

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: ENTRE LEGISLACION Y JURISDICCION (*)

MARINA GASCON ABELLAN

SUMARIO: I. EL MODELO KELSENIANO.—II. PECULIARIDADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ENTRE LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN.—III. LA TRANSFORMACIÓN DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN.—IV. OBSERVACIONES FINALES.

I. EL MODELO KELSENIANO

Como es sabido, el modelo de justicia constitucional construido en Europa tras la Segunda Gran Guerra ha seguido el esquema diseñado por Kelsen que fuera inicialmente plasmado en la Constitución austríaca de 1920: una jurisdicción concentrada en un único Tribunal, separado del resto de los tribunales y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total abstracción de los conflictos e intereses que subyacen tanto a las normas enjuiciadas como a los concretos casos de aplicación de las mismas. Todo parece indicar que nuestras Cortes Constituyentes quisieron heredar aquella aureola que pretendió asegurar Kelsen cuando concibió a su Corte como «la depositaria de la categoría lógico-fundamental del ordenamiento: es el órgano que confronta norma (abstracta) de la ley con norma (abstracta) de la Constitución para verificar la contradicción lógica eventualmente producida en el seno del ordenamiento» (1). En la tensión política entre jueces y legisla-

(*) Texto ampliado de la ponencia presentada en el seminario sobre *La motivazione delle decisioni costituzionali*, organizado por el profesor A. RUGGERI en la Universidad de Messina (Italia), durante los días 7 y 8 de mayo de 1993.

(1) G. VOLPE: *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1977, pág. 145.

dores de la Europa de los años veinte, que tendría su culminación dramática en la República de Weimar, y en la tensión teórica entre un positivismo desacreditado y un Derecho libre desbocado, el Tribunal Constitucional venía a representar un intento de conciliación y, al mismo tiempo, de recuperación de unas dosis de racionalidad: de un lado, porque pretendía garantizar la supremacía de la Constitución sin comprometer la libertad política del Parlamento; de otro, porque asumiendo las enseñanzas del antiformalismo, quiso recuperar uno de los ideales de la filosofía iluminista y de la codificación, cual es el de la aplicación «lógica» y controlable del Derecho.

En buena medida, el rasgo definidor del sistema kelseniano residía en la rigurosa exclusión del conocimiento de hechos por parte del juez de constitucionalidad; su tarea quedaba así rigurosamente circunscrita a un juicio de compatibilidad lógica entre dos enunciados normativos perfectamente cristalizados, pero carentes de cualquier referencia fáctica, la Constitución y la ley. Y es que en la tortuosa evolución del pensamiento de Kelsen a propósito de las relaciones entre Derecho y Lógica (2) parece que aquél nunca dejó de considerar que la naturaleza creativo-volitiva de la actividad jurisdiccional respondía principalmente a su exigencia de concreción o de resolución de casos más que a las dificultades de comprensión de la norma en sí misma o a la luz del conjunto del sistema; es decir, parece que si los jueces desempeñan algo más que una función intelectual y mecánica es porque deben dar respuesta a hechos, no porque hayan de enjuiciar normas. Como escribe L. Prieto a propósito de la «Teoría pura», «la interpretación operativa presenta un momento lógico y otro de discrecionalidad y es en la cualificación jurídica de los hechos donde se sitúa este último» (3). Esto explica la peculiar configuración del Tribunal Constitucional kelseniano: «la necesidad de mantener el insuprimible momento creativo que incorpora toda norma jurídica, sea general o individual, y la no menor exigencia de garantizar el principio de jerarquía y la supremacía de la ley postulan un especialísimo órgano de fiscalización que ni sustituye al legislador, por cuanto no puede entrar a valorar los motivos que le impulsan, ni puede tampoco ocupar el lugar del juez, dado que no es su función revisar el modo de aplicar el Derecho en casos concretos» (4).

Así pues, el modelo kelseniano de justicia constitucional supone la existencia de un único Tribunal que se encarga de verificar un juicio de compatibilidad lógica entre enunciados normativos, y de ahí que suele calificarse como

(2) Véase M. LOSANO: «La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo», prólogo a H. KELSEN: *Teoria generale delle norme* (1979); trad. de M. Torre, Turín, Einaud, 1985.

(3) L. PRIETO: *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid, Tecnos, 1987. pág. 77.

(4) *Ibidem*, pág. 78.

una jurisdicción concentrada y abstracta. Sin embargo, creo que supone algo más, referido esta vez a la propia idea de Constitución. Para Kelsen, en efecto, la Constitución es ante todo una norma organizativa y procedimental cuyo objeto consiste en regular la producción de normas generales (5) y que puede asimismo —bien es verdad— condicionar hasta cierto punto el contenido de esas normas, pero sin que ese condicionamiento sustantivo pueda concebirse en términos de un sistema de valores y principios con vocación de plena eficacia, tal y como sucede en las Constituciones contemporáneas. Con razón habla F. Rubio de «la repugnancia (de Kelsen) a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la pre-determinación constitucional del contenido material de la ley» (6).

En suma, la justicia constitucional ideada por Kelsen en una situación histórica donde la consolidación del Estado de Derecho hallaba múltiples dificultades parecía obra más de la ciencia jurídica que de la política del Derecho. El irracionalismo y la asumida naturaleza volitiva del proceso de interpretación y aplicación de las normas no hacen abdicar al principal representante del neopositivismo jurídico del anhelo de institucionalizar un operador jurídico lo más cercano posible a la razón y a la lógica. Un Tribunal Constitucional separado de la justicia ordinaria se justificaba precisamente por las exigencias de alcanzar ese objetivo, y dichas exigencias eran fundamentalmente dos: en primer lugar, verificar un juicio abstracto de normas donde quedase excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, por cuanto tales valores e intereses son la fuente y el vehículo de la subjetividad y de la ideología, y en segundo término, adoptar como exclusivo parámetro de enjuiciamiento una Constitución concebida como regla procedimental y de organización y no como generadora de problemas morales y sustantivos.

Como decíamos al comienzo, todo parece indicar que el modelo de justicia constitucional diseñado en España a partir de 1978 se ajusta al esquema kelseniano, pues, efectivamente, establece un Tribunal único y separado del Poder Judicial, hasta el punto de que cada uno de ellos es contemplado en títulos distintos del texto constitucional. Sin embargo, más allá de las apariencias, ¿cabe realmente concebir a nuestro Tribunal Constitucional como un legítimo heredero de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* del normativismo? Según veremos, las dife-

(5) Véase H. KELSEN: *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R. Vernengo, México, UNAM, 1986, págs. 232 y sigs.

(6) F. RUBIO: «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4 (1982), pág. 40.

rencias son notables en aspectos fundamentales, pero entonces ¿por qué no haber elegido directamente el sistema norteamericano de jurisdicción difusa, como ya parecía anunciar, por cierto, la Constitución de la efímera primera República? (7).

II. PECULIARIDADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ENTRE LEGISLACION Y JURISDICCION

Con respecto al primer aspecto, el relativo al conocimiento de hechos, ya uno de los primeros comentaristas de la Constitución española escribía que si el Tribunal Constitucional es un verdadero Tribunal ello obedece a que «aplica una norma previa a hechos concretos», razón por la cual su origen debe buscarse en Norteamérica (8). Este conocimiento de hechos, que se hace patente en el recurso de amparo por violación de derechos fundamentales, pero también en el modo de concebir la cuestión de inconstitucionalidad (9), tiene otra consecuencia importante, y es que el parámetro de enjuiciamiento constitucional difícilmente podrá prescindir de ingredientes de mera legalidad ordinaria.

Desde luego, quedan residuos de la vieja concepción según la cual el Tribunal no puede conocer de hechos; así, aun cuando dicho objetivo parezca inalcanzable, al menos en el recurso de amparo, la LOTC insiste en que la revisión de las decisiones jurisdiccionales se hará «con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas (las presuntas violaciones de derechos) se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional» (art. 44.1.b). Sin embargo, esa abstracción de los hechos parece imposible (10), pues justamente el proceso de amparo consiste en el enjuiciamiento de un acto de los poderes públicos a la luz de una norma constitucional, y es evidente que en esa tarea no cabe prescindir de los

(7) El Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 17 de julio de 1873 establecía que «en el caso de que el Poder legislativo dé alguna ley contraria a la Constitución, el Tribunal Supremo en pleno tendrá facultad de suspender los efectos de esta ley».

(8) E. CARCÍA DE ENTERRÍA: «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1 (1981), págs. 43 y sigs.

(9) Por ello dice F. RUBIO que «tanto la configuración de la cuestión de inconstitucionalidad como la creación del recurso de amparo son claramente contradictorios con la concepción kelseniana» («Sobre la relación...», cit., pág. 42).

(10) El propio Tribunal aclara que «la prohibición de "conocer" de los hechos concierne a la acepción técnico-procesal de este vocablo que alude a la atribución de competencia. No se trata de prohibición de conocimiento en el sentido de ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar la resolución» (STC 46/1982, de 12 de julio, FJ 1.º).

hechos, conductas o situaciones que motivaron dicho acto; lo que supone, en suma, que aquí no estamos ante un juicio de compatibilidad lógica, sino de justificación de una cierta actuación pública. Es más, en ocasiones, ese conocimiento de los hechos puede llegar a un rechazo de los que se consideraron probados en una sentencia penal: «No basta (...) que se haya practicado prueba e incluso que se haya practicado con gran amplitud, ni es suficiente que los órganos jurisdiccionales y la policía judicial hayan desplegado el máximo celo en averiguar el delito de identificar a su autor. El resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse “de cargo”... Consecuencia de todo ello es que la función del Tribunal Constitucional, cuando se alega ante él la presunción de inocencia, es verificar si ha existido esa prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo» (11).

Una preocupación constante del Tribunal Constitucional español, que en parte puede considerarse también una herencia kelseniana, es su empeño por separar rigurosamente los problemas de legalidad y de constitucionalidad, y esto al menos en dos sentidos. De un lado, el Tribunal recuerda que su función no es la de sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; no es, por tanto, la de fijar la «mejor» interpretación de cada precepto constitucional, sino tan sólo la de eliminar aquellas que resulten intolerables (12), de manera que «la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto *no impide* una interpretación adecuada a la Constitución» (13). Precisamente, la toma de conciencia sobre esta limitación de la justicia constitucional es lo que, a juicio de algún autor, permite afirmar que, considerada en su conjunto, «la incidencia de la jurisprudencia constitucional en la dirección política del país

(11) STC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2.º

(12) «La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de integración de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7.º).

(13) STC 108/1986, de 26 de julio, FJ 13. Concretamente en este caso, la sentencia alude al «riesgo probable» de que el precepto impugnado —la elección parlamentaria de los vocales del CGPJ— permita una actuación contraria a la Constitución, por lo que «parece aconsejable su sustitución»; pero como también es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución no es posible declarar su inconstitucionalidad.

El TC también ha tenido oportunidad de manifestarse sobre este punto en otras ocasiones, declarando que sólo puede pronunciarse «respecto de los preceptos impugnados, no sobre eventuales e hipotéticas interpretaciones de los mismos propuestas por los recurrentes (...) sin que procedan, por tanto, pronunciamientos preventivos referidos a posibles, y aún no producidas, aplicaciones de los preceptos legales, que no resultan necesariamente derivadas de los mismos» (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 4.º), pues «la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas» (STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2.º).

a través del condicionamiento de la actividad del legislador no ha sido importante» (14). De otro lado, el Tribunal insiste en que su tarea tampoco consiste en revisar el mayor o menor acierto de la aplicación del Derecho efectuada por los jueces, sino sólo su adecuación al texto constitucional (15). La jurisdicción constitucional parece basada, pues, en una cierta escisión del ordenamiento jurídico que obliga al Tribunal a un esfuerzo «autoinhibitorio» a fin de no transformarse en un legislador positivo ni en un Tribunal Supremo. Ahora bien, ¿en qué medida resulta posible mantenerse fiel a estos propósitos?

Comenzaremos por la segunda cuestión. Ciertamente, por lo que se refiere al problema de su relación con la justicia ordinaria, parece en verdad difícil que quien está llamado a custodiar la interpretación constitucional de las leyes no traspase esa frontera y termine custodiando la «mejor» interpretación de entre varias posibles, todas constitucionales. Y es que, salvo que pensemos que cada precepto constitucional admite una y sólo una interpretación correcta, resulta inevitable que las opciones hermenéuticas de la legislación ordinaria presenten a su vez un cierto grado de penumbra, por cuanto las posibilidades de aplicación de una ley dependen de la fuerza y extensión que se quiera dar a la norma constitucional. El propio Tribunal ha reconocido que «no podrá ser ajena al enjuiciamiento que se haga en tal proceso (de amparo) la legalidad ordinaria, y no sólo desde el punto de vista de su constitucionalidad, función de incumbencia de este Tribunal, sino, además, desde el ángulo de su interpretación y aplicación» (16). Igualmente, en otra sentencia, tras afirmar que las resoluciones judiciales de inadmisión han de apoyarse en una causa legal que no sea contraria al contenido esencial del artículo 24 CE, añade que «corresponde a la jurisdicción constitucional revisar si la decisión judicial (...) se adecuaba o no a las exi-

(14) La afirmación es de J. PÉREZ ROYO: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 79 y 80. Señala el autor que los pronunciamientos más significativos por su incidencia política —naturalmente, sólo hasta 1988— han sido tres: las SSTC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA, y 53/1985, de 11 de abril, sobre el aborto, en las que el TC tiende a rebasar los límites que le separan del legislador, y las SSTC 111/1983 de 2 de diciembre, y 166/1986, de 19 de diciembre, sobre la expropiación de Rumasa, en las que la politización del Tribunal se manifiesta, por el contrario, en su inactividad frente a los actos reputados inconstitucionales por la opinión pública, *ob. cit.*, nota 49.

(15) «Según reiteradísima jurisprudencia de este Tribunal, la selección de las normas aplicables a un supuesto controvertido y su interpretación es competencia exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios (art. 117.3 CE), sin que sea competencia de este Tribunal (...) la revisión de los criterios interpretativos (...). Igualmente, este Tribunal ha insistido en que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el hipotético derecho al acierto judicial (por todas, STC 40/1988), no quedando, por tanto, comprendidos en aquél la reparación o rectificación de errores equivocaciones, incorrecciones jurídicas o, en definitiva, injusticias producidas por la interpretación o aplicación judicial de las normas» (STC 210/1991, de 11 de noviembre, FJ 5.º).

(16) STC 123/1983, de 16 de diciembre, FJ 1.º

gencias de aquel precepto constitucional, puesto que el TC se vería impedido de cumplir su función si no pudiese examinar, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, el juicio de legalidad que lleva a cabo el juez ordinario» (17). Por lo demás, que esa autoinhibición resulta comprometida lo ponen de relieve los numerosos votos particulares que reprochan a la mayoría haber sobrepasado el límite del juicio de constitucionalidad, revisando la aplicación del Derecho ordinario (18) o incluso la misma valoración de pruebas (19).

Pero si es difícil que el juez constitucional sea sólo eso, constitucional, en el sentido kelseniano de mantener una exquisita separación de los hechos y de la aplicación del Derecho ordinario, resulta aún más complicado que el legislador negativo no termine convirtiéndose en legislador positivo. Dicha transformación creo que resultaba manifiesta en el ámbito del llamado recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, hoy desaparecido (20), que, en resumidas cuentas, suponía una invitación al Tribunal Constitucional para que aleccionase al legislador acerca de qué modificaciones debería adoptar en sus proyectos de ley a fin de que éstos resultasen constitucionalmente legítimos. Acaso el ejemplo más paradigmático de esta forma de proceder haya sido la sentencia 53/1985, de 11 de abril, relativa además a un asunto tan controvertido como fue la despenalización de algunos supuestos de aborto, en la que el Tribunal se permitió sugerir medidas o garantías suplementarias cuya omisión hacía inviable el proyecto, convirtiéndose así en colegislador. La sentencia reconocía la constitucionalidad de los supuestos de despenalización, pero fundaba la inconstitucionalidad del precepto en que el legislador no había previsto «las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto» despenaliza-

(17) STC 109/1987, de 29 de junio.

(18) Por ejemplo, en una reciente sentencia, la 85/1992, de 8 de junio, el TC rompe la frágil barrera que separa la justicia constitucional de la ordinaria al considerar que la conducta de un periodista que reiteradamente calificó de «liliputiense» y «niño de primera comunión» a un concejal, si constituía delito de injurias, como había determinado la Sentencia de apelación de la Audiencia Provincial contra la que se había interpuesto el recurso de amparo, pero que se trataba solamente de una «vejación injusta de carácter leve», como había calificado la Sentencia del juez de instrucción que absolvió en primera instancia del delito de desacato. En suma, el TC no enjuició los hechos, «pero sí la calificación jurídico-penal de los mismos y, consiguientemente, la aplicación de la pena correspondiente tal y como ha sido realizada por los Tribunales ordinarios», con lo cual se abandona el *self-restraint* que preside la justicia de amparo (véase el voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo).

(19) Véase, por ejemplo, STC 31/1981, de 28 de julio.

(20) El control previo de constitucionalidad frente a Leyes Orgánicas y Estatutos de Autonomía fue abolido en España en 1985, mediante LO 4/1985, de 7 de junio. Véase J. PÉREZ ROYO: «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17 (1986), págs. 137 y sigs.

dor (21). Así, la falta de previsión de un dictamen médico, en el caso de aborto terapéutico, la ausencia de mecanismos de comprobación del supuesto de hecho, en los tipos terapéutico y eugenésico, así como de medidas que garanticen la práctica del aborto en las debidas condiciones médicas, son los elementos que sirven al TC para justificar la inconstitucionalidad del Proyecto. En suma, el Tribunal lleva a cabo una argumentación finalista más interesada en evitar el posible uso fraudulento del precepto impugnado que en ceñirse a los estrictos límites del juicio de constitucionalidad (22). Por ello, los cinco votos particulares que se formularon a esa sentencia fueron conscientes de lo que ello significaba para la posición del propio Tribunal, «cuya actuación no puede aproximarse a la de una tercera Cámara sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al poder legislativo» (23).

No obstante, desaparecido aquel recurso previo, se mantienen aún determinadas técnicas de interpretación constitucional en las que resulta fácil vislumbrar una actuación *cuasi legislativa*. Este es el caso de las llamadas sentencias interpretativas y manipulativas, que si bien no pueden calificarse de cotidianas, tampoco constituyen una práctica desconocida en España. Desde el punto de vista técnico-jurídico, las sentencias interpretativas son el resultado del principio de conservación de las normas acogido plenamente por nuestro Tribunal Constitucional (24) y directamente relacionado con el principio de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución (*die Verfassungskonforme Gesetzauslegung*), acuñado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, del que deriva que una ley sólo debe ser considerada nula cuando no admita ni una sola interpretación conforme a la Constitución (25). Tales sentencias parten de una sutil distinción entre enunciado, o disposición normativa, y norma, o interpretación posible de tal disposición, de manera que el Tribunal determina qué interpretaciones son legítimas desde la perspectiva constitucional (26) o cuá-

(21) STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 12.

(22) Por lo demás, ni siquiera esta argumentación finalista justificaba —por haber sido necesaria para evitar peligrosas lagunas legales— la actuación cuasi legislativa del TC, pues «una cosa es el Código Penal» —objeto de juicio— «y otra la hipotética reglamentación administrativa de los abortos justificados o inculpables» (voto particular del magistrado L. Díez Picazo).

(23) Voto particular de los magistrados A. Latorre y M. Díez de Velasco.

(24) Véase STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 4.º

(25) R. ZAPPELIUS: «Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen», en el volumen colectivo *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tubinga, Mohr, 1976 vol. II, págs. 103 y sigs.

(26) Por ejemplo, aquellas que declaran que un precepto «no es inconstitucional, siempre que se entienda que...» (STC 11/1981, de 8 de abril), o que «sí se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido de que...» (STC 14/1981, de 29 de abril), o que no es contrario a la Consti-

les deben rechazarse (27), lo que, a partir de 1982, se lleva a cabo no incluyendo en el fallo tales interpretaciones, sino remitiendo al fundamento jurídico de la sentencia donde se ha fijado el sentido en el que debe entenderse (28). Pues bien, con independencia de que las sentencias interpretativas puedan ser consideradas consustanciales al ejercicio de cualquier función jurisdiccional (29), mediante esta técnica la jurisdicción constitucional viene a desempeñar una función propia del Tribunal Supremo, dado que establece cuál es el sentido correcto que debe atribuirse a un enunciado o cuáles procede excluir; ahora bien, teniendo en cuenta la fuerza vinculante de sus sentencias y la naturaleza «legisladora» de las mismas —cuestión capital sobre la que entraremos luego— resulta que el Tribunal Constitucional se convierte en un auténtico legislador positivo, precisando o modificando el alcance de una determinada disposición (30).

Por su parte, las sentencias manipulativas, y en particular las llamadas aditivas, llegan incluso más lejos, dado que incorporan una adición al propio enunciado normativo (31), lo que en opinión de F. Rubio «ha permitido al

tución «en cuanto no sea interpretado en contradicción con...» (STC 37/1981, de 16 de noviembre), o «interpretado en los términos...» (STC 237/1992, de 15 de diciembre), o «en la interpretación acorde con...» (STC 204/1992, de 26 de noviembre).

(27) Por ejemplo, aquellas que declaran que una disposición «es inconstitucional... interpretada como...» (STC 22/1981, de 2 de julio), o que «no puede ser interpretada en el sentido de que...» (STC 34/1981, de 10 de noviembre).

(28) En palabras del propio TC, son sentencias interpretativas «aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6.º). Sobre la forma de las sentencias interpretativas en el TC, véase F. J. EZQUIAGA: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987, págs. 111 y sigs.

(29) En este sentido, F. RUBIO: «Sobre la relación del TC...», cit., págs. 35 y sigs.

(30) Que el Tribunal Constitucional español era consciente de estas consecuencias lo prueba una de sus primeras decisiones, donde, tras afirmar que las sentencias interpretativas representan «un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso», añade —justamente para rehusar su utilización— que «el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos de la Constitución», STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6.º (La cursiva es añadida.)

(31) Son ejemplos de este tipo de sentencias la 103/1983, que innova el sistema de la Seguridad Social al equiparar los viudos a las viudas a efectos de la percepción de pensiones, y la 116/1987, de 7 de julio, que determina que el régimen jurídico establecido por la norma para los militares republicanos que ingresaron en el ejército antes del 18 de julio de 1936 debe considerarse extensible a los que lo hicieron con posterioridad a dicha fecha. Véase, sobre este tipo de sentencias, A. PIZZORUSSO: «Las sentencias “manipulativas” del Tribunal Constitucional italiano», en *El Tribunal Constitucional italiano*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. I, págs. 275 y sigs.; G. ZAGREBELSKY: *La Giustizia Costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 2.ª edic., 1988, 2.ª reimp., 1989, págs. 296 y sigs.

legislador negativo asumir la función de legislador a secas» (32) en una indudable transgresión de sus límites competenciales, al menos tal y como fueron concebidos en el modelo originario. En efecto, tales sentencias suponen la extensión del contenido normativo de un precepto a un supuesto de hecho no previsto en el mismo, con lo que el TC claramente introduce en el ordenamiento una norma, que es ley para los jueces y Tribunales ordinarios, pero que no ha sido querida por el legislador. Ahora bien, con independencia de esa transgresión, y de que la misma pueda, incluso, considerarse justificada por estimables razones (33), las consecuencias que comporta esta actuación legislativa —en sentido positivo— del Tribunal Constitucional pueden llegar a ser recusables.

Un claro ejemplo de esto lo ofrece la reciente STC 222/1992, de 11 de diciembre, que al hacer extensible a quien hubiere convivido de modo marital el beneficio de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de una vivienda, que el artículo 58.1.º LAU concede al cónyuge superviviente, origina una situación de inseguridad jurídica de consecuencias probablemente no previstas ni queridas por esa interpretación constitucional. Es, pues, comprensible el disentimiento manifestado en los votos particulares de que ha sido objeto la sentencia, ya que «la continuidad en el contrato de arrendamiento exigiría, para poder ser aplicada, una determinación expresa de sus requisitos, sin lo cual se originaría una clara situación de inseguridad» (34) «al abrir *Ope sententia*, sin modulación alguna, una vía de proporciones imprevisibles a la revisión de innumerables supuestos de nuestro ordenamiento positivo» (35). Lo que esto pone de manifiesto son los límites *reales* —y no sólo teóricos— de la función del TC, pues para extender una norma legal a casos no previstos en la misma sin que se produzca una distorsión en el sistema legislativo se requeriría una regulación que el Tribunal Constitucional, obviamente, no puede efectuar. En suma, cabe decir que este tipo de sentencias no sólo no se corresponde con la tarea del Tribunal Constitucional —que no es la de legislar

(32) F. RUBIO: «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22 (1988), pág. 38.

(33) Suele decirse, en efecto, que la simple anulación del precepto *in toto* en estos casos —que sería, por lo demás, la solución más acorde con la función de eliminar leyes inconstitucionales que el TC tiene atribuida— «puede originar, a su vez, no sólo otras situaciones de cuestionable licitud constitucional, sino perjuicios inmediatos para todos aquellos a los que el precepto otorgaba derechos» (F. RUBIO: «La jurisdicción constitucional...», cit. pág. 36). En el mismo sentido, F. MODUGNO: «I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale», en *Quaderni Costituzionali*, núm. 1 (1989), pág. 59.

(34) Voto particular del magistrado J. Gabaldón.

(35) Voto particular del magistrado A. Rodríguez Bereijo.

positivamente—, sino que además pueden ser, como acabamos de ver, lesivas para la seguridad jurídica, ya que el TC no puede arbitrar las medidas que permitan delimitar el alcance y los efectos de la nueva doctrina constitucional «para evitar que se desborden más allá de lo previsto y querido por esa interpretación constitucional» (36). El Tribunal es un órgano «torpe» para legislar positivamente, pues no puede —o no con la precisión que lo haría el legislador— establecer el régimen jurídico que permitiera limitar y acotar el ejercicio de los derechos reconocidos en la sentencia.

Si el motivo por el que se dictan este tipo de sentencias suele ser salvar la igualdad (art. 14 CE) presuntamente vulnerada con una interpretación «no expansiva» del precepto (37), el Tribunal podría también declarar la inconstitucionalidad del mismo, en espera de que el legislador, en una nueva regulación del precepto, le añada el supuesto cuya ausencia determina su inconstitucionalidad u opte por una regulación completamente distinta (38). O bien, en caso de que de esta declaración de inconstitucionalidad se derivasen efectos verdaderamente perniciosos, el Tribunal podría asimismo declarar la constitucionalidad del precepto y diferir a los jueces ordinarios su posible aplicación analógica a los supuestos no previstos en él en protección de dicha igualdad (39). Introducir nueva «legislación», extender el contenido normativo del precepto a supuestos no previstos por el legislador, sólo parece admisible cuando se trate de sentencias *a rime obbligate* (40), según la expresión italiana, exigidas por el ordenamiento; es decir, cuando la atribución a un determinado grupo de las ventajas o beneficios previstos en el precepto presuntamente inconstitucional sea necesaria para la protección de un bien o valor constitucional y, además, sólo quepa un modo de realizarla —precisamente el que utiliza el TC—. En otras palabras, sólo caben las

(36) *Ibidem*.

(37) En efecto, puede haber cierta proclividad a las sentencias aditivas cuando está en juego el principio de igualdad. En estos casos, el TC puede optar entre declarar directamente la inconstitucionalidad de la ley o hacerla extensible al grupo discriminado. La opción por el segundo supuesto —sentencias aditivas— puede venir explicada por el hecho de que el TC considere que si el legislador ha dado cierto tratamiento a un grupo de ciudadanos es porque lo ha considerado adecuado en virtud de un determinado valor de la Constitución; en consecuencia, extiende ese tratamiento a todos los que se encuentran en la misma situación. Véase, al respecto, L. ELIA: «“Constitucionalismo cooperativo”, “Racionalidad” y “Sentencias aditivas” en la jurisprudencia italiana sobre control de normas», en *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987, págs. 77 y sigs.

(38) Bien es cierto que en este caso tal vez podrían originarse situaciones no queridas, como señalábamos en la nota 33.

(39) Precisamente, ésta fue la estrategia seguida en la STC de 13 de mayo de 1982.

(40) Véase V. CRISAFULLI: «Relazione generale», en *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bolonia, 1978, pág. 84.

«manipulaciones» que introduzcan normas exigidas por el ordenamiento (41). Por el contrario, cuando existen varias posibilidades legislativas, la actuación del Tribunal mediante las sentencias aditivas supone arrebatar al legislador una decisión que sólo a él le corresponde, puesto que, por ejemplo, en el caso de la sentencia aludida, éste quizá podría haber optado por suprimir completamente el beneficio que otorga el artículo 58.1.º LAU o por establecer una regulación distinta para proteger el bien o valor constitucional garantizado por ese precepto.

Ciertamente, el alcance de las sentencias interpretativas y manipulativas pudiera ser discutido en la medida en que las interpretaciones o manipulaciones que contienen no apareciesen incluidas en el fallo o *decisum* (42). El problema se solventa entonces mediante su expresa incorporación al fallo (43) o mediante la remisión de éste a los fundamentos jurídicos en que aparece dicha interpretación (44), que, por lo demás, son objeto de publicación íntegra. En cualquier caso, esto puede considerarse una dificultad menor si tenemos en cuenta que la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional español comprende tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*, y esta amplitud, en mi opinión, resulta predicable no sólo de las decisiones que incorporan un pronunciamiento positivo (interpretativas o manipulativas), sino acaso también del resto de las decisiones del Tribunal o, mejor dicho, de las interpretaciones en que aquéllas se basan. En otras palabras, cabe sostener que en el sistema español la fuerza vinculante del fallo se extiende también a su fundamentación, de modo que ésta no vincula a título de precedente jurisprudencial, sino que opera directamente sobre el ordenamiento jurídico (45).

Desde luego, ésta no es una conclusión que se obtenga de manera indiscutible, pero para la que sí existen varios apoyos en la normativa española (46).

(41) Véase G. ZAGREBELSKY: *La Giustizia Costituzionale*, cit., pág. 304.

(42) En el caso de las sentencias interpretativas que son formalmente desestimatorias, ni siquiera el fallo tiene eficacia *erga omnes*, sino sólo *inter partes*.

(43) Esta era precisamente la técnica utilizada por el Tribunal Constitucional en su primer año de funcionamiento. Por ejemplo, SSTC de 8 de abril de 1981, de 29 de abril de 1981, de 2 de julio de 1981 y de 1 de noviembre de 1981.

(44) Esta es la estructura característica de las sentencias interpretativas a partir de 1982.

(45) Bien es verdad que esta tesis resulta discutida en la doctrina española. T. VIVES, por ejemplo, sostiene que el español es un sistema de legalidad, de donde se deriva que el Poder Judicial sólo está vinculado inmediatamente a la ley, sin que tenga cabida el mecanismo del *stare decisis* respecto a las sentencias del TC. Aduce asimismo el autor una razón puramente pragmática: la indudable dificultad de separar la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*. Ciertamente, ésta es una dificultad real («Tribunales de justicia y jurisprudencia constitucional», en *P. der Judicial*, núm. 2 [1986], págs. 9-14).

(46) Sigo aquí en lo sustancial a F. RUBIO: «La jurisdicción constitucional...», cit., págs. 33 y sigs., y L. PEJETO: «Notas sobre la interpretación constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9 (1991), págs. 178 y sigs.

En efecto, de una parte, el artículo 161.1.a, CE establece que «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta» (47), y dado que resultaría de todo punto superfluo o vacío suponer que el texto constitucional ha querido decir exactamente que una ley declarada ilegítima arrastra consigo a la jurisprudencia con ella producida, parece que sólo puede entenderse en el sentido de que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre una ley que se mantiene vigente afectará también a su jurisprudencia. En segundo lugar, el artículo 40.2 de la LOTC parece aún más concluyente cuando dice que la jurisprudencia ordinaria «habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan recursos y cuestiones de inconstitucionalidad», esto es, no por sus fallos —lo que sería innecesario aclarar—, sino por su doctrina, o sea, por la fundamentación jurídica de esos fallos. Y, por último, el artículo 5.1 de la LOPJ llega incluso más lejos, por cuanto alude no sólo a las sentencias de inconstitucionalidad, sino también a las de amparo, ordenando que los jueces «interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos», y de nuevo aquí procede insistir en que no se habla de fallos, sino de «interpretaciones», que, en puridad, sólo pueden resultar de la fundamentación jurídica.

A la vista de estas últimas consideraciones, la distancia que separa el Tribunal Constitucional del esquema kelseniano creo que viene a ser abismal. En los procedimientos de inconstitucionalidad (recursos y cuestiones) el Tribunal sin duda legisla, pero no sólo negativamente; en los procesos de amparo aparentemente no legisla, sino que se comporta como un juez que aplica normas (constitucionales, pero también legales, según se ha indicado) a casos concretos y que, sencillamente, genera precedentes judiciales. Pero, al final, en todo tipo de procesos resulta que las interpretaciones de la jurisdicción constitucional ostentan prácticamente fuerza legislativa, operando directamente sobre el ordenamiento jurídico. Con lo cual, cabe decir, nuestro Tribunal Constitucional, con todas las limitaciones que se quiera y que derivan de su naturaleza judicial, ejerce un poder en cierto modo exorbitante, porque, a diferencia del juez ordinario,

(47) El precepto transcrito fue resultado de un importante debate de las Cortes constituyentes en el que se intentó diseñar un sistema de control constitucional de la jurisprudencia; véanse G. PECES-BARBA, en colaboración con L. PRIETO: *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, Valencia, F. Torres, 1981, págs. 221 y sigs.; F. RUBIO y M. ARAGÓN: «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7 (1979), págs. 163 y sigs.

no sólo puede enjuiciar leyes, sino que el fundamento jurídico de sus sentencias representa una forma de legislación; pero, al mismo tiempo, a diferencia del legislador, que tan sólo dicta enunciados normativos, el Tribunal se comporta como un verdadero juez, esto es, interpreta y argumenta. Si puede decirse así, la justicia constitucional dicta sentencias con la fuerza de las leyes y leyes con la fuerza y el alcance interpretativo de las sentencias. Todo lo cual parece bastante lejano de la idea de Kelsen, donde las sentencias padecían las limitaciones de las leyes, dado que no podían interpretar, en el sentido de aplicar normas a casos, y donde las leyes negativas padecían todas las limitaciones de las sentencias, dado que no podían innovar positivamente el ordenamiento jurídico.

III. LA TRANSFORMACION DE LA IDEA DE CONSTITUCION

Hasta aquí hemos intentado mostrar que el Tribunal Constitucional español, tanto por su diseño como por la experiencia práctica acumulada desde 1980, presenta notables diferencias con el modelo kelseniano que parece inspirarle y, si hemos de hacer caso a las enseñanzas del propio Kelsen, también con el anhelo de convertirse en el depositario de la lógica jurídica (48). Ciertamente no es todavía el Tribunal Supremo norteamericano, pero se aproxima bastante e incluso cabe decir que la mezcla de algunos ingredientes de la jurisdicción concentrada y casi legislativa europea con otros procedentes del sistema difuso pueden hacer del Tribunal Constitucional un operador jurídico de formidable fuerza e influencia. Creo, sin embargo, que dicha aproximación no obedece sólo a motivos de competencia y procedimiento de la jurisdicción constitucional, sino también, y acaso en mayor medida, a la propia transformación de la idea de Constitución que ha tenido lugar en Europa y singularmente en España.

En efecto, como ya quedó advertido, Kelsen concibe la Constitución como una regulación preferentemente formal de los modos de producción normativa donde apenas tienen cabida las determinaciones materiales a propósito del contenido de leyes futuras. De ahí su enérgico rechazo de las proposiciones de principio más o menos ambiguas, pues «no es imposible que un Tribunal Constitucional llamado a decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser

(48) Lo cual, por cierto, puede predicarse también de los Tribunales alemán e italiano; véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La posición jurídica...», cit., pág. 46.

completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley... Para evitar un desplazamiento semejante... la Constitución debe, especialmente si crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlas del modo más preciso posible» (49); en suma, la Constitución «no debe contener palabras de carácter vago como “libertad”, “igualdad” y “justicia”» (50).

Creo que la extensa cita de Kelsen está justificada, pues diríase que la Constitución española no sólo se ha separado de sus recomendaciones, sino que ha hecho diametralmente lo contrario. Si el autor austríaco considera peligrosas las vagas referencias a la libertad, la igualdad y, muy especialmente, la justicia, resulta que en el frontispicio mismo del texto de 1978 figura la siguiente declaración: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1.º), y a partir de este inicial precepto la invocación de valores, principios o directrices más o menos vagos y ambiguos se repite sin cesar hasta el último artículo de la Constitución (51). Bien es verdad que éste es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, pues, desde que se acepta la plena fuerza normativa de todos los enunciados constitucionales, incluyendo las llamadas reglas programáticas, su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos. Pero no cabe duda también que es el Tribunal Constitucional quien de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios, dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales, y que, si hemos de seguir a Zagrebelsky, las normas propiamente constitucionales se diferencian de las legales precisamente en que son principios (52).

(49) H. KELSEN: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)», trad. de J. Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, pág. 143.

(50) H. KELSEN: «Chi dev'essere il custode della costituzione? (1930-31)», en C. GERACI (dir.): *La Giustizia Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pág. 254.

(51) Aunque sea una curiosidad de importancia secundaria, en el índice de materias de la recopilación de jurisprudencia constitucional de los cinco primeros años (hasta 1985) figuran nada menos que cuarenta y cinco principios de la más variada naturaleza (Cortes Generales, Madrid, 1986).

(52) «Sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial» (G. ZAGREBELSKY: *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992, pág. 148).

Desde luego, este principialismo no constituye una peculiaridad exclusiva del sistema español (53), pero hay que decir que nuestro Tribunal Constitucional, quizá por su reciente creación en el marco comparado, desechó desde el primer momento cualquier duda acerca de la eficacia jurídica de esta extensa parte material o sustantiva de la Constitución, incluidos los principios (54), haciendo un uso constante y desinhibido de la misma; por ejemplo, casi con el único auxilio del principio de autonomía territorial (art. 137 CE) declaró la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la normativa de régimen local (55); ofreciendo como único fundamento «la libertad ideológica, religiosa y de culto», consideró que la objeción de conciencia del personal sanitario a la práctica del aborto se hallaba, sin más, tutelada en nuestro Derecho, a pesar del silencio que guardaba la ley despenalizadora (56); a partir del escueto reconocimiento del principio de autonomía universitaria, declaró la nulidad de alguna previsión legal relativa a la organización de las universidades (57), etc. Parece más que probable que, de haber compartido los temores expresados por Kelsen, en estos casos el Tribunal hubiera rehusado enjuiciar las decisiones del legislador, dejando en sus manos la determinación del alcance de esos principios constitucionales. Lo que tampoco significa, naturalmente, que en alguna ocasión en que se pedía al Tribunal el desarrollo de un abierto activismo o constructivismo jurídico no haya decidido rechazar la invitación; así, y precisamente en relación con el valor de la justicia, dirá que «la justicia no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo», por lo que «no es lícito sacrificar el cumplimiento de una norma constitucional... en aras de una "justicia material", que, entendida como algo contrapuesto a la Constitución, sería un concepto metajurídico inadmisibles para el juzgador» (58).

Por supuesto, no es éste el lugar adecuado para abordar un estudio detallado de la peculiar estructura de los valores, principios y normas programáticas de la Constitución, pero parece bastante claro que su aplicación difícilmente puede explicarse en términos tradicionales de estricta subsunción, ni permite tampoco mantener la confianza —acaso infundada con carácter general— en la unidad de solución justa. Un somero repaso de las últimas contribuciones de

(53) Véase, por ejemplo, A. PIZZORUSSO y V. VARANO (dirs.): *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, 2 vols., Milán, Giuffrè, 1985.

(54) «En los supuestos en que existe una incompatibilidad entre los preceptos imputados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma» (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1.º).

(55) STC 4/1981, de 2 de febrero.

(56) STC 53/1985, de 11 de abril.

(57) STC 26/1987, de 27 de febrero.

(58) STC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 3.º

la teoría del Derecho muestra algunas de las dificultades que presenta la categoría de los principios: las reglas se aplican a la manera de todo o nada (*all-or-nothing*), mientras que los principios son simples razones para decidir que «deben tenerse en cuenta» (59); las reglas «exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas», a diferencia de los principios, que «son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible..., son mandatos de optimización» (60); los principios se caracterizan porque no son entre sí incompatibles, sino concurrentes, y «aplicar uno significa, simultáneamente, aplicar todos los concurrentes», intentando que el sacrificio de cada uno sea el menor compatible con el sacrificio de los demás (61); los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada, de modo que «mientras en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de los mismos» (62).

Me parece que en todas estas aproximaciones, por lo demás no coincidentes, aunque a veces sí complementarias, late una idea común, y es que en los principios resulta imposible catalogar los casos en que su aplicación es procedente, ya sea porque carezcan de supuesto de aplicación, ya porque éste aparezca formulado con tal imprecisión que dejen una muy amplia zona de penumbra; lo que, a su vez, explica que ante un mismo caso concurren frecuentemente distintos principios, ambos relevantes y con un peso relativo similar, que han de ser por ello «optimizados» en un juicio de ponderación o razonabilidad. Por otro lado, esa indeterminación no afecta sólo a las propiedades de los casos encuadrables bajo un principio, sino también a la conducta prescrita, razón por la cual pueden ser cumplidos en distintos grados (63).

Tal vez esto explique que la idea de unidad de solución correcta para cada caso o supuesto resulte difícil de mantener en el ámbito de la justicia constitucional. De un lado, como escribe L. Prieto, porque ésta «ha de asumir que se

(59) Véase R. DWORKIN: *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, págs. 77-78.

(60) R. ALEXY: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, núm. 5 (1988), págs. 143-44.

(61) L. GIANFORMAGGIO: «L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», en *Studi sulla giustificazione giuridica*, Turín, Giappichelli, 1986, pág. 104.

(62) M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO: «Sobre principios y reglas», en *Doxa*, núm. 10 (1991), pág. 108. Un estudio de las distintas posiciones en L. PRIETO: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992, págs. 32 y sigs.

(63) Esta última descripción es aceptada por M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO en relación con las llamadas directrices, no con los principios en sentido estricto («Sobre principios y reglas», cit., pág. 109).

halla en presencia de un sujeto "libre", el legislador, y, por tanto, que su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la interpretación política resulte admisible o no arbitraria» (64). Pero, de otro, también porque, por las razones señaladas, la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, y en la medida en que el Tribunal en un ejercicio de autocontención rehúse entrar en cuestiones de legalidad ordinaria, numerosos problemas quedarán abiertos no sólo a distintas opciones políticas, sino también a diversas interpretaciones jurídicas. Veamos un ejemplo de cada una de estas «aperturas».

El primero se refiere al examen de un decreto-ley a la luz del artículo 86.1 CE, y en particular a si concurría en su emisión el supuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad». Aquí, el Tribunal Constitucional (65) parece consciente de que el Gobierno dispone de un cierto margen de apreciación o discrecionalidad que no puede quedar suprimido; de ahí que hable de una «justificación admisible» o de que «la iniciativa normativa aparece movida por una situación que puede calificarse como de necesidad, concebida en la forma flexible...», es decir, no concebida en la forma «extraordinaria y urgente»; en suma, diríase que el Tribunal no busca en este caso la respuesta óptima o más oportuna, sino simplemente una que pueda considerarse admisible dentro de los límites constitucionales. El segundo ejemplo me parece aún más claro y se refiere a uno de los modos de enfocar el conflicto entre derechos fundamentales; así, en la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión resulta que constitucionalmente el juez penal «no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego», sencillamente porque no existe esa regla de preferencia en la Constitución, y si se concede el amparo no es porque la sentencia hubiese adoptado una solución equivocada, sino porque no tomó en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental (66).

Naturalmente, lo que acabamos de decir no debe interpretarse como una vuelta a la vieja concepción acerca de la carencia de fuerza vinculante de algunas normas constitucionales, pues, de hecho, como hemos visto, el Tribunal hace un uso frecuente y desinhibido de todas ellas, sin excluir los valores y principios. Lo que significa tan sólo es que la Constitución, y especialmente la que suele llamarse parte programática, no ofrece una respuesta unívoca a todos

(64) L. PRIETO: «Notas sobre la interpretación constitucional», cit. pág. 177.

(65) STC 6/1983, de 4 de febrero, así como su comentario por A. CARRASCO: «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *Revis. y Española de Derecho Constitucional*, núm. 11 (1984), págs. 47 y sigs.

(66) STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7.º

y cada uno de los casos o conflictos que pueden plantearse, sino sólo unos cauces de actuación más o menos amplios dentro de los que han de desenvolverse tanto las instituciones políticas como los operadores jurídicos; pero que son unos cauces sustantivos y no formales o procedimentales cuya delimitación por parte del Tribunal exige un género de argumentación de esa naturaleza, es decir, de fondo y justificación.

Por eso, cuando el Tribunal hace uso de esos valores, principios y, en general, normas sustantivas como las relativas a los derechos fundamentales, tanto en vía de inconstitucionalidad como de amparo, parece claro que el Derecho constitucional que ha de tomar en consideración se aproxima mucho más al que utiliza el Tribunal Supremo norteamericano que al propuesto por Kelsen. Creo que éste es el sentido de las palabras de Alexy cuando, a propósito del mandato de optimización que deriva de los principios, dice que «dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral» (67). O como escribe Zagrebelsky en relación también con la aplicación de principios, «el estilo, el modo de argumentar “en Derecho constitucional” se asemeja al estilo, al modo de argumentar en “Derecho natural”» (68).

Desde mi punto de vista, estas afirmaciones son ciertas y pueden mantenerse sin necesidad de renunciar a la tesis positivista de la distinción conceptual entre Derecho y Moral, ni mucho menos de abrazar alguna doctrina del Derecho natural. Simplemente significan que los principios —si es que son las genuinas normas constitucionales y, por tanto, positivas, como dice Zagrebelsky— más que resolver problemas práctico-morales los plantean, es decir, reclaman del juez constitucional no ya una labor subsuntiva, sino el desarrollo de toda una argumentación racional que muestre las consideraciones de deber y de valor que fundamentan su decisión. Pero que la argumentación jurídica opera como una forma de argumentación moral institucionalizada equivale a reconocer que los operadores jurídicos no son independientes o ajenos a las concepciones morales existentes en la sociedad, no que alguna moral más o menos objetiva, como la que propone Dworkin, ostente valor jurídico por su propia fuerza (69). Por lo demás, esa argumentación puede no garantizar el consenso ni la anhelada unidad de solución justa, «pero sí una considerable

(67) R. ALEXY: «Sistema jurídico...», cit., pág. 144.

(68) G. ZAGREBELSKY: *Il diritto mite*, cit., pág. 157. Y añade: «Las modalidades argumentativas del Derecho constitucional se “abren” así a los discursos metajurídicos, tanto más si se da valor a los principios de la Constitución».

(69) Véase R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, cit., pág. 129 y 146 y sigs.

reducción de la existencia de irracionalidad (...); no lleva ciertamente al campo de la seguridad, pero sí fuera del campo de la simple opinión y decisión» (70).

No creo que sea necesario insistir en la importancia técnica, pero también legitimadora, que presenta la argumentación en el ámbito de una jurisdicción constitucional que, más que cualquier otra, ha de hacer uso de valores, principios y, en general, normas de contenido sustantivo coincidentes con postulados morales. Ciertamente, no es momento para un estudio detallado de los modos de argumentar del Tribunal Constitucional español (71), aunque sí deseo formular dos breves observaciones.

La primera es que la argumentación jurídica no detenta el monopolio de la racionalidad. Aun cuando este capítulo se halla menos desarrollado, cabe pensar también en una racionalidad política o del legislador que puede hacer uso de los mismos instrumentos que la jurisdicción; es más, así debería ser en la medida en que la ley, expresión de una voluntad política, representa al mismo tiempo un caso de aplicación de la Constitución. No obstante, parece existir una diferencia o, si se quiere, un método vedado al intérprete jurídico; en palabras de I. de Otto, «lo que caracteriza a la decisión política es que se argumenta y es argumentable desde los fines que persigue», mientras que la decisión judicial «sólo puede alcanzar aceptación general, esto es, legitimidad, si se basa en unas premisas que a su vez gozan de esa aceptación» (72). Si puede decirse así, la racionalidad política «mira hacia el futuro», es un cálculo de consecuencias, de fines y de medios a diferencia de la racionalidad jurídica, que «mira desde el pasado», desde un sistema normativo que ha de proporcionar y justificar el criterio de la decisión. Sin embargo, y aun cuando esa caracterización fuese acertada, no significa excluir toda jurisprudencia consecuencialista (73), y ello aunque sólo sea porque en la Constitución figuran numerosas directrices cuya ponderación debería requerir un juicio empírico que tuviese en cuenta las consecuencias de las decisiones (74); bien es cierto que una cosa es atender a las consecuencias sociales de la norma o decisión que se enjuicia, lo que parece inevitable desde el momento en que la Constitución formula fines y objetivos, y otra algo distinta tomar en consideración las eventuales consecuencias de la

(70) R. ALEXY: *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1989, pág. 304.

(71) Véase, sobre el tema, J. EZQUIAGA: *La argumentación en la justicia constitucional española*, cit.

(72) I. DE OTTO: «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en *El Tribunal Constitucional*, cit., vol. III, pág. 1945.

(73) Véase N. MACCORMICK: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, págs. 129 y sigs.

(74) Véanse algunos ejemplos en L. PRIETO: *Sobre principios y normas*, cit., pág. 178.

propia decisión o sentencia, si bien no cabe esperar que esto último se argumente en la motivación.

La segunda observación se refiere al precedente entendido como autovinculación del Tribunal a sus propias decisiones, es decir, como respeto a la propia jurisprudencia. Es cierto que éste no es un valor absoluto y que el Tribunal Supremo norteamericano ha hecho uso de la facultad *over rule* desde 1873 (75), pero, en mi opinión, tiene una importancia muy especial desde la perspectiva de la argumentación jurídica y de su función legitimadora. En primer lugar —cabe decir—, porque la extraordinaria juventud del Tribunal Constitucional español debería recomendar cautela en el cambio de criterios jurisprudenciales; aunque, desde luego, esta cautela debería presidir la actividad del Tribunal en todo caso (76). Segundo, y más importante, porque el mismo Tribunal, mediante una construcción arriesgada, viene imponiendo dicha regla a los jueces ordinarios como una exigencia constitucional derivada del artículo 14 CE. En efecto, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado un instrumento de fiscalización general sobre la aplicación de la legislación ordinaria que supone convertir la argumentación racional en una exigencia de constitucionalidad. En síntesis, dicho mecanismo de control, articulado a través del recurso de amparo por violación de la «igualdad en la aplicación de la ley» (art. 14 CE), implica que existe una presunción favorable a la homogeneidad jurisprudencial que obliga al juzgador a resolver los casos con arreglo a los mismos criterios observados en supuestos anteriores sustancialmente idénticos, de manera que cuando entienda que debe apartarse de la línea jurisprudencial mantenida hasta entonces debe justificarlo suficiente y razonablemente. En palabras del Tribunal, «lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad..., siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con total uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posteriori-

(75) Así lo indica F. RUBIO: «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional...», cit., pág. 57, nota 47.

(76) A este respecto, señala G. ZAGREBELSKY que los «cambios de orientación, sentencias *overruling* demasiado bruscas cuestionarían la idea misma de la justicia constitucional (como de cualquier otro tipo de justicia), que postula soluciones iguales para casos iguales. Naturalmente, la distinción siempre es posible y el Tribunal recurre frecuentemente a ella para argumentar la especificidad del caso a decidir respecto a otros ya decididos... Pero allí donde no existe dicha posibilidad de distinción, la fuerza del precedente se hace sentir» («La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución», en *División de poderes...*, cit., págs. 174-175).

dad» (77). En suma, en cuanto control que versa solamente sobre el cambio de jurisprudencia de un *mismo órgano* y no sobre los concretos criterios interpretativos utilizados, la doctrina del precedente constituye un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad, un control de racionalidad sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales que es, en realidad, la traducción jurídica de la regla de universalización que preside todo el razonamiento práctico (78).

Al constituir el control del precedente una regla de racionalidad tendente a garantizar la actuación no arbitraria de los tribunales, se mantiene incólume el sistema de fuentes articulado en torno al principio de legalidad. En verdad, estamos ante una regla *formal*, y no sustantiva, que lo único que exige es un género de motivación especial para las decisiones judiciales que se separen de la línea jurisprudencial precedente. Ahora bien, en la medida en que estamos ante una mera regla argumentativa y no ante un elemento más del sistema de fuentes, debería vincular también al propio Tribunal Constitucional. Sobre todo porque si, como hemos visto, el desarrollo de una argumentación racional no puede asegurar en todo caso el consenso ni la «unidad de solución justa», en especial cuando ha de operar sobre el más o menos inestable mundo de los valores y principios, parece que el respeto al propio precedente, como exigencia del principio formal de universalidad, se convierte en una última garantía de seguridad y certeza (79). En la experiencia del Tribunal Constitucional español no parecen faltar, sin embargo, excepciones a esta regla (80).

Quizá uno de los ejemplos más recientes sea el constituido por la STC 222/1992, de 11 de diciembre, ya comentada a propósito de las sentencias aditivas, que extiende a las uniones de hecho el derecho a la subrogación en el contrato de arrendamiento previsto por el artículo 58.1.º LAU, cuando sólo dos años antes, mediante STC 184/1990, el Tribunal había declarado constitucionalmente admisible (por no ser discriminatorio) que el legislador no extendiese el

(77) STC 201/1991, de 28 de octubre, FJ 2.º

(78) Permítaseme remitir a mi trabajo *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

(79) Como escribe R. ALEXY, «las reglas del discurso no permiten siempre encontrar precisamente un resultado correcto. Con frecuencia queda un considerable espacio de lo discursivamente posible. El llenar este espacio con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de universalidad» (*Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 264).

(80) Así SSTC 24/1981, de 14 de julio, y 119/1987, de 16 de diciembre, a propósito de la impugnación de la ley antiterrorista; SSTC 25/1984, de 23 de febrero, y 140/1986, de 11 de noviembre, sobre el carácter de ley orgánica de la normativa penal, y SSTC 15/1982, de 23 de abril; 53/1985, de 11 de abril, y 160 y 160/1987, de 27 de octubre, sobre la objeción de conciencia. Véase más ampliamente L. PRIETO: «Notas sobre la interpretación...», cit., págs. 195-196.

derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho. Y ello sin que se expliquen las razones de ese cambio cuando se trata, sin embargo, de derechos análogos desde la perspectiva constitucional. Por ello resulta comprensible la perplejidad manifestada, a través de un voto particular, por el magistrado Rodríguez Bereijo, a quien le resulta difícil entender por qué el Tribunal reconoce ahora lo que entonces negó. «No se trata, claro está, de “sacralizar” el respeto a la jurisprudencia constitucional de modo que resulte imposible su cambio o modificación». Pero el cambio «debe hacerse, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada», pues «si los cambios u oscilaciones bruscos en toda jurisprudencia son siempre peligrosos, lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata». Y es que, en efecto, el *overruling* entraña graves riesgos para la seguridad jurídica «cuando la propia sentencia que lo lleva a cabo pretende desconocerlo y, en consecuencia, omite toda explicitación razonada no sólo del cambio de interpretación constitucional, sino también (...) del criterio preciso en que se fundamenta». En suma, desconociendo la regla del precedente que él mismo ha elaborado, el Tribunal «corre el riesgo de caer en el puro decisionismo o en la «justicia del Cadí» haciendo justicia material del caso a través de la «optimización» a golpe de sentencia» (81).

IV. OBSERVACIONES FINALES

Nuestra hipótesis de partida fue que el sistema de justicia constitucional español adoptó el modelo kelseniano y que este modelo, tal y como fue pensado por su autor, tuvo un sentido político e ideológico al menos tan importante como técnico-jurídico. En el primer aspecto, con la *Verfassungsgerichtsbarkeit* pretendió afianzar la idea de supremacía de la Constitución, pero, sobre todo, de supremacía de la ley en un contexto en el que ésta aparecía amenazada por una judicatura sumamente activista y no precisamente imbuida de la filosofía liberal que alentó el constitucionalismo norteamericano. En el segundo aspecto, pretendió también dibujar una figura de juez constitucional capaz de recuperar hasta donde fuera posible los ideales positivistas de la interpretación lógica y controlable, es decir, un juez al que no se pudiera reprochar el mismo subjetivismo que postulaba el Derecho libre y del que harían gala algunos jueces de la República de Weimar.

Hemos intentado mostrar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional español, si bien conserva rasgos característicos de aquel modelo kelseniano, en su

(81) Fragmentos extraídos del voto particular del magistrado Rodríguez Bereijo.

forma de actuación se aproxima más a la idea norteamericana de Tribunal Supremo. Y esto, en mi opinión, permite plantearse dos preguntas: ¿por qué entonces no se optó por encomendar el control de constitucionalidad al conjunto de los jueces según el modelo «difuso» y mediante los procedimientos ordinarios?, y más importante, ¿significa esto que, por haber abandonado el ideal kelseniano, la jurisprudencia constitucional es una colección de decisiones subjetivas o políticas en el sentido que criticara, por ejemplo, Schmitt? (82).

Por lo que se refiere a la primera pregunta, seguramente tampoco tenga excesivo interés su respuesta. Cabe recordar, no obstante, que los constituyentes españoles se inspiraron en el precedente Tribunal de Garantías de la II República, así como en el constitucionalismo europeo —alemán e italiano principalmente—, y todos ellos habían optado, al menos en el plano organizacional, por una jurisdicción concentrada de tipo kelseniano; cabe aventurar también una desconfianza en la judicatura ordinaria, poco acostumbrada a operar con una Constitución verdaderamente normativa (83), y cabe, en fin, recordar que, «en Europa, la jurisdicción constitucional es una institución propia de las nuevas democracias (y que) existe en los Estados cuya tradición democrática es más débil y quebradiza» (84). Sea como fuere, no tiene ningún interés forzar las instituciones para que se adapten a las categorías teóricas, sino que hay que valerse de esas categorías para situar a las instituciones, y en este sentido basta decir que la Constitución española quiso adoptar un sistema mixto o intermedio, cuya imagen recordase al «depósito de la lógica» kelseniano, pero cuya actuación se asemejase al Tribunal Supremo norteamericano; que no estuviese encarnado por un «juez de carrera», pero que prácticamente actuara como tal.

Mucha mayor dificultad entraña responder a la segunda pregunta. Efectivamente, suponiendo que Kelsen tuviera razón cuando pensó que un juicio abstracto de normas podía garantizar el triunfo de la lógica en la interpretación jurídica, parece cierto que el Tribunal Constitucional español no puede pre-

(82) Tras afirmar que con los planteamientos de Kelsen «la organización constitucional se convierte en un cosmos de engañosas ficciones», añade SCHMITT que «todavía es más pronunciado y decisivo, en esencia, el carácter decisionista de toda sentencia en una instancia cuya cardinal misión es fallar sobre dudas, incertidumbres y divergencias de opinión. En este caso (...) podemos decir que la decisión es, como tal, sentido y objeto de la sentencia» (*La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Madrid, Temos, 1983, págs. 80 y 90).

(83) Aun cuando no fue una tendencia mayoritaria, en los primeros años de vida constitucional tampoco resultó infrecuente que los jueces ordinarios negasen eficacia directa a la Constitución, invocando la vieja doctrina de las normas meramente programáticas. Véase, por ejemplo, STS, Sala III, de 26 de enero de 1979, Auto del TS, Sala II, de 5 de noviembre de 1980.

(84) F. RUBIO: «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35 (1992), pág. 12.

sentarse como el depositario de la categoría lógico-fundamental; lo que tampoco significa, desde luego, que, dando la razón a Schmitt, hayamos de rendirnos ante el puro subjetivismo decisionista: ambas posiciones pueden considerarse superadas, tanto en relación con la justicia constitucional como con la justicia ordinaria. Tal y como hemos procurado mostrar, el juez constitucional es un auténtico juez, es decir, no sólo actúa según fórmulas y procedimientos judiciales, sino que también en los aspectos de fondo se comporta como un órgano jurisdiccional, si bien con las peculiaridades que se han visto. En consecuencia, creo que los problemas de racionalidad jurídica no se presentan de un modo sustancial o cualitativamente distinto en jueces ordinarios y Tribunales Constitucionales. Naturalmente, plantearse aquí dichos problemas resulta del todo improcedente; baste decir que merced, de una parte, a la superación de los excesos «realistas» dispuestos a encontrar oscuridades y lagunas en cada precepto y merced, sobre todo, al desarrollo de las teorías de la argumentación, que sin abandonar por completo la virtualidad de la lógica formal buscan otras vías de racionalidad práctica (85), la posición de los tribunales tiende a situarse a medio camino entre la más ingenua escuela exegética y el estéril irracionalismo, y es justamente en ese ancho espacio donde puede fructificar la argumentación racional que sirva de base a una doctrina de la interpretación que, en opinión nada exagerada, se presenta hoy como «el núcleo mismo de la teoría de la Constitución y del Derecho constitucional» (86).

(85) Sobre el reciente desarrollo de la argumentación, véase M. ATIENZA: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1991.

(86) F. RUBIO: «Problemas de la interpretación constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* («El Tribunal Constitucional y su jurisprudencia»), núms. 3-4 (1988), pág. 40.

