la especial superrigidez, que equipara la alteración de cualquier extremo referente a los derechos fundamentales o a los principios del título preliminar a una revisión total de la Constitución (art. 168.1), erigiéndose dichos derechos y principios así en jerárquicamente superiores sobre el resto del contenido de la Constitución, como ya comentamos.

Estado de Derecho es, pues, para la Constitución bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo. En una situación constitucional análoga a la nuestra, un sector de la doctrina alemana, aunque, a mi juicio, con algún exceso en la equiparación de realidades heterogéneas, ha llegado a hablar de una concepción «dualística» del Estado, en la que junto al principio democrático de la «soberanía del pueblo» regiría el principio de la «soberanía del Derecho» (20), expresión de ese Estado material de Derecho.

La Constitución, pues, lejos de forzar a un positivismo legalista, pone al aplicador del Derecho, y al Juez en particular, en la necesidad de funcionalizar la Ley hacia la justicia. Ya hemos notado que eso no remite en modo alguno ni al sentimiento subjetivo del juez (la Constitución establece un *government by laws, not by men*; es la voluntad general —la de las leyes, pero también la de la Constitución— y no la del Juez la que gobierna), ni a apreciaciones particularistas del «caso concreto» (las leyes que la Constitución

(19) Por cierto, que el carácter normativo de esos principios constitucionales y, por tanto, el carácter imperativo de ese «informarán» dirigido al legislador y al Juez por el art. 53.3, ha quedado manifiesto tras la utilización por el Tribunal Constitucional de uno de tales principios, y de los más vagos, el del artículo 45.1 («todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo») como parámetro de validez de leyes formales, nada menos: Sentencias de 23 de noviembre y 21 de diciembre de 1982.

Por cierto, que GARRIDO FALLA había ejemplificado con esa misma declaración constitucional del artículo 45.1 su tesis de que no todas las declaraciones constitucionales tienen «estructura de norma jurídica» y que las que no la tienen, como la de ese artículo 45.1 para él, son «pura retórica constitucional», «declaraciones que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico» (*Las fuentes del Derecho en la Constitución española*, cit., pp. 45-6). Por el contrario, creo que ni un solo término de la Constitución es jurídicamente irrelevante y que todos y cada uno de sus artículos tienen estricto valor normativo, aunque su alcance concreto pueda no ser equivalente por su contenido; sobre lo cual mi citado libro *La Constitución como norma*, *passim*.

(20) Así, H. SCHULZ-SCHAEFFER: *Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland*, 1966, páginas 168 y ss. Ch.-F. MENGER: *Moderner Staat und Rechtsprechung*, 1968, p. 25. W. HEYDE: *Die Rechtsprechung*, en el *Handbuch*, de BENDA-MAIHOFFER-VOGEL, cit., p. 1201.

legítima son generales y comunes y ante ellas todos «los españoles son iguales», art. 14), ni a evanescentes o lejanos buenos sentimientos o intenciones (que sería imposible casar con la seguridad jurídica, también garantizada por la Constitución: Preámbulo y art. 9.º2).

Con lo que llegamos a una conclusión acaso inesperada al comenzar nuestra reflexión, que es que la Constitución, lejos de imponer un seco positivismo legalista, de proscribir el recurso a la construcción técnico-jurídica de los preceptos de las Leyes, impone propiamente está construcción como imprescindible para que la legalidad pueda traducirse en Derecho y todo el sistema, finalmente, en Estado de Derecho, y en Estado material de Derecho, precisamente. Pero, naturalmente, tal construcción no podrá serlo de «jurisprudencia de conceptos», de mera relación sistemática e inmanente de unos preceptos con otros a través de procedimientos puramente lógicos de inducción-deducción, sino una construcción de «jurisprudencia de valores» materiales, presididos por el primer valor que es la justicia y todos los demás valores concretos a que el Estado material de Derecho sirve.

Esta conclusión quizá ha quedado un tanto oculta hasta ahora a nuestros juristas, a lo menos en su formulación explícita (21), pero conviene tenerla muy presente, porque ella misma es el punto central de nuestro oficio y, sobre todo, de nuestra responsabilidad.

Ello asigna a los Jueces un papel central en el sistema, conviene destacarlo. Un Estado de Derecho entendido como Estado de Justicia, sin un aparato judicial capaz de concretar ésta, para imponerla como una realidad social efectiva, sería una burla y, finalmente, una fuente de grave frustración. A la vez, una jurisprudencia de valores, única capaz de hacer pasar los postulados de un Estado material de Derecho hasta la aplicación, exige un sistema judicial fuerte y preparado. En Alemania han sido perfectamente conscientes de ello, tras la *Grundgesetz*, que ha sido en este punto el modelo más visible que ha inspirado a nuestros constituyentes, hablándose sin reservas del «acento *Richterstaatliche*», de Estado judicial, que la *Grundgesetz* ha asignado al Estado de Derecho por ella configurado (22), de modo que el Juez ha

(21) Como ejemplos: GARRIDO, en los *Comentarios a la Constitución* por él dirigidos, 1980, comentario al art. 1, pp. 25 y ss. P. LUCAS VERDU, *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, I, 1983, sobre el art. 1, en particular, pp. 45 y ss. Por su parte, los privatistas han ido preferentemente a buscar el soporte constitucional para mantener la virtualidad del sistema de fuentes que formula el artículo 1 del Código Civil, y, en general, todo su título preliminar, en el artículo 149.1.8 de la Constitución; pero este precepto, que, en efecto, impone sobre el particularismo de los «Derechos forales o especiales» que reconoce, la vigencia uniforme del Derecho del Estado sobre «aplicación y eficacia de las normas jurídicas... y determinación de las fuentes del Derecho», no atiende tanto a configurar los principios centrales de la concepción del Derecho, de la legalidad y de la justicia, cuanto a separar los ámbitos competenciales respectivos entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

(22) R. WEBER-FASS: *Rechtsstaat und Grundgesetz*, 1977, p. 29. Análogamente, F. WERNER: *Recht und Gericht in unserer Zeit*, 1971. O. BACHOF: *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, 1979 (incluye, entre otros, su discurso rectoral «Grundgesetz

ganado responsabilidades capitales, que le apartan definitivamente de su viejo papel de aplicador mecánico y rutinario de las Leyes, entendidas como simples reglas externas. Parece innecesario decir que lo mismo ocurre en los sistemas anglosajones, tanto en Estados Unidos, donde la posición de la jurisdicción constitucional es la verdadera clave de bóveda del sistema, como en Inglaterra, donde la ausencia de una jurisdicción constitucional va acompañada de una neta conciencia de la posición central de la *sovereignty of Parliament*, sistemas en cuyo seno vive justamente con completa naturalidad un *common law* articulado sobre el predominio decidido del juez, que construye indefinidamente un sistema jurídico esencialmente abierto (23).

Es previsible, pues, además de obligado, a nuestro juicio, que nuestros Tribunales evolucionen hacia una apreciación superior de los valores materiales del Derecho, dejando atrás el procedimentalismo y el leguleyismo a que han solido tender con demasiada frecuencia (procedimentalismo y leguleyismo que al no ser sino la típica huida de la responsabilidad de toda burocracia, es una manifestación característica de la mutiladora degradación de la Justicia en burocracia). Por lo demás, el influjo creciente —y, por supuesto, obligado, dada su posición central— de los métodos interpretativos del Tribunal Constitucional, obediente resueltamente a ese criterio, así permite esperar.

III. LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1983

Una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, la de 2 de noviembre de 1983 («BOE» de 2 de diciembre; ponente, RUBIO LLORENTE), puede ilustrarnos en términos singulares, y por ello sumamente expresivos, del tema que hasta ahora hemos planteado en su significación abstracta y general.

1. *Los hechos de la Sentencia*

El caso se planteó como un recurso de amparo en la que un condenado por la jurisdicción penal invocó la violación del derecho fundamental que dimana del artículo 25.1 de la Constitución, según el cual «nadie puede ser condenado... por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquel momento». En

und Richtermacht», traducido al castellano con el título *Jueces y Constitución*, 1963). SCHEUNER. *op. cit.*, pp. 210 y ss. HEYDE: *Op. cit.*, pp. 1199 y ss. STERN: *Staatsrecht*, II, 1980, pp. 889 y ss., etc. FORSTHOFF dijo —críticamente— que el Juez era «el hijo más querido» por la *Grundgesetz* (cit. por WEBER-FASS, *loc. cit.*).

(23) Me permito remitir al magnífico libro de G. CALABRESI, *A common Law for the age of statutes*, 1982, sobre la situación actual en Estados Unidos; *vid.*, en particular, el capítulo II, donde estudia la «huida a la Constitución y a las cláusulas de *equal protection*» como una técnica de eliminar leyes anacrónicas y de permitir la evolución paulatina del sistema jurídico, según la vieja dinámica del *common law*.

concreto, la condena penal se produjo porque la Audiencia Provincial de Valladolid, cuya Sentencia confirmó luego el Tribunal Supremo, había apreciado en el recurrente dos delitos continuados de falsedad y estafa, delitos continuados inducidos de 264 actos de alteración de facturas producidos entre 1970 y 1977, facturas presentadas al cobro en la empresa de que era empleado, y de las que se lucró en un total de 2.704.470 pesetas; las penas impuestas por dichos dos delitos continuados fueron de un año de presidio menor y multa de 20.000 pesetas por la falsedad y de siete años de presidio mayor por la estafa.

Ahora bien, decía el recurrente, el Código Penal vigente en el momento de los hechos no contemplaba la figura del delito continuado; «la noción de delito continuado que en las Sentencias impugnadas se aplica no es resultado... de ningún precepto legal, sino pura construcción jurisprudencial» (transcribo —así como en los entrecomillados siguientes— del resumen de las alegaciones que se hacen en el antecedente cuarto de la Sentencia). Partiendo de que «el principio de legalidad penal, que eleva a rango constitucional el artículo 25.1 de nuestra norma fundamental, exige que sea la Ley la que, en última instancia, determine todas y cada una de las características de la conducta sancionable, pues sólo la Ley es fuente del Derecho Penal en lo que concierne al establecimiento de la responsabilidad criminal», la violación de este principio resultaría clara.

El recurrente hace notar, por otra parte, algo sumamente relevante para su línea argumental: la doctrina jurisprudencial sobre el delito continuado comenzó justificándose *pietatis causa*, para «aplicar una sanción inferior a la que resultaría de la simple adición de las que corresponderían por todos y cada uno de los actos punibles realizados». No obstante lo cual, «la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo se hace vacilante a partir de los años centrales de la década de los sesenta, se abandona la condición de que de la aplicación de la figura del delito continuado no se derive una pena superior». «El nuevo sesgo de la jurisprudencia hace aún más incompatible con el principio de legalidad penal el concepto así construido de delito continuado. Su aplicación al caso presente, en que los 264 actos punibles distintos están perfectamente identificados y hasta documentados, carece ya de toda justificación e implica una enorme agravación de la pena que de otro modo correspondería al recurrente», puesto que impide la aplicación de distintas medidas de amnistía (acordadas en 1975 y 1977) a los actos anteriores a dichas medidas y «cierra el paso a la posible prescripción de aquellos que aisladamente, por la cuantía del daño originado, debieran ser considerados como simples faltas».

El recurrente reconoce que la figura del delito continuado fue regulado en otras épocas (alusión al Código Penal de 1928), aparece definido en otros ordenamientos jurídicos afines al nuestro y en éste se prevé su introducción «en proyectos de reforma actualmente en tramitación» (alusión al proyecto del nuevo Código Penal de 1979; hoy, en este punto, nuevo artículo 69 bis

aprobado por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal). Ahora bien, arguye el recurrente, «la existencia de esta figura penal en otras épocas u otros países y, aún más, *el propósito de introducirla de nuevo en nuestra legislación, son buena prueba de que se trata de una necesidad derivada del principio de legalidad penal y de que, mientras tal necesidad no se satisfaga, la figura no puede considerarse constitucionalmente legítima para definir la responsabilidad penal*».

La argumentación no es, ciertamente, baladí. He aquí una «construcción jurídica», así llamada, obra de la pura jurisprudencia, y no de la Ley, y de una jurisprudencia además vacilante, que finalmente ha concluido por admitir la aplicación de dicha construcción *in pejus*, o *in malam partem*, contra el delincuente, a quien se aumenta el grado de la infracción (un delito, en vez de una pluralidad de faltas), se le agravan las penas, se le excluye de la aplicación de medidas de gracia o del beneficio de la prescripción. La Ley penal nada precisa sobre todo ello, y en una materia especialmente grave, por afectar a la libertad personal y proscribirse enérgicamente toda discrecionalidad del juez contra el principio básico de dicha libertad, que sólo la Ley puede delimitar o excluir. El principio interpretativo *pro reo* queda también eliminado.

2. *La posición de la doctrina jurídico-penal sobre los hechos de la Sentencia*

Sin ninguna intención de estudiar el fondo jurídico-penal del problema, sino con la única idea de reflexionar sobre sus aspectos jurídico-constitucionales, que son los que aquí nos ocupan, recordemos, simplemente, que todas y cada una de las razones del recurrente encuentran en la actual doctrina penal española un respaldo bastante explícito. Así:

- La explicación del principio de legalidad penal en el sentido de que sólo la Ley puede «delimitar concreta y exhaustivamente la conducta punible... (principio de tipicidad o de taxatividad de la Ley penal)» (24);
- «al no estar (la institución del delito continuado) prevista en la Ley, sólo puede ser admitida... en virtud del principio de analogía», la cual en el Derecho Penal sólo es admitida *in bonam parte*, por lo que «no

(24) L. ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 8, p. 120. M. COBO DEL ROSAL y J. BOIX REIG, *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en el libro colectivo *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por el propio COBO, tomo I, *Derecho Penal y Constitución*, 1982, pp. 199 y ss. (taxatividad de la Ley penal, que ha de determinar «todas y cada una de las características de la conducta sancionable», sin que sea admisible que «remita su concreción a otras fuentes, como pueden ser incluso de rango inferior al de la Ley, o al propio juez»). R. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, I, 1977, p. 61: no es admisible que la Ley penal remita «a la decisión del Poder judicial... los límites de lo punible»; p. 62: «la Ley penal debe revestir las notas de claridad y exhaustividad en la descripción del presupuesto», etc.

es lícito llegar, mediante la estimación del delito continuado, a una condena más grave que la correspondiente al concurso si se separasen las acciones para castigar en cada una de ellas una infracción criminal» (25);

- y mucho menos «cuando las acciones individualizadas eran probablemente faltas» (26);
- ese «efecto agravante» «no resulta correcto», y parte de una apreciación «artificiosa y, por lo tanto, injusta» (27);
- en cualquier caso, la figura procede de «un Derecho extralegal», «al margen del texto legal» (28), creación *ex novo* de una institución jurídico-penal «desconocida por la Ley» (29), siendo además «la doctrina jurisprudencial la que ha adoptado una línea sinuosa y nada recomendable» (30), de modo que ni siquiera «el práctico sabe a qué atenerse» (31);
- «las discrepancias en orden a la construcción del instituto son tantas y de tan diversa índole que su aplicación resulta difícil e insegura, dependiendo en cada caso del arbitrio, cuando no de la arbitrariedad judicial» (32);
- en resolución, «no hay razón alguna para excluir en nuestro Derecho de las reglas del concurso los casos que doctrinalmente se denominan como delitos continuados» (33); o más claramente aún: «En tanto no exista una consagración legal del delito continuado, el recurso a este instituto representa una vulneración del principio de legalidad, consagrado en los artículos 25 y concordantes de la Constitución, que reviste una especial gravedad» (34).

El caso, pues, era verdaderamente un caso límite: una construcción totalmente jurisprudencial, al margen del Código Penal, en una materia en que la taxatividad de la Ley definidora del ilícito es exigida con especial rigor, y una construcción, además, vacilante y contradictoria, discutida y criticada por la doctrina, y que, por otra parte, puede implicar, y así en este caso, una analogía *in malam partem*, proscrita en materia penal; una cons-

(25) J. ANTÓN ONECA: *Delito continuado*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», VI, 1954, página 456.

(26) J. ANTÓN ONECA, *ibidem*.

(27) J. CÓRDOBA RODA: *Comentarios al Código Penal*, II, 1972, p. 325.

(28) J. CÓRDOBA RODA: *Op. cit.*, p. 317.

(29) G. RODRIGUEZ MOURULLO, p. 73.

(30) J. M. RODRIGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español. Parte general*, 7.^a ed., 1979, p. 800.

(31) J. M. RODRIGUEZ DEVESA, p. 801.

(32) M. COBO DEL ROSAL y L. S. VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte general*, III, 1982, página 374.

(33) RODRIGUEZ DEVESA, p. 800.

(34) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, p. 374.

trucción jurisprudencial repudiada por un importante y calificado sector doctrinal; incluso más: una figura penal no sólo criticada por todas esas importantes razones técnicas, sino también en camino, según parece, del desprestigio institucional aunque sus defectos de legalidad se corrigiesen (35).

Encontramos incluso en la doctrina una previsión exacta del supuesto del caso fallado por la Sentencia, la aplicación de la figura «en perjuicio del reo», como un supuesto que «puede dar lugar al amparo constitucional» (36); es decir, nos encontramos ante un pronóstico exacto de que el recurso planteado en los términos en que se hizo debería ser ganado —lo cual es, ciertamente, muy poco común.

3. *La doctrina de la Sentencia*

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional desestima el recurso sin la menor vacilación.

Sin embargo, es muy importante notar que la desestimación del amparo no se justifica en un respaldo a la posición actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el problema institucional del delito continuado en el Derecho Penal que se refleja en la Sentencia impugnada; no cabría, por tanto, en modo alguno, invocar esta Sentencia constitucional para entender consagrada por el «intérprete supremo» de la Constitución esa discutida doctrina sobre el delito continuado.

La verdadera motivación de la Sentencia no puede encontrarse, pues, en ese terreno, sino más bien, con toda explicitud, y con especial lucidez, en otro plano más general y previo, en el de la posición formal del Juez penal; es, justamente, el plano que a nuestra reflexión interesa. Sobre ello no puede haber duda, pues la extremada concisión de la Sentencia da un tono perentorio e inequívoco a sus fundamentos jurídicos que excluyen cualquier ambigüedad.

El fundamento jurídico primero es un simple resumen del planteamiento del recurso y no contiene, pues, doctrina alguna.

En el segundo fundamento aparece ya el argumento de la posición del Juez, que será desarrollado más ampliamente en el tercero y último. El fundamento segundo comienza observando que lo que se reprocha a la Sentencia recurrida es un supuesto error interpretativo de preceptos del Código Penal: «que la interpretación defectuosa que la Audiencia... hizo del artículo 71 del Código Penal llevó a una aplicación indebida de los artículos 302 y 303 del mismo cuerpo legal, aplicación que implicaría, a su vez, una

(35) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, p. 376, y allí referencias a la doctrina alemana y española contraria a la figura. Recordemos que, esto no obstante, la figura ha sido incluida en 1983 en el Código Penal reformado.

(36) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, p. 374. Notaremos aun que el segundo de estos dos autores era ya en el momento de publicarse la obra que se cita Letrado del Tribunal Constitucional y, por tanto, con una especial y calificada experiencia en la materia constitucional.

infracción del artículo 25.1 de la Constitución». El error interpretativo será o no cierto, dice la Sentencia (no es «ello de nuestra competencia»), pero aunque lo fuera nada permite calificar dicho error como una infracción del artículo 25.1 de la Constitución. Es cierto, en efecto, que no puede reconducirse cualquier vicio, real o supuesto, en la interpretación de la legalidad penal a una infracción constitucional; si así se pretendiese, dice justamente la Sentencia, «el recurso constitucional de amparo resultaría desnaturalizado para transformarse en un recurso universal de casación».

El interés más general para nuestro tema está, no obstante, en el fundamento tercero. En él se examina el argumento de la falta de soporte legal de la figura del delito continuado, «pura creación jurisprudencial». El Tribunal dice:

«Como resulta claro y se evidencia en el resumen recogido en los antecedentes, el razonamiento se apoya en este caso en una cuestionable premisa: la de que el indicado principio de legalidad ha de ser entendido en forma tan rigurosa que el Juez queda prácticamente reducido a ejecutor automático de la Ley.»

He aquí, pues, planteado el problema en los términos precisos que justamente afectan al tema que estudiamos: el principio de legalidad, ¿excluye toda libertad aplicativa del Juez, el cual ha de entenderse limitado, por tanto, a una «ejecución automática de la Ley»?

El Tribunal responde sin reservas a esa «cuestionable premisa», en los siguientes términos:

«El principio de legalidad comporta seguramente la necesidad de Ley previa que tipifique determinadas conductas y establezca las penas con las que las mismas han de ser sancionadas. A estas garantías criminal y penal pueden agregarse sin esfuerzo, como integradas en el contenido del principio de legalidad penal, las llamadas jurisdiccional y de ejecución. Ni las garantías criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver cuándo, a efectos de la determinación de la pena aplicable, distintos hechos, penalmente tipificados, han de ser considerados como integrantes de un hecho único, subsumible, dentro del mismo tipo en el que cabría incardinar cada uno de aquéllos, pero del que resulta un daño cuya magnitud le hace acreedor de una pena del mismo género pero distinta extensión (mayor o menor) de la que correspondería al autor si separadamente se penasen los diferentes hechos que el Juez ha integrado, a efectos penales, en uno sólo. No hay en esta manera de aplicar la Ley lesión alguna del artículo 25.1 de la Constitución, pues el Juez ni crea nuevas figuras delicti-

vas, ni aplica penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la Ley. Es por eso comprensible que la utilización de la construcción jurídica denominada "delito continuado" se haya hecho desde hace largo tiempo, sin que se viera en ella una vulneración del principio de legalidad penal (37), que nuestra Constitución eleva al supremo rango, pero que no ha introducido en nuestro ordenamiento, en el que tiene una vigencia secular.»

Y continúa con estas palabras finales:

«Desde el punto de vista doctrinal es polémica la elaboración y justificación teórica de la categoría (de delito continuado), que sólo algunos autores apoyan en la noción de la «unidad psicológica» o «dolo unitario» que el Tribunal Supremo emplea en su Sentencia, pero ni la mayor o menor solidez de la construcción dogmática, ni la recepción de la figura en la reciente reforma del Código Penal, pueden servir como argumentos para invalidar el uso que el Juez penal hace de su libertad de criterios sin lesión del principio de legalidad.»

Tras de cuyas razones, la Sentencia concluye con el fallo desestimatorio del amparo.

Repárese en la seguridad y aun rotundidad de la doctrina de que el Tribunal Constitucional hace aplicación:

- el principio de legalidad no es tan estricto que reduzca al Juez «a ejecutor automático de la Ley»;
- el principio de legalidad penal, en su doble aspecto de garantía criminal —tipificación de conductas sancionables— y penal —establecimiento de las penas correlativas—, no puede ser entendido «de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez»;
- el Juez penal tiene, pues, «libertad de criterios» siempre que no contradiga o se aparte substancialmente de la legalidad, para operar «construcciones jurídicas», «construcciones dogmáticas»;
- aquí, en «la construcción jurídica denominada delito continuado» no puede localizarse ninguna transgresión de la legalidad, puesto que el Juez «no crea figuras delictivas nuevas, ni aplica penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la Ley»;
- y a esa conclusión no hace obstáculo «la mayor o menor solidez de la construcción dogmática», que el Tribunal Constitucional se niega a

(37) Esta afirmación no es del todo exacta, como ya nos consta, por los textos que hemos transcrito más atrás.

valorar, dejando su entera responsabilidad al Juez penal, moviéndose dentro de ese amplio margen interpretativo que le reconoce.

No tiene gran interés a nuestros fines que intentemos dilucidar la interpretación que el Tribunal Constitucional puede hacer de la figura del delito continuado. Sólo diremos que parece claro que no la considera como una cuestión de mero hecho, puesto que la llama «construcción dogmática» y es consciente de que no queda justificada por las categorías de la «unidad psicológica» o del «dolo unitario» y la conecta a una «libertad de criterios» del Juez. Parece, pues, que no hay duda de que la acepta como algo más que como una simple interpretación de los hechos.

No sé si los penalistas intentarán deducir de las expresiones utilizadas por la Sentencia de «hecho subsumible en el mismo tipo» que corresponde a los hechos aislados y de «pena del mismo género», como elementos descriptivos de la figura del delito continuado, alguna intención limitativa de la admisión constitucional de dicha figura (de la que, sin embargo, se admite expresamente su aplicación *in pejus* o *in malam partem* —pena «menor o mayor»—). Personalmente creo difícil un intento de esa clase, dado, por una parte, el planteamiento central de la Sentencia, que es, exclusivamente, el de la posición del Juez frente a la Ley, y, por otra parte, los propios hechos del amparo, en los que se había evidenciado que, al menos parte de las infracciones, eran simples faltas y no delitos por la cuantía respectiva, y que las penas aplicables a los hechos aislados hubiesen o sido inexistentes, por razón de prescripción o de amnistía, o de escala (¿es eso el «género?») distinta de la, finalmente, aplicada a través de la consideración unitaria. Más bien me inclino a pensar que, acertadas o no, esas expresiones son simplemente referenciales de la figura jurisprudencial tal como viene aplicándose y que falta en ellas toda intención limitativa del ámbito de su legitimidad.

IV. EL ESPACIO DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA DOCTRINA GENERAL DE LA SENTENCIA Y EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

1. *La posición constitucional del Juez*

Si intentamos recapitular sistemáticamente la doctrina general que puede inducirse de la Sentencia, resultan algunas conclusiones de evidente interés general.

El principio de legalidad no mecaniza al Juez, en efecto, pero es de observancia insoslayable. El «imperio de la Ley», expresión jurídica del principio democrático, no podrá nunca ser excluido por consideraciones extralegales en el sistema constitucional. Una Ley concreta podrá entenderse inaplicable por la eventual entrada en juego de otra Ley, o por su derogación expresa o implícita, o por su reducción técnica a supuestos distintos, pero

nunca porque el Juez pueda erigirse en superior a ella, y desde cualquier valor, por eminente que sea, si no son los valores de la Constitución o de otras leyes, pretenda erigirse en puerta de su efectividad. La efectividad de la Ley no necesita del *placet* de los jueces.

Ese es un principio esencial, que debe enfatizarse en primer término. En virtud de él, el Juez que niegue la aplicación de cualquier Ley positiva, porque la crea contraria a sus sentimientos subjetivos de justicia, incurrirá en responsabilidad (38). Si pretende justificar la injusticia de la Ley en cualquiera de los valores constitucionales, de modo que intente oponer a su validez la superioridad de éstos, su obligación será plantear ante el Tribunal Constitucional la «cuestión de inconstitucionalidad» (art. 163 de la Constitución, arts. 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979), porque sólo el Tribunal Constitucional es competente para apreciar esa invalidez de la Ley (post-constitucional, pues respecto de las Leyes preconstitucionales, según conocida doctrina del Tribunal Constitucional, el efecto derogatorio de la Constitución puede ser apreciado directamente por cualquier Juez o Tribunal).

La segunda consecuencia general puede interesar a la *vexata questio* del valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Es evidente que no puede admitirse tal carácter de fuente para oponerse frontalmente a la efectividad de una Ley —acabamos de notarlo (39); frente a la legitimación

(38) No pretendemos, obvio es decirlo, resolver con esa simple frase el tremendo problema de la Ley injusta. Nuestra afirmación es exclusivamente *intra ordinem*, esto es, de técnica jurídica en el seno de un ordenamiento dado, que tiene, además, sus propias válvulas de seguridad. Al margen queda, pues, la posibilidad de una «perversión del ordenamiento jurídico» positivo, que implica, en realidad, respecto del orden constitucional existente, su ruptura. Sobre el tema, la doctrina alemana ha reflexionado especialmente, tras la experiencia nazi y una vez que la doctrina del Tribunal de Nuremberg, sobre los crímenes de guerra, doctrina aplicada luego por los Tribunales internos alemanes, sentó la doctrina de la injustificación del autor por la observancia de las Leyes contrarias al Derecho Natural más primario, el que proscribía los «crímenes contra la humanidad». Cfr. EVERS: *Der Richter und das unsittliche Gesetz*, 1956, y W. ROSENBAUM: *Naturrecht und positives Recht*, 1972, por todos. Conviene notar, no obstante, que en una situación social y política de pluralismo (art. 1.1 de la Constitución) y de libertad religiosa (art. 16. ídem), la calificación de injusta de una Ley desde una determinada fe religiosa, moral o política, y su negativa a aplicarla, implicaría una ruptura virtual del sistema constitucional, lo cual es también aplicable, por cierto, a cualquier intento de utilizar el llamado «uso alternativo del Derecho». Todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de la esfera privada de la conciencia, desde la que eventualmente podrá llegarse incluso hasta la renuncia al ejercicio de funciones judiciales, pero que no podrá justificar nunca dicho ejercicio, a mi juicio, contra el sistema positivo.

(39) Nos referimos a la negativa directa a la aplicación de una Ley; otra cosa será, ya lo notamos más atrás, la eventual entrada en juego de otras Leyes para inaplicar una en particular, operación totalmente normal y no sólo legítima, sino obligada, pues el Juez no lo es nunca de una sola Ley, sino de todas las Leyes y de todo el Derecho, del «ordenamiento» en su conjunto. Aquí cobra importancia especial, sobre todo, el indispensable valor del Juez de interrelacionar unas normas con otras y de interpretar éstas «en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», como impone el artículo 3.1 del Código Civil. No sólo, en cuanto a

democrática de la Ley, el Juez no puede oponer ninguna legitimación superior. No cabe, pues, una jurisprudencia *contra legem*. Puede, no obstante, jugar un papel *praeter legem* y *secundum legem*. La hipótesis *secundum legem* la examinaremos más despacio. Pero la jurisprudencia *praeter legem*, como resulta hoy del artículo 1.º del Código Civil, no tiene sustantividad como fuente independiente, sino en cuanto expresión de las verdaderas fuentes subsidiarias, que son, según ese precepto, la costumbre y los principios generales del Derecho. Ahora bien, en este supuesto, verdaderamente, «el pabellón cubre la mercancía», puesto que la selección, la depuración y, sobre todo, la articulación técnica en el sistema de esas fuentes subsidiarias, hace de la obra del juez en este caso una verdadera obra creadora. La jurisprudencia será el vehículo de tales fuentes subsidiarias, pero al alumbrarlas y aplicarlas es su propia expresión la que les da verdadera estructura normativa y su alcance concreto. Aplicando el par de conceptos dialécticos bien conocidos, la materia normativa procederá de la costumbre y de los

esto último, porque pueda resultar incluso dudosa la «voluntad popular» presente aún en la Ley arcaica (pensemos en las Leyes de Partidas o del Fuero de Baylio aún aplicadas, o en el Derecho Romano en Cataluña, por no hablar de Leyes dictadas en los largos periodos autocráticos de nuestra historia más reciente), sino, sobre todo, porque ante el alejamiento temporal del «modelo» social tenido en cuenta por el legislador originario y su inadecuación a las circunstancias presentes, así como, de manera especial, por el inevitable efecto reflejo que produce en cualquier norma la variación del entorno normativo que la rodea (el efecto de «reestructuración general» que en todo sistema produce necesariamente la alteración de cualquiera de sus elementos y más de muchos de ellos), sólo el Juez es capaz de articular esa compleja operación y de extraer de un sistema con tantas variables una unidad de solución. El Juez es, por ello, el ineludible depositario del Derecho como totalidad, el guardián necesario del «depósito de las Leyes», en su conjunto, que el legislador actual incluso suele ignorar, porque lo normal es que se limite a querer algo concreto y singular, pero no a intentar reestructuraciones globales. Cfr. sobre esto, F. WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*, en los *Ausgewählte Schriften* del autor, II, *Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*, 1983, pp. 42 y ss. Desde esta perspectiva temporal, que es esencial en un sistema, puede incluso decirse que el Derecho legal concluye por pasar poco a poco, pero inexorablemente, a Derecho judicial o de juristas, si a ese tema de la articulación conjunta de un complejo normativo en perpetuo cambio y de la adaptación funcional paulatina de las normas a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» se une el «complemento» o las adherencias de la jurisprudencia aplicativa, a que inmediatamente nos referimos en el texto. ¿Quién reconocería hoy en el Derecho mercantil vivido la «voluntad popular» específica que se expresó hace un siglo en el Código de Comercio? (por ello me permito discrepar, con el mayor respeto, de mi inolvidable maestro Joaquín GARRIGUES cuando en el exergo de una de sus magistrales obras generales indicó: «para ampliar, véase el Código de Comercio»; más bien lo inverso: en el inicio de este Código debería advertirse, si se quiere informar del Derecho vivo y aplicable realmente: para ampliar o simplemente para comprender, véase, imprescindiblemente, el *Curso de GARRIGUES*). Y en el Derecho Constitucional: ¿qué lector del texto de la casi bicentenaria Constitución americana, con sus enmiendas, podría adivinar siquiera lo que de él ha extraído la *Supreme Court* y es hoy su real contenido normativo? Si de esta Constitución se ha dicho que es una *living Constitution*, que se adapta como un ser vivo a la evolución y a los problemas de la sociedad americana, de todo Derecho positivo hay que decir, forzosamente, lo mismo, que es un *living law*; no una fórmula abstracta, intemporal y perpetua, la cual, en esos términos, no serviría realmente para nada.

principios, pero la forma (*y forma dat esse rei*) la imprime, indudablemente, la jurisprudencia que los aplica.

Y nos queda el tema de la jurisprudencia interpretativa de las Leyes. Es aquí donde la Sentencia constitucional estudiada despliega sus enseñanzas más directas. El Juez, al aplicar la Ley, aunque decirlo pueda parecer una enseñanza de Perogrullo, no puede atentar contra su efectividad, no puede transgredirla. La Sentencia constitucional de 2 de noviembre de 1983, por mucho que ha resaltado en el fundamento segundo que no compete al Tribunal Constitucional fiscalizar la observancia analítica del principio de legalidad penal en la actuación de los Tribunales, se ha visto obligada a comprobar que el Juez penal que aplica la figura jurisprudencial del delito continuado «no crea nuevas figuras delictivas ni aplica penas no previstas en el ordenamiento, graduadas con reglas que *también detrae de la Ley*». Esta comprobación no contradice la doctrina de dicho fundamento segundo, porque cuando enjuicia la legitimidad de la figura del delito continuado la Sentencia no se enfrenta con un posible error aplicativo de la Ley penal en el caso concreto, sino con un problema general, el de la legitimidad de interponer entre la Ley y su aplicación final una construcción jurídica elaborada por la jurisprudencia. Y a esta cuestión general contesta la Sentencia con un inexcusable criterio general: esa jurisprudencia no se opone a la Ley, no la ignora, no la contradice, sino que *se extrae de la Ley* (40), operación que es, justamente, la que la legitima.

Primer requisito, pues, para aceptar la legitimidad de una jurisprudencia interpretativa de las Leyes, que se exprese en «construcciones jurídicas» o «dogmáticas» que no están propiamente en las Leyes interpretadas: que esa jurisprudencia parta de la Ley (de una sola, o de varias interrelacionadas, volvemos a aclarar), se apoye en ella, intente extraer de sus preceptos virtualidades que la propia Ley no contiene —o contiene ocultas; no, pues, que se separe de ella o, menos aún, que la contradiga abiertamente.

El Tribunal Constitucional ha admitido de manera inequívoca que para esas «construcciones jurídicas» el Juez dispone de «libertad» o de «libertad de criterios, sin lesión del principio de legalidad». Tratándose, como se trataba en la Sentencia, de un supuesto de legalidad penal, que es el caso de un rigor más estricto en la exigencia y precisión de la Ley («exhaustividad» o «taxatividad», en el concepto jurídico-penal, que se justifica, no por ninguna inclinación corporativa de los penalistas, sino porque la tipicidad de las infracciones delinea negativamente el ámbito de lo lícito y, por consiguiente, de la libertad general de acción de todos los ciudadanos), la doctrina tiene la máxima importancia. Esa «libertad» o «libertad de criterios», con el límite

(40) La palabra «detracer» que emplea la Sentencia no parece filológicamente correcta; el Diccionario de la Real Academia la hace equivaler a «restar, sustraer, apartar o desviar» (o, en otra significación, denigrar o infamar, de donde «detractor»). La intención de la Sentencia no es ninguna de esas, con toda evidencia.

siempre presente de que no lesione o desconozca la Ley interpretada, será, por fuerza, más amplia en los otros sectores jurisprudenciales donde la exigencia de la legalidad formal no alcanza el mismo grado de rigor o de plenitud.

Queda, pues, excluida, y de manera rotundamente explícita, la posición del juez como un «ejecutor autómatas de la Ley», de su oficio como un menester simplemente «mecánico». ¿Cuál puede ser el camino para llegar a una «libertad de criterios» interpretativos sin mengua o «lesión» de la efectividad de la Ley interpretada?

No vamos a ofrecer aquí, naturalmente, un tratado de interpretación y de aplicación de las Leyes. Haremos uso de algunas ideas familiares para los juristas de oficio. Por de pronto, para cualquiera de éstos la función interpretativa de las Leyes no es una adición de algo nuevo al precepto de cuya interpretación se trata, sino una mediación imprescindible para poder introducir dicho precepto en el mundo real y articularlo en el sistema jurídico general, que siempre trasciende a dicho precepto aislado. El viejo apotegma *in claris non fit interpretatio* carece de sentido para el menos experimentado de los juristas —como en general para todo receptor de un texto, como ha puesto de relieve definitivamente, desde una doctrina hermenéutica general, GADAMER (41). Cualquier aplicador del Derecho, y por tanto el Juez, que lo hace con especial eficacia jurídica (cosa juzgada), está inexorablemente sujeto a la interpretación de la Ley, no puede eludirla, aunque lo quisiera. Debe obediencia a la Ley, pero, en la lúcida frase de Philip HECK, se trata de una «obediencia pensante» (*denkenden Gehorsam*) (42); debe pensar, en efecto, cómo puede ser más fiel a esa obediencia, cómo hacer de un mandato reseco y abstracto un efectivo precepto vivo, instrumento de justicia efectiva; pero debe pensar también en la fidelidad que igualmente le liga en ese momento con otras Leyes, y, por cierto, en primer término, con la Constitución misma, «contexto» general de todas las Leyes y con la que le afecta una «vinculación

(41) H. G. GADAMER: *Wahrheit und Methode*, 4.^a ed., 1975. Trad. esp., *Verdad y método*, 1977; citamos por ésta, p. 378: «La interpretación no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión». Se trata de una reivindicación de la «hermenéutica» como categoría general («a partir de la hermenéutica jurídica y de la teológica»; p. 382); en concreto, sobre la hermenéutica jurídica, *vid.*, p. ej., p. 381: «el conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto no son dos actos separados, sino un proceso unitario»; p. 383: «la interpretación de la voluntad jurídica o de la promesa divina no son, evidentemente, formas de dominio, sino más bien de servidumbre. Al servicio de aquello cuya validez debe ser mostrada, ellas son interpretaciones que comprenden su aplicación»; y, específicamente, con toda la amplitud, pp. 396 y ss., epígrafe «el significado paradigmático de la hermenéutica jurídica», de la que, para concluir, destacaré sólo este concepto (subrayados del original): «La tarea de la interpretación consiste en *concretar la Ley* en cada caso, esto es, en su *aplicación*. La complementación productiva del derecho que tiene lugar en ella está, desde luego, reservada al juez...» (he aquí, por cierto, justificado el concepto del artículo 1.6 del Código Civil: «La jurisprudencia *complementará* el ordenamiento...»).

(42) Cit. por MENER: *Moderner Staat*, cit., p. 15.

más fuerte» (43). Toda esta operación, tan sencilla de describir como compleja de realizar, excluye, sin más, toda explicación «mecánica» o «automática» de la labor del Juez, como la Sentencia estudiada ha concluido lúcidamente.

Si interpretar es consubstancial a aplicar la Ley, interpretar ésta siéndola fiel y no transgrediéndola, como pide el Tribunal Constitucional, es realizar una interpretación propiamente dicha, pues otra cosa no podría legitimarse como tal. Donde está la «libertad» del Juez para interpretar no es, pues, en las conclusiones que a través de la misma pueda llegar, pues no sería interpretación un medio que permitiese justificar cualquier solución, incluso soluciones contradictorias, o manifiestamente contrarias a la Ley misma. El Tribunal Constitucional no ha podido reconocer esa libertad interpretativa, esto es, con un alcance que liberaría al Juez de la Ley; donde está el ámbito de esa libertad es en los «criterios», como precisa la Sentencia con exactitud, para llegar a una verdadera interpretación, que, como tal, sea fiel a la Ley interpretada, lo cual exige algunas aclaraciones.

La «libertad de criterios» que la Sentencia constitucional proclama en favor del Juez no consagra, pues, al *iudex rex*, porque eso contrariaría la vinculación que al Juez afecta con la Constitución y con las Leyes. Se trata de un reconocimiento de libertad justificada en dos razones y en función de ellas perfectamente delimitada: por una parte, la libertad debida a toda obra de «creación jurídica», componente obligado en la operación aplicativa; por otra parte, de la libertad que ha de reconocerse al órgano competente según la Constitución para efectuar esa operación, titularidad que excluye, en principio, a la operación misma del control por el Tribunal Constitucional.

Sobre el primer postulado no me detendré demasiado. Siendo inexcusable una estimación de valores, como ya hemos apuntado, en toda interpretación y aplicación de las normas, esta interpretación es necesariamente creativa y no puede ser meramente reproductiva, automática, burocrática, ni confiarse, por ello mismo, a una máquina, a un ordenador quizás. Ese carácter *rechtsschöpfende* (de creación jurídica) de todo proceso interpretativo es de sobra conocido (44), está reconocido de manera expresa en nuestro artículo 1.6 del Código Civil, al precisar que «la jurisprudencia *complementará* el ordenamiento jurídico», y está en la base de la *auctoritas* general de la

(43) Sobre la Constitución como *contexto* necesario de todas las Leyes y, por tanto, de referencia indispensable para interpretar cualquiera de éstas (art. 3.º del Código Civil), lo que indico en mi ya citado libro *La Constitución como norma*, p. 102; también allí, pp. 64 y ss., la doctrina de la «vinculación más fuerte» a la Constitución.

(44) Aparte de la obra general de GADAMER, ya citada, y de los trabajos aludidos en nota I supra, cfr., por todos, entre una oceánica bibliografía, R. A. RHINOW: *Rechtsetzung und Methodik. Rechts-theoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, 1979; E. HOEHN: *Legalitätsprinzip und modernes Auslegungsverständnis*, en *Festschrift für Hans Nef*, 1981, pp. 157 y ss.; A. KAUFMANN, *Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, en *Gedächtnisschrift für René Marcic*, cit., pp. 597 y ss.; F. BYDLINSKI: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, pp. 248 y siguientes, y M. CASALS COLLDECARRERA: *Metodología de la aplicación del Derecho*, 1983.

jurisprudencia y aun de la lograda por los juristas que imponen (o en sus obras teóricas, o en su actividad profesional) direcciones interpretativas determinadas (obsérvese, simplemente, que así como el estudio del Derecho requiere estudiar la jurisprudencia, el estudio de las matemáticas no requiere para nada conocer las cuentas que con ellas hacen desde la cocinera hasta los más sofisticados calculistas; estas cuentas son puramente aplicativas, en tanto que la jurisprudencia incorpora siempre innovaciones, puntos de vista nuevos, valoraciones no imaginadas siquiera por el legislador —o incluso, contra lo que él había podido imaginar, pues es sabido que «la Ley suele ser más inteligente que el legislador»). Se trata, podemos decir, de una obviada de la experiencia jurídica ordinaria. No obstante lo cual, conviene precisar —reiterar, más bien— que esa creación no es libre, sino vinculada. ¿Vinculada a qué? A los valores jurídicos perfectamente objetivados que el Juez ha de manejar en la labor interpretativa, como ya sabemos, comenzando por la obediencia y fidelidad al texto (45).

Personalmente creo, y así he intentado precisarlo más de una vez (46), que toda esa operación interpretativa, que a un extraño al Derecho puede parecer resolver la cuadratura del círculo, puesto que se trata de ser fiel a la Ley y de «construir» valorativamente su aplicación, encuentra su solución en la técnica de los principios generales del Derecho. Interpretar es reconducir las normas a esos principios, los cuales son hoy para los juristas españoles de dos clases: los «superiores» contenidos en la Constitución (y aquí, por la amplitud de estos principios —justicia, dignidad humana, libertad, igualdad, etcétera—, entran virtualmente todos los tradicionalmente tenidos por Derecho Natural), y los institucionales, que articulan alrededor de un núcleo institucional dado, a la vez, una idea material de la justicia referida a una concreta relación social con el funcionamiento interno de todos los elementos técnicos que la institución organiza.

Hay siempre un «hallazgo» (*Rechtsfindung*) en esa operación (47) y ello

(45) La expresión «libertad y vinculación» referida a la posición del juez es conocida; por ejemplo, J. ESSER: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, pp. 189 y ss. («Freiheit und Bindung des Richters im Rechtsfindungsprozess»). GADAMER dice con precisión, *op. cit.*, p. 405: «Lo que es verdaderamente común a todas las formas de la hermenéutica es que el sentido que se trata de comprender sólo se concreta y se completa en la interpretación, pero que al mismo tiempo esta acción interpretadora se mantiene enteramente atada al sentido del texto. *Ni el jurista ni el teólogo ven en la tarea de la aplicación una libertad frente al texto*» (subrayado mío).

(46) En la obra citada en nota 1, *supra*, como en el prólogo a la traducción española de la obra de Theodor VIEHWEG: *Tópica y jurisprudencia*, 1964, como en la obra en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 1983, ya cit., pp. 73 y ss. También en *La Constitución como norma*, cit., pp. 222 y ss.

(47) Cfr. J. ESSER: *Vorverständnis*, cit., pp. 27 y ss., y *passim*; GADAMER: *Op. cit.*, p. 390, observa lúcidamente: «La Ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma, sino porque a la ordenación a que se refieren las Leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas». El «descubrimiento» o «hallazgo» responde al esquema «subjetivo-objetivo» de todo fenómeno de *Verstehen*, o comprensión propio de las

hace del intérprete y del aplicador del Derecho un creador (48). Es esta libertad de buscar y de crear la construcción jurídica adecuada al texto del precepto y a la circunstancia la que la Sentencia Constitucional de 2 de noviembre de 1983 ha querido reservar de manera expresa al Juez, pues sin tal libertad no habría, en efecto, Juez posible. Es patente, en efecto, la intención de reservar para él esa labor creativa, que dista de ser, dice la Sentencia, como hemos visto, algo automático (el Juez no puede quedar «reducido a ejecutor autómatas de la Ley»), mecánico (la legalidad no puede ser entendida «de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez»).

Desde esta perspectiva general, que se apoya, según vemos, en una profunda comprensión de la posición central del Juez en el proceso aplicativo y en sus poderes propios, se comprende que la Sentencia se haya negado a tomar en consideración el especial refuerzo de la legalidad que se deriva de la peculiaridad del principio de legalidad penal. El Juez penal, como cualquier Juez, es dueño de su «construcción» aplicativa, de su jurisprudencia, por tanto, la cual podrá ser mejor o peor («ni la mayor o menor solidez de la construcción dogmática... puede servir como argumento para invalidar el uso que el Juez penal hace de su libertad de criterios»), pero que se legitima porque, siendo inexcusable, como ya sabemos, es suya, procede del órgano competente para esa función interpretativa.

ciencias del espíritu, y específicamente de la hermenéutica general; aquí se origina el famoso «círculo hermenéutico». Cfr. GADAMER: *Verdad*, pp. 331 y ss.; A. KAUFMANN: *Gedanken*, cit., páginas 600 y ss., con más referencias, y su trabajo *Ueber der Zirkelschluss in der Rechtsfindung*, en *Festschrift für W. Gallas*, 1973, pp. 7 y ss.; K. LARENZ: *Die Bindung des Richters an des Gesetz als hermeneutisches Problem*, en *Festschrift für Ernst Rudolf Huber*, 1973, pp. 291 y ss., así como su excelente tratado *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., 2.^a ed. definitiva, 1980, pp. 192 y ss.

(48) WIEACKER: *Gesetz und Richterkunst.*, cit., pp. 45 y ss. La personalidad misma del intérprete se compromete, por ello, en el proceso; por eso la personalidad del Juez no es precisamente indiferente (y esto es también una obviedad para los aplicadores del Derecho, especialmente visible quizás en el mundo anglosajón, donde la historia del Derecho tiende a concretarse en la historia de los jueces: *Vid.*, por ejemplo, B. SCHWARTZ: *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, trad. esp., con prólogo mío, 1980; para un caso realmente extremo, la explicación de toda una época capital de la *Supreme Court*, que ha revolucionado el Derecho Constitucional americano, por la personalidad de su Presidente, Earl WARREN, *vid.* el abrumador libro del mismo SCHWARTZ: *Super Chief. Earl Warren and his Supreme Court. A judicial biography*, 1983; así como las referencias bibliográficas, muy incompletas, sobre esta misma personalidad que ofrezco en mi libro *La Constitución como norma*, pp. 147 y 170). La educación de un Juez, por ello, no puede limitarse al conocimiento de las Leyes; incluye necesariamente su capacidad de juicio, su experiencia de la vida, su sentido de la justicia (en la significación de la justicia como virtud, al modo clásico), su «Hunch» u olfato, el dominio de su técnica. Cfr. A. KAUFMANN: *Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit*, en *Festschrift für Karl Peters*, 1974, pp. 295 y ss., y su otro trabajo ya cit., *Gedanken*, pp. 599 y ss. Que esa personalidad subjetiva o artística sea importante, e incluso decisiva para servir o descubrir los valores perfectamente objetivos del Derecho, es una muestra definitiva del carácter creador de la aplicación de éste, que es, por tanto, mucho más que una verdadera «aplicación» *stricto sensu*.

No se trata, pues, de una cuestión sobre si la jurisprudencia es buena o es mala, ni siquiera de si excede o no de su función interpretativa, sino de un tema previo: el de la posición del juez ante la Ley, el de la inexcusabilidad de una libertad de construcción interpretativa, no obstante la vinculación que le liga a la Ley —o mejor aún: para hacer efectiva e «inteligente» tal vinculación.

En último extremo, por tanto, puede decirse que para el Tribunal Constitucional se trata de una cuestión puramente estructural o formal, o aún, si se prefiere, de una cuestión de atribuciones, pues el Juez las tiene, según la Constitución, para elaborar una jurisprudencia que «complemente» a la Ley. Lo cual nos pone en pista sobre la segunda razón del reconocimiento de la «libertad de criterios» que al Juez reconoce la Sentencia analizada.

2. *El problema procesal de la determinación del ámbito del recurso constitucional de amparo por relación a las vías ordinarias de tutela judicial*

A) *Los términos del problema y el riesgo de convertir el recurso de amparo en una supercasación*

Es visible, en efecto, como ya habíamos notado, una razón segunda para justificar ese ámbito de libertad aplicativa y constructiva dejada por la Sentencia de 2 de noviembre de 1983 al Juez ordinario. Esa razón, que es explícita en su motivación, es la de que la Constitución misma ha reservado, de manera inequívoca, con carácter de exclusividad, a «los Juzgados y Tribunales» (*sc.*: ordinarios, no al Constitucional) la función de juzgar (artículo 117.3: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, *corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales*»). La Sentencia, en efecto, recoge este argumento en el Fundamento 1.º: La calificación de los hechos «no (es) de nuestra competencia»; y añade, con notable rotundidad verbal:

«Es absolutamente claro que la facultad de interpretar y aplicar la Ley penal, subsumiendo en las normas los hechos que se llevan a su conocimiento, corresponde a los Tribunales de ese orden (art. 117.3 de la Constitución), y que sólo dentro del mismo, a través de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece, puede buscarse la corrección de los defectos eventualmente producidos, en tanto que éstos se reduzcan a errores en la interpretación de las Leyes penales sustantivas.»

Pero esta razón general, aparentemente tan obvia (49), está doblada de una confesada razón procesal, que viene a continuación del texto transcrito:

(49) El argumento lo ha reiterado el Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias. Tal vez sea especialmente feliz la fórmula de la Sentencia, posterior a la estudiada, que resolvió el conocido «caso Vinader», Sentencia de 23 de noviembre de 1983 («BOE» de 14 de diciembre). «Es frecuente observar —dice el fundamento primero de esta Sentencia— ... dentro del plantea-

«Pues de otro modo, si se aceptase la identificación que el recurrente nos propone entre infracción de Ley e infracción constitucional, *el recurso constitucional de amparo resultaría desnaturalizado para transformarse en un recurso universal de casación*, violentando lo dispuesto en los artículos 53.2, 161.1 b) de la Constitución y 41 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.»

Aquí trasparece una clara preocupación procesal: delimitar el ámbito del recurso constitucional de amparo respecto de las vías ordinarias de protección judicial. El recurso de amparo no puede insertarse respecto de esas vías ordinarias como un segundo y sobrepuesto recurso de casación general (o como una «tercera instancia»: Sentencias de 27 de mayo y 8 de noviembre de 1983; o «superinstancia», Sentencia de 23 de noviembre de 1983). Esta interpretación *ad absurdum* debe ser excluida, evidentemente. Lo cual obliga a un esfuerzo constructivo para delimitar con alguna precisión esos dos campos.

El criterio propuesto por la Sentencia pretende, como es propio, fundarse en el parámetro constitucional. El artículo 117.3 asigna, en efecto, en exclusividad a los Juzgados y Tribunales la facultad de juzgar, y esto es un dato primario y de gran bulto. Pero también es verdad que la Constitución prevé que el Tribunal Constitucional no se limite a los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y a conflictos en que sólo son partes órganos o entes públicos, sino que atribuye al mismo la facultad de resolver recursos de amparo con la competencia de tutelar por sí mismo ciertas situaciones

miento [del recurso de amparo constitucional] ... la constante pretensión de que mediante [esa vía] se ponga en revisión prácticamente en su integridad el proceso penal, penetrando en el examen, resultado y valoración de las pruebas practicadas, y [en la] justeza o error del derecho aplicado y de las conclusiones alcanzadas en las Sentencias allí dictadas, *erigiendo esta vía del amparo constitucional en una auténtica superinstancia, sino en una nueva casación o revisión*, incluso planteando cuestiones que exceden de las posibilidades de esas vías, y todo ello a pesar de la claridad de la normativa aplicable al proceso de amparo, y de haberse puesto de relieve por la doctrina de este Tribunal, *que de conformidad con lo establecido en el artículo 117.3 de la C.E., el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, y dispuesto en el artículo 123.1 que solamente la materia de garantías constitucionales exceptúa del carácter de órgano jurisdiccional superior, en todos los órdenes, que se atribuye al Tribunal Supremo*, en consonancia con todo lo cual, *a la hora de articular el recurso de amparo contra actos u omisiones de un órgano judicial, se establece que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional de los hechos que dieron lugar al proceso en que se hayan producido las invocadas violaciones de derechos o libertades* [art. 44.1, b), LOTC], y, *todavía más precisamente si cabe, que en esta clase de recursos la función del Tribunal Constitucional se limitará a concretar si se han violado o no los derechos o libertades del demandante, preservándolos o restableciéndolos, mas absteniéndose de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales* (art. 54 de la LOTC), porque, como dice el artículo 41.3, en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso».

jurídicas individuales, concretamente las libertades y derechos fundamentales reconocidos por los artículos 14 a 30 de la propia Constitución [arts. 53.2 y 161.1 b)]. En esta función resulta así inevitable que se produzca una cierta superposición de tutelas, la judicial y la constitucional de amparo, y es aquí justamente donde surge el problema.

Esa superposición está propiamente prevista de manera expresa. Por una parte, porque la vía judicial ordinaria es previa para poder acceder a la tutela del Tribunal Constitucional (arts. 53.2 de la Constitución y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979) o, en la fórmula habitual alemana, porque el recurso constitucional de amparo tiene carácter subsidiario respecto a las vías procesales ordinarias, lo que exige el previo agotamiento de éstas; y, por otra parte, porque tal tutela superior puede ponerse en marcha, ella misma, para ser completa, frente a posibles agresiones o desconocimientos de esas libertades y derechos fundamentales que resulten reprochables directamente a los propios Juzgados y Tribunales ordinarios (art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La cuestión se plantea de manera especialmente aguda a propósito de ciertos derechos fundamentales cuyo enunciado general podría permitir conducir a su través toda o la mayor parte de la actividad judicial ordinaria. Así los dos derechos que nutren con mayor amplitud la vía del amparo, el del artículo 24 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva, derecho acompañado de una serie de derechos filiales también especialmente amplios: interdicción de la indefensión procesal, proceso «con todas las garantías», utilización de medios de prueba para la defensa, presunción de inocencia), derecho con el que podría intentarse llevar al amparo el contenido mismo de las Sentencias de todos los órdenes sin más que calificarlas de inefectivas, y desde luego la mayor parte del Derecho procesal penal y aun de otros procesos; y el principio de igualdad, artículo 14, que el propio Tribunal Constitucional ha admitido que comprende una igualdad de trato por el juez en la aplicación de las mismas Leyes, lo que podría hacer juez a dicho Tribunal de la unidad de las jurisprudencias de todos los órdenes jurisdiccionales (50). Pero también otros varios derechos fundamentales susceptibles de amparo llevan en su seno una potencialidad expansiva capaz de generar esa temible generalización de la superposición de tutelas; así, los del artículo 25 (legalidad penal y de las sanciones administrativas, que podría arrastrar

(50) Sentencias de 14, 22 y 28 de julio de 1982, 24 de enero de 1983. Observaremos que la doctrina del Tribunal Constitucional no impone un criterio de rígida unidad jurisprudencial, sino que admite, adecuadamente a los principios que se han expuesto en el apartado anterior, que la jurisprudencia pueda evolucionar o cambiar, pero exige en este supuesto una motivación expresa (Sentencia de 24 de enero de 1983). Es una solución análoga, como se ve, a la de la vinculación de la Administración por el precedente, art. 43.1. c) de la Ley de Procedimiento Administrativo: el apartamiento del precedente es un índice de arbitrariedad (aquí de ruptura de la igualdad) y para poder excluir tal arbitrariedad se requiere una motivación expresa capaz de justificar dicho apartamiento.

hacia el amparo todo el Derecho penal —que es en el caso de la Sentencia de 2 de noviembre de 1983 la conclusión que quiere excluirse— y el sancionatorio, más el penitenciario en bloque por el párrafo 2), artículo 23 (*ius ad officium*, que podría englobar a todo el Derecho electoral, y aun, por el párrafo 2, todo el Derecho de selección e ingreso de funcionarios de todas las esferas administrativas), 17 (eventualmente todas las detenciones preventivas y las fases presumariales y sumariales), 16 (todas las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas), 18 y 20 (que podría incluir todo el Derecho Penal relativo a injurias, calumnias, delitos de imprenta o medios de comunicación, más todo el Derecho Administrativo y privado de la información; el 20, además, el Derecho de la propiedad intelectual e industrial), 27 (la totalidad del Derecho de la enseñanza pública y privada), 28 (el Derecho sindical y el de huelga en bloque).

Este es el problema que el recurso de amparo ha planteado al Tribunal Constitucional, problema nada leve. La solución de admitir y consagrar esa potencial generalización del recurso de amparo parece claramente que debe excluirse, tanto por razones de principio (la contradicción de esta fórmula con las atribuciones en exclusiva de potestad jurisdiccional a los jueces y Tribunales ordinarios —art. 117.3—, y específicamente al Tribunal Supremo —art. 123 —; obsérvese, no obstante, que este último precepto hace una salvedad expresa «en materia de garantías constitucionales», lo que prueba, por cierto, que el constituyente ha visto el problema y acepta un cierto grado de superposición de tutelas), como por razones prácticas, la absoluta imposibilidad en que el Tribunal Constitucional se encontraría para hacer frente a esa enorme función; el bloqueo de esta pieza esencial en el sistema que es el Tribunal Constitucional, y no sólo ni predominantemente en materia de amparo, sería inmediato y sumamente grave.

¿Cómo resolver el problema? Inicialmente parece abrirse una vía clara, la de distinguir entre cuestiones de Derecho Constitucional y cuestiones de Derecho ordinario, o no Constitucional; las primeras serían las propias del Tribunal Constitucional, que, en efecto, tiene en la Constitución su único parámetro de enjuiciamiento [art. 1.º de su Ley Orgánica; y en materia de amparo, el art. 55.1 b) precisa que la Sentencia que otorgue el amparo reconocerá «el derecho o libertad pública de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado», con la misma intención]; las segundas, las reservadas a los Jueces y Tribunales ordinarios. ¿Es suficiente este criterio, aparentemente tan simple?

B) *La solución alemana: cuestiones «de Derecho Constitucional específico» o «clarificación de un problema de derecho Constitucional»*

Esta última fórmula es precisamente la alemana inicial, lo que importa especialmente notar, porque el Tribunal Federal Constitucional alemán es, con el español (más el suizo, aunque la competencia de éste responde a otro

patrón, y con otros matices el austríaco) (51), el único Tribunal Constitucional europeo que conoce la vía de tutela individual de los derechos fundamentales, a través de la llamada *Verfassungsbeschwerde*, o reclamación constitucional. El Tribunal alemán se ha encontrado con el mismo problema que hemos expuesto para el español, negándose a considerar su jurisdicción sobre las decisiones judiciales como una «supercasación» (52), como una instancia más del sistema judicial general (53). Para evitar ese escollo, el Tribunal Constitucional controla no cualquier infracción jurídica de la Sentencia, sino solamente la infracción que lo sea «de Derecho Constitucional específico», sin entrar en los problemas de la aplicación legal propios del juez ordinario (54).

La distinción que se opera es, pues, entre *spezifischen Verfassungsrechts* y *einfaches Recht*, «Derecho Constitucional específico» y «Derecho ordinario» (55).

Me parece que es éste el modelo que, con mayor o menor consciencia, está siguiendo nuestro propio Tribunal Constitucional.

El enunciado parece, en efecto, simple, pero es perfectamente claro que su aplicación concreta dista bastante de serlo.

En efecto, el Derecho Constitucional no es un Derecho sectorial más, separable materialmente de todos los demás por fronteras claras, sino que es la cúpula (o, en otra perspectiva, si se prefiere, la base) del ordenamiento entero, de modo que sus principios y preceptos están presentes en todos y cada uno de los sectores especializados de ese ordenamiento. La regla de la «interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento», que nuestro Tribunal Constitucional impone como uno de sus criterios más seguros (56), no es más que una conclusión obligada de esa posición general del Derecho Constitucional, no limitada a espacios concretos. ¿Cómo separar, entonces, en la realidad lo que de suyo no está separado más que conceptualmente?

El Tribunal alemán ha elaborado una casuística sumamente compleja,

(51) Cfr. sobre el sistema suizo Hans MARTI: *Die Staatsrechtliche Beschwerde*, 4.ª ed., 1979. Sobre el austríaco, las referencias de la obra de MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU *et al.*, que se cita en nota 53, comentario al artículo 90, números marginales 15 y 152.

(52) STERN: *Staatsrecht*, II, pp. 1022-3.

(53) MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, KLEIN, ULSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 1980, número marginal 17 al art. 90.

(54) STERN: *Staatsrecht*, II, p. 1023.

(55) Vid. el libro de STEINWEDEL: *Spezifisches Verfassungsrecht und einfaches Recht*, 1976, y el completo estudio de H. J. PAPIER: «Spezifisches Verfassungsrecht» und «einfaches Recht» als argumentationsformel des Bundesverfassungsgericht, en el tomo I de la obra colectiva *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe für des Bundesverfassungsgericht*, dirigida por Ch. STARCH, 1976, pp. 432 y ss.

(56) Sobre la regla, mi libro *La Constitución como norma*, cit., pp. 95 y ss. El Tribunal Constitucional la afirma en la mayor parte de sus Sentencias, a partir de la de 2 de febrero de 1981, que fue la primera dictada en un recurso de inconstitucionalidad.

que no tendría sentido intentar resumir aquí (57). En esencia, la idea básica parece estar en la distinción entre una lesión directa y otra indirecta de los derechos fundamentales, para reservar el amparo sólo a la primera (58). El criterio se basa en la observación de que cualquier infracción de la legalidad en cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales (repárese la indicación que hemos hecho más atrás sobre la extensión de nuestros derechos fundamentales susceptibles de amparo) puede ser, derivativamente, una lesión de dichos derechos fundamentales, evidentemente, pero una lesión simplemente indirecta (59). El recurso no se admite en este caso por entender que se trata de una cuestión de Derecho ordinario, que tiene sus propios Tribunales Superiores (60) para ser guardado y depurado. Las cuestiones de observancia de la legalidad por los Tribunales y por la Administración no son de la competencia del Tribunal Constitucional, el cual ha de limitarse a la protección de la Constitución, de modo que sólo las lesiones directas de ésta (*direkte Verfassungsverstoß*) le conciernen. En materia de amparo, sólo protege, pues, las lesiones directas e inmediatas a los derechos fundamentales según su enunciado constitucional (61).

Ahora bien, esos conceptos son, como se comprende, directivos o aproximativos y por ello bastante imprecisos en su aplicación. El Tribunal opera por eso una «ponderación de intereses» en cada caso (62), así como una serie de distinciones dialécticas convencionales, como entre error en la aplicación de la Ley (que no controla) y arbitrariedad (que sí corrige), entre infracción de Ley y ausencia de Ley, entre cuestiones que afectan al orden de competencias y otras que no, entre lesión independiente y lesión derivada de la Constitución, entre cuestiones de legalidad respecto de Leyes válidas o de Leyes inválidas (por su referencia a los derechos fundamentales), etc. (63). El final es un criterio práctico extraordinariamente restrictivo. Según una estadística que recogen MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU *et alt.*, entre 36.000 *Verfassungsbeschwerden* que el Tribunal recibió entre los años 1951-1977, sólo algo más de un 1 por 100 fueron estimados (64).

(57) Cfr. la amplísima exposición de MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU *et alt.*, *op. cit.*, comentario al art. 90, con 217 epígrafes en otros tantos números marginales, en total 176 páginas.

(58) PAPIER: *Op. cit.*, pp. 434 y ss.

(59) PAPIER, p. 435.

(60) En el sistema alemán no existe un único Tribunal Supremo, como es sabido, sino una pluralidad de *obersten Bundesgerichten*, o Tribunales federales superiores, de los que la Constitución, artículo 95, enuncia cinco: el de la jurisdicción ordinaria (civil y penal), el administrativo, el de Derecho financiero, el de Derecho laboral y el de Derecho social; el artículo 96 admite la posibilidad de que por Ley se creen otros Tribunales federales (aunque no son superiores porque sus Sentencias son recurribles normalmente ante los anteriores), en materia de Derecho de propiedad industrial, en la pena militar y en la disciplinaria de funcionarios. Cfr. STERN: *Staatsrecht*, II, pp. 380 y ss.

(61) PAPIER, pp. 434 y ss.

(62) PAPIER, pp. 452 y ss.

(63) PAPIER, pp. 436 y ss. La casuística que exponen MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU es mucho más compleja.

(64) *Op. cit.*, § 19 en el comentario al artículo 90.

Este criterio restrictivo se manifiesta especialmente a través de un procedimiento rápido de declaración de admisión a trámite, según el artículo 93 a) de la Ley del Tribunal Federal Constitucional, que ha sido reformada en este punto, siempre en el sentido de una mayor expeditividad, en 1956, 1963, 1969 y 1970. El precepto dispone que una Sala o Comisión de admisión de tres jueces hace un «examen previo» y por unanimidad puede rechazar la admisión a trámite del recurso «si fuese inadmisibile» (se entiende, por razones procesales) o si considera que «no tiene posibilidades de éxito», esto es, si fuese manifiestamente infundado. Pero aun cuando la Comisión de admisión proponga ésta, todavía se requiere para que la verdadera admisión a trámite se produzca un segundo requisito: que la Sala de enjuiciamiento, al menos por dos de sus jueces, estime que «de la decisión quepa esperar la clarificación de una cuestión de Derecho Constitucional» o que al reclamante se le cause un perjuicio grave e inevitable si se le niega llegar a la decisión de fondo. La doctrina alemana admite de plano que en este juicio preliminar y expeditivo se refleja la recepción del *writ of certiorary* norteamericano, al que inmediatamente nos referiremos (65).

En esta regla procesal, pero que afecta al contenido material mismo de la acción, como se comprende, se revela finalmente cuál es el verdadero criterio que el Derecho Constitucional alemán utiliza para delimitar la jurisdicción de amparo del Tribunal Constitucional de la jurisdicción ordinaria superior. Todos los criterios de separación expuestos hasta ahora son puras pautas indicativas, que sólo en casos extremos pueden funcionar por sí mismas. El criterio último y verdadero es que el Tribunal Constitucional es dueño de su propia jurisdicción y sólo la ejerce (66) cuando entiende que puede clarificar «una cuestión jurídico-constitucional» relevante (*Klarung einer verfassungsrechtliche Frage*) (se entiende que relativa a los derechos fundamentales) y no en otro caso.

Esto es, al Tribunal Constitucional se le asigna una cierta función de vigilante general del sistema judicial ordinario en materia de derechos fundamentales, campo donde le deja normalmente actuar, y en el que interviene sólo si observa que alguna práctica judicial o alguna situación concreta puede requerir una definición de la recta doctrina constitucional, definición que él se reserva. Con ello se ha reforzado la llamada función objetiva del proceso de amparo, esto es, su función de tutelar y garantizar la primacía de la Constitución, más que la de otorgar justicia subjetiva, en lo cual tiene su función propia la justicia ordinaria (67), aunque no se abandone, naturalmente, esta segunda función, si bien reducida a una reserva última y subsidiaria.

(65) MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, § 7 en el comentario al artículo 93, a); el legislador recogió propuestas concretas en ese sentido, que se refieren en este comentario.

(66) Puesto que, a diferencia de un proceso ordinario, el Tribunal Constitucional no tiene ninguna obligación de admitir el recurso; el rechazo de la admisión es totalmente discrecional: MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU, *op. cit.*, § 23 y 35 del comentario sobre el artículo 93, a).

(67) MAUNZ, SCHMIDT-BLEIBTREU: *et alt.*, *op. cit.*, comentario al artículo 90, § 17; comentario al artículo 93, a), § 14 y 31 y ss.

C) *La solución americana: el «writ of certiorary»*

Si aludimos ahora directamente al modelo americano, que tan directamente ha inspirado el sistema alemán, confirmamos con otro ejemplo ilustre la misma conclusión. El Tribunal Supremo, desde sus orígenes hasta 1891, funcionó como Tribunal de Apelación, en el sentido anglosajón de este término, que difiere en algo del nuestro. A él podía recurrirse contra Sentencias de los Tribunales federales (y más tarde de los Tribunales Supremos de los Estados federados en ciertos casos). Una de las características de la jurisdicción de apelación es su carácter obligatorio, esto es, que el Tribunal tiene la obligación de tramitar y resolver el proceso. El crecimiento de los Estados Unidos hizo que a fines del siglo pasado el Tribunal Supremo estuviese inundado de asuntos, bloqueando virtualmente su funcionamiento. En 1891, el Congreso efectúa el cambio capital de sustituir en un gran número de asuntos la jurisdicción de apelación (obligatoria) por la *certiorary jurisdiction*, que suprime la obligación del Tribunal de tramitar y de fallar y la sustituye por una decisión discrecional de admitir o no el caso, previa petición de los litigantes. Desde entonces el *writ of certiorary* no ha ido sino en aumento. Hasta 1925, la jurisdicción de apelación suponía aún el 80 por 100 de los asuntos del Tribunal Supremo y sólo el 20 por 100 calidad de *certiorary*. Un nuevo *Judges' Bill* de esa fecha, 1925, invierte virtualmente esas cifras (68); hoy la jurisdicción obligatoria comprende menos del 10 por 100 de los casos fallados por el Tribunal (69) y continúa restringiéndose más y más por virtud de nuevas Leyes hasta hacer del *certiorary* virtualmente *the sole method of review in the Supreme Court*, el único método jurisdiccional del Tribunal Supremo (70).

Sin que interese ahora precisar los orígenes y el contenido institucional propio del *writ of certiorary* en el viejo *common law* (71), su utilización actual por el Tribunal Supremo americano es sumamente simple: el Tribunal resuelve soberanamente, con absoluta discrecionalidad (72), si acepta o no

(68) Sigo fundamentalmente el excelente estudio de Peter LINZER: *The meaning of certiorary denials*, en «Columbia Law Review», 79, 7 (1979), pp. 1227 y ss. Vid. también, LOCKHART, KAMISAR y CHOPER: *The American Constitution. Cases, comments, questions*, 5.ª ed., 1981, páginas 53 y ss.; Ch. A. WRIGHT: *Law of Federal Courts*, 4.ª ed., 1983, pp. 754 y ss.

(69) LOCKHART *et al.*, p. 53.

(70) LINZER: *The meaning*, p. 1244.

(71) Cfr. las referencias de LINZER, pp. 1234 y ss. y sus notas. Veo en la clásica obra de BLACKSTONE: *Commentaries on the Law of England*, 6.ª ed. de COLERIDGE, 1825, *Book the Fourth*, pp. 261, 264 y 320, que por el *writ of certiorary facias* el alto tribunal conocido como *King's Bench* podía avocar procesos iniciados en cualquier Tribunal inferior; viene a ser, pues, una *potestas avocandi*.

(72) «Discretionary review», jurisdicción discrecional, es el epígrafe de la obra general de LOCKHART *et al.*, p. 53, que explica el mecanismo, y es lo común en toda la doctrina. En las reglas internas del Tribunal Supremo que regulan su actuación, y a las que luego nos referire-

conocer de las demandas que se le someten, decisión tan discrecional que no ha de justificarse en motivación alguna (73). Ahora bien, esta discreción no se ejerce por la sola razón de comodidad, sino como un instrumento para que el Tribunal mismo pueda seleccionar los casos de interés general para su resuelta obra jurisprudencial, de voz de la Constitución.

¿Cuáles son los criterios que el Tribunal emplea para esa selección? Hay uno capital, por de pronto, que está en la base misma del sistema, y que viene a coincidir curiosamente (no obstante la importante diferencia del sistema judicial americano con el europeo constitucional, pues no se olvide que el Tribunal Supremo americano es juez de todo el Derecho y no sólo del Constitucional) con el que hemos visto manifestarse en la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que estamos estudiando, así como en la jurisprudencia constitucional alemana: al Tribunal Supremo.

«No le concierne primariamente la corrección de los errores de las Sentencias de los Tribunales inferiores. En casi todos los casos... el recurrente ha recibido ya una revisión de su caso en vía de apelación. Si nosotros aceptásemos todos los casos en los cuales esté planteada una cuestión legal interesante, o en los que *prima facie* pudiésemos tener la impresión de que la Sentencia inferior es errónea, no podríamos cumplir las responsabilidades que la Constitución y las Leyes asignan al Tribunal» (74).

El criterio para la asunción del caso, sigue diciendo dicho voto, es claro:

«Para continuar siendo eficaz, el Tribunal Supremo debe continuar con el criterio de decidir sólo aquellos casos que planteen cuestiones cuya resolución tendrá importancia inmediata por encima de los hechos concretos y de las partes implicadas».

mos, la cuestión se define así: «un proceso sobre *writ of certiorary* no es una materia de derecho [quiere decirse: obligatoria], sino de *completa discreción judicial*» («*sound judicial discretion*»); se refiere, naturalmente, a la admisión a trámite y a decisión, no respecto del fondo. TAFT, más tarde Presidente del Tribunal Supremo, y promotor de la Ley de 1925 ya aludida, no duda en hablar de «absoluta y arbitraria discreción» (cit. por LINZER, p. 1241), quiere decirse una discreción que se ejerce por puros motivos internos, sin pautas jurídicas impuestas, aunque de los criterios utilizados hablaremos seguidamente.

(73) En la práctica no se expresa motivación de la denegación, pero también hay veces en que se dice algo en forma muy sumaria: LINZER, p. 1248. Por lo demás, el procedimiento es puramente interno (la decisión se adopta si hay conformidad de cuatro jueces), de modo que la información que puede tenerse sobre este tema es normalmente indirecta, salvo la práctica, que ha ido desarrollándose con el tiempo, de votos particulares disidentes o concurrentes, que es la fuente más importante sobre los criterios que utiliza el Tribunal de hecho: LINZER, pp. 1249 y 1255 y ss.

(74) Voto del Juez VINSON, en un caso de 1949, *apud* LOCKHART, p. 53.

De nuevo, pues, aparece aquí la idea de que esta jurisdicción calificada no debe actuarse sobre la concepción tradicional de la justicia subjetiva, la satisfacción de pretensiones en Derecho presentadas por sujetos concretos, concepción que se remite a los Tribunales ordinarios, y que tiene en éstos todas las garantías de ser cumplida, sino a una supuesta «función objetiva», que trasciende con mucho, según se declara, del interés de las partes⁽⁷⁵⁾. Esa función objetiva es la resolución de una *substantial federal constitutional question*, como veremos inmediatamente.

Por ello, la concepción «ortodoxa» de la denegación del *certiorary* es que ésta «no expresa ninguna opinión sobre el fondo del asunto», en la expresión del juez HOLMES en 1922 (76), desde el momento en que no se trata de un problema de justicia subjetiva estrictamente tal.

El propio Tribunal Supremo ha indicado cuáles son las referencias que él mismo utiliza, y que por tanto invita a los peticionarios del *writ* a precisar en sus demandas, en las *United States Supreme Court Rules*, o Reglamento interno elaborado y aprobado por el propio Tribunal. En su reforma de 1980, la regla 17, «Consideraciones que presiden la jurisdicción del *certiorary*» (77), después de recordar que esta jurisdicción «no es materia de derecho sino de completa discreción del Tribunal», indica que esta discreción se ejercitará en favor de entrar a conocer el caso «cuando se den especiales e importantes razones para ello». Y añade:

«La lista siguiente, aunque no sirva para controlar ni para señalar una medida de la discrecionalidad del Tribunal, indica el carácter de las razones que serán tomadas en cuenta:

a) Cuando un Tribunal federal de apelación haya dictado una Sentencia en contradicción con la Sentencia de otro Tribunal federal de apelación sobre la misma materia; o haya

(75) De ahí que esté planteado desde antiguo y retorne continuamente el tema de constituir, paralelamente a la *Supreme Court*, una *National Court of Appeals* que la sustituya y la releve de la función típica de justicia individual y, definitivamente, de toda la jurisdicción de apelación que aún retiene (con lo que el sistema del *certiorary* pasaría a ser la regla absoluta, fuera de los casos, muy excepcionales, de jurisdicción llamada «original»). En 1972 una Comisión presidida por el profesor Paul FREUND propuso ese Tribunal Nacional y esbozó con bastante detalle su posible papel. En 1975 la Comisión HRUSKA reelaboró esta propuesta. Cfr. LOCKHART, *et al.*, páginas 52 y 54 y ss., con la polémica seguida sobre estas propuestas. Otra alternativa, elevada por el *Chief Justice* de Arizona CAMERON, es la de un Tribunal intermedio, «Tribunal Nacional de Apelación de los Estados» para conocer de los recursos contra los Tribunales de los Estados sobre cuestiones constitucionales federales. Cfr. sobre estas ideas y sobre sus propias propuestas (doblar el actual Tribunal con un conjunto de otros nueve jueces al que se encomendarían todos los asuntos salvo los penales y constitucionales, que permanecerían en el Tribunal actual), el *Annual Report on the state of the Judiciary*, del actual Presidente del Tribunal, Warren E. BURGER, presentado en febrero de 1983, e incluido en «*American Bar Association Journal*», abril, 1983, pp. 442 y ss.

(76) *Apud* LINZER, p. 1251.

(77) En LOCKHART *et al.*, p. 53, el trabajo de LINZER recoge aún el texto anterior, p. 1248.

decidido una cuestión federal de manera contradictoria con un Tribunal de última instancia de un Estado; o se haya separado notablemente de la práctica usual aceptada en materia de procedimiento judicial o haya confirmado una separación de ese género que haya cometido un Tribunal inferior como para invocar un ejercicio del poder de supervisión de este Tribunal (Supremo).

b) Cuando un Tribunal de última instancia de un Estado haya decidido una cuestión federal de manera contradictoria con la Sentencia del Tribunal de última instancia de otro Estado o de un Tribunal federal de apelación.

c) Cuando un Tribunal de un Estado o un Tribunal federal de apelación hayan decidido una importante cuestión de Derecho federal que no haya sido, pero que debería ser, definida por este Tribunal, o haya decidido una cuestión federal de modo contradictorio con las Sentencias aplicables de este Tribunal».

Tales son las pautas sobre las que se invita a alegar a los peticionarios del *writ*. Pero esas son las razones «neutrales» o técnicas. Los juristas y los sociólogos del Derecho americano se han entretenido en adivinar los entresijos reales de las verdaderas razones de los jueces al otorgar o denegar el *certiorary* usando de su poder discrecional. Han aplicado incluso la «teoría de los juegos», una «teoría de los indicios», análisis psicológicos de las actitudes de cada juez, etc. (78). La explicación dominante hoy es que las razones «neutrales» eliminan, en efecto, un buen número de casos, pero que dentro del cuadro que diseñan dichos motivos genéricos es más bien el interés del fondo del asunto el que suele determinar la selección positiva. La vieja y ortodoxa explicación del que *certiorary* carece de significación en cuanto al fondo del asunto (*non-merit myth*) es hoy puesta en duda, y más bien se afirma, como hace LINZER, como conclusión del análisis más profundo realizado hasta ahora sobre el tema, que el «proceso de *certiorary* ha llegado a ser, en una gran parte de los casos, el primer campo de batalla sobre el fondo» (79), la ocasión de una «batalla preliminar» (80) sobre dicho fondo. En la práctica, ello supone una aplicación del viejo apotegma *de minis non curat praetor*.

Esa conclusión no deja de ser interesante, aunque teniendo en cuenta la posición singular de la *Supreme Court* americana por relación a los Tribunales Constitucionales europeos, y concretamente su posición de juez universal del Derecho federal, incluida —y muy en primer término, como es obvio—

(78) LINZER, pp. 1299 y ss.

(79) LINZER, *op. cit.*, p. 1302.

(80) LINZER, p. 1304.

la Constitución, pueda parecer inaprovechable para nuestro estudio. No sería cierta esta posible impresión, como enseguida podremos ver.

En cualquier caso, ha de notarse que las cuestiones seleccionadas (81) lo son en vista de plantear cuestiones sustanciales de Derecho federal y predominantemente constitucional. En los términos del voto particular de una Sentencia importante sobre el tema, la *Maryland v. Baltimore Radio-Show Inc.*, 1950, se admiten aquellos casos que

«dejan presentir claramente una cuestión constitucional federal sustancial»(82),

incluyendo aquellos casos que permiten un retoque, si no una rectificación (*overrule*), de la jurisprudencia anterior del propio Tribunal Supremo, o dicho en los términos de un voto particular del juez GOLDBERG de 1973,

«anuncian la aparición en el horizonte de un posible reexamen de lo que puede parecer un principio establecido e indiscutible» (83).

De este modo, la técnica del *certiorary* constituye una pieza esencial para la gran política judicial de la *Supreme Court*, para su labor de adaptación constante de la Constitución y del derecho a la evolución de la sociedad y de la vida, de abrir constantemente nuevos caminos, de fijar a los Tribunales de todos los órdenes, pero incluso también a la sociedad misma, nuevas metas y perfeccionamientos constantes en la inacabable lucha por la justicia.

D) *Hacia una solución material y no formal en nuestro Derecho*

¿Qué concluir de ese *excursus* sobre el Derecho comparado para nuestro propio problema? Recordemos cuáles eran los términos de éste: se trataba de delimitar con alguna precisión los ámbitos del recurso de amparo constitucional con el de las acciones ejercitables ante los Tribunales ordinarios de toda clase, de modo que se respete el espacio competencial que, con el carácter de exclusivo, asigna a estos Tribunales el artículo 117.3 de la Constitución, y ello sin perjuicio de la defensa de la Constitución que tiene atribuido su «intérprete supremo», el Tribunal Constitucional, defensa ejercitable también de modo específico mediante el recurso de amparo, según los artículos 53.2 y 161.1 b) de la propia Constitución.

(81) Un simple dato estadístico: en 1981 de 4.089 demandas de *certiorary* sólo se otorgaron 225; el mismo año se presentaron 244 casos de apelación y cuatro de la jurisdicción «originaria». Datos tomados del *Annual Report* del Chief Justice BURGER ya citado, p. 444. Ha de notarse que muchas de las decisiones sobre el fondo del Tribunal son sumamente sumarias y no motivadas, de modo que de los 468 casos fallados sólo 141 lo fueron por Sentencias motivadas y firmadas (*signed Court opinions*).

(82) En LINZER, p. 1253: «distinctly presenting a substantial federal constitutional question».

(83) En LINZER, p. 1274. Este autor tipifica toda una serie de votos particulares en la denegación de *certiorary*, que constituyen la fuente principal de su investigación, como los que argumentan sobre este criterio de «mirar hacia el futuro», pp. 1273 y ss.

Hemos visto que la Sentencia de 2 de noviembre de 1983, como otras muchas anteriores y posteriores del Tribunal Constitucional, están intentando buscar una vía de solución a ese problema manejando el instrumental probablemente procedente de la jurisprudencia constitucional alemana, de distinguir entre legalidad ordinaria y cuestión específica de Derecho Constitucional, o entre lesión indirecta y lesión directa de los derechos fundamentales que el amparo ha de proteger, o entre posible error interpretativo de la Ley y choque frontal con el texto constitucional [o con el «contenido del derecho constitucionalmente declarado», en los términos del art. 55.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal].

Esas distinciones, que son puramente formales, pueden parecer claras, pero no pasan de ser pautas indicativas, útiles frecuentemente como directivas de aplicación, pero frágiles para poder construir sobre ellas soluciones definitivas, desde el momento en que la Constitución penetra la totalidad del ordenamiento y no es una norma más incluida en el mismo al lado de las otras y, por tanto, separable de éstas.

Parece, por tanto, preferible operar con valores jurídicos sustanciales y no con simples pautas directivas de naturaleza propiamente formal. Los valores jurídicos sustanciales a manejar aquí (como, por lo demás, impone el principio de Estado material de Derecho, según ya nos consta) son, según entiendo, tres:

- Por una parte, la idea misma de una defensa de la Constitución, la de imponer su efectividad práctica en el ordenamiento, que es la función específica del Tribunal Constitucional, la que le justifica y le legitima, su principio institucional propio.
- En segundo término, la imposibilidad de agotar al Tribunal en las inacabables tareas de la pura justicia subjetiva, que bloquearía inevitablemente su funcionamiento y le imposibilitaría de ejercitar esa función primaria de sostener e imponer la Constitución; ya vimos (84) que el Tribunal Supremo americano lo había indicado así como una justificación del sistema de la facultad selectiva de casos que le asigna la técnica del *certiorary*: sin esa facultad, «no podríamos cumplir las responsabilidades que la Constitución asigna al Tribunal»; un magistrado constitucional español, en el trabajo más calificado que conocemos sobre el tema que estamos ahora considerando, el profesor RUBIO LLORENTE (85), lo ha expresado en términos no muy diferentes: que el Tribunal «pueda consagrarse a su tarea específica de depuración del ordenamiento, adecuándolo continuamente a los principios y a la realidad» y que se le descargue en lo posible de lo demás.

(84) *Supra*, texto correspondiente a nota 74.

(85) F. RUBIO LLORENTE: *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 4, 1982, pp. 35 y ss.; el texto entrecorrido en el texto, en p. 67.

- Finalmente, la necesidad de una protección efectiva de los derechos fundamentales a los que la Constitución ha atribuido el remedio específico del amparo.

Si manejamos conjuntamente esos tres criterios materiales y recordamos de nuevo que la totalidad del ordenamiento está penetrada por la Constitución, no resultará fácil justificar una división neta entre cuestiones constitucionales y cuestiones de legalidad ordinaria, que es la línea mágica que el Tribunal Constitucional parece estar buscando con una fe excesiva. Por el contrario, desde la vivencia de esos tres principios materiales puede resultar mucho más hacedero llegar a justificar una solución de fondo no muy distinta de la que hemos visto funcionar en los Derechos alemán y americano por encima de las simples directivas aproximativas y utilitarias, «neutrales», en la expresiva calificación americana. Esta solución es la de concentrarse en la resolución de las grandes cuestiones, que afectan a las directrices generales del ordenamiento y, en particular, a la efectividad de los valores constitucionales, en nuestro caso de los derechos fundamentales: las *verfassungsrechtlichen Fragen* que necesitan una «clarificación» para hacerlas más efectivas, las *substantial constitutional questions*, en cuya profundización progresiva y más intensa la Constitución se hace, en efecto, viva y operante. Ello no significaría, naturalmente, ni podría serlo dado el mandato constitucional, que el Tribunal Constitucional se desentendiese de la protección de los derechos fundamentales; por el contrario, se trataría de ejercer esas intervenciones escogidas precisamente en el sentido de esa protección y para imponer a los Tribunales los criterios centrales que deben inspirarles, quedando ellos como pieza normal de dicha protección. No habría aquí, como se comprende, división material posible entre Constitución y legalidad ordinaria, en cuanto que ésta, como los Tribunales que la aplican, tiene que impregnarse toda ella de los valores constitucionales, y en concreto de los derechos fundamentales. Por ello, la intervención del Tribunal Constitucional sería forzosa cuando esa legalidad y esa actuación judicial ordinarias no reflejasen esos valores y mucho más si los hiciesen obstáculos; aclarado lo cual, e impuesto con la primacía de su posición el nuevo criterio como un criterio efectivo en la actuación posterior judicial, el Tribunal Constitucional no tendría por qué perder tiempo en insistir de nuevo en casos idénticos; precisamente, porque no puede ni debe haber asignación material de espacio separado entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, el Tribunal Constitucional deberá dejar ese campo ya «aclarado» constitucionalmente y buscar otros en que tal aclaración resulte necesaria u oportuna; la lucha por la justicia, y en concreto en el ámbito de los derechos fundamentales, es infinita y no concluye nunca.

Para hacer efectiva esta propuesta sin necesidad de reformas legales, contamos felizmente en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con el texto del artículo 50. Entendemos que el Tribunal Constitucional debe

ejercitar con resolución, como por lo demás está ya haciendo de manera creciente (86), la facultad de rechazar *in limine litis* los recursos de amparo que le concede dicho artículo 50, tanto por razones de inadmisibilidad formal como, lo que en este momento nos interesa más, por «carecer (la demanda) manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional» (ap. 2 b). Esta facultad no es propiamente equiparable a la del *writ of certiorary* o a la del artículo 93.ª de la Ley alemana, que hemos examinado, por de pronto porque requiere una tramitación procesal independiente y después porque ha de hacerse por Auto motivado. Ello no obstante, no parece ni difícil, ni siquiera forzado, orientar este instrumento procesal hacia una función análoga a la de las instituciones comparadas aludidas, sin más que sustantivar ese «contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional» a que alude el precepto, dando a la expresión un alcance idéntico a las de *Klarung einer verfassungsrechtlichen Frage* alemana o a la *substantial federal constitutional question* americana. Esa identidad está justificada, además de en las propias palabras (la referencia a las cuestiones que justifican la decisión del Tribunal, aluden sólo, en principio, a las de defensa de la Constitución), en los principios institucionales mismos de la justicia constitucional.

Esa propuesta presenta, como se habrá notado, algunas diferencias importantes respecto de la solución que parece estar imponiendo la jurisprudencia actual del Tribunal. Esta, como sabemos, está apoyada en criterios de un formalismo bastante convencional, como la distinción entre legalidad ordinaria y norma constitucional, y por ello conducirá, inevitablemente, de no ser cuidadosamente vigilada, hacia soluciones también formalistas, que al final suelen ser siempre las peores —y que además contradicen todo el criterio de Estado material de Derecho que la Constitución proclama sin equívocos, según hemos visto en la primera parte de este estudio.

En efecto, hay cuestiones de pura legalidad ordinaria, sin duda, pero que es patente que no sólo no sirven eficazmente, sino que obstaculizan de manera positiva a los derechos fundamentales susceptibles de amparo. En tales circunstancias, me parece evidente que el Tribunal Constitucional faltaría a su misión si no penetrase resueltamente en el fondo de esa legalidad ordinaria, sin cuyo revulsivo esos derechos fundamentales quedarán sin protección.

(86) Como se comprueba si se consulta la colección de autos publicados en la edición oficial de *Jurisprudencia Constitucional*, de los que hasta ahora van publicados tres tomos. Es de lamentar que los autos de inadmisibilidad dictados al amparo del artículo 50 de la Ley Orgánica no se publiquen en el «BOE», porque ello les priva de la notoriedad que merecen como expresión de un punto esencial de la política jurisprudencial del Tribunal: esa notoriedad tendría la virtud de orientar a los recurrentes. También se echa de menos una Memoria anual, análoga a la que formula el Tribunal Supremo, que informe, incluso estadísticamente, de la actividad del Tribunal. No conozco otra estadística que la ya sobrepasada, publicada por RUBIO LLORENTE: *Op. cit.*, p. 36.

Un ejemplo que por la especialidad que profeso puede resultarme familiar, el tema de la ejecución de las Sentencias contencioso-administrativas. El Tribunal Constitucional ha resuelto ya en varias Sentencias de amparo que la no ejecución de las Sentencias contencioso-administrativas supone una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (87). Pero tras esta importante proclamación, el fallo se ha limitado a requerir a los Tribunales contencioso-administrativos responsables de dicha ejecución para que ejerciten sus facultades en orden a alcanzar la misma. El problema, justamente, comienza y no concluye aquí, porque resulta que la «legalidad ordinaria» en materia de ejecución de Sentencias contencioso-administrativas es completamente insuficiente para dar curso «efectivo» a ese derecho fundamental a la efectividad de las Sentencias (88). El Tribunal Constitucional no puede inhibirse de esta importante cuestión con el argumento, puramente formal, de que, por tratarse de administración ordinaria de la justicia, eso no le compete. ¡Cómo no va a competirle, si es es, justamente, el problema de fondo!

Las Sentencias de los Tribunales no pueden ser efectivas con la simple técnica de los requerimientos de cumplimiento dirigidas a la Administración condenada en el fallo y de la eventual, y puramente teórica (no se conoce un solo caso de condena penal o civil por este motivo en toda la historia del contencioso-administrativo) responsabilidad civil y penal de los administradores que no ordenen el cumplimiento de dicho fallo, que es lo que dispone la regulación preconstitucional de los artículos 104, 105 y 109 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956; tanto la responsabilidad civil como la penal requerirían nuevos, largos y costosos procesos, sometidos a sus reglas propias (por ejemplo, la cualificación del dolo en el Derecho Penal), y aun triunfando en ellos no quedaría por ello corregida la inejecución que los motiva. Parece evidente que esta regulación, que hace a la Administración competente para la ejecución de las Sentencias que la afectan (art. 104 de la Ley citada) y que limita el papel de los Tribunales a «promover y activar» el ejercicio de esa competencia ajena (art. 110.1 *ibídem*), restos de un sistema histórico periclitado según el cual *juger l'Administration c'est encore administrer*, es totalmente inconciliable con el derecho fundamental proclamado en el artículo 24 de la Constitución, así como con la atribución de competencia exclusiva de los Tribunales para ejecutar por sí mismos lo juzgado que declara el artículo 117.3, y con el «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» de la Administración que impone el artículo 103.1, que ya conocemos.

He ahí, pues, una típica solución formalista a la que se llega con las pautas que el Tribunal Constitucional está manejando, y que deja completa-

(87). Sentencias de 14 de junio de 1981, 7 de junio de 1982 y 13 de abril de 1983.

(88) Cfr. sobre el tema E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 2.ª ed., 1981, pp. 563 y ss.; y 291 y ss. y 376 sobre las condenas pecuniarias, en particular.

mente insatisfecho al recurrente ganador de su amparo, que se encuentra tras el fallo exactamente como antes; que deja, en último extremo, y esto es lo más grave, como se comprende, sin «tutela efectiva» el derecho fundamental a la «tutela judicial efectiva». El Tribunal Constitucional debe ser consciente de que no sólo un sistema de normas abstractas componen el ordenamiento jurídico, sino también su efectividad práctica, su suerte real (89), y que sería un error inadmisibles que el Tribunal intentase desentenderse de este último y decisivo plano para reducirse olímpicamente al «cielo de los conceptos jurídicos», en la conocida expresión de IHERING.

Con ello, naturalmente, no estamos sugiriendo que el Tribunal Constitucional se introduzca él mismo directamente en todos los problemas específicos de ejecución de las Sentencias contencioso-administrativas cuyos ganadores se lo soliciten en amparo. Lo que nos parece que es una «cuestión constitucional substancial» es despejar de una vez con toda precisión los obstáculos que el obsoleto e inconstitucional sistema de ejecución de las Sentencias contencioso-administrativas lucen en la Ley de 1956, indicando que es a los Tribunales contencioso-administrativos a quienes compete esa ejecución directa, y que esa facultad comprende incluso la de dictar mandamientos compulsivos de pago sobre el dinero público, sin desorganizar, naturalmente, los servicios administrativos, lo que es inmediatamente factible, como se conoce en otros países y como en el nuestro existen medios técnicos claros de alcanzarlo (90).

(89) Cfr. nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, cit., I, 4.^a ed., pp. 60 y ss.

(90) Cfr. La obra y lugar citados en la nota 88. También L. PAREJO: *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, 1983, páginas 313 y ss. No estará de más insistir en el verdadero peligro público que supone la existencia en el sistema económico de agentes económicos que pueden contratar libremente o asumir obligaciones pecuniarias por daños u otras razones, pero que son luego judicialmente incoercibles para responder patrimonialmente de esos contratos o de esos daños. Esa «inmunidad» judicial, ligada al arcaico privilegio de inembargabilidad (arts. 18 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, art. 44 de la Ley General Presupuestaria de 1977, art. 661 de la Ley de Régimen Local), que de hecho ha arruinado y sigue arruinando a tantas empresas, contraría también, de forma manifiesta, el principio de economía de mercado del artículo 38 de la Constitución, pues no hay mercado posible con agentes económicos irresponsables judicialmente por la Ley. Por la misma razón, la existencia de privilegios subjetivos en un mercado en el que todos los demás agentes están sometidos íntegramente a responsabilidad, puede estar afectado también el principio de igualdad del artículo 14. En cuanto a las condenas patrimoniales en concreto, resulta igualmente contrario a los valores constitucionales materiales respetar la práctica de que la Administración puede pagar cuando quiere, sin límite de tiempo, imponiendo un «empréstito forzoso» a los ganadores de las Sentencias y beneficiándose con su propia injusticia (contra el principio que prohíbe obtener beneficios de la «propia turpitudine») de la progresiva devaluación monetaria; es éste un escándalo grosero para cualquier espíritu jurídico. No deja de ser curioso —y expresivo al máximo— que el Estado dude en atribuir a su propia Administración institucional lo que niega a los jueces en ejecución de Sentencias firmes: cobrar ejecutoriamente sus propios créditos contra las Administraciones locales (art. 23 de la Ley de Presupuestos para 1982, sobre cobro de las deudas de las Corporaciones locales a la MUNPAL, y Reales Decretos de 30 de julio de 1982 y 28 de diciembre de 1983; los créditos del Banco de Crédito Local, aun más expeditivamente: garantía sobre todos o algunos de los ingresos de la

Es más, una vez que el Tribunal Constitucional hubiese formulado esa imprescindible «clarificación constitucional» explícita en un tema de tanta relevancia, y hubiese echado a andar un efectivo sistema correctivo, el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal podría entrar en juego perfectamente (91) para remitir en adelante la cuestión a los Tribunales ordinarios. Lo que no tiene sentido es que se intente una suerte de «separación» material de campos como la que está en la base de esta jurisprudencia constitucional: el Tribunal Constitucional tendrá que seguir admitiendo recursos de amparo y estimándolos siempre que se dé una situación de inejecución de una Sentencia contencioso-administrativa, estimación que, por otra parte, carecerá de efectos prácticos reales. No hay «separación» posible, bien lo sabemos, entre la legalidad ordinaria y la Constitución e intentarlo solamente hace surgir inevitablemente graves disfunciones.

En resolución y al margen ya del ejemplo del que nos hemos valido, nos parece que el Tribunal Constitucional debe admitir los amparos que planteen una «cuestión constitucional substancial» en materia de derechos fundamentales, aunque se plantee (y mucho más si se plantea, cabría decir) en el plano de la legalidad ordinaria, legalidad no exenta, como es obvio, de las exigencias de la Constitución. La técnica de declarar la inconstitucionalidad de la Ley en que se apoya la decisión administrativa o judicial que se impugna, según el artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal, permite un juego resuelto del criterio que propugnamos. Una vez «clarificada la cuestión constitucional», el Tribunal Constitucional puede abandonar perfectamente el tema concreto de que se trate, y es más, debe hacerlo en cuanto la solución haya pasado —y ese ha de ser el objetivo real— a la práctica de los Tribunales ordinarios.

Lo que debe interesar al Tribunal Constitucional, porque ese es el mandato de la Constitución, es que los derechos fundamentales se protejan de manera efectiva, no que esa protección tenga que hacerla él precisamente. En la medida en que la protección se implante en las vías judiciales ordinarias, hay que decir que será más efectiva, que no a través del amparo constitucional, que es un recurso extraordinario, largo (en cuanto exige el agotamiento previo de las vías judiciales ordinarias) y complejo.

Corporación local prestataria e incautación de los mismos por apremio: arts. 46 y 48 de los Estatutos del Banco, Real Decreto de 22 de julio de 1925, art. 76 del Reglamento del Banco de 7 de agosto de 1926, Real Orden de 14 de enero de 1930 y Orden de 1 de octubre de 1934; véase también el contrato-tipo de préstamo con amortización a largo plazo aprobado por Orden de 1 de agosto de 1945, cláusulas 7.ª, 8.ª, 9.ª y 13). Si alguna prueba fuese precisa para acreditar la absoluta convencionalidad del principio de inembargabilidad y de la única aplicación de dos medidas distintas para tratar un problema idéntico, hela ahí.

(91) Aunque el párrafo 2. c) del artículo 50 refiere sólo la posibilidad del rechazo liminar si el precedente en el propio Tribunal Constitucional es de desestimación y no de estimación de un recurso «substancialmente igual», entraría en juego del apartado 2. b) del mismo artículo: la cuestión no «justifica una decisión por parte del Tribunal Constitucional».

Y esa es la función última de un Tribunal Constitucional, imponer la efectividad de la Constitución (aquí, en materia de derechos fundamentales), vigilar desde su altura institucional, desde la que domina todo el ordenamiento (tanto en su expresión normativa como en su aplicación práctica), la efectividad y la protección de esos derechos. No tiene por qué «repartirse» ninguna materia con los Tribunales ordinarios; tiene que vigilar que éstos sirvan a esos derechos fundamentales y les protejan de manera efectiva. En la medida en que lo hagan así, las demandas de amparo que se dirijan al Tribunal Constitucional no «justifican una decisión» de fondo de éste; si, por el contrario, los Tribunales ordinarios faltasen a esa función, el Tribunal Constitucional no sólo podrá, sino que deberá intervenir, preceptivamente, sin que le exima de esta obligación argumentos tan convencionales como el de que se trata de un tema de legalidad ordinaria o de una lesión puramente indirecta del derecho fundamental en causa.

De este modo, la jurisdicción de amparo podrá cumplir su doble función institucional: la objetiva, de tutelar e imponer la Constitución, en su contenido de libertad básica («la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular», en los términos explícitos de la temprana Sentencia constitucional de 26 de enero de 1981), y la subjetiva, de no dejar un derecho fundamental inerme, aunque la protección no la dispense directamente el propio recurso.

En esta tarea, el Tribunal Constitucional ha de utilizar una especial sensibilidad jurídica hacia los temas generales de todo el ordenamiento, puesto que se trata, conforme al artículo 9.2 de la Constitución, que afecta al Tribunal como a todos los demás poderes públicos, de hacer que «la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (de)... remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Tarea más compleja, más difícil, pero también más apasionante para quien sienta el *pathos* de la justicia, que la puramente lógica de depurar las supuestas contradicciones normativas inmanentes a que le condenaría su concepción como simple «legislador negativo».

Hay que decir que esta crítica no se dirige contra la Sentencia de 2 de noviembre de 1983, alrededor de la cual hemos desarrollado nuestra reflexión. Es cierto que en ella aparece el argumento de la legalidad ordinaria como no afectante a la competencia del Tribunal; pero éste se ha preocupado de advertir que «es cierto que una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar también, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado», supuesto desde el cual se ha visto obligado a examinar, y a afirmar, seguidamente, que en la construcción jurisprudencial del delito continuado «no hay... lesión alguna del artículo 25.1 de la Constitución, pues el Juez ni crea nuevas figuras delictivas, ni aplica penas no previstas en el ordenamiento». Estas apreciaciones están hechas, evidentemente, desde una intuición certera de la buena doctrina, según la entendemos. Justamente, el límite de la Constitución es el que marca el espacio propio de libertad de las jurisprudencias aplicativas; frente a la norma constitucional,

no existe «autonomía» posible del Juez, y, a la vez, en defensa de la Constitución y de su sistema de derechos humanos no existe tampoco límite alguno a la competencia de amparo del Tribunal Constitucional.

3. *Conclusión sobre el espacio propio de la jurisprudencia ordinaria en el sistema constitucional*

Es el momento de extraer las conclusiones finales de esta ya extensa reflexión a propósito del tema que inicialmente nos habíamos propuesto: cuáles son las posibilidades que el principio constitucional de legalidad deja realmente a la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios, en qué espacio y con qué amplitud ha de moverse ésta.

Después de haber justificado, nos parece, que el principio de legalidad de la Constitución, lejos de imponer un legalismo entendido en el sentido del positivismo normativo, apela en realidad a un Estado material de Derecho y a una jurisprudencia de valoración o de valores, resulta un amplísimo campo creador a la jurisprudencia de los Tribunales, la cual, sin mengua de su debida fidelidad a la Ley, puede crear y encontrar las soluciones jurídicas más propias para hacer pasar por el sistema los valores materiales de la Constitución y los institucionales de toda la materia jurídica.

Esa conclusión resultaba afectada luego por un problema de articulación de jurisdicciones, problema de un importante fondo, tanto porque sabemos bien que los problemas sustanciales del Derecho suelen manifestarse «en los intersticios del procedimiento», según la aguda observación de SUMMER MAINE, hecha suya por MAITLAND (92), como porque se trata de algo más que de simples problemas procesales, se trata de hacer efectivo y real el principio de primacía de la Constitución. Ese problema es el del deslinde entre el recurso de amparo constitucional y las jurisdicciones ordinarias.

Estimamos que ese deslinde no puede operarse por un criterio material de reparto del campo judicial y que no puede ordenarse tampoco sobre un intento de distinguir entre legalidad ordinaria y Constitución, dado que ésta está presente y operante en toda la legalidad ordinaria, sin que sea factible, por tanto, una separación material de los respectivos ámbitos.

El único criterio que parece operativo al respecto es el de una estimación, en cualquier materia, regida por cualquier legalidad, administrada por el Tribunal que sea, de una especial intensidad de las exigencias constitucionales atañentes a los derechos fundamentales susceptibles de amparo, intensidad, o efectividad de dichas exigencias que habilita al Tribunal Constitucional para intervenir por la vía de amparo sin restricción alguna, en su labor tuitiva de la Constitución, en orden a lograr una protección real y efectiva de dichos derechos fundamentales. Si esta protección está asegurada por las vías

(92) Véanse los textos completos de SUMMER MAINE y de MAITLAND en mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2.ª ed., 1981, p. 214.

judiciales ordinarias, la intervención del Tribunal Constitucional será superflua, porque su función no es administrar justicia en un ámbito material propio, sino asegurar en todos ellos la eficacia de la Constitución en su contenido de libertad.

Ese criterio sólo puede hacerse efectivo con una interpretación del artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en un sentido análogo al del *writ of certiorary* norteamericano, administrando la discreción que otorga para la retención o el rechazo de casos concretos desde el único criterio de esa función de vigilancia general del sistema que le corresponde para asegurar la efectividad en él de los derechos fundamentales.

Se produce aquí, pues, una interferencia posible de la jurisdicción del Tribunal Constitucional sobre la propia de los Tribunales ordinarios. Pero esta interferencia potencial no afecta en absoluto a la autonomía propia que a éstos corresponde en la gestión de su respectivo sector judicial, ni, menos aún, a la «libertad de criterios» que en la interpretación de las Leyes reconoce a su jurisprudencia el sistema constitucional. Es una interferencia que se ordena a imponer la efectividad de los derechos fundamentales, efectividad que los propios Tribunales ordinarios tienen la carga y la obligación de asegurar; si cumplen esta carga y esta obligación, que les alcanza por el valor normativo directo de la Constitución, el Tribunal Constitucional no deberá intervenir; sólo si no la cumplen de manera eficaz el Tribunal Constitucional deberá intervenir y dejará de hacerlo en cuanto su criterio se imponga realmente en la práctica judicial ordinaria.

Conviene, pues, insistir en que en tanto esté en juego un principio constitucional atañente a los derechos fundamentales «reales y efectivos» (art. 9.º2 de la Constitución), no existe posibilidad alguna, por el argumento formal de la «legalidad ordinaria», o por cualquier otro, de reconocer ningún «margen de apreciación» exclusivo a los Tribunales ordinarios, que pueda excluir, o siquiera limitar, por poco que sea, la plenitud de jurisdicción del Tribunal Constitucional.

Esta proposición, que me parece fundamental, puede apoyarse también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia a la que el principio del artículo 10.2 de la Constitución (por el intermedio del artículo 45 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales, ratificado por España en 1979) puede asignar un valor interpretativo directo de nuestro propio sistema positivo de derechos fundamentales. Esa jurisprudencia, en efecto, en un conflicto potencial de bastante mayor densidad, el que puede surgir entre su propia jurisdicción y las distintas jurisdicciones nacionales de los Estados partes del Convenio, ha reconocido en favor de dichas jurisdicciones nacionales un cierto «margen de apreciación» por estar «en contacto directo y constante con las realidades del momento», o «con las fuerzas vivas de su país», para estimar, por ejemplo, «la presencia de un peligro público» o «la naturaleza y la extensión de las derogaciones necesarias para conjurarlo», o «sobre el contenido preciso de las exigencias»

de la moral en una sociedad democrática, etc. (93). Pero este «margen nacional de apreciación» es simplemente previo y no implica para el Tribunal europeo reconocer un *domaine réservé* a los Estados (94) que le obligue a abdicar de sus propias funciones en la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales, funciones que mantiene sin ambigüedades, procediendo para ello a una estimación directa de los hechos y de las circunstancias para determinar por sí mismo si se da o no un «peligro público que amenace la vida de la nación» (95), o si se está en presencia de una «necesidad en una sociedad democrática» de restricciones al derecho al respeto de la vida privada o de la correspondencia (96), o a la libertad de expresión (97), o a la de asociación (98); o para estimar directamente el carácter «razonable» de la duración de una detención provisional (99) o de un proceso judicial (100). Ese examen y apreciación directa es, en efecto, completamente inexcusable si ha de mantener como efectiva su propia jurisdicción.

Partiendo del mismo aserto para la tuición encomendada a nuestro Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales, el espacio dejado por el sistema constitucional en todo el resto del Derecho a la jurisprudencia ordinaria resulta muy extenso, espacio donde los Tribunales podrán ejercer una amplia labor de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico; de modo que en él se hagan presentes y operativos los valores constitucionales e institucionales que han de presidir (y no un seco legalismo, ciego a los valores de la justicia) toda su labor.

Queda así definitivamente eliminado el intento que se plasmó en el proyecto final de la Constitución, corregido en este punto, en el último momento, por la Comisión Mixta Congreso-Senado, de atribuir al Tribunal Constitucional una labor de supervisión general de la jurisprudencia (101).

(93) Sentencias *Lawles*, de 1961; *De Wilde, Ooms y Versyp*, de 1971; *Golder*, de 1975; *Engel*, de 1976; *Handyside*, de 1976; *Klass*, de 1978; *Sunday Times*, de 1979; *Winterwerp*, de 1979; *Young, James y Webster*, de 1981; *Dudgeon*, de 1981; *Spörrong y Lonnroth*, de 1982; *Silver*, de 1983. Puede verse el resumen de la doctrina de esas Sentencias (cuyo texto completo no ha concluido aún de publicar el «Boletín de Jurisprudencia Constitucional») en el libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE, L. I. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2.ª ed., 1983. Y especialmente, M. A. EISSEN: *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, en «Bulletin de l'Association pour la fidélité à la pensée du Président René Cassin», 5, 1983, en particular, p. 54.

(94) Así en la Sentencia sobre el asunto lingüístico belga, 1967.

(95) Sentencias *Lawles*, 1961 y, sobre todo, *Irlanda contra Reino Unido*, 1978.

(96) Sentencias *Dudgeon*, 1981; *Klass*, 1978; *Silver*, 1983.

(97) Sentencia *Sunday Times*, 1979.

(98) Sentencia *Young, James y Webster*, 1981.

(99) Sentencias *Wemhoff*, 1968; *Neumeister*, 1968; *Ringeisen*, 1971.

(100) Las Sentencias anteriores, más *König*, 1978; *Buchholz*, 1981; *Eckle*, 1982; *Foti*, 1982; *Corigliano*, 1982; *Zimmermann y Steiner*, 1983. Sigo especialmente a EISSEN: *Op. cit.*, pp. 57 y ss.

(101) El texto del artículo 160 (hoy 161) del Proyecto de Constitución tal como salió del Senado refería el recurso de inconstitucionalidad a «las Leyes... disposiciones normativas con

Esa supervisión, como meramente potencial, y no en la forma de una supercasación o de una instancia fija nueva superpuesta a las ordinarias, se limita, como hemos visto, a los supuestos en que los derechos fundamentales susceptibles de amparo estén en cuestión, pero no será ejercida si la protección que los Tribunales ordinarios dispensen a dichos derechos sea «real y efectiva».

La Constitución ha abierto, pues, a la jurisprudencia ordinaria un campo mucho más amplio, más fecundo y más seguro que el que resultaba en cualquier de las épocas preconstitucionales.

fuerza de Ley ... y jurisprudencia en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico». Esta última alusión fue suprimida por la Comisión Mixta, que introdujo en su lugar el perogrullesco párrafo que hoy figura en el artículo 161.1. a): «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Esta obviedad innecesaria (salvo en el punto relativo al mantenimiento de la cosa juzgada, que sí es una declaración substantiva, así como justificada) fue el precio que hubo de pagar por eliminar ese extraño recurso de inconstitucionalidad contra la jurisprudencia, que pretendía basarse en el carácter virtual de ésta como fuente del Derecho y sometida, por tanto, a la primacía de la Constitución, como las demás fuentes. Sobre el tema, *vid.* A. HERNÁNDEZ GIL: *El cambio político español y la Constitución*, 1982, pp. 327 y ss. (de especial interés, porque HERNÁNDEZ GIL fue el autor del retoque final, como presidente de la Comisión Mixta). M. ARAGÓN REYES: *Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las Leyes anteriores y de la jurisprudencia*, en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, 1981, I, pp. 555 y ss.; P. DE ELIZALDE y AYMERICH: *El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia*, en la misma obra, I, pp. 859 y ss.; F. PERA VERDAGUER: *Violación de derechos y libertades por órganos judiciales*, en la misma obra, III, pp. 2095 y ss.

