

UNIVERSITAT POMPEU FABRA
DEPARTAMENTO DE DERECHO
ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN EN EL JUICIO DE
CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.**

**Tesis doctoral presentada por Hèctor LÓPEZ BOFILL
Dirigida por el Doctor Marc CARRILLO.**

Doctorado en Derecho Público. Bienio: 1996-1998.

Dipòsit legal: B.11144-2003

ISBN: 84-688-2015-6

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	2
INTRODUCCIÓN	3
PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS TEÓRICOS	13
I.- EN LA ENCRUCIJADA DEL MÉTODO	13
1. Importancia de la teoría interpretativa en el examen de las formas interpretativas de decisión.	13
2. La distinción entre texto y significado.	16
3. Las decisiones interpretativas en el origen del control de constitucionalidad de la ley. La quiebra del legalismo.	24
4. Paradigmas teóricos.	31
II.- ANALÍTICA EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY	34
1. Rasgos principales del paradigma analítico.	34
2. Aplicación del paradigma analítico al problema de las decisiones sobre la constitucionalidad de la ley.	36
3. El modelo analítico en un ejemplo de la jurisprudencia constitucional española: comentario a la STC 222/1992, de 11 de septiembre.	42
III.- PARADIGMA HERMENÉUTICO	50
1. Rasgos principales.	50
2. Evolución del paradigma.	55
3. Elementos de la hermenéutica dworkiniana.	60
4. Aplicación del modelo hermenéutico.	64
IV.- CRÍTICAS DECONSTRUCTIVISTAS	67
1. Inestabilidad de significados.	68
2. Discursos privilegiados.	69
3. Hipertexto.	70
4. La interpretación como reforma constitucional	72
V.- SÍNTESIS	75

SEGUNDA PARTE: FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO.	77
I.- CONSIDERACIONES PREVIAS	77
1. Patrones de comparación.	77
2. Casuismo y diálogo.	77
3. Constantes y diferencias.	78
4. Modelos de Derecho Comparado.	82
II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS	89
III.- DECISIONES ENTRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA NULIDAD: EL MODELO ALEMÁN.	97
1. El contenido de la decisión constitucional después de la cuarta reforma de la <i>BverfGG</i> .	100
2. Nulidad.	106
3. Nulidad parcial.	107
4. Incompatibilidad.	110
5. Compatibilidad.	118
6. Sentencias apelativas.	119
7. Interpretación conforme.	121
8. Fundamentos.	125
9. Naturaleza.	130
10. Límites.	133
11. Efectos.	140
12. Fallos combinados y excepciones.	143
IV.- LA INTERPRETACIÓN CONFORME COMO ÚNICA ALTERNATIVA A LA INAPLICACIÓN DE LEYES FEDERALES: EL MODELO SUIZO	146
1. Consideraciones generales.	146
2. Obligación de aplicación de leyes federales (art.113.3 ACFS, 191 NCFS). Origen y justificaciones.	149
3. Matices en la interpretación del artículo 113.3 ACFS (191 NCFS).	152
4. Interpretación conforme.	156
5. Control de constitucionalidad y democracia.	162
V.- FORMAS MÚLTIPLES DE DECISIÓN: UNA APROXIMACIÓN AL SISTEMA ITALIANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.	168
1. Propiedades características del sistema italiano	

de control de constitucionalidad de las leyes. Escasez de disposiciones reguladoras del proceso incidental.	172
2. Divergencia interpretativa y conflicto institucional.	177
3. Consolidación del sistema: entre el control “mixto” y el “control previo”.	189
4. El juicio de la Corte Constitucional y el límite del poder discrecional del legislador.	195
5. Fórmulas de relación entre la Corte Constitucional y el legislador.	205
VI.- LAS DECISIONES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS: CONTROL PREVIO Y RECONSTRUCCIÓN NORMATIVA.	215
1. Planteamiento y rasgos diferenciales.	215
2. El control previo en la dinámica del juicio de constitucionalidad.	219
3. Reenvío al Parlamento.	220
4. Reforma Constitucional.	226
5. Objeciones.	230
6. Decisiones interpretativas y reconstrucción de normas.	231
7. La decisión de conformidad bajo reserva.	238
8. Conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante.	238
9. Conformidad bajo reserva de interpretación constructiva.	241
10. Conformidad bajo reserva de interpretación directiva.	241
11. La ejecución de las decisiones del Consejo e instrumentos de sujeción.	243
12. ¿Ausencia de “reconstrucción aplicativa”?	248
13. Control de convencionalidad de las leyes. Especial referencia al CEDH.	251
14. Criterios interpretativos.	257
VII.- NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL CEDH EN REINO UNIDO Y LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE INCOMPATIBILIDAD PREVISTA EN LA HUMAN RIGHTS ACT DE 1998.	265
1. Breve mención a la protección de derechos civiles e influencia del CEDH antes de la aprobación de la <i>Human Rights Act</i> .	270
2. Algunos aspectos de la regulación contenida en la <i>Human Rights Act</i> de 1998.	275
3. Interpretación conforme al CEDH.	276
4. Declaración de incompatibilidad de la disposición legislativa con el CEDH.	279

5. Medidas preventivas en la tramitación parlamentaria de la ley y modificación de la legislación en caso de declaración de incompatibilidad judicialmente establecida.	284
6. Reserva de derechos ¿menor margen de restricción?	288
VIII.- LA DECISIÓN EN LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS O COMO EVITAR PRONUNCIARSE SOBRE CUESTIONES CONSTITUCIONALMENTE CONTROVERTIDAS.	292
1. Características generales y diferencias con las decisiones interpretativas en algunos modelos europeos.	292
2. Las reglas Brandeis.	296
3. Colisiones con los fundamentos de la <i>Judicial Review</i> .	303
4. Técnicas de evitación en algunas de sus fases.	306
5. Evitación y <i>writ of certiorari</i> .	308
6. La séptima regla de Brandeis como regla de “último recurso”.	309
7. Críticas a las <i>avoidance doctrine</i> .	315
8. Influencia de la <i>avoidance doctrine</i> en las normas administrativas.	319
IX.- FORMAS DESARROLLADAS DE DIÁLOGO JUECES-LEGISLADOR EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: UNA ALUSIÓN A LA CLÁUSULA “NOTWITHSTANDING” EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CANADIENSE.	322
1. Un modelo singular de relaciones entre la jurisdicción constitucional y el legislativo.	322
2. Técnicas de control abstracto en el marco de un control concreto.	331
3. La cláusula “notwithstanding”: ¿excepción al derecho o réplica constitucionalmente conforme a la interpretación judicial?.	333
4. Respuesta legislativa frente a decisiones interpretativas.	338
5. Cláusula “no obstante” y contribución al diálogo.	340
X.- ENSAYO SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL AVANZADO.	342

1. Un modelo alternativo: las formas interpretativas de decisión en la constitución abierta.	342
2. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de preceptos legales como soluciones singulares. Primeras aproximaciones al sistema español en el marco de derecho comparado.	343
3. Decisión interpretativa <i>versus</i> declaración de inconstitucionalidad y nulidad: narración, reparación, diálogo y deferencia.	346
4. Narración.	347
5. Reparación de la inconstitucionalidad detectada .	349
6. Formas interpretativas de decisión y diálogo.	350
7. Deferencia hacia el legislador.	355
8. Conexión interpretativa y preservación del diálogo.	357
9. La respuesta “interpretativa” del legislador en el caso español.	361
10. Las formas de decisión interpretativa en “El Estado Constitucional Avanzado”. Consideraciones sobre el Estado Social y el Estado Democrático.	365
<i>Sobre el Estado Social.</i>	365
<i>Formas interpretativas de decisión en el Estado Democrático. Algunas consideraciones Sobre la División de Poderes.</i>	369
11. Un proceso en fase de construcción.	373
12. Más allá de la sanción de nulidad.	377
13. La comunicación institucional en la determinación del significado constitucional de la ley.	383
14. Colaboración (diálogo) en la interpretación y colaboración en la reparación.	390
15. El ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.	391

TERCERA PARTE: FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN EN EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY, ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN DOCTRINAL. 396

I.- USO DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS EN EL MARCO DEL JUICIO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: CUESTIONES CONTROVERTIDAS. 396

1. Controversia en el Tribunal Constitucional.	398
<i>Discusión sobre las interpretaciones forzadas. La interpretación forzada prevalece sobre la declaración de inconstitucionalidad.</i>	398
<i>La declaración de inconstitucionalidad</i>	

<i>prevalece sobre la interpretación conforme.</i>	404
<i>Discusión sobre la pertinencia.</i>	406
<i>Discusión sobre los límites en relación con el legislador.</i>	410
2. Confusión en la doctrina. Estado de la cuestión, crítica y nuevo planteamiento.	416
3. Primer obstáculo: desacuerdo en el uso de categorías y distinciones que no distinguen.	420
4. Segundo obstáculo: preeminencia del análisis del fallo en la construcción tipológica.	423
5. Tercer obstáculo: excesiva complejidad de los pronunciamientos frente a la simplicidad de las categorías.	429
<i>STC 72/1983, de 29 de julio (Ley Vasca de Cooperativas).</i>	431
<i>STC 108/1986, de 29 de julio (Ley Orgánica del Poder Judicial I).</i>	432
<i>STC 36/1991, de 14 de febrero (Tribunales Tutelares de Menores).</i>	433
6. Cuarto obstáculo: importancia simbólica de la adición textual y transformación de sentido mediante relación de preceptos.	438

II.- RAZONES MATERIALES E INSTITUCIONALES QUE CONDICIONAN EL USO DE FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN.
FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 441

1. Algunas apreciaciones preliminares relativas al juicio de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales en el conjunto de pronunciamientos de constitucionalidad de las leyes.	441
2. Derechos analizados	445
3. Artículo 14 CE: reparación de la igualdad.	451
<i>Legislación preconstitucional contraria al artículo 14.1 CE.</i>	454
<i>Afectación al principio de legalidad presupuestaria y legislación posconstitucional.</i>	459
4. Una alusión al artículo 24.1 CE en relación con el artículo 14 CE. Prevención de situaciones <i>ex lege</i> incondicionadas.	463
5. Sentencias interpretativas en materia penal y administrativa sancionadora. Especial referencia al principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE).	466
<i>Eludir la despenalización.</i>	468
<i>Mantenimiento de una institución vinculada al poder punitivo y sancionador del Estado o</i>	

III.- FORMAS INTERPRETATIVAS EN LOS JUICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO.	480
1. Diferencias sobre el sentido de los principios que inspiran la interpretación constitucionalmente conforme.	480
2. Asimetrías concretas entre la ley estatal y la autonómica en el juicio de constitucionalidad.	483
3. ¿Interpretación constitucionalmente conforme? Interpretación conforme al bloque de la constitucionalidad.	490
4. ¿Interpretación conforme en conflictos de competencia?	495
5. Consolidación de espacios competenciales mediante interpretaciones no formalizadas. La “retórica” en la interpretación conforme.	500
6. Técnicas de gestión de la inconstitucionalidad.	503
7. Nota sobre la decisión interpretativa en el conflicto en defensa de la autonomía local.	507
IV.- ELEMENTOS ADICIONALES QUE JUSTIFICAN EL RECURSO A FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN.	511
1. La decisión interpretativa como “equilibrio institucional”. Mera reiteración de enunciados normativos ya existentes.	511
2. La forma interpretativa como instrumento de gestión de una pluralidad de fuentes procedentes del derecho internacional y del derecho comunitario.	514
3. La decisión interpretativa como fórmula “retórica” o como método de pedagogía constitucional.	525
4. Formas interpretativas de decisión en función del procedimiento constitucional en el que se manifiestan.	530
CONCLUSIONES	538
BIBLIOGRAFÍA	548

ABREVIATURAS

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts.
BG	Bundesgericht (Tribunal Federal suizo).
BGBL	Bundesgesetzblatt.
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts (Decisiones del Tribunal Federal suizo).
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán).
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisiones del Tribunal Constitucional Alemán).
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Ley reguladora del BverfG).
Cc	Código Civil.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
CF	Constitución Francesa.
CI	Constitución Italiana.
CP	Código Penal.
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung.
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt.
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift.
FJ	Fundamento Jurídico.
GC	Giurisprudenza Costituzionale.
GG	Grundgesetz (Ley fundamental de Bonn).
HRA	Human Rights Act.
IVAP	Instituto Vasco de Administración Pública.
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts.
JZ	Juristenzeitung.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
NCFS	Nueva Constitución Federal Suiza.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
PL	Public Law.
RAP	Revista de Administración Pública.
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
REP	Revista de Estudios Políticos.
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública.
S.Ct.US.	Corte Suprema de los EE.UU.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español.

TC	Tribunal Constitucional español.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
VV.AA.	Varios autores.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.

INTRODUCCIÓN.

Con este estudio queremos adentrarnos en el examen de aquellas decisiones emanadas de una jurisdicción constitucional en el control de constitucionalidad de la ley que la doctrina clásica denomina “sentencias interpretativas” y que nosotros pasamos a designar como “formas interpretativas de decisión”.

El cambio de nombre no es casual ni, creemos, accesorio. Responde a la voluntad de distanciarse del tratamiento hasta ahora recibido a los problemas asociados a estos pronunciamientos y, en concreto, responde a la necesidad de rehuir las aproximaciones de corte tipológico que protagonizan la mayoría de escritos sobre la materia.

No se me oculta que esta propuesta puede suscitar, de entrada, alguna perplejidad. ¿Por qué este intercambio de términos y esta aparente enmienda a la totalidad del discurso y de las categorías hasta ahora vertidas en el análisis de la decisión sobre la constitucionalidad de la ley? La intuición inmediata es que el entramado tradicional de clasificaciones en el que se presentan estos pronunciamientos de constitucionalidad (o, mejor dicho, el análisis de las decisiones de constitucionalidad centrado *en sí mismo* en una clasificación) parte de premisas, bajo nuestro punto de vista, poco convincentes.

Esta insatisfacción tiene precisamente su origen en una cierta ausencia de entendimiento sobre las premisas mismas que han de fundamentar la clasificación, de ahí que, en esta primera fase, optemos por un cierto “escepticismo metodológico” que, en un retorno al “grado cero” en el estudio de la materia, ponga entre paréntesis las construcciones esbozadas tanto por la doctrina constitucional española como por algunos de los referentes doctrinales en derecho comparado de otros sistemas constitucionales europeos que manejamos. La denominación

“formas interpretativas de decisión” como etiqueta global deriva de este escepticismo metodológico o, si se quiere, de esta “suspensión” (aunque sea suspensión provisional) de la típica literatura sobre las “sentencias interpretativas” que planea sobre la actividad de algunas jurisdicciones constitucionales europeas.

La expresión “formas interpretativas de decisión” comprende, de un lado, las distintas variantes que la doctrina clásica incluye en las llamadas “sentencias interpretativas”, es decir, sentencias en las que se declara la constitucionalidad del precepto legal enjuiciado pero en las que se subordina el contenido normativo de la ley a la interpretación que el Tribunal Constitucional entiende adecuada a la Constitución. Según la definición del propio Tribunal Constitucional español, vertida en uno de sus primeros pronunciamientos, 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”¹.

Encontramos una multiplicidad de fórmulas en las que estas decisiones se manifiestan: estas decisiones pueden tener, como sugiere el Tribunal en la citada definición, un carácter desestimatorio (declaran la constitucionalidad del precepto siempre que se ajuste a la interpretación constitucionalmente conforme que el Tribunal Constitucional define), aunque también pueden presentar un carácter estimatorio (declaran la inconstitucionalidad de la ley en la medida en que ésta se interpreta de una determinada manera, pero tal declaración no supone la nulidad y la expulsión del texto del ordenamiento jurídico). Desde otro punto de vista, en dichas sentencias, la interpretación de la ley que se considera constitucionalmente conforme puede consignarse en el fallo o puede derivarse de una remisión a los fundamentos (remisión que, a su vez, puede ser genérica o concreta); incluso podemos encontrar ejemplos de pronunciamientos que, sin mención explícita a condicionantes interpretativos con los sujetar la comprensión constitucional de la ley, de la lectura de la sentencia en su conjunto se acaba deduciendo una propuesta de comprensión del precepto de algún modo vinculante para el resto de operadores jurídicos. “Formas interpretativas de decisión”, en consecuencia, se

¹ STC 5/1981, de 13 de febrero (*Ley de Centros Escolares*). FJ 6.

identifica aquí con un amplio espectro: decisiones interpretativas estimatorias, desestimatorias, interpretaciones conformes, interpretaciones conformes cuya definición se arrastra al fallo, interpretaciones en sentencias cuyo fallo remite en general a los fundamentos (o remite a un fundamento en particular) o interpretaciones conformes que despuntan de los razonamientos sin proyección en el fallo.

Pero la expresión “formas interpretativas de decisión” se extiende a otros conjuntos de decisiones que no coinciden con lo que tradicionalmente se entiende por “sentencia interpretativa”. Es el caso de las llamadas “sentencias aditivas”, o el caso de otras modalidades designadas como “sentencias manipulativas” o “sentencias sustitutivas”. Si muchos autores se empeñan en deslindar aquellos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se dice que el Tribunal “interpreta” y aquellos en los que se dice que el Tribunal “añade” algo al enunciado de la ley o “manipula” el enunciado de la ley es porque se parte de la idea que la operación realizada es de diferente naturaleza.

Para nosotros, y esta es una de las tesis centrales de nuestro trabajo, el Tribunal Constitucional no hace nada sustancialmente diferente que justifique la separación conceptual de ambos tipos de pronunciamientos.

El Tribunal, y esperamos demostrar esta idea abundantemente a lo largo de la investigación, altera el contenido normativo de la ley *en todos* estos casos (llámese “sentencia interpretativa”, llámese “sentencia aditiva”) en todas estas decisiones aporta algo “nuevo” a la comprensión de la ley que no estaba anteriormente, con lo que aquellas distinciones fundadas en una presunta inmutabilidad de la ley controlada, en contraste con aquellas decisiones en las que la ley es transformada o manipulada, parece que pierden su virtualidad a efectos teóricos.

Si la distinción entre aquellas decisiones que transforman la ley y las que no lo hacen se revela como una distinción oscura ello es, creemos, porque la transformación de la ley se produce siempre. “Formas interpretativas de decisión”, tal como aquí utilizamos la expresión, denota esta capacidad transformadora de la ley inherente a la decisión de constitucionalidad, lo que resulta de cualquier aplicación de un texto jurídico a una circunstancia concreta, en nuestro

caso del contraste entre la interpretación del contenido de la Constitución con el contenido de la ley objeto de control.

Debe reconocerse, sin embargo, que todavía es pronto para valorar si las clasificaciones propuestas tendrán repercusión en el comportamiento de nuestra jurisdicción constitucional y en la recepción de sus fallos por parte del resto de operadores ya que, de momento, primero han venido los pronunciamientos y después el intento de glosar las categorías sin que la tendencia parezca haberse invertido (y de ahí, seguramente, los titubeos en el seno del Tribunal a la hora de decidir acerca de la forma en que expresa su juicio de constitucionalidad, la poca nitidez de los criterios sobre cuándo el fallo debe consignar la interpretación constitucionalmente adecuada, cuándo debe enunciarse la interpretación o interpretaciones desechables, o cuándo es suficiente que la interpretación se envuelva en un manto de mera recomendación dirigida al legislador y al resto de operadores jurídicos). No vamos nosotros a proponer un esquema completo y sistemático que dé respuesta a todas las situaciones (nunca lograremos predecir con seguridad la estructura que la decisión de constitucionalidad adoptará) aunque confiamos en abrir, al abordar este tema, una perspectiva diferente que permita describir con más realismo las opciones por las que el juez de constitucionalidad se acaba decantando.

Como decíamos, nos parece que las premisas sobre las que se apoya la tipología clásica dejan de lado (o no tratan con la suficiente intensidad) aspectos relevantes en la descripción de las decisiones de constitucionalidad. Pero, ¿en qué se basa, concretamente, nuestro disenso?

En nuestra opinión, salvo contadas excepciones, la estrategia de la doctrina consiste en analizar la forma de la decisión de constitucionalidad a partir de la interpretación constitucional considerada *en abstracto*. Se examina la forma que la decisión de constitucionalidad adopta suponiendo un “núcleo duro” de significación de la ley y calibrando hasta qué punto la decisión de constitucionalidad, al adecuar la disposición a los mandatos constitucionales, respeta o se aleja de este supuesto “núcleo duro” de la disposición controlada. Es entonces cuando se dictamina que el juez de constitucionalidad ha extraído una “interpretación” de la ley

constitucionalmente adecuada que permite eludir la declaración de inconstitucionalidad o que ha “añadido” un supuesto de consecuencias normativas no previsto por el legislador (o que ha “sustituido” la voluntad del legislador al desplazar el enunciado de la ley introduciendo un mandato autónomo sin soporte interpretativo). La suposición de este “núcleo duro” de significación de la ley es el que después permite afirmar, asimismo, que en la interpretación conforme el juez de constitucionalidad ha “respetado el tenor literal” o, por el contrario, ha desfigurado los enunciados legales sometidos a enjuiciamiento.

En esencia, nuestra perspectiva rechaza que sea posible una clasificación en abstracto de las decisiones de constitucionalidad, concibiendo esta abstracción como mero contraste entre el contenido normativo de la ley y la operación hermenéutica realizada por el Tribunal para ajustar las disposiciones controladas a la Constitución.

En primer lugar, para enfrentarse a una clasificación de decisiones interpretativas como la propuesta por la tipología clásica, se debería partir de una teoría de la interpretación consecuente, o sea, se debería aclarar primero cómo se determina el “núcleo duro” de significación, cómo se establece el canon que permite pasar de los enunciados textuales de la ley a las normas que dichos enunciados textuales contiene. En general, estas cuestiones de teoría de la interpretación, dada su complejidad, son dejadas a un margen, y por ello no se acaba de comprender cómo se propone una clasificación que intenta señalar si, en su decisión, el juez de constitucionalidad ha interpretado, ha añadido o ha manipulado algo si se carece de una teoría (o al menos no se muestra) que nos delimite cuándo el Tribunal ha aprovechado su poder interpretativo para alterar el contenido de la ley o cuándo se ha ceñido a la voluntad del legislador limitándose a podar aquellas interpretaciones constitucionalmente inaceptables. Con esto se explica la importancia del enfoque teórico que se desarrolla en la primera parte del presente trabajo, puesto que entendemos que, sin adoptar una previa posición en materia de teoría interpretativa (lo que nos exige, un retorno, aunque sea somero, a la exposición de las tendencias dominantes) no podemos aventurarnos a urdir una clasificación de decisiones de constitucionalidad de la ley en la que, a fin de cuentas, se cobija una auténtica *valoración* de la actividad del Tribunal.

En segundo lugar, si lamentamos el excesivo nivel de abstracción de la tipología clásica (vinculada al análisis entre el enunciado legal enjuiciado y la norma contenida en dicho enunciado legal) es porque, a nuestro modo de ver, desatiende el examen de *las relaciones institucionales* en las que la decisión de constitucionalidad se fragua.

Nuestra idea es que, para adentrarnos en el estudio de las formas interpretativas de decisión, debe partirse del substrato institucional del que las decisiones proceden. El camino recorrido habitualmente es el contrario: se examina el juicio de constitucionalidad (y la menor o mayor alteración del contenido normativo de la ley considerada en abstracto) para comprobar luego la afectación que esta solución interpretativa transmite en el resto del entramado institucional.

Sin embargo, con este modo de proceder, parece olvidarse que las relaciones institucionales tienen una incidencia *previa* al tipo de decisión de constitucionalidad: el Tribunal Constitucional opta por una técnica interpretativa u otra porque busca un determinado efecto sobre otros órganos constitucionales (sobre el legislador y/o sobre los jueces ordinarios), lo que nos aleja de una postura que considere la decisión de constitucionalidad y la interpretación en ella efectuada como resultado de la aplicación lógica de los preceptos constitucionales formalmente invocados para especular, posteriormente, qué repercusiones puede tener dicho juicio atendiendo a unas supuestas reglas de vinculación entre la posición que ocupa la interpretación en el conjunto de la sentencia de constitucionalidad y la reacción que se espera por parte del legislador o del juez llamado a aplicar la ley.

Si la pregunta que se nos formula es, en estas condiciones, si el entramado institucional incide en la interpretación constitucional de la ley y en la concreta solución interpretativa adoptada, la respuesta no puede ser otra que afirmativa.

Conferimos tanta importancia a las relaciones institucionales porque creemos que juegan un papel crucial en la teoría de la interpretación, su incidencia se manifiesta tanto en la forma que acaba adoptando la sentencia de constitucionalidad de la ley como en la propia fundamentación de la misma. Las decisiones interpretativas son fruto de una ponderación de intereses sustanciales que se extraen de principios institucionales (presunción de

constitucionalidad de la ley, principio de conservación de normas, reserva de interpretación de legalidad ordinaria) que influyen en el fondo mismo de la decisión, influyen en la interpretación que resulta de la decisión (para evitar, por ejemplo, la inconstitucionalidad del precepto) y en la interpretación que *lleva* a la decisión.

A nosotros nos interesan *las razones materiales* que impulsan la invocación de este abanico de decisiones a medio camino entre la mera constatación de inconstitucionalidad de la ley y la flagrante nulidad de la misma. Análisis, huelga decirlo, en el que las relaciones institucionales comparten protagonismo con otros elementos extratextuales que influyen en el juicio de constitucionalidad de la ley (y no sólo de un contraste textual, como la tradición subraya).

El amplio estudio de derecho comparado que presentamos intenta ilustrar, en distintos modelos, esta conexión entre el modo de entender la decisión de constitucionalidad de la ley y el contexto institucional del que deriva. Somos conscientes de las diferencias que separan algunos de los modelos de constitucionalidad que presentaremos del sistema español, pero el derecho comparado, además de una nutrida información, siempre aporta el suficiente distanciamiento como para relativizar algunas de nuestras preconcepciones más férreas sobre el control de constitucionalidad de las leyes. Por otra parte, el rechazo de una solución o de una institución con el mero argumento de que procede de un sistema ajeno no es sostenible cuando se trata de aportar respuestas a supuestos coincidentes. En verdad, el problema de las decisiones interpretativas es un problema típico de las jurisdicciones constitucionales europeas de control de constitucionalidad concentrado de la ley, el tráfico de ideas y de experiencias entre éstas puede ser, por tanto comunicable, pero, a la vez, la invocación a sistemas alejados (y pensamos en sistemas de corte sajón) nos ayuda a juzgar la entidad del problema y nos obliga a preguntarnos hasta qué punto no nos estamos extraviando, a menudo, en cuestiones secundarias.

Los modelos seleccionados para nuestro estudio son el alemán, el suizo, el italiano, el francés, el británico —a raíz de la aprobación de la *Human Rights Act*— el norteamericano y el canadiense. La justificación de esta selección se encuentra al inicio de la parte correspondiente del trabajo, aunque vaya por delante que se ha buscado una muestra representativa que

englobe modelos de pleno control de constitucionalidad de las leyes de tipo concentrado *a posteriori* (Alemania e Italia) control concentrado de constitucionalidad de leyes *a priori* (Francia) control *interpretativo* de constitucionalidad, aunque no pleno (Suiza), control interpretativo (no pleno) en un sistema de precedente con rasgos concentrados (Gran Bretaña), control difuso en un sistema, igualmente, de *stare decisis* (Estados Unidos) y control de constitucionalidad condicionado por el Parlamento (Canadá).

Antes de completar esta primera aproximación debemos enunciar cuáles son los dos planos de cuestiones a los que el tema de las formas interpretativas de decisión se encuentra vinculado, planos que a menudo discurren en paralelo aunque, en determinadas ocasiones, se entrecrucen.

Las decisiones interpretativas se asocian, en primer lugar, al problema del *casuismo*. De la aplicación de la Ley a una realidad compleja surgen múltiples concreciones que alteran la comprensión del contenido normativo de sus preceptos. Si, a esta dialéctica entre Ley y Realidad, unimos la tensión entre la aplicación de la Ley y las exigencias de la Constitución, nos percatamos de la importancia de un instrumento en el que se precisen las interpretaciones constitucionales (o las interpretaciones inconstitucionales y, por ende, rechazables) de los preceptos legales en un contexto dinámico y a menudo imprevisible.

Las “formas interpretativas de decisión” son este instrumento *par excellence*. En ellas se produce la adaptación de la Ley a la Realidad en el marco de la Constitución, son una especie de codificación judicial de normas legales constitucionalmente conformes, sea porque en ellas se sistematizan las únicas interpretaciones de la ley constitucionalmente asumibles o porque las interpretaciones inconstitucionales han sido expulsadas dejando un campo abierto en el que los sucesivos intérpretes estamparan las sucesivas concretizaciones de la ley. La Constitución se integra a través de los poros de la decisión interpretativa y en ellas se da satisfacción al principio de unidad del ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva del “casuismo”, es fácil entender por qué la cuestión de las formas interpretativas de decisión provoca tanto revuelo en los sistemas de control de

constitucionalidad concentrado de la ley: los problemas no derivan tanto de las características del control de constitucionalidad como cuanto de la tradición del *civil law* en la que se inscriben estos sistemas (Alemania, Italia, España y Francia). Todavía resulta difícil aceptar que, dada la aplicación de un precepto legal a la realidad, el contenido de este precepto se modifique sustancialmente. Si las decisiones interpretativas despiertan discusiones tan enconadas en este contexto es porque la cultura jurídica de estos países todavía rechaza formalmente la capacidad de transformación de la ley mediante la interpretación judicial o, lo que es lo mismo, la virtualidad de la jurisprudencia como fuente del Derecho (esto incluso admitiendo, como a estas alturas es casi unánime, la capacidad creativa y el valor de precedente de las decisiones del Tribunal Constitucional²). El panorama contrasta con los sistemas de *common law* en los que el problema de la incidencia de la interpretación del juez de constitucionalidad sobre el contenido normativo de la ley es poco relevante y, si se plantea, lo hace en otros términos.

El segundo de los planos por el que transitan nuestras reflexiones tiene que ver con el tema del *diálogo* institucional. En las formas interpretativas de decisión hallamos una vía de comunicación con otros poderes del Estado que puede contribuir (o, en determinadas ocasiones, como veremos, bloquear) la participación de los mismos en el proceso de interpretación conjunta de los contenidos constitucionales y de las normas legales constitucionalmente interpretadas.

La idea de democracia se extiende no sólo al proceso de aprobación de disposiciones legales sino también a la interpretación de las mismas de acuerdo con una asignación de significados constitucionalmente adecuada. En estas condiciones, valoraremos cómo las diversas “voces” correspondientes a las diversas instancias de poder, se implican en una estructura dialógica en la que se consolidan interpretaciones constitucionales de la ley y en la que se pacifica el

² Sobre ello tres artículos emblemáticos: L. LÓPEZ GUERRA: “Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho” en E. ESPÍN y F. J. DÍAZ REVORIO: *La justicia constitucional en el Estado Democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pp. 349-379; F. RUBIO LLORENTE: “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho” en *La Forma del Poder*. CEC, Madrid, 1993, pp. 495-535 y J.A XIOL RÍOS: “El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional” en *Poder Judicial*, n.3, pp. 25-40.

conflicto suscitado entre las visiones dispares que conviven en un Estado pluralista. Las formas interpretativas de decisión y las consecuencias que en ellas se ensayan representan un dato a tener en cuenta en el sistema de enlaces entre jurisdicción constitucional y el resto del organigrama estatal.

“Casuismo”, adaptación a la realidad en la aplicación de la Constitución a través del juicio de constitucionalidad de la ley y “diálogo” en la interpretación tanto de los preceptos legales juzgados a la luz de la Constitución como de la Constitución misma. Ambas directrices, que a menudo pueden llegar a ser incompatibles, arrojan toda la reflexión que aquí presentamos.

Al inicio de la presente investigación pensábamos que el tema de las decisiones interpretativas nos situaría en el corazón de cuestiones trascendentales para la comprensión de la jurisdicción constitucional y de su ubicación en el marco de un Estado Constitucional avanzado. Con todo, en el momento de redactar estas líneas, cada vez estamos más convencidos de que esta cuestión, tal vez como muchas de las controversias que se expresan jurídicamente, no deja de ser algo que los filósofos llamarían un “pseudoproblema” susceptible de ser disuelto mediante unas ciertas estipulaciones y un cierto consenso no muy difícil de alcanzar sobre los puntos básicos. Es probable que todo el esfuerzo invertido acabe al final desembocando en algo muy pequeño, insignificante quizás, aunque en el camino nadie nos ha ahorrado este necesario rodeo por algunos de los puntos álgidos de la discusión sobre el papel de la jurisdicción constitucional dentro de una estructura democrática de poder. Al final, suponemos, esta ardua travesía habrá valido la pena.

PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS TEÓRICOS.

I.- EN LA ENCRUCIJADA DEL MÉTODO.

1.- Importancia de la teoría interpretativa en el examen de las formas interpretativas de decisión.

Tanto si se emprende el estudio de las formas interpretativas de decisión —siguiendo la estela de la doctrina clásica— como deslinde en abstracto de pronunciamientos en función de la intervención del Tribunal Constitucional sobre el contenido de la ley, como si se aborda el tema —siguiendo nuestro enfoque— desde la perspectiva de las relaciones institucionales y de las circunstancias materiales en las que la decisión de constitucionalidad emerge, parece ineludible que, en algún momento, deberán justificarse nuestras afirmaciones a la luz de alguna de las teorías interpretativas que la inabarcable tradición del pensamiento jurídico ofrece en este campo.

En un mundo de preocupaciones comunes, no ha sido extraño que la elaboración de este trabajo haya coincidido con una especie de “renacimiento” del tema de la interpretación jurídica en general y de la interpretación constitucional en particular, del que, para alguien que pretende describir al menos una de las facetas en las que el control interpretativo se manifiesta, sería impropio desconocer sus líneas básicas de desarrollo.

De hecho, el cambio de rumbo que aquí se propone en el tratamiento de las decisiones interpretativas (el análisis de la decisión de constitucionalidad en el contexto institucional y sustantivo que rodea su pronunciamiento) se nutre al menos de uno de los paradigmas que en materia interpretativa aquí desgranaremos, por ello nos ha parecido idónea una recuperación de algunos de los rasgos principales de dicho paradigma, así como la mención al resto de

modelos interpretativos dominantes que, eventualmente, pueden mostrar su utilidad y su fortaleza crítica pese a que respecto de algunos de ellos nosotros mantengamos nuestras discrepancias.

En un estudio sobre la decisión de constitucionalidad en el control de constitucionalidad de la ley, necesitamos de las teorías de la interpretación al menos en alguna de las siguientes fases:

1) Necesitamos de las teorías de la interpretación para describir el proceso de concretización que cristaliza en la decisión interpretativa sobre la constitucionalidad de la ley. Teorías que analicen y, en su caso, justifiquen, el paso del texto de la ley controlada a la interpretación de la misma propuesta desde el Tribunal Constitucional y materializada en su sentencia. Por tanto, interpretación de la ley en el juicio de conformidad a la Constitución. Pero también interpretación de los preceptos constitucionales, en la medida en que se aplican y se “concretizan” en el marco específico del control de la ley³.

2) En segundo lugar, necesitamos de teorías de la interpretación que nos ayuden a precisar qué solución interpretativa debe preferentemente adoptarse dadas una determinadas

³ Esta propiedad ya había sido apreciada por K. HESSE en las páginas que en su manual dedica a la interpretación de la ley constitucionalmente conforme. *Vid.* K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller, Heidelberg, 1995, p. 31. Por poner un ejemplo muy conocido y ya clásico en la jurisprudencia constitucional española de esto último (aunque en aquella ocasión el juicio de constitucionalidad se saldase con una declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto), en el control de constitucionalidad del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana expresado en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, se estaba interpretando la delimitación de la noción de “flagrante delito” introducida por el legislador, pero el análisis de la compatibilidad de este concepto con la Constitución reclamaba, a su vez, una interpretación de la noción *constitucional* de “flagrante delito” contenida en el artículo 18.2 CE como excepción al derecho a la inviolabilidad de domicilio. El Tribunal Constitucional inyectó significados al concepto que el legislador había pretendido concretar y, al unísono, asignó significados al propio artículo 18.2 de la Constitución para constatar que del contraste resultaba una contradicción. El concepto constitucional de “flagrante delito”, en cualquier caso, no fue el mismo antes que después de la intervención del Tribunal en la STC 341/1993, al igual que no son los mismos los conceptos legales que, mediante el juicio de constitucionalidad, se adaptan al contenido de la Constitución a través de la interpretación conforme (así, por otra parte, sucedió en la interpretación del “requerimiento” formulado por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que las personas que no pudiesen ser identificadas les acompañasen a dependencias policiales próximas con el fin de realizar las diligencias de identificación, interpretación contenida en los fundamentos jurídicos de la propia STC 341/1993 que produce la

coordinadas de actuación de la jurisdicción constitucional. La aportación teórica puede añadir profundidad a la pregunta de si expulsar contenidos normativos de la ley (declarando, por ejemplo, la inconstitucionalidad de una interpretación) es preferible a la determinación explícita de la interpretación constitucionalmente conforme, o si la consignación de una interpretación constitucionalmente correcta declarada en la decisión de constitucionalidad deja espacio para nuevas interpretaciones constitucionalmente conformes que otros agentes puedan formular en el futuro (o si, por el contrario, este espacio de interpretaciones hipotéticas queda considerablemente restringido después de la decisión del Tribunal Constitucional). En las fuentes teóricas podemos encontrar razones para valorar algunas de estas distintas opciones y para describir el medio en el que estos procesos se consuman.

3) La respuesta a los interrogantes que hemos planteado, así como la descripción de los procesos de asignación de significados a los que aludíamos en 1) enlazan con el tercero de los elementos a los que una teoría interpretativa intenta dar respuesta, a saber, la cuestión de los *límites* de la actuación de la jurisdicción constitucional que lleva a la pregunta sobre la *legitimidad* de la decisión de constitucionalidad de la ley y de la forma en que ésta se expresa.

4) Finalmente, de la teoría interpretativa penden aspectos vinculados a las consecuencias del juicio de constitucionalidad. Es desde el enfoque teórico que debe responderse a la influencia de criterios consecuencialistas en el proceso de decisión y en la interpretación de la ley finalmente adoptada (por mucho que las jurisdicciones constitucionales rechacen formalmente la mediación de dichos criterios en el resultado de su juicio). El cálculo de consecuencias cuya importancia, como decimos, más que de una declaración política deriva de una posición epistémica, puede encontrarse en la recámara de la variada tipología de formas de decisión. Muchos de estos pronunciamientos y de las técnicas en ellos manejadas no pertenecen al campo de las decisiones en las que la constitucionalidad de la ley se sostiene mediante una o varias de sus posibles interpretaciones sino que se refieren a la *gestión* de una ley inconstitucional una vez esta inconstitucionalidad ha sido advertida.

eliminación de otras interpretaciones susceptibles de extraerse del texto legal).

Debe distinguirse, pues, entre aspectos relativos a la interpretación constitucional de la ley y aspectos relativos a la reparación de la inconstitucionalidad detectada, aunque los factores asociados a las consecuencias del juicio de constitucionalidad acaben afectando a ambas vertientes.

2.- La distinción entre texto y significado.

Al tender un puente entre lo aparentemente concreto y lo general nos percatamos que nuestra idea sobre el objeto limitado que pretendíamos estudiar se cuestiona y acaba por desestimarse. No hay ningún aspecto del conocimiento humano que no requiera de una dimensión teórica general para ser correctamente comprendido y menos cuando nos adentramos en el estudio de decisiones como las adoptadas por un Tribunal Constitucional cuyas repercusiones pueden ser cruciales para la comunidad política. Sin embargo, en este tema, como venimos anunciando, puede apreciarse en la literatura una cierta indiferencia teórica, como si las elaboradas reflexiones concebidas desde la Filosofía del Derecho o desde la teoría general de la interpretación constitucional no tuviesen su correspondencia en el estudio de instituciones más concretas⁴.

Habitualmente, en el análisis de las formas interpretativas de decisión que emiten las jurisdicciones constitucionales europeas, los estudios sobre ellas referidos arrancan con la célebre distinción entre “norma” y “precepto”, también enunciada como distinción entre “disposición” y “norma” o entre “norma” y “enunciado de la ley”⁵. Se asiste a ese deslinde de

⁴ Una excepción a esta indiferencia en el tema concreto de las sentencias interpretativas lo encontramos en el estudio de R.PERALTA: *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, cuya primera parte se encuentra dotada de un considerable aparato filosófico relativo a cuestiones generales sobre teoría de la interpretación.

⁵ Vid. F.RUBIO LLORENTE: “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho” en *La forma del poder, op. cit.*, p.497. Vid., asimismo, F.J. DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.35-57. AJA, E. y M.GONZÁLEZ BEILFUSS: “Conclusiones generales” en E.AJA (Ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998, p.264-265. En otros términos, el TC distingue entre “textos normativos” y “normas jurídicas” o “mandatos” para sugerir, desde una temprana jurisprudencia, que el objeto

conceptos como primer eslabón y presupuesto de las decisiones interpretativas⁶, para acabar concluyendo poco después, sin ambages, que la decisión de constitucionalidad sólo puede entenderse como amalgama entre el substrato textual de la ley y la norma señalada por la jurisdicción constitucional, de un modo similar a como —en una polémica colateral— suele definirse el objeto del control de constitucionalidad dependiente de una "situación normativa" en la que se manifiesta la inextricable conexión entre la disposición y los diversos significados de la misma⁷.

Ya esta primera taxonomía (disposición/norma; norma/enunciado de la ley) es en nuestro contexto utilizada (aunque también en Derecho comparado de donde ha sido importada⁸) sin

de su control son las expresiones textuales y no su contenido abstracto. *vid.* STC 11/1981 de 8 de abril: “si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta (...), la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero” *vid.* asimismo SSTC 24/1982; 199/1987; 332/1993; 118/1996 y 195/1996. Sobre la base de la distinción entre “texto normativo” y “norma jurídica” aparecen diversas elaboraciones doctrinales como las señaladas por JIMÉNEZ CAMPO, EZQUIAGA GANUZAS y GONZÁLEZ BEILFUSS que se proyectan, dado un procedimiento de control de constitucionalidad, sobre el objeto de impugnación, el objeto de control y el objeto de pronunciamiento respectivamente. Así, la dimensión textual predomina en el objeto de impugnación y en el objeto de pronunciamiento pero en el objeto de control el protagonismo corresponde a los mandatos entendidos en su sentido abstracto o material. *Vid.* J.JIMÉNEZ CAMPO: “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en AA.VV.: *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional-CEC, Madrid, 1995, pp. 89 y ss.; F.J.EZQUIAGA GANUZAS: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 245 y ss; M.GONZÁLEZ BEILFUSS: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 54-55.

⁶ F.J. DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas...*, *op. cit.*, p.35.

⁷ A.RUGGERI: *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 55 y ss.

⁸ Por ejemplo, en Derecho constitucional en lengua alemana (distinción entre *Norm* y *Normsatz*). Véase, H.HALLER: *Die Prüfung von Gesetzen*. Springer-Verlag, Viena-Nueva York, 1979, pp.73-78. La distinción entre disposiciones y normas ha sido muy elaborada y discutida en la doctrina italiana: quien parece ser que la estableció por primera vez fue V.CRISAFULLI en la voz “Atto normativo” de la *Enciclopedia del Diritto*, tomo IV, Milán, 1959, pp. 258-260 recuperándola, años después, en la voz “Disposizione (e norma)”. *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, Milán, 1964, pp.195 y ss. [así lo constata F.J. EZQUIAGA GANUZAS: *La producción jurídica...*, *op. cit.*, p. 23]. Otros autores del ámbito italiano que utilizan estos mismos términos (y trabajan sobre este punto de partida) serían R.GUASTINI: “Disposizione vs. Norma”, en *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1989, L.PALADIN: *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bolonia, 1996, p.20; G.TARELLO: *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980; o A.PIZZORUSSO: “Las sentencias “manipulativas” del Tribunal

tener en cuenta, por ejemplo, ninguna de las categorías acuñadas a lo largo de este siglo por la lingüística⁹, punto de partida de corrientes intelectuales tan centrales en el siglo XX como el estructuralismo y el llamado postestructuralismo. Todo ello sin dejar de considerar que el resto de tradiciones filosóficas (fenomenología, analítica, hermenéutica...) tampoco no se quedan rezagadas en cuanto a la reflexión sobre el examen del lenguaje y, en particular, sobre las teorías del significado. Una solución prematura al problema del lenguaje, del enunciado lingüístico como punto de partida de la reflexión jurídica, puede provocar que el resto del desarrollo se acabe apoyando en un junco hueco. Es verdad que resulta del todo imposible describir aquí los distintos itinerarios de estas tendencias y tal vez corremos el riesgo de simplificar demasiado, pero, sin demorarnos excesivamente, parece apropiado describir algunos rasgos fundamentales de las diversas posiciones aunque sólo sea para tomar conciencia de la complejidad del fenómeno y, si es posible, para ahuyentar la persistencia de algunas contradicciones derivadas de un excesivo reduccionismo.

Por ejemplo, parece inapropiado rehusar el examen en términos de signo lingüístico y de significado (como atajo para simplificar el discurso) para desplazarlos a favor de la ya mencionada distinción entre disposición (en realidad entendida como soporte lingüístico) y norma (en realidad entendida como significado ideal) lo que no hace más que complicar el problema allí donde se pretendía cerrar el asunto, pues queda entonces pendiente la hercúlea tarea de enfrentarse al concepto de norma, es decir, a examinar si las normas sólo son enunciados deontológicos, o si también se incluyen definiciones, o si son la combinación de diversos tipos de enunciados, o si, en realidad, sólo podemos acceder a fragmentos de normas (y piénsese, por ejemplo, en que muchos pronunciamientos interpretativos afectan a

Constitucional Italiano” en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol I, Madrid, 1981, p. 286. Para el caso francés, con referencias al mencionado debate auspiciado en Italia sobre la dualidad disposición/norma vid. TH.DI MANNO: *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie*, Economica Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1997, pp.47-72.

⁹ Nos referimos a la idea básica de signo lingüístico como combinación del concepto (significado) y de la imagen acústica o escrita (significante). Vid. F. de SAUSSURE: *Curso de lingüística general*. (Trad. Amado Alonso). Alianza, Madrid, 1990, p.89. Aunque SAUSSURE presenta los elementos del signo como íntimamente unidos, la reflexión sobre el significado y el significante despierta a partir de la distinción entre ambos y del esfuerzo por describir la estructura interna de sus relaciones o, en su caso, por resaltar su independencia.

definiciones y no a normas entendidas como enunciados deontológicos¹⁰). No es de extrañar entonces que algunos, modestamente (y probablemente con sensatez) se contenten en definir las normas únicamente como *resultados interpretativos*¹¹, pero entonces importar materiales referidos a la interpretación de *cualquier* texto escrito (y no sólo el de las llamadas “disposiciones normativas”) que han tanteado otras disciplinas, se convierte para el investigador en una exigencia de rigor.

La distinción entre “norma” y “disposición” o “norma” y “precepto”, por otra parte, encubre la evidencia —como tendremos ocasión de repetir hasta la saciedad— de que *el acotamiento de la disposición es el resultado de una anterior comprensión de normas* o, en nuestra terminología, de contenidos significativos que la aproximación del intérprete saca a relucir: la ordenación de significados en disposiciones *se integra* en la actividad de extracción de sentido sin que pueda predicarse su existencia *a priori* como realidad textual autónoma¹².

En el fondo, y esta tal vez sea la primera de las evidencias que deben constatarse, lo que sucede es que *no tenemos una teoría general sobre las relaciones entre el enunciado y la norma* (entre el significante y el significado) y de ahí la enorme dificultad para ascender a

¹⁰ Vid., como ejemplo, el fallo de la STC 164/2001, de 11 de julio, (*Ley 6/1998, de 13 de abril Régimen del Suelo y Valoraciones*), en el que se incluyen interpretaciones que definen los términos utilizados por la ley en un sentido constitucionalmente conforme.

¹¹ F.J. EZQUIAGA GANUZAS: *La producción jurídica...*, *op. cit.*, p. 71.

¹² Esto, en parte, diluye una distinción tan en boga en determinados círculos de filósofos del Derecho que atribuyen al vocablo "interpretación" dos situaciones separables, la "interpretación" como actividad, como proceso, y la "interpretación" como resultado, que generalmente se identifica con una norma abstractamente considerada (la norma que se extrae de un soporte textual previo). A poco que se piense, no obstante, se percibe cómo la diferencia entre "interpretación" como actividad y "interpretación" como resultado es superflua puesto que el resultado ya se encuentra presente en el desarrollo de la actividad, la norma final ya deriva de una previa comprensión y delimitación de los materiales normativos manejados. El ejemplo de las decisiones interpretativas es bien elocuente al respecto, el "resultado" de la interpretación se plasma mediante una forma cuya manifestación ya se encontraba presente en la "actividad" interpretativa previa que exigía decantarse por diversas opciones que afectaban al soporte textual (a saber, decidir si se anulaba un precepto o si se mantenía mediante interpretación conforme). Sobre la diferencia entre "interpretación" como resultado e "interpretación" como actividad *vid.* R.GUASTINI: "La interpretación: objetos, conceptos y teorías" en R.VÁZQUEZ (editor): *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Fontamara, México, 1998, p.19; D.MENDONCA: *Cómo hacer cosas con la Constitución. Una introducción al análisis constitucional*. D.Mendonca (ed.), Asunción, 1999, p.24.

cotas superiores en el estudio referido a las formas interpretativas de decisión¹³. Ahora bien, que no exista esta teoría general, lo cual no sucederá jamás en una disciplina relativa y dependiente de situaciones concretas como la nuestra, no evita que puedan plantearse aproximaciones, soluciones parciales, argumentos mejor defendibles que otros en un contexto determinado, en definitiva, que las preguntas se encuentren en mayor medida delimitadas, aunque el horizonte de respuesta sea inabarcable. ¿Con qué intensidad debe ser la norma deducida inconstitucional para que esta inconstitucionalidad afecte al enunciado? ¿Cuán grave debe ser la inconstitucionalidad de la norma para expulsar el precepto? ¿Cómo se desarrolla este proceso cuyo destino final conduce a la expulsión pero cuyos desvíos previos desembocan en soluciones intermedias? Frente a la imposible universalización de determinadas conclusiones, tal vez podamos, al menos, desvelar algunas constantes en el comportamiento de una jurisdicción constitucional. Por poner un ejemplo, no sería descabellado sugerir —al revisar la jurisprudencia española— que muy a menudo la expulsión de normas conceptuales subyacentes (y no la declaración de inconstitucionalidad de preceptos textuales) se presenta, lexicográficamente, en segundo orden. Es decir, *primero*, el TC decide que no va a alterar el texto de la ley objeto de control y, *cuando ya ha decidido que el control no se saldará con una declaración de inconstitucionalidad*, entonces entra a operar en el campo del significado recortando aquellas normas abstractas deducidas que le

¹³ Vaya por delante, antes de continuar, que las tendencias de extracción de significados normativos que aquí manejaremos son de “carácter interpretativo”, indagándose en ellas la posibilidad (aunque sea para negarla) de conexión entre la adjudicación de significados y un determinado texto (aunque el texto no sea siempre el único objeto de interpretación). Dicho así, el comentario puede parecer innecesario, pero no hay que omitir la existencia, en sede de control judicial de las leyes, de modelos “no interpretativos” en los que se detecta una mera invocación a principios generales de gobierno y a justicia natural como límite a la autoridad del legislador sin que importen los términos indicados por un conjunto de disposiciones escritas (como las disposiciones constitucionales). La distinción entre modelos “interpretativos” (la mayoría) y modelos “no interpretativos” se encuentra, en el marco del control de constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos, señalado por T. GREY: “Do we have an Unwritten Constitution?”, en *Stanford Law Review*, n. 27, 1975, p. 703 y T. GREY: “Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought”, *Stanford Law Review* n.30, 1978, pp. 844-847, la referencia sobre estas propuestas de control no interpretativo (“una forma virtualmente moribunda hoy en día”) así como las citas de GREY se encuentran recogidas en M. CAPPELETTI: “El «Formidable Problema» del Control judicial y la contribución del análisis comparado”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.13, 1980, pp.68-69. *Vid.* también M. ROSENFELD: “Interpretación judicial y aplicación de la Constitución en Estados Unidos”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.7, 1999, pp.85-87. Rotundamente en contra de las posiciones antiinterpretativas *vid.* C. SUNSTEIN: *The Partial Constitution*. Harvard University Press, Cambridge, 1993, p.14.

parecen constitucionalmente incompatibles. Si esto es así, tenemos que averiguar cuándo, cómo y por qué, se produce el salto que va de la posible anulación de textos a la posible anulación de significados, lo que trataremos de exponer en la tercera parte de nuestro estudio. Si en realidad lo que se experimenta es el proceso inverso, es decir, que el TC siempre razona sobre la base de significados deducidos y sólo cuando la inconstitucionalidad del contenido abstracto es suficientemente grave procede al examen y eventual anulación de la disposición¹⁴, entonces la distinción entre sentencias interpretativas y el resto es superflua. *Todas son sentencias interpretativas*¹⁵.

En realidad, al afirmar que las normas que integran un sistema jurídico son “enunciados interpretados” el término “sentencia interpretativa” carece de sentido porque sobreentiende que en cualquier razonamiento judicial se configuran contenidos normativos (significados) diferentes del soporte lingüístico expresado en las disposiciones escritas. Si bien esto, se dirá, no aporta nada a la substancia del problema demuestra, al menos, que con la metodología hasta ahora barajada no superamos el nivel de lo contingente y de lo puramente nominalista. Subrayar el término “sentencia interpretativa”, sin embargo, nos da la pista de que seguramente la hipótesis sobre la forma de operar del TC no se encontraba del todo desencaminada: el TC se dirige primero al enunciado y después, no advirtiendo colisión directa, a las normas subyacentes (o sea, justo lo contrario de lo que aconseja el principio de presunción de constitucionalidad de la ley).

Continuamos, empero, desposeídos de criterios claros que nos permitan definir la regularidad de estas operaciones, eso sin contar con otros obstáculos de envergadura, como por ejemplo saber si es plausible pensar en la posibilidad de que *el enunciado coincida con la norma*, idea que partiría de una ontología un tanto singular¹⁶ (aunque no indefendible, como veremos) implícitamente compartida, en parte, por los razonamientos del TC, ya que, de otro modo, no

¹⁴ O sea, que en realidad procede justo de forma contraria a la que ha establecido en su jurisprudencia *vid. supra*. nota 4.

¹⁵ Esta apreciación ya fue intuida por V.CRISAFULLI desde hace años (*vid. V.CRISAFULLI: «Le sentenze interpretative» della Corte Costituzionale*” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1967, vol.I, p.1) aunque se tiende a restringir el concepto de “sentencia interpretativa” a aquella en la que el juez constitucional opera directamente en el substrato normativo de las ley para evitar la anulación de la misma.

se entiende la diversidad de planos que se superponen en el examen de constitucionalidad.

Que el conjunto de las sentencias interpretativas coincida con el conjunto de las sentencias del Tribunal Constitucional, no es ninguna exageración gratuita, todo pronunciamiento de constitucionalidad descansa en la atribución de significado a un enunciado, sea el enunciado de la ley controlada, sea el enunciado de la propia Constitución. El carácter distintivo que permite a gran parte de la doctrina reconocer un conjunto específico de sentencias a las que se alude con el exclusivo epíteto de “interpretativas” se debe, muy probablemente, a que en este tipo de resoluciones la “interpretación” se inscribe en el fallo de la sentencia, por lo que, con avidez, algunos han creído conveniente, renunciar al término “sentencias interpretativas” en favor del término “fallos interpretativos”¹⁷.

De todos modos —lo veremos más adelante— tampoco este deslinde nos parece apropiado porque la aproximación al fallo no es más que una cortina de humo formal para eludir la complejidad de un problema cuya partida decisiva se juega en los fundamentos de las resoluciones. A fin de cuentas, una interpretación estampada en un fallo (suponiendo que la haya) es la punta del iceberg de la gran interpretación que emerge y se consolida en toda la extensión en el razonamiento previo. Un dato puntual que avala esta visión lo proporciona la habitual práctica de utilizar el fallo como mera remisión a los fundamentos, o incluso la presencia de declaraciones interpretativas en la motivación de la decisión que ulteriormente no se reflejan en el fallo de la misma¹⁸.

Por otra parte (y volviendo a las relaciones entre texto y normas deducidas), si la identidad entre enunciado y norma se detecta con demasiada frecuencia entonces todavía se ve con menos precisión qué justifica la figura de un intérprete ni, cómo, de hecho, podemos definir el concepto de interpretación. Seguramente nada de esto último (partir de la coincidencia entre enunciado y norma), nos permitiría bastir una teoría convincente, y menos si atendemos a

¹⁶ Sobre su crítica *vid.* R.GUASTINI: “Disposizione vs. Norma”, *op. cit.*, p.6 y pp. 8 y ss.

¹⁷ *Vid.* EZQUIAGA GANUZAS: “Diez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)” en *RVAP*, n.31, 1991, pp. 124 y ss.

¹⁸ *Ibidem.* p. 122.

algunos presupuestos valorativos que deberíamos a continuación exponer. Como veremos, la posibilidad de aplicar un texto sin interpretación, en aquellos casos de meridiana claridad de significado, de “literalidad” incontestable, ha sido una ilusión tenazmente defendida desde una perspectiva teórica (de ahí aforismos como el “*in claris non fit interpretatio*” o “*interpretatio cessat in claris*”) que fácilmente se desbarata al constatar que la “claridad” o la “automaticidad” en la comprensión y aplicación de un texto es objeto y resultado de *una previa operación interpretativa*¹⁹. No obstante, no deja de ser intrigante plantear esta coincidencia como posibilidad, ya que intuitivamente, al distinguir un campo abierto en la deducción de normas que se plasman en las decisiones interpretativas se está suponiendo que en algún momento este campo está cerrado.

Es patente, en cualquier caso, que los diversos eslabones que conducen a la sentencia interpretativa son sólo comprensibles atendiendo a un sustrato de elementos axiológicos. El principio de deferencia al legislador, la lógica de la ley como expresión de soberanía, la presunción de constitucionalidad de las leyes, el principio de conservación de actos: sin el juego de estas variables sería imposible justificar esa prudencia, ese transitar por encima de los abismos, que caracteriza las maniobras del TC²⁰. Al invocar un orden de valores

¹⁹ Una exposición de la doctrina del sentido claro de los textos (y de la crítica en la línea que aquí se apunta) se encuentra en M.VAN DE KERCHOVE: “La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique”, en F.OST y M.VAN DE KERCHOVE: *L’interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1978. La idea del significado “literal” viene a nivel filosófico explorada (y criticada) por J.R.SEARLE [J.R. SEARLE: “The Background of Meaning” en J.R.SEARLE, F.KIEFER y M.BIERWISCH (eds.) *Speech Act Theory and Pragmatics*, Reidel, Dordrecht, 1981, pp. 221-232], este autor caracteriza el significado literal de una oración como aquel significado que la oración tiene independientemente de cualquier contexto para acabar concluyendo que el significado de una oración siempre depende de un *background* de asunciones y prácticas que no son representables como parte de aquél. A nuestro juicio esta es una característica esencial de la interpretación jurídica en la que, pese a la tradición aforística del “*in claris non fit interpretatio*” *siempre existe un contexto* que modula la extracción de significados. No se producen, por tanto, significados literales en el sentido de significados inscritos en un “contexto cero”.

²⁰ Subsiste en nuestro ordenamiento el obstáculo añadido del art. 39 LOTC que introduce el indisociable vínculo entre declaración de inconstitucionalidad y declaración de nulidad (“cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados”) lo que no se derivaba necesariamente del art. 164 de la Constitución. En este contexto, la estrategia del TC en las sentencias interpretativas puede también entenderse como un rodeo para eludir la rigidez del LOTC, ya que en ellas esta equivalencia entra inconstitucionalidad y nulidad queda en entredicho y, ciertamente, con todo fundamento, ya que

subyacente, un símbolo de integración, o una dinámica que nos aproxime a elementos de la realidad no estamos dando un “salto al vacío” como podría suponerse. Por fortuna, contamos con organigramas conceptuales más allá de una lógica lingüística mecánica que desconfía de todo lo que no sea equivalencia de significados dentro de un contexto neutro. Se trata de asumir el reto de pioneros como HELLER quien, ya en 1929, había vislumbrado cómo la sustitución de las “ciencias del espíritu” por una especie de objetividad lógico-matemática era una forma reprochable de excusar nuestra incapacidad para decidir y asumir responsabilidades²¹.

3.- Las decisiones interpretativas en el origen del control de constitucionalidad de la ley. La quiebra del legalismo.

La sentencia interpretativa se expandió en los modelos de jurisdicción constitucional concentrada para satisfacer la exigencia de dos ficciones: la primera, apuntada ya, es la necesidad de interferir lo menos posible en la actividad del legislador, ámbito que, hasta tiempos recientes, únicamente se consideraba ocupado cuando el TC anulaba una norma con rango de ley.

La segunda ficción, mucho más arraigada, (aunque en verdad ni durante la implantación de los primeros Tribunales Constitucionales en Europa podía ya creerse en ella²²), es la muy

la declaración de nulidad como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad se predica de los “preceptos”, esto es, de las disposiciones impugnadas y no de las normas en ellas contenidas. La observación es destacada por J.JIMÉNEZ CAMPO: “Qué hacer con la ley inconstitucional?” en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*. CEC, Madrid, 1997, pp.62-63.

²¹ H.HELLER: “Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart”. *AöR*, n.16, 1929, pp. 321-322.

²² L.PRIETO SANCHÍS relata con asombrosa fluidez los pormenores de decadencia del legalismo en las diversas corrientes antiformalistas que se expandieron por Europa en las primeras décadas del siglo XX. Para este autor, los rasgos principales que, para estas tendencias, caracterizan el desplazamiento de la ley en favor de la interpretación se resumen en,

continental fantasía según la cual los jueces no crean derecho. Ningún juez crea derecho, y mucho menos puede hacerlo un Tribunal Constitucional, ya que si él mismo dictase materialmente las leyes incurriría en un acto de usurpación intolerable desde el punto de vista democrático y del principio de división de poderes. Este ha sido el mito y, como todos los mitos, convincente en su simplicidad. Sin embargo, suele olvidarse que el mismo KELSEN, en su famoso artículo “*La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*”, ya se dio cuenta (al caracterizar la actividad de la jurisdicción constitucional como la actividad de un legislador negativo) que la anulación también es una forma de creación.

La anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo, y por tanto una función legislativa.²³

La creación de Derecho bajo la forma de anulación de una ley, sin que sea superfluo recordarlo, no era sino un apéndice de una teoría general del Derecho en la que se reconocían los elementos de producción normativa inherentes a toda interpretación de textos legales, idea de la que el propio KELSEN, por cierto, también fue valedor.

Como se desprende de su *Teoría Pura del Derecho* todo acto de aplicación del derecho revela un delta de posibilidades de concreción y es en la selección de estas posibilidades que se introducen por parte del órgano judicial elementos de sentido creativos y no deducibles del

primero, la incapacidad del Derecho legal para ofrecer respuestas a nuevos conflictos, segundo, la ausencia de sistematización del Derecho legal que supone dejar en manos del juez la respuesta ante el caso concreto, tercero, la necesaria consideración de otras fuentes sociales de normatividad que compiten con la ley y que también deben ser ponderadas por el intérprete, cuarto, la insuficiencia de la letra de la ley como transmisora de los fines o intereses sociales que deben pesar en la decisión judicial y por último, la percepción de la comprensión de los enunciados jurídicos como proceso en el que la sociedad y la cultura recrean y renuevan el texto mudo de la ley. L.PRIETO SANCHÍS: *Ley, principios, derechos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 1998. p. 20.

²³ Este artículo se encuentra seleccionado y traducido por J.Ruiz Manero de su versión francesa como “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)” y se encuentra en H.KELSEN: *Escritos sobre la Democracia y el socialismo*. Debate, Madrid, 1988. La cita en concreto, se encuentra en la página 130.

precepto legal que se invocan²⁴. Las posibilidades interpretativas que en todo proceso de aplicación de un precepto legal se abren pueden ser más o menos amplias, más o menos acotadas, más o menos admisibles en función de la teoría sobre la interpretación que se maneje, pero la teoría que nos pretenda hacer creer que la ley aplicada al caso concreto (o, en nuestro caso, la Constitución aplicada al enjuiciamiento de una ley) puede proporcionar desde el punto de vista lógico una única resolución correcta fundada en el texto de la norma aplicada ya fue combatida incluso desde los párrafos de la citada obra de KELSEN²⁵ muy a pesar de que, posteriormente, la ingenuidad nos haya infundido el prejuicio de una teoría kelseniana de la interpretación muy escorada hacia el positivismo más rancio en el que la actividad judicial aplicativa no introduce ningún aspecto innovador²⁶.

En realidad, las teorías actuales de la interpretación (que posteriormente repasaremos) no se apartan demasiado del esquema planteado en la *Teoría Pura del Derecho* en el sentido de que reconocen la mediación de un marco general establecido por el precepto normativo y es en esta actividad “de relleno” propia de la aplicación judicial del precepto que se insertan significados no derivables automática y unívocamente del texto legal o constitucional en el que el razonamiento judicial se apoya²⁷. Veremos como el abanico de interpretaciones posibles, el “relleno”, puede ser más amplio o más estrecho según las diferentes escuelas o si, bajo una

²⁴ Este aspecto de la Teoría Pura del Derecho ya fue subrayado por LARENZ en el epígrafe de su obra dedicado a KELSEN *vid.* K.LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. (trad.M.Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994, pp. 100-103.

²⁵ Esta posición también ha sido advertida por GUASTINI aunque este autor la califica de inconsistente con la teoría del conocimiento jurídico del propio KELSEN sostenida en los capítulos anteriores de su *Teoría Pura del Derecho*. En la teoría del conocimiento jurídico KELSEN, según GUASTINI, mantiene que las normas son el objeto de la ciencia jurídica, sin introducir en este contexto ninguna alusión al fenómeno de la interpretación, ni a la diferencia entre normas y formulaciones normativas. Al constatar, posteriormente, el amplio marco de posibilidades de concreción que la práctica interpretativa puede llegar a generar, queda relativizado el conocimiento de la "norma" como entidad metafísica independiente en el reino del "deber ser", lo que parece incompatible con la concepción presentada en la teoría epistemológica del capítulo tercero. *Vid.* GUASTINI: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, (Trad. J. Ferrer), Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 256-262.

²⁶ Sobre la pervivencia (y supuesta crisis) del modelo kelseniano en las actuales aproximaciones teóricas a los sistemas de la justicia constitucional en Europa *vid.* A.STONE SWEET: *Governing with judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press. Oxford, 2000, pp.133-139.

²⁷ H.KELSEN: *Teoría Pura del Derecho*. (Trad. R.J.Vernengo). Ed. Porrúa, México, 2000, p. 351.

óptica más radical, el marco perfilado por la norma general es difuso o incluso inexistente o si, en otra línea, la extracción de significados del texto normativo (cosa defendida, curiosamente, por las escuelas más acérrimamente positivistas) sólo responde a aspectos no verificables racionalmente²⁸.

En concreto, y volviendo a la puntual cuestión del aspecto creativo vinculado a la función de depuración normativa ejercida por una jurisdicción constitucional, partiendo de cualquier distinción al uso —disposición/norma, precepto/norma, aunque, como hemos visto, nosotros seríamos partidarios de utilizar, dada la mezcla entre prescripciones y definiciones presente en un sistema jurídico, la distinción general y horizontal entre significado (sentido ideal) y significante (signo sensible en el que se marca el sentido ideal)²⁹— lo cierto es que *si eliminamos el signo sensible en el que la idea se plasma, ello tiene repercusiones decisivas en la propia idea*. Al eliminar un precepto se produce una recomposición, un

²⁸ De ahí la tesis del escepticismo interpretativo predicada por algunos autores como R.GUASTINI quien, siguiendo a TARELLO, parece admitir que el significado no es algo preconstituido respecto a la actividad interpretativa ya que es una variable de las valoraciones y las decisiones del intérprete. La elección de atribuir un cierto significado a un enunciado y no a otro es fruto de la voluntad y no del conocimiento. *Vid.* R.GUASTINI: *Distinguiendo, op. cit.*, pp.34 y ss. y J.J.MORESO: "Conflictos entre principios constitucionales" (en prensa). Huelga decir que esta tesis escéptica, aunque procedente de una figura emblemática de la escuela hermenéutica como TARELLO, es, a la postre, la que acaban abrazando algunos autores aferrados a un modelo logicista en Teoría del Derecho.

²⁹ G.ZAGREBELSKY también asocia la terminología jurídica (distinción entre disposición y norma) con la terminología propiamente lingüística (significado/significante) que nos remite al problema de la interpretación en general. Su idea es que la interpretación jurídica es un proceso intelectual a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas contenidas en un enunciado se llega al contenido normativo. No obstante al mantenernos en el plano de la atribución de significado a determinados signos lingüísticos, no nos comprometemos con que el significado extraído del signo sea necesariamente *normativo* porque también la interpretación de un texto jurídico puede acarrear significados que no sean prescripciones (por ejemplo, una definición estipulada por el legislador). *Vid.* G.ZAGREBELSKY: "La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución" en A.LÓPEZ PINA (Ed.): *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional.*, Tecnos, Madrid, 1987, p.161. En síntesis, y como hemos ya apuntado, nuestra preferencia por manejar una distinción más próxima a la dualidad significado/significante que a la dualidad disposición/norma se debe a que la relación (si la hay) entre los dos niveles es mucho más constante en la primera dualidad que en la segunda, ya que muy a menudo de una disposición no se derivan normas. Además, el acuerdo sobre qué es una disposición (una frase, un artículo, un texto...) nos remite a una cuestión sumamente compleja que intenta resolverse con la generalidad de es disposición "toda fórmula lingüística textual" pero *el alcance de esta fórmula lingüística textual* que es de lo que en suma permite la nulidad de una disposición que se separa del resto del texto, depende *de previa una unidad de significación* que no necesariamente es normativa.

estremecimiento, que transforma no sólo el enunciado textual, sino también las normas ideales que se deducen del mismo y, por ende, el conjunto del sistema normativo³⁰. KELSEN consiguió difuminar esta intuición apelando a la fuerza, casi poética, de dos palabras (“legislador negativo”)³¹ pero en nuestra cultura el libre tránsito de inquietudes impide que los símbolos pervivan mucho tiempo sin erosionarse. Aunque, a pesar nuestro, continuemos atrapados en una lectura sesgada de la herencia kelseniana, estamos en condiciones de afirmar que el juez constitucional siempre actúa (siempre ha actuado) como “legislador positivo” y que la declaración de nulidad de normas inconstitucionales no es excepción, sino regla, de esta circunstancia.

De otro lado, en las sentencias interpretativas clásicas, (entendidas en el sentido restrictivo que normalmente la doctrina les confiere) el proceso creativo es todavía más visible³²: puede

³⁰ El mismo J.JIMÉNEZ CAMPO ya ha anticipado entre nosotros la idea elemental que hemos anunciado. Este autor sostiene que: “sería ingenuo pretender, sin embargo, que la noción de “creación del Derecho”, que así marcaría el límite para la jurisdicción de la ley, fuera susceptible de una definición material u ontológica. A salvo, la declaración pura y simple, sin reservas ni interpretaciones, de “no inconstitucionalidad”, *el pronunciamiento sobre la ley innova siempre el ordenamiento*” (el subrayado es nuestro). Pese a lo indicado, JIMÉNEZ CAMPO no extrae consecuencias de su afirmación y prefiere concentrarse en analizar el caso más claro en el que la anulación conlleva innovación, esto es, en las declaraciones de inconstitucionalidad de normas que establecen exenciones, deberes, responsabilidades o sanciones en un ámbito donde impera el principio de igualdad. *Vid.* JIMÉNEZ CAMPO: “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en AJA (Ed.): *Las tensiones...op. cit.*, pp.181-188. La cita se encuentra en la página 182. La calificación de la idea del “legislador negativo” directamente como una “ilusión” se encuentra en JIMÉNEZ CAMPO: “Qué hacer con la ley...”, *op. cit.*, p.37. También RUBIO LLORENTE y, en su día, X.PIBERNAT compartieron estos planteamientos: *vid.*, respectivamente, F.RUBIO LLORENTE: *op. cit.*, p.508 y X.PIBERNAT: “La sentencia constitucional como fuente del Derecho”, *Revista de Derecho Político*, n.24, 1987, p.69. Que la nulidad provoca efectos creativos muy relevantes fue también algo expresado en la doctrina italiana desde hace tiempo al contar con la experiencia análoga del referéndum abrogativo *vid.* el artículo básico de G.ZAGREBELSKY: “La Corte Costituzionale e il legislatore” en AAVV: *Corte Costituzionale e sviluppo della forma de governo in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1982, pp. 106-107.

³¹ H.KELSEN: “La garantía jurisdiccional de la Constitución...”, *op. cit.*, p.131. La fórmula se repite en H.KELSEN: *Teoría General del Derecho y del Estado* (Trad.E.García Maynez), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 318: “La anulación de una ley es una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación negativa. Un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como legislador en sentido negativo”. No obstante, en estos escritos tardíos, el reconocimiento por parte de KELSEN de la función legislativa de los tribunales se intensifica a raíz del contacto con la tradición norteamericana de derecho constitucional. *Vid.*, en concreto, H.KELSEN: *Teoría General del Derecho...*, *op. cit.*, pp.322-323.

³² No es casual que sea en estos pronunciamientos en los que la actuación del TC ha sido

pensarse que, el Tribunal Constitucional, al operar en el sentido ideal³³ (el de las normas o el del significado, como se quiera designar) se mantiene dentro de sus márgenes, pero, a estas alturas, ya nadie niega que con la manipulación de significados el precepto *se acaba transformando en su totalidad*, complementando (y a veces contradiciendo) aquéllo que el legislador había establecido. Y ello sucede, como ya hemos afirmado, en todas las formas interpretativas de decisión³⁴ pese a que las diversas categorías introducidas intenten resaltar diferencias en lo que es un campo bastante homogéneo de expresión de este indisoluble vínculo entre interpretación y creación³⁵.

calificada explícitamente como de “legislación positiva” aun desde los votos particulares de los propios magistrados disidentes. (Ver, por ejemplo, el voto particular de F.RUBIO LLORENTE a la STC 116/1987, de 9 de julio, o el voto particular de A. RODRÍGUEZ BEREJIO a la STC 222/1992, de 11 de diciembre). Sobre las decisiones interpretativas como expresión de la actividad creativa del juez constitucional (y principal elemento de crisis en los fundamentos del control de constitucionalidad) *vid.* J.ACOSTA SÁNCHEZ: *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 296-298 y 376-378. *Vid.* F.BALAGUER CALLEJÓN: “Tribunal Constitucional y creación del Derecho” en E.ESPÍN TEMPLADO y F.J. DÍAZ REVORIO: *La justicia constitucional en el Estado Democrático*. Tirant lo Blanch/Cortes Castilla la Mancha. Valencia, 2000, pp. 382-389.

³³ Ello sucede por mucho que el TC haya reiterado explícitamente que el objeto del enjuiciamiento de constitucionalidad es la disposición y no la norma (SSTC 11/81 y 332/93).

³⁴ Tal vez, valdría la pena preservar al margen de este gran conjunto las llamadas sentencias apelativas o de delegación, no porque en ellas no se generen resultados normativos, sino porque en este tipo de sentencias el TC se atribuye, además, auténtica iniciativa legislativa. Deberíamos pensar que en circunstancias así se consume una mutación constitucional de forma que, junto al Gobierno, al Congreso, al Senado, a las Asambleas Legislativas de las CCAA y a la iniciativa legislativa popular (art. 87 CE), bien podría incluirse a la jurisdicción constitucional como ostentadora de esta prerrogativa. Sobre las decisiones apelativas en España *vid.* F.TOMÁS Y VALIENTE: “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador” en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 101-111.

³⁵ Así también lo reconoce el propio HESSE cuando afirma que: *‘Gewib enthalten die Entscheidungen der Verfassungsgerichtsbarkeit ein Moment schöpferischer Gestaltung. Aber alle Interpretation trägt schöpferischen Charakter’*. (“Las decisiones del Tribunal Constitucional contienen sin duda un momento de configuración creadora. Pero toda interpretación tiene un carácter creador.”). *Vid.* K.HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland., op. cit., p. 241*. Sobre aspectos de interpretación jurídica en general (y a raíz de su investigación sobre la interpretación como integración en el ámbito de los derechos fundamentales mediante los tratados internacionales) A.SAIZ ARNAIZ reconoce que la interpretación consiste en atribuir significados a un enunciado normativo y que *“en la actualidad se asume comúnmente que mediante dicha operación se crea Derecho o, en palabras de PALADIN, se produce la «positividad del derecho»”* *vid.* A.SAIZ ARNAIZ: *La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p.291 [el subrayado es nuestro]. La referencia a PALADIN procede de L.PALADIN: *Le fonti*

Se nos recuerda, tal vez para contener el ímpetu de la crítica, que la intervención de la jurisdicción constitucional, aunque creativa, siempre se produce en sede de control, siempre es fragmentaria (eliminar un precepto, un inciso, un detalle...) y de ahí que sea intrínsecamente limitada, a diferencia de la función legislativa en la que se expresa una voluntad de conformación *íntegra* de todos los elementos normativos³⁶: el legislador levanta el bloque de la ley y el Tribunal se contenta con pulirlo. Pero semejantes afirmaciones, aunque ciertas de base, desconocen que, justamente, la crisis abierta por las formas interpretativas de decisión lo que pone de manifiesto es que el juez de constitucionalidad *impone una voluntad mucho menos fragmentaria* de lo que se supone: el juicio de constitucionalidad parte también de un horizonte de integridad y por ello las soluciones parecen insuficientes si no se estructuran con mayor amplitud y con menos dependencia del defecto legislativo que buscan remediar.

El referente, con todo, no ha sido completamente aceptado por nuestro imaginario. Tal vez más interesante que preguntarse acerca de por qué no cambiamos de modelo, sería saber por qué el modelo ha gozado de tanta vigencia³⁷. No estamos aquí, por otra parte, en condiciones

del diritto italiano, op. cit., p.102. Sobre la función creativa del Tribunal Constitucional español *vid.* la referencia a F. TOMÁS Y VALIENTE mencionada por A.RODRÍGUEZ BEREIJO en A.RODRÍGUEZ BEREIJO: “Constitución y Tribunal Constitucional” en *REDA*, n.91, 1996, p.370. Así, según TOMÁS Y VALIENTE el carácter normativamente abierto de las fórmulas constitucionales encomienda al Tribunal Constitucional una función *creativa constituyente, completiva y necesaria* que es condición elemental para la acción integradora a través del tiempo de la Constitución [el subrayado es de A.RODRÍGUEZ BEREIJO].

³⁶ Así, *vid.* el interesante artículo de F.BALAGUER CALLEJÓN: “Tribunal Constitucional y creación del derecho”, *op. cit.*, p.388.

³⁷ Seguramente, tras el velo de nuestros diseños políticos tan estilizados y racionalizados subyace una idea de la autoridad proyectada sobre la ley casi en términos sagrados. La influencia religiosa relumbra, por ejemplo, en los mismos orígenes etimológicos del concepto “interpretación”. El término griego para designar lo que después los latinos entendieron por *interpretatio* es sobre ello revelador: *hermeneia*, una palabra asociada al nombre de Hermes, el celeste mensajero de los dioses que transmite a la humanidad los designios de Zeus. Era por tanto el intérprete, el *hermeneus*, el mediador entre los dioses y los hombres, conocedor y transmisor de la voluntad olímpica. En el *Crátilo* (408 a.), PLATÓN se entretiene en rastrear la ascendencia lingüística de Hermes emparentándolo con intérpretes y mensajeros, *vid.* PLATÓN: *Crátilo* (Trad. J.L.Calvo), Gredos, Madrid, 1992. Además de ser mensajero de los dioses, como nos recuerda Platón en boca de Sócrates, Hermes se asocia de igual forma a los ladrones, a los mentirosos y a los mercaderes. En cuanto a la relación del dios con ladrones y mentirosos, encontramos en esta acepción el reverso de quien pretende pasar por transmisor de los designios divinos sin el verdadero favor de los celestes. En lo referido a los mercaderes, mucho más ilustrativo resulta el seguimiento de la etimología latina donde despunta con mayor preeminencia el vínculo entre actividad interpretativa y actividad comercial. Sobre las raíces etimológicas de la *hermeneia* griega *vid.* P.CHANTRAINE: *Dictionnaire étymologique de la*

de desplegar una investigación histórica (o más bien antropológica) que relate la instauración y el éxito en la Europa contemporánea del imperio de la ley y de la figura del juez como instancia meramente aplicativa (entendiendo “aplicación” en su sentido más superficial) aunque teniendo algunas intuiciones en este sentido no es raro que despiquen y que nos permitan algunas insinuaciones intempestivas como, por ejemplo, que a lo mejor este respeto taxativo hacia la ley, no depende tanto de su origen democrático, como de un pasado acostumbrado a rendir culto al poder soberano, cualquiera que sea su origen³⁸. A veces, sin embargo, el sentido de autoridad se decanta justo hacia el lado contrario: la necesidad de protección de un derecho fundamental (y esto se pone de relieve en estados con un pasado totalitario reciente) supone entrar en la dinámica de debilitar la figura del legislador como intérprete de la Constitución y, asimismo, garante de los derechos³⁹. Entonces la autoridad queda concentrada en la decisión del Tribunal Constitucional sin paliativos. Como se ve, la situación nos condena peligrosamente a una disyuntiva dramática (o una ley inviolable, o un derecho inviolable),

langue grecque, París, 1968, p. 373; TH.DI MANNO: *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*, Economica, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1997, p.28; F.OST y M. van de KERCHOVE: “Interprétation”, en *APD*, vol. XXXV, 1990, p.166. Menos trascendente es, como avanzábamos, la etimología latina de la palabra *interpretatio* o de sus derivados (*interpretes*). Parece que la palabra *interpretes* se encuentra compuesta por el prefijo *inter* referido a la idea de relación o de vínculo y el sustantivo *praes* cuya procedencia es muy discutida: algunos entienden que se trata de una evolución de la palabra *partes*, luego el *interpretes*, *interpretor* sería aquel que se encuentra *inter partes* es decir entre dos posiciones, evocando nuevamente la idea de mediación. No obstante, la versión más aceptada, es que la “mediación” ejercida por el *interpretes* se refiere estrictamente al ámbito comercial, ya que *praes* no derivaría de *partes* sino de *pretium* (precio). El origen etimológico latino revelaría, de un lado, la proximidad de la figura del intérprete con la del agente que relaciona a las dos partes en una compra o en una venta, pero, del otro lado, la *interpretatio*, parece igualmente evocar la idea de *igualdad de valor* entre la prestación y la contraprestación (que el *interpretes* aseguraría). La creencia en la interpretación, tal como hoy la entendemos, como operación que arroja una *equivalencia* de significados encontraría pues en esta versión transaccional su antecedente más lejano. Vid. TH.DI MANNO: *Le juge constitutionnel...*, op. cit., p.28; A.ERNOUT y A.MEILLET: *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*. Librairie C.Klincksieck, París, 1959, pp. 320 y ss; A.WALDE y J.B HOFMANN: *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, vol I, Carl Winter, Heidelberg, 1982, pp. 710-711.

³⁸ El vínculo entre el dogma de la omnipotencia del legislador y el absolutismo monárquico se encuentra sutilmente enunciado por L.FERRAJOLI en L.FERRAJOLI: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Trad. P.Andrés Ibáñez). Editorial Trotta, Madrid, 1999, p.113. En el mismo sentido vid. L.PRIETO SANCHÍS: *Ley, principios, derechos...*, op. cit., pp. 5 y 6.

³⁹ Esto ya fue planteado en el periodo de entreguerras por H.HUBER: “Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte”, *Verhandlung des Schweizerischen Juristenvereins*, n.1, 1936, p.118. Vid. también H.EHMKE: “Prinzipien der Verfassungsinterpretation” en *VVDStRL*, n.20, 1963, p.85.

disyuntiva cuya superación nos parece urgente, aunque manifestar sus oscuros orígenes pueda resultar inoportuno e incluso chocante.

Un primer paso para enfrentarnos a la estructura binaria que a menudo se cierne sobre un Estado Constitucional (o, seamos más precisos, sobre nuestro Estado Constitucional) es admitir sin sobresaltos la fusión entre crear e interpretar. Al contrario de lo que suele pensarse, la correspondencia entre ambas nociones no conlleva la tan temida “desvinculación” del intérprete con el material normativo que encuentra, no nos traslada inexorablemente al conflicto (que es la relación por excelencia que una teoría estricta de la división de funciones nos ha inculcado), más bien nos incita a creer en una rica interacción, en una suerte de complementariedad entre los diferentes tipos de “creación guiada”. Por otro lado, no hay que insistir mucho a la hora de pensar que cualquier afirmación de este tipo acaba repercutiendo en el sistema de fuentes y que el concepto de Ley, en particular, no puede salir indemne del asunto. Así lo intuyó ya el propio CRUZ VILLALÓN cuando, en un tan breve como clarificador artículo⁴⁰, definió la Ley, *a priori*, como reconstrucción de un privilegio jurisdiccional enraizado en el art. 163 de la Constitución y, *a posteriori*, como producto final único, consecuencia de su revisión constitucional o de su control de constitucionalidad.

4. Paradigmas teóricos.

Llegados a este punto, y una vez planteadas algunas de las cuestiones recurrentes que se ciernen sobre el tema de nuestra investigación, quedan por presentar tres de los ángulos que la tradición proporciona para ahondar en el problema de la interpretación de la ley en el marco de la justicia constitucional.

Si bien, como apuntábamos, el despliegue teórico puede parecer excesivo para tratar un aspecto a primera vista tan concreto, no deja de ser verdad, como indicó J.J. SOLOZÁBAL

⁴⁰ P.CRUZ VILLALÓN: “Jurisprudencia constitucional y Ley” en A.LÓPEZ PINA (ed.): *Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*. Secretaría General del Senado, Madrid, 1994, pp. 135-137. Actualmente este texto se encuentra compilado en P.CRUZ VILLALÓN: *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp.187-189.

ECHAVARRÍA en un artículo publicado ya hace más de una década⁴¹, que la cuestión de la interpretación de la Constitución tampoco puede plantearse en abstracto *sino que la averiguación del significado constitucional siempre se produce en relación con algo*, esto es, en nuestro estudio, en relación con la ley en el curso de los procesos de constitucionalidad en los que dicha ley es controlada. Por ello no es extraño que, en el artículo que mencionamos, su autor presentara, aunque fuera brevemente, algunas de las tendencias teóricas dominantes en el tema de la interpretación constitucional para ocuparse posteriormente de la interpretación constitucional aplicada al control de constitucionalidad de las leyes y otorgando cierto grado de protagonismo a un aspecto también cardinal en nuestro trabajo: la interpretación constitucionalmente conforme de la ley⁴².

¿Pero cuáles son estos paradigmas teóricos? Aunque podrían darse más variantes, canalizaremos la exposición bajo tres puntos de vista: el modelo analítico, el modelo hermenéutico y el modelo deconstructivista. Estudiaremos las propuestas con las que cuenta la analítica —corriente que empieza a ser dominante en nuestros cenáculos— para describir el proceso de interpretación de la ley y su acomodo a los preceptos constitucionales desarrollado en el seno de la jurisdicción constitucional. Aunque podamos admitir el acierto de algunas de sus sugerencias en el terreno de la separación conceptual, señalaremos (hasta donde llega nuestro conocimiento) algunos de sus déficits que reclamarán el retorno a un modelo a nuestro juicio más sólido en el tratamiento de las cuestiones que nos ocupan.

Este modelo será el modelo hermenéutico, muy influyente en la formación de constitucionalistas hasta tiempos recientes⁴³ pese a que en el campo de la filosofía del Derecho

⁴¹J.J.SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional” en *Revista de Estudios Políticos*, n.69, 1990, p.176.

⁴²J.J.SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: *Ibidem.*, p.187.

⁴³ *Vid.*, entre nosotros, J.CALVO GONZÁLEZ: *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*. Ariel, Barcelona, 1992, especialmente pp.15-39; F.DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad”, en *REDC*, n.34, 1992, pp. 99-125; A.NIETO: *El arbitrio judicial*. Ariel, Barcelona, 2000, pp, 86 y ss.; T.REQUENA: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*. Comares, Granada, 2001, dedicadas a la tradición hermenéutica, pp 145-161; R.PERALTA: *La interpretación del ordenamiento jurídico...*, *op. cit.*, pp.4-14; A-E PÉREZ LUÑO: “La interpretación de la Constitución”, en *Revista de las*

las aproximaciones hermenéuticas hayan sido juzgadas con un cierto desapego y sólo desde hace unos pocos años se asista a su revalorización.

Optar por la solución hermenéutica para cimentar nuestro estudio no nos ahorra enunciar un conjunto de críticas procedentes del frente deconstructivista que, si bien no constituyen una alternativa real en su conjunto (de hecho, sus representantes rechazan la propia idea de sistematización inherente a un modelo teórico) sí pueden aportarnos vías de reflexión hasta el momento silenciadas, al menos en España⁴⁴, en lo que atañe a las cuestiones de la interpretación jurídica y, en particular, de la interpretación de la ley a la luz de la Constitución⁴⁵.

Cortes Generales n.1, 1984, pp.103-103.

⁴⁴ E.GARCÍA, es de los pocos constitucionalistas que, en España, da noticia sobre estas tendencias. Vid. E.GARCÍA: *El Estado Constitucional ante su «momento maquiavélico»*, Civitas, Madrid, 2000, pp.60-74.

⁴⁵ En el fondo estos paradigmas teóricos no se encuentran tan lejos de los que C.SCHMITT había definido en su obra sobre “los tres modos de pensar la ciencia jurídica” [C.SCHMITT: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. (Trad. de M.Herrero) Tecnos, Madrid, 1996, p.5], de forma que el derecho “concebido como regla” se correspondería al positivismo analítico, el derecho “como orden o configuración concretos” se enraizaría con la tradición que arranca de SMEND y llega hasta los planteamientos actuales de la “nueva hermenéutica”, del pluralismo interpretativo y de determinado estructuralismo sociológico, y el derecho “como decisión” que el propio SCHMITT representaba, se inspiraría en las filosofías existencialistas que, en alguna de sus ramificaciones, desembocan en la deconstrucción.

II.- ANALÍTICA EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY.

1.- Rasgos principales del paradigma analítico.

El modelo analítico está compuesto por un aluvión de tendencias que se ocupan de múltiples disciplinas, y que, incluso en el acotado campo de la interpretación jurídica, ofrecen un amplio abanico de perspectivas en cuyo interior pueden aparecer contradicciones según el punto específico que se sostenga. Ello supone que, a diferencia de lo que sucede con el paradigma hermenéutico o con las críticas deconstructivistas (de protagonistas, textos básicos y líneas de desarrollo más concretas) las constantes del movimiento analítico resultan difíciles de resumir en el marco de un estudio que pretende únicamente adaptar sus propuestas a un problema muy delimitado, puesto que cualquier afirmación debería ponerse en contacto con la genealogía de escuelas analíticas en las que se encuadra lo que dispersaría excesivamente la dirección de nuestro proyecto⁴⁵.

⁴⁵ Entre las fuentes incluidas en el “paradigma analítico” (sin que quepa hacer un cuadro histórico exhaustivo) se encuentran:

- 1 - El análisis lógico, el desarrollo del atomismo lógico y el intento de reconstrucción de un lenguaje ideal en B.RUSSELL.
- 2 - El análisis de G.E.MOORE, el descubrimiento y la eliminación de las incorrecciones del lenguaje corriente sin necesidad de recurrir a lenguajes formalizados.
- 3 - La “Liga Mach” y el fenomenismo en Austria núcleo de formación del Círculo de Viena y del positivismo lógico. Sus discusiones, encarnadas en pensadores como R.CARNAP o A.AYER, se centran en el principio de verificación y en la estructura lógica del lenguaje de la ciencia.
- 4 - Vinculado a los movimientos anteriores destaca la figura de L.WITTGENSTEIN aunque mantiene profundas diferencias con todos ellos. Como es sabido, en el propio WITTGENSTEIN cabe distinguir dos etapas, la primera próxima al intento de reconstrucción de una lógica ideal a partir del lenguaje, la segunda caracterizada por la descripción, en un sentido amplio, no de un lenguaje ideal que permita resolver los entuertos del lenguaje ordinario sino de los usos que se detectan en ese lenguaje ordinario.
- 5 - De esta última tendencia en WITTGENSTEIN arranca la llamada escuela del análisis del lenguaje corriente (u ordinario) que, a su vez, incluye varias direcciones: el análisis informal de RYLE; el análisis conceptual de STRAWSON, y la fenomenología lingüística de J.L.AUSTIN.

A grandes rasgos, vinculamos al paradigma “analítico” aquellas tendencias que aspiran a describir el funcionamiento de sistemas normativos inspirándose en el esquema axiomático de las ciencias y, en sus tendencias más radicales, en el esquema de las matemáticas y de la lógica formal. Mientras, como veremos, los hermeneutas intentan reconstruir una forma de comprensión del texto jurídico basada en el material de la experiencia histórica y cultural aplicada a las necesidades actuales, el paradigma analítico busca verificar la correctividad de las operaciones deductivas que resultan de la aplicación de una norma basándose en los recursos tradicionales de la lógica (el principio de identidad, el principio de no contradicción, el principio del tercio excluido) sin que medien apreciaciones valorativas sustantivas más allá de una cierta búsqueda de la estabilidad del sistema que analizan (pues, si al menos no existiese la pretensión de estabilidad, la defensa del valor “seguridad jurídica”, no tendría sentido juzgar la corrección de las inferencias detectadas dado un conjunto de proposiciones normativas).

En esta tesitura, el jurista analítico se interesa por minimizar los obstáculos que distorsionan la comunicación, resolver las trampas a las que arroja el uso indebido del lenguaje, de ahí que uno de sus principales motivos de preocupación consista, como

6 - Las investigaciones lógicas de la escuela de Varsovia desarrolladas por LESNIEWSKI, LUKASIEWICZ y, en especial, TARSKI. Muy influyente en la posterior teoría de sistemas normativos será la teoría de sistemas deductivos y el tratamiento del principio de inferencia auspiciada en este contexto.

7 - El llamado “holismo pragmatista” de W.v.O. QUINE articulado sobre una teoría semántica que da cuenta del aprendizaje del lenguaje y sobre el análisis de la dinámica de las teorías científicas entendidas como totalidad. Para el holismo epistémico no existe la posibilidad de confrontar de forma aislada cada una de nuestras creencias con la experiencia, sino que al emitir un juicio acerca de un fenómeno ponemos en relación con la experiencia la totalidad de nuestro esquema de convicciones.

Últimamente se pretende asociar el paradigma analítico, más que a un conjunto de escuelas que puedan presentar ciertas afinidades, a toda aquella aproximación metodológica cuyo denominador común, más que el análisis conceptual, es una aproximación a los problemas basada en la argumentación y la justificación que proporcione razones para aceptar o rechazar una determinada posición, con lo que la filosofía analítica puede entenderse como un simple *modus operandi* que otras filosofías (hermenéutica, fenomenología, existencialismo) pueden abrazar con mayor o menor intensidad. Este planteamiento, junto con una rigurosa presentación de las fuentes clásicas de la filosofía analítica anteriormente mencionadas, se encuentra en D.FØLLESDAL: “Analytic philosophy: what is it and why should one engage in it?” en *Ratio* 193 (1996) pp. 206-207. Contra la posibilidad de conciliación entre el paradigma analítico y el paradigma hermenéutico que posteriormente presentamos *vid.* VON WRIGHT: “Analytic Philosophy: a Historical-Critical Survey” en *The Tree of Knowledge and other Essays*, E.J. Brill, Leiden, 1993, pp. 25-52.

paso previo a la discusión conceptual, en señalar los problemas de vaguedad, de ambigüedad y de indeterminación que asolan a lenguajes parcialmente tecnificados como el Derecho. En ocasiones, el afán de purificación lingüística lleva directamente a utilizar un lenguaje ideal que cierre el paso a las distorsiones provocadas por el uso ordinario de los términos, y es en este esfuerzo que reaparecen aparatos lógicos inspirados en la lógica clásica pero con las adaptaciones que exige la descripción de un sistema integrado de enunciados prescriptivos (lo que motivó la elaboración de otros patrones lógicos como es el caso de la lógica deóntica).

Para un sector más moderado y menos científicista, aunque dentro de lo que comúnmente se identifica con el paradigma analítico, la elevación hacia un lenguaje ideal cuyas proposiciones estén destiladas de ambigüedades y de indeterminaciones queda desplazada en favor del estudio del lenguaje ordinario que, con todas sus imperfecciones y sus matices, registra el quehacer cotidiano de los juristas. Para esta tendencia, cuyos partidarios se agrupan alrededor de la llamada teoría del convencionalismo semántico, el conocimiento del significado de los términos expresados en un precepto depende del consenso que sobre el significado de dichos términos existe en la comunidad de hablantes, lo que constituye el fundamento de la teoría interpretativa de esta corriente⁴⁶.

2.- Aplicación del paradigma analítico al problema de las decisiones sobre la constitucionalidad de la ley.

En el campo de las formas interpretativas de decisión, el esquema analítico se percibe en la dinámica de la estipulación de definiciones para distinguir entre los diversos pronunciamientos de constitucionalidad, al tiempo que se busca la coherencia en el uso de las definiciones estipuladas y, por tanto, se posibilita la crítica al hablante que utiliza las definiciones de modo impropio.

⁴⁶Sobre este punto *vid.* la caracterización del convencionalismo semántico propuesta por M.IGLESIAS VILA: *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. CEPC, Madrid, 1999, p.83. H.HART: *El concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 158; H.HART: "Problems of the Philosophy of Law", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983., p. 106. F.SCHAUER: *Playing by the Rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and life*. Clarendon Press, Oxford, 1991; N.MACCORMICK: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press, Oxford, 1994.

Si el objeto de estudio son las decisiones de constitucionalidad en el control de la ley, el examen analítico proyectaría una especie de corte seccional y estático de la materia que se pretende abordar, partiendo de un parámetro de clasificación (por ejemplo, un “núcleo duro” de significación de la ley cuya constitucionalidad se juzga) para distribuir los pronunciamientos en función de si la condición establecida (si la interpretación del juez de constitucionalidad ha respetado el “núcleo duro” de significación de la ley) ha sido satisfecha o, si por el contrario, ha sido incumplida.

Con todo, este planteamiento parece poco acorde con los intereses de nuestra disciplina, porque nos ordena el material (los pronunciamientos de constitucionalidad de la ley) pero se inhibe en el momento de relatar cómo hemos llegado a este resultado (se abstiene de describir el proceso material de interpretación constitucional de la ley y de emitir juicios de justificación de esta operación). Asimismo, al desatender las razones del proceso interpretativo que lleva de los textos contrastados (Constitución-Ley) a la interpretación propugnada por el juez de constitucionalidad, no sólo carecemos de recursos para criticar la decisión más allá de constatar que el resultado contenido en el pronunciamiento no podía inferirse de las premisas normativas, sino que carecemos del propio criterio de clasificación que nos debía ordenar los pronunciamientos, puesto que, a poco que se observe, se constatará que las soluciones adoptadas casi nunca se infieren lógicamente de las proposiciones establecidas (de lo que se sigue que el criterio de corrección en la inferencia lógica como parámetro de clasificación resulta insuficiente).

A nuestro juicio, el principal problema con el que choca el paradigma analítico aplicado a la cuestión de la decisión de constitucionalidad se refiere a la indeterminación sobre las fuentes que integran los contenidos normativos a partir de los que se practican las supuestas inferencias lógicas⁴⁷. En el fondo no estamos planteando otra cosa que la necesidad de responder a la pregunta de cuándo existe una norma (en nuestro caso una norma legal)⁴⁸ cuya adaptación a la norma constitucional se efectúa mediante normas

⁴⁷ De ahí que en la reconstrucción del modelo interpretativo autores como AARNIO se ocupen ampliamente de la determinación de las fuentes de objeto de interpretación. *Vid.* A.AARNIO: *Lo racional como razonable*. (Trad. E.Garzón Valdés) CEC, Madrid, 1991, pp. 61-83.

⁴⁸ Sobre la existencia de una norma como fundamento de verdad de los enunciados normativos *vid.* G.H. VON WRIGHT: “The Foundations of Norms and Normative Statements” en *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. I, Basil Blackwell, Oxford, 1983, p.68.

deducibles del sistema o, por el contrario, mediante normas interpuestas por el intérprete. Ésta es la cuestión determinante que, en nuestra opinión la teoría analítica del Derecho, en el marco de sus complicadas relaciones con el dogma del positivismo textual⁴⁹, no acaba de cerrarse.

En efecto, los juristas analíticos reconocen que, en el análisis lógico, las normas sobre las que se construyen los enunciados normativos son entidades abstractas. Así cuando ALCHOURRÓN y BULYGIN esbozan su conocida noción de norma nos dicen que son normas aquellos *significados*⁵⁰ que correlacionan casos genéricos (tipos de eventos o estados de cosas definidos por una cierta propiedad) con soluciones normativas (es decir, si el evento previsto en el caso en su generalidad está permitido, está prohibido o si es obligatorio), pero al colocar el peso ontológico no en el texto, sino en el significado del texto, el jurista analítico está firmando su divorcio con el dogma del positivismo textual y, con ello, entierra su principal fuente de determinabilidad⁵¹. Si las normas que el Tribunal Constitucional deduce en sus pronunciamientos no proceden de un texto (lo que, por lo demás, es contrario a su doctrina) sino de previos significados normativos, ¿cómo vamos a afirmar que una decisión ha “manipulado” el contenido de una ley cuando se ha desviado del *texto* de la ley si ese texto no contribuye a la configuración del significado normativo base sobre el que se juzga la corrección del proceso de inferencia?

El análisis puede ordenar la realidad siempre que esta realidad se presente con suficiente grado de certidumbre, si en las ciencias de la naturaleza, esta realidad venía proporcionada por la percepción sensorial, en el análisis jurídico la cuestión del punto

⁴⁹ Sobre el dogma del positivismo textual *vid.* A.NIETO: *El arbitrio judicial*. Ariel, Barcelona, 2000, p.26.

⁵⁰ C.E.ALCHOURRÓN y E.BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea/Depalma, Buenos Aires, 1987, p.24.

⁵¹ Como ejemplo de análisis que parte de soportes textuales *vid.* J.WRÓBLEWSKI. Las convenciones admitidas en su esquema son: *a)* una disposición legal es parte de un texto legal y se concreta como artículo, párrafo, etc., con arreglo a la técnica legislativa utilizada; *b)* la norma legal es una regla construida a partir de disposiciones legales de acuerdo con un modelo aceptado de su fórmula apropiada (normal) *c)* las disposiciones legales y las normas legales tienen un significado como expresión de un lenguaje legal utilizado en contextos determinados; *d)* este significado, que depende de los contextos de su uso, es o no claro según los casos concretos para los que se utiliza. En la primera situación se entienden directamente en su significado *prima facie*, en el segundo se interpretan (interpretación en sentido estricto). J.WRÓBLEWSKI: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. (Trad. A. Azurza) Civitas, Madrid, 1988, pp. 25-26.

objetivo en el que apoyar el discurso teórico venía resuelta por las versiones clásicas del positivismo al referirse a la norma válida textualmente expresada cuya validez quedaba vinculada a la satisfacción, a través de actos cualificados, de las condiciones de aprobación⁵². Sin embargo, si insistimos en el hecho de que las normas sólo son entidades abstractas de las que parten el conjunto de deducciones lógicas que resultan de su interacción ¿de dónde procede el “dato” de la realidad (si no es del enunciado) del que extraer las primeras normas ideales que fundamentan el sistema deductivo? Si se reconoce entonces que el “dato” de la realidad es una amalgama de enunciados y normas ideales, deberían explorarse las relaciones entre el significado ideal y el texto en el que el significado se expresa algo que las aproximaciones analíticas no aciertan del todo a esclarecer y que resultaría imprescindible en el escenario de un juicio sobre textos, objeto principal del juicio de constitucionalidad de la ley.

Similares problemas de indeterminación en las fuentes se detectan en las variantes analíticas vinculadas a la teoría del convencionalismo semántico antes mencionada. Como decíamos, para la teoría del convencionalismo semántico el criterio de corrección en la adscripción de significados se relaciona con un acuerdo sobre el uso del lenguaje expresado en una comunidad lingüística⁵³, uso que, en los procesos interpretativos, permite determinar las condiciones de verdad acerca de las proposiciones que se refieren al significado de un término. En verdad, la norma expresada textualmente como soporte principal de la interpretación entra de nuevo en crisis en el marco de estas teorías pues se está aceptando un hecho social (la dimensión pública de un significado) diferente de las fuentes tradicionales de identificación del Derecho. Tenemos, parece ser, usos lingüísticos basados en signos lingüísticos extrajurídicos (los manejados por la comunidad) que resultan ser fuentes de significado de signos lingüísticos jurídicos (los signos en los que se expresa el Derecho). Con ello, por la vía de la concreción del significado, nos remitimos a una fuente *paralela* de identificación del Derecho que supera el dogma positivista según el cual el Derecho se reconoce sólo mediante las fuentes (las normas) que en él mismo se determinan.

⁵² Vid. el clásico artículo de KELSEN sobre los rasgos básicos del positivismo. H.KELSEN: “Was ist juristischer Positivismus?” en *Juristenzeitung*, n.15/16, 1965, p.465.

⁵³ En el sentido de imposición del significado por la autoridad vid. A.MARMOR: *Interpretation and legal theory*. Clarendon Press, Oxford, 1992.

Con estos comentarios tratamos de poner de manifiesto que en el campo del paradigma analítico se está experimentando una tensión entre la reproducción de un esquema de la interpretación jurídica limitado a la verificación de la correctividad de un proceso de inferencia lógica y la indeterminación de las fuentes sobre las que apoyar el examen de este proceso que ya no parten del dato neutro de la norma textual como quería el positivismo sino, a la sumo, del consenso sobre el uso de los términos sujetos a interpretación. Como intentaremos defender, creemos más adecuado dar directamente entrada a una pluralidad de fuentes (no sólo jurídicas, sino también culturales, institucionales, sociales, históricas y económicas) que jalonan el proceso interpretativo más allá de la deducción lógica o de la adecuación a un uso lingüístico detectado en la comunidad, empresa que ha sido encabezada por las tendencias hermenéuticas que presentaremos en el próximo capítulo⁵⁴. Sólo cuando se supere esta indiferencia hacia elementos materiales de interpretación, podremos dar cuenta con más realismo de los procesos que, en el juicio de constitucionalidad, conducen del texto de la ley a la interpretación constitucional que del mismo se propugna desde la jurisdicción constitucional, de modo que la divergencia entre el comportamiento del Tribunal y los teoremas de inferencia sobre la base de un supuesto axioma normativo previo y abstracto quedan relegados a una cuestión secundaria. Más convincente, en nuestra opinión, que las propuestas de determinación de las reglas preexistentes y abstractas que, en el paradigma analítico, deben pilotar el proceso de interpretación de acuerdo con los cánones de la lógica, parece la sugerencia de F.MÜLLER⁵⁵ para quien la regla no es una entidad abstracta preexistente, sino que es resultado de una aplicación. Aplicación que, en una primera fase, viene expresada por el Tribunal Constitucional cuando ajusta el contenido de la ley a las exigencias de las previsiones constitucionales.

Por otra parte, el resultado final de una posición muy rigurosa en cuanto a la corrección de los procesos lógicos de inferencia en la interpretación no es sólo que queden elementos no explicados de la actividad de interpretación judicial, sino que estas áreas cuya descripción no es factible en términos deductivos quedan fuera de control en

⁵⁴ Sobre la crisis de la filosofía analítica reconocida incluso por sus propios seguidores, situación que ha beneficiado la revalorización del movimiento hermenéutico *vid.* F.VIOLA: “La critica dell’ermeneutica alla Filosofica Analitica italiana del Diritto” en M.JOLI (editor) *Ermeneutica e Filosofica Analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Giappichelli editore, Turín, 1994.

⁵⁵ F.MÜLLER: *Juristische Methodik*. Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pp.73-81.

términos de crítica a la decisión judicial. Si el modelo ideal con el que valorar la decisión judicial (en nuestro caso, la decisión sobre la constitucionalidad de la ley) excluye demasiados elementos que, a la postre, resultan esenciales para explicar el contenido del pronunciamiento, nos despojamos de resortes que limiten la discreción judicial. Lo mismo puede decirse de las versiones analíticas vinculadas al convencionalismo semántico: si el problema de la interpretación se reduce a cuestiones de desacuerdo lingüístico sin atender a los desacuerdos valorativos de fondo, el resultado no sólo es que, en los casos de indeterminación normativa, el juez cuente con un amplio espectro de libre decisión, sino que además sucede que no pueden fundarse discursos teóricos que censuren su actuación.

En otro sentido, conviene, aunque sea brevemente, apuntar que un excesivo celo logicista encuentra a menudo dificultades de encaje en el análisis de instituciones jurídicas que proceden de otra tradición. En ellas a menudo los principios elementales de identidad o de no-contradicción se encuentran al límite de sus posibilidades.

Tal es el caso, por ejemplo, de la analogía, de importancia crucial para la práctica jurídica y, sin embargo difícilmente compatible con el sentido clásico del principio de identidad (pese a los esfuerzos por aislar la llamada "identidad de razón", nos movemos siempre en el espacio de una categoría diferente: la "semejanza"). Y lo mismo podría decirse sobre un fenómeno típico en el juicio de constitucionalidad de la ley, a saber, la interpretación constitucionalmente conforme. Se suele señalar que dicha técnica de adecuación de un precepto legal a la Constitución por vía interpretativa se basa en dos principios fundamentales: el principio de conservación de la ley y el principio de supremacía constitucional. No es muy difícil, no obstante, vislumbrar que la técnica de la interpretación conforme supone un difícil equilibrio, una tensión, entre dos principios que, tomados hasta las últimas consecuencias, *son intrínsecamente contradictorios*, pues o prevalece la Constitución (supremacía constitucional) o prevalece el legislador democrático (conservación de ley). En todo el sistema de interpretación constitucional se alienta así, una vía de conciliación de términos en abstracto incompatibles, cuya "racionalidad" puede expresarse en términos institucionales o políticos pero no desde el principio lógico de no-contradicción que queda en suspenso⁵⁶.

⁵⁶ Sobre la imposibilidad de afrontar con un sistema axiomático-deductivo aspectos jurídicos en los que, debido a principios de valoración subyacentes, se infringe el principio de no

En definitiva, el paradigma analítico nos aporta instrumentos para proceder a la distinción conceptual, nos insta a la coherencia en relación con las definiciones que previamente hemos estipulado, pero su rigor lógico en los procesos de verificación de operaciones interpretativas provoca que no se tomen en consideración elementos no incluidos en procesos de inferencia pero relevantes para explicar la adopción de una decisión (y de una particular forma de decisión) en el juicio de constitucionalidad de la ley. La descripción del proceso interpretativo también tambalea en la medida en que no quedan claros los axiomas normativos que constituyen la base de la interpretación, desplazado el enunciado textual como primer referente, queda en suspenso la fuente de las normas entendidas como enunciados significativos abstractos en los que apoyar el proceso deductivo (¿proceden de una previa interpretación de un texto? ¿De una conjunción de texto y significados abstractos? ¿Del uso lingüístico detectado en una comunidad, como predica el convencionalismo semántico?). La indeterminación sobre las fuentes de interpretación y la indiferencia hacia el contexto que incide en el resultado interpretativo provocan el reconocimiento de amplios espacios de discreción judicial. La teoría hermenéutica buscará, como veremos, paliar este déficit.

3.- El modelo analítico en un ejemplo de la jurisprudencia constitucional española: comentario a la STC 222/1992, de 11 de diciembre.

Para circunscribir el problema, vamos a presentar un ejemplo de aplicación del paradigma analítico en el examen de una decisión del Tribunal Constitucional español.

El caso seleccionado resulta especialmente relevante para nuestras investigaciones, ya que motivó una conocida “sentencia interpretativa” (STC 222/1992, de 11 de diciembre⁵⁷), entendiendo aquí el término “sentencia interpretativa”, como aquella sentencia en cuyo fallo se declara inconstitucional una determinada interpretación de la

contradicción *vid.* CANARIS: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, citado por LARENZ: *Metodología...*, *op.cit.*, p 171.

⁵⁷ Un comentario sobre la mencionada sentencia se encuentra en V. FERRERES COMELLA “El principio de igualdad y el «Derecho a no casarse»” en *REDC*, n.42, 1994, pp. 163-196. *Vid.* también J.VECINA CIFUENTES: “Las sentencias «aditivas» del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador” en *Justicia*, n.III-IV, 1993, pp. 477-493.

norma enjuiciada pero sin cancelar el enunciado que hace a esta norma posible⁵⁸. Huelga decir, no obstante, como prueba de la ya mencionada indeterminación de las categorías al uso que algunos autores consideran dicha sentencia como “aditiva”⁵⁹.

Recordemos el supuesto de hecho de la STC 222/1992: se trataba de una solicitud de resolución de contrato de arrendamiento planteada en la jurisdicción ordinaria al entender que, después del fallecimiento del arrendatario titular del contrato, no cabía la subrogación en favor del cónyuge prevista por el art. 58.1 de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos (Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre) puesto que no existía vínculo matrimonial entre el arrendatario fallecido y la persona que pretendía subrogarse sino que se trataba de una relación *more uxorio*.

El reconocimiento de la facultad de subrogación al cónyuge supérstite, sin contemplar la misma facultad al supérstite de una unión de hecho, era susceptible, según el criterio del Juez *a quo* (en ese caso la Audiencia Provincial de Málaga) de vulnerar el principio de igualdad (art.14 CE) al introducir una diferencia que entraba en contradicción con los fines de la Constitución, entre ellos el mandato de protección social, económica y jurídica de la familia, prevista en el art. 39.1 CE⁶⁰.

Tratándose el art. 58.1 de la antigua LAU de una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependía el fallo, la Audiencia Nacional de Málaga eleva cuestión de inconstitucionalidad que el TC resuelve reconociendo la inconstitucionalidad del precepto en la medida en que excluye el beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido. De modo paralelo al razonamiento del Juez *a quo*, el TC también entiende que denegar la facultad de subrogación al conviviente *more uxorio* introduce una diferencia inconsistente con la finalidad constitucional de protección de la familia y con el principio rector según el cual “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47 CE). La extensión del beneficio de subrogación

⁵⁸ Así, J.JIMÉNEZ CAMPO: “Qué hacer con la ley...”, *op. cit.*, p.47.

⁵⁹ J.VECINA CIFUENTES: “Las sentencias «aditivas»...”, *op. cit.*, p.477; F.J. DÍAZ REVORIO: La sentencias interpretativas..., *op. cit.*, p.169.

⁶⁰ Cabe recordar en este punto que el TC incluye en el concepto de familia tanto a la familia derivada del matrimonio como a otras formas de unión no matrimonial. Así se patentiza en el

a la pareja de hecho no supone, con todo, que matrimonio y convivencia *more uxorio* sean realidades equivalentes según el TC, pero mantener la distinción en este punto sería, según su criterio, irrazonable⁶¹.

Trasladémonos ahora al esquema propuesto por algunos autores analíticos para el escenario de la STC 222/1992⁶². La situación es diseccionada de acuerdo con un entramado de proposiciones lógicas mediante las que se formalizan las disposiciones de la LAU aislando las normas, señalando las propiedades relevantes que distinguen los casos previstos (u omitidos) por las normas (por ejemplo, convivencia matrimonial, convivencia *more uxorio*...) y destacando las soluciones normativas que se asocian a los casos (en definitiva, si se permite o no la subrogación arrendaticia *mortis causa*).

Después de contrastar la estructura formal de la antigua LAU con el juicio del TC, se acaba concluyendo que, según la valoración del TC, la LAU presentaba una laguna (axiológica, como se denomina en la terminología analítica) en la medida en que las normas de ella derivada no contemplaban una propiedad (la convivencia *more uxorio*) que debía ser relevante a efectos del principio de igualdad (art. 14 CE). Como colofón del examen se afirma que:

La STC 222/1992, es una sentencia *creadora* de derecho: correlaciona la solución normativa “facultativo subrogarse” con el caso de la convivencia *more uxorio* entre el arrendatario después fallecido y su pareja de hecho⁶³.

El modelo analítico, como puede apreciarse, se limita a constatar que la STC 222/1992 ha creado Derecho, no ha respetado las estructuras de deducción lógica, pero sin concretar los motivos que han llevado al TC ha adoptar dicha decisión, motivos cuya apreciación es difícil de calibrar mediante el proceso de inferencia. El examen analítico nos dice que se ha creado Derecho sin decirnos *cómo* se ha creado Derecho, sin dar cuenta de la incidencia, por ejemplo, de los principios rectores contenidos en los arts.

FJ. 5 de la propia STC 222/1992 como ya había quedado establecido en la STC 184/1990, de 15 de noviembre.

⁶¹ En contra, *vid.* los votos particulares a la STC 222/1992 de A.RODRÍGUEZ BEREIJO y J.GABALDÓN LÓPEZ.

⁶² *Vid.* J.J.MORESO: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 165-181.

⁶³ *Ibidem.* p.76.

39.1 y 47 CE⁶⁴ (fundamentos jurídicos 5 y 6 de la sentencia, respectivamente) principios, por su parte, que no pueden reconducirse a condiciones *tasadas* de aplicación.

En otro sentido, queda tampoco sin explicar por qué el TC declara inconstitucional el art. 58.1 de la antigua LAU sin proceder *a su anulación* (fundamento jurídico 7). En relación a esto último, por cierto, es fácil entender que el TC omita el pronunciamiento de nulidad del precepto inconstitucional porque esta opción equivaldría a eliminar el derecho de subrogación cuando existía vínculo matrimonial con el arrendatario fallecido, equivaldría, pues, a la *supresión del beneficio de subrogación* cuando la intención del TC es extender este beneficio a otro colectivo, el de las personas que habían convivido *more uxorio* con titulares del contrato de alquiler, coyuntura que, precisamente, es la que nos lleva a la “sentencia interpretativa”, es decir no aquella que declara inconstitucional el art. 58.1 de la antigua LAU, sino la que declara inconstitucional el art. 58.1 de esta norma *en la medida* de algo, en la medida en que excluye el beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el difunto arrendatario.

En nuestro ejemplo, el examen analítico no consigue explicar, por ejemplo, por qué se equiparan matrimonio y convivencia *more uxorio* a efectos de derecho de subrogación y se *distingue*, como sucedió en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, a efectos de reconocimiento de pensión de viudedad. ¿Por qué se extendió un beneficio en la STC 222/1992 y no se hizo lo propio en la STC 184/1990⁶⁵?, ¿por qué, según la terminología

⁶⁴ Aunque MORESO no dé demasiada importancia a la incidencia del art. 47 CE al razonar si es pertinente extender el beneficio del derecho de subrogación a la persona que había convivido como pareja de hecho (ver nota n. 9 en *ibidem*. p.171), es indudable que el TC tiene este principio rector en su horizonte de razonamiento tal como queda subrayado, aunque sea *obiter dicta*, en el fundamento jurídico 6 *in fine* de la STC 222/1992. Lo que resulta problemático para el pensamiento logicista es justamente esto: cómo puede medirse analíticamente una reflexión introducida *obiter dicta*.

⁶⁵ En el propio seno del TC ya existía la conciencia de haberse operado un cambio de doctrina con respecto a la STC 184/1990, aunque en la STC 222/1992 se tratase de extender o no el derecho de subrogación arrendaticia y en la STC 184/1990 se cuestionase el reconocimiento de una pensión de viudedad. Así quedó reflejado en el voto particular planteado por J.GABALDÓN LÓPEZ y, muy especialmente, por el voto particular de A.RODRÍGUEZ BEREIJO quien afirma: “Basta, pues, una lectura contrastada para comprobar que la presente Sentencia (la STC 222/1992) choca frontalmente, en sus fundamentos jurídicos y en su fallo, con la doctrina que hasta hoy a venido manteniendo el Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones de fecha muy reciente...(STC 184/1990 y otras posteriores en idéntico sentido)”.

analítica empleada, el art. 58.1 de la LAU dio lugar, según la terminología analítica, a un mundo constitucionalmente imposible y el art. 160 de la Ley General de Seguridad Social se adaptó perfectamente, de acuerdo con el TC, a las hipótesis constitucionalmente adecuadas? Aquí no únicamente nos encontramos con condiciones que el análisis logicista necesariamente omite en sus simplificaciones, sino que justamente es el recurrir a estas simplificaciones, *lo que convierte la actitud del TC en todavía más impredecible*. Podríamos acordar que el modelo no es ciego ante nuevos *inputs* que determinen la relevancia o no de la propiedad examinada, pero ni qué duda cabe de que ante un nuevo factor aumenta exponencialmente la complejidad del sistema que acaba o bien operando con autonomía respecto a la realidad (sin dar cuenta de ella), o bien enredándose en obstáculos que paralizan su eficacia explicativa.

El mero contraste entre la STC 222/1992⁶⁶ y la STC 184/1990 nos conduce a un callejón sin salida: lo que para una era constitucionalmente relevante para la otra no lo es. Tampoco podemos decir que sólo en la STC 222/1992 se haya creado Derecho, porque si la Constitución imponía que una determinada propiedad debía considerarse relevante (la convivencia *more uxorio*) también la STC 184/1990 ha modificado el ordenamiento, no porque introduzca reglas constitucionales al margen del legislador, sino porque al desestimar la cuestión abre directamente la puerta a una solución inconstitucional⁶⁷.

⁶⁶ Por su parte también se puede apreciar una ligera desviación de la STC 155/1998, de 13 de julio al compararla con la STC 122/1992. En esta primera sentencia se discutía si un miembro de una pareja de hecho podía continuar beneficiándose de un arrendamiento cuyo titular era el otro miembro de la pareja que había abandonado la vivienda. El TC admite que el contrato de arrendamiento puede prorrogarse pero atendiendo sobre todo al dato que la convivencia *more uxorio* se había producido entre los años 1973 y 1979, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio reguladora del divorcio, lo que en su día impidió a los convivientes formalizar su relación a través del vínculo matrimonial. El dato distintivo, en relación a la STC 122/1992, es que en éste pronunciamiento el TC había reconocido el derecho de subrogación al supérstite de hecho porque de lo contrario su produciría un tratamiento discriminatorio, *con independencia que la convivencia se produjese antes o después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981*, algo que, sin embargo, resulta ser decisivo en la STC 155/1998 para la extensión del beneficio (en ese caso la prórroga de contrato). Van acumulándose, pues, esa multiplicidad de variables que motivan pequeñas modificaciones en el desarrollo jurisprudencial y que el análisis logicista no puede más que dejar de lado.

⁶⁷ En este sentido resulta muy acertado el voto particular a la STC 184/1990 formulado por L.LÓPEZ GUERRA para quien la decisión adoptada por la mayoría no subsana la vulneración del art. 14 en relación al art. 41 CE que prevé el régimen público de la Seguridad Social. Según LÓPEZ GUERRA la Constitución establece un criterio de necesidad para beneficiarse de las prestaciones de la Seguridad Social que en ningún momento ha sido considerado por la mayoría y que debe primar por encima de cualquier otro criterio (como el de la preexistencia del vínculo

En fin, podemos ya empezar a dudar de que existan propiedades constitucionalmente relevantes, que se puedan describir, que se puedan configurar casos genéricos y que la determinación de los casos genéricos en relación con un universo de acciones pueda especificarnos cuándo se crea Derecho y cuándo no. En realidad, todo lo acaecido en estas dos resoluciones puede comprenderse (incluso puede comprenderse mejor) al margen de las categorías y de los problemas que hemos enunciado hasta aquí. Más que el atomismo de unas propiedades aisladamente consideradas cuenta la mediación del *contexto global* en el que se genera la interpretación constitucional, las diversas capas entremezcladas *en un proceso narrativo*.

No vamos a entrar aquí exhaustivamente en el origen de las diferencias que van labrándose en ambos pronunciamientos, aunque debamos desde el principio renunciar a la precisión y a las afirmaciones compactas e inequívocas en favor de una textura argumental más sutil. El TC va urdiendo un fabuloso cuerpo de líneas de razonamiento que, al seguirlas, somos capaces de apreciar cómo se fortalecen o cómo se bifurcan, cómo se regeneran o cómo se entierran en la maraña del subtexto.

Líneas a veces visibles y, con frecuencia, borrosas. Vamos saltando de la unidad a la diferencia: en un estado plural tan familia son las uniones de hecho como la familia surgida del matrimonio, primera “unidad en la diversidad” que en seguida se fragmenta porque es a causa de esta “diversidad” que se establecen los tratamientos diferentes aunque, dicho sea de paso, ninguna diferencia en cuanto protección *real* parezca deducirse del art. 39.1 CE muy a despecho de la “libre configuración” que de este principio le corresponde al legislador.

Pero también entre la misma convivencia *more uxorio* existen diferencias. Este es el caso de aquéllos que no pudieron contraer matrimonio por impedírselo la legislación anterior a la Ley 30/81 que regularizaba el divorcio (circunstancia relevante tanto para

matrimonial). Lo cierto es que, si no hemos entendido mal el sentido del voto, la desigualdad no sólo se produce en relación al supuesto receptor de la prestación (cuyo criterio de necesidad no ha sido considerado pese a lo establecido por el artículo 41 CE) sino también en relación al cotizante, ya que mientras con sus contribuciones el cotizante casado está nutriendo el sistema que le permitirá a su cónyuge obtener la pensión de viudedad, el cotizante perteneciente a una

subrogación como para pensiones cuando el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja se produjo antes de esta fecha), aunque existen quienes con posterioridad a esa Ley han decidido convivir *more uxorio* sin transformar su relación en vínculo matrimonial pese a ser libres para hacerlo. En este último supuesto las facetas se desdoblan de nuevo según el ámbito al que nos enfrentamos: no reconocer el derecho de subrogación arrendaticia coarta la libertad del supérstite de una unión de hecho según la STC 222/1992 (criterio incorporado por el legislador en la LAU de 1994), aunque tal coacción no se produzca cuando al supérstite de una unión de hecho no se le reconozca la pensión de viudedad (STC 184/1990, FJ 2). En términos generales el matrimonio y las uniones de hecho no son equiparables (así ambas sentencias) pero algunas de las diferencias (negación del derecho de subrogación) no pueden ser legítimamente adoptadas por el legislador sin vulnerar el art. 14 CE y, en cambio, en relación a otras medidas (pensión de viudedad) el legislador puede abstenerse de su reconocimiento sin que por ello el mismo artículo 14 CE quede resentido.

En el asunto de las parejas de hecho, la inconsistencia manifestada tanto en el argumento de la libertad como en el de la igualdad es rastreable en otro sentido: aunque el TC haya reiterado que no le corresponde afrontar los riesgos de inconstitucionalidad que su aplicación pueda deparar (STC 46/1991), ni las consecuencias extrajurídicas de sus plantamientos, sería ingenuo despreciar la incidencia del orden fáctico de circunstancias que se inyecta en la comprensión de sentidos normativos⁶⁸. En el momento en que una decisión de inconstitucionalidad conlleva un aumento de inversión para los poderes públicos el alcance de las resoluciones del Tribunal es mucho más restringido y prudente⁶⁹. Ni qué decir tiene que la STC 184/1990 responde meticulosamente a esta inhibición, sobre todo atendiendo al aumento de gasto que el Estado debería asumir en el momento de dictarse la sentencia y en el futuro, si se encuentra en la obligación de conceder una pensión de viudedad no sólo a los cónyuges supérstites que cumplan el resto de requisitos de acuerdo con la legislación en materia de Seguridad Social, sino también a los supérstites de parejas de hecho que, asimismo, cumplan tales requisitos. La razón, bajo este punto de vista, estaba ya de parte de

pareja de hecho aporta las mismas prestaciones a la Seguridad Social sin que su pareja, una vez él fallecido, reciba ningún tipo de asistencia.

⁶⁸ Así, J.JIMÉNEZ CAMPO: "Qué hacer con la ley...?", *op. cit.*, p.68.

⁶⁹ *Vid.*, sobre todo, STC 45/1989. *Vid.* también, aunque de mucha menos repercusión presupuestaria, las SSTC 179/1985, 19/87, 116/1987, 142/1990 y 179/1994.

MORTATI cuando en un trabajo de 1970 señaló que “la preocupación de la carga financiera ha influido en algunas decisiones de la Corte permaneciendo, sin embargo, *en el fondo de las mismas*”⁷⁰. En términos vagamente economicistas podría leerse que la STC 222/1992 se extiende el beneficio porque sus costes no son asumidos por el Estado sino que repercuten exclusivamente en el arrendador.

Evidentemente, todo esto queda desplazado en la óptica analítica, aunque ello no impide que tales elementos se infiltren en los procesos interpretativos anudados por el TC y, más que mostrar una deficiencia, acentúen la presencia de vínculos que deben rescatarse en la tarea aplicativa. La conveniencia de incorporar elementos como los sugeridos se refuerza al entender que también la posibilidad de estas decisiones debe encontrarse sujeta a críticas (como, por ejemplo, apreciar su incompatibilidad con el Estado Social y los mismos principios rectores aludidos), aunque mal podremos criticar si su fuerza argumental pasa desapercibida, incluso aún siendo obvia, para la teoría de la que discrepamos.

⁷⁰ Citado por R.ROMBOLI en su informe sobre la jurisdicción constitucional en Italia incluido en E.AJA (editor): *Las tensiones...*, *op. cit.*, p. 117.

III.- PARADIGMA HERMENÉUTICO.

1.- Rasgos principales.

Pese a que desde los planteamientos analíticos se acuse a la hermenéutica de sostener una perspectiva “poco científica” o de encarnar una especie de irracionalismo, lo cierto es que su examen de las condiciones en las que se produce la comprensión de textos y la adjudicación de significados entronca plenamente con la tradición humanista a la que el Derecho, y específicamente el Derecho Constitucional, pertenecen. El Derecho parece presentar más afinidades *a priori* con la cultura humanística del comentario de textos — con la ciencia de la cultura, en terminología de HÄBERLE⁷¹— que con la experiencia de las ciencias de la naturaleza y de las matemáticas en las que la analítica se inspira. De ahí en parte el éxito de la hermenéutica como fundamento de una metodología de la interpretación jurídica y como superación de las meras que presentaba el modelo analítico. Esto último se expresa en la extraordinaria difusión de esta escuela en el ámbito del constitucionalismo europeo y de la doctrina iuspublicista alemana⁷², pero

⁷¹ P.HÄBERLE: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Duncker & Humblot, Berlín, 1998.

⁷² Así, entre otros, H.EHMKE, *Prinzipien....op. cit.*; E.FORSTHOFF: *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*. Kohlhammer, Stuttgart, 1961, especialmente p.40; K.HESSE: *Grundzüge...., op.cit.*, pp.20-33; A.KAUFMANN: *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*. Carl Heymanns, Múnich, 1984; K.LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho. op. cit.*, pp. 192-203; F.MÜLLER: *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997 (7a. edición), en concreto, pp.326-327; U.NEUMANN: “Zum Verhältniss von philosophischer und juristischer Hermeneutik”, en W.HASSEMER (editor): *Dimensionen der Hermeneutik*. C.F.Müller, Heidelberg, 1984, pp.49-56. Centrado en el derecho privado encontramos las obras de J.ESSER: *Grundsatz und Norm*, 1964 y J.ESSER: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Fischer Athenäum, Frankfurt am Main, 1972. Para orientarse en el fenómeno de la recepción de la teoría hermenéutica por parte de los juristas es básica la consulta del artículo de ROTTLEUTHNER, H.ROTTLEUTHNER: “Hermeneutik und Jurisprudenz”, en H.J KOCH (editor): *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Athenäum, Krönberg, 1976. pp. 7-32. El artículo resulta de especial interés porque su autor, además de trabajar los conceptos clave de la Hermenéutica (Comprender, Pre-comprensión y Círculo Hermenéutico) en términos accesibles a la interpretación jurídica, intenta conciliar esta perspectiva con una orientación anclada en el análisis filosófico, lo que anima a un no demasiado frecuente

también en la palpable impronta que el pensamiento hermenéutico continental ha dejado en el más prestigioso jurista norteamericano en la actualidad, R.DWORKIN⁷³, cuyas tesis parecen imponerse en un mundo jurídico anglosajón formado en la tradición analítica.

En este examen de las condiciones de comprensión que plantea la hermenéutica, ya desde la ingente fundamentación filosófica aportada por H.G. GADAMER⁷⁴, se descarta que el intérprete pueda acceder al sentido de un texto desde la neutralidad. El texto no es una fuente que irradie sentido de forma autosuficiente (como pretenden algunas versiones de la analítica) sino que la experiencia de la atribución de significados dependen de una preestructura de comprensión, una “precomprensión” (*Vorverständnis*): el individuo que quiere comprender se “proyecta” hacia el objeto de interpretación con una estructura de circunstancias propia y previa que *condiciona* el resultado de la interpretación.

acercamiento entre escuelas. *Vid.* pp. 27-29. Por el contrario, una crítica al paradigma hermenéutico justamente bajo el punto de vista analítico se encuentra en H.J. KOCH: “Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen”, en *EuGRZ*, n.11/12, 1986, pp. 349-352.

⁷² El otro gran ámbito de divulgación de las teorías de la interpretación vinculadas a la nueva hermenéutica lo encontramos en la doctrina italiana, sobretodo a partir de la poderosa influencia de la obra de E.BETTI [*Vid.* E.BETTI: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (trad. J.L. de los Mozos). Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1975; E.BETTI: *Diritto, Método, Ermeneutica*. Giuffrè, Milan, 1991] tradición que se plasmará en constitucionalistas como G.ZAGREBELSKY [*Vid.* por ejemplo, “La corte constitucional y la interpretación de la Constitución”, *op. cit.*, pp.161-178] o A.PACE [“Métodi interpretativi e costituzionalismo”, *Quaderni costituzionali*, n.1, 2001] y que forjará toda una escuela de Filosofía del Derecho de entre cuyos representantes actuales podemos citar a V.FROSINI, F.VIOLA y G.ZACCARIA [*vid.*, entre otras obras, V.FROSINI: *Lezioni di teoria dell’interpretazione giuridica*, Bulzoni, Roma 1991; V.FROSINI: *Gesetzgebung und Auslegung*. Nomos. Baden-Baden, 1995 (no hemos podido acceder a la versión italiana del texto); G.ZACCARIA: *L’arte dell’interpretazione. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea*. Cedam, Pádua, 1990; F.VIOLA y G.ZACCARIA: *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza, Roma/Bari, 1999].

⁷³ Así lo reconoce el propio DWORKIN en una pasaje muy pocas veces citado *vid.* R.DWORKIN: *Law’s Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1986, p.55. Sobre las raíces hermenéuticas de la teoría de DWORKIN *vid.* F.VIOLA: “La critica dell’ermeneutica...”, *op. cit.*, p.64 (nota 3); J.HABERMAS: *Facticidad y validez* (Trad. M. Jiménez Redondo), Ed. Trotta, 1998, p.280, nota 21. *Vid.*, asimismo, E.P.HABA: “Precomprensiones, racionalidad y métodos en las resoluciones judiciales” en *Doxa* n.22, 1999.

⁷⁴ H.G. GADAMER: *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Mohr, Tübingen, 1975. Las citas en adelante recogidas corresponden a la traducción castellana realizada por A.Agud Aparicio y R. de Agapito en H.G. GADAMER: *Verdad y Método*. Sígueme. Salamanca, 1977.

Así, no existe sentido sin ese conjunto de elementos previos que aporta el sujeto de la interpretación, sin esa lente que guía la lectura a favor de circunstancias o intereses actuales. Toda comprensión, como dice GADAMER, acaba siendo un “comprenderse”⁷⁵. Este movimiento del texto a las condiciones del intérprete y de las condiciones del intérprete al texto es conocido como la teoría del “círculo hermenéutico”.

La posición hermenéutica se encuentra, pues, lejos del subjetivismo radical. El proceso de comprensión implica la fusión entre las circunstancias del sujeto que interpreta con la propia historicidad del objeto de interpretación. Tan importante es el acervo del intérprete (sus prejuicios, sus convicciones, sus reservas...) como el acontecer de la tradición en la que se sumerge. No existe comprensión hasta el encuentro de ambas esferas⁷⁶.

La hermenéutica abre así la puerta a las circunstancias que rodean la adjudicación de significados a un texto, circunstancias que no se infieren del mismo texto sino que aporta la situación del sujeto y su concepción de la tradición de la que el texto procede. Desde el paradigma hermenéutico, así, las circunstancias históricas, sociológicas, valorativas, económicas (y, añadimos nosotros, institucionales) entrarían en la rueda de la interpretación constitucional de la ley, se integrarían en la “precomprensión” aportada por el sujeto que pretendiese adjudicar significados a estos textos y encauzarían el razonamiento que conduce a la decisión.

⁷⁵ H.G.GADAMER: *Wahrheit...*, *op. cit.*, pp.250-261. El giro ontológico que marca la hermenéutica de GADAMER viene directamente inspirado por la filosofía de M.HEIDEGGER, quien ya había anticipado como la “interpretación” no es más que un desarrollo de una comprensión previa. Cuando interpretamos nos orientamos por un estado adoptado de antemano. Así, “*Alle die Auslegung, die Verständnis beistellen soll, muß schon das Auszulegende verstanden haben.*” [Toda interpretación que deba conllevar la comprensión ya debe haber comprendido lo que se interpreta] *Vid.* M.HEIDEGGER: *Sein und Zeit*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1977, p.202. A nuestro juicio esta intuición fundamental puede aplicarse perfectamente al tema que, en concreto, nos ocupa: cuando la jurisdicción constitucional “interpreta” la Constitución no hace más que desarrollar un “comprender” previo, que en el caso del juicio de constitucionalidad de la ley (y de la interpretación conforme) significa que ya se ha “comprendido” la adaptación de la disposición al orden constitucional y, por tanto, la preservación de la misma, y luego sólo es cuestión de formalizar esta percepción originaria bajo el ropaje de la “interpretación constitucionalmente adecuada” (*vid. infra.*).

Para GADAMER, la experiencia de comprensión, la fusión entre las circunstancias aportadas por el sujeto y el acontecer del objeto, se realiza en la *aplicación* del texto interpretado. Interpretación y aplicación forman un todo unitario. De ahí que la experiencia de la aplicación judicial del Derecho (algo reconocido por el propio GADAMER) constituye la exacta ilustración del proceso que la filosofía hermenéutica intenta describir.

Proyectado este sentido de la aplicación como clave de bóveda del proceso de comprensión a nuestro campo de estudio, parece que la máxima concreción de la comprensión de preceptos constitucionales y de preceptos legales a la luz de la constitución se produciría en la aplicación de la ley al caso, al conflicto concreto emanado de la realidad (es decir, en nuestro sistema, a la aplicación de la ley por el juez ordinario). La aplicación como realización de la comprensión queda tamizada en el control de constitucionalidad de la ley en cuanto se refiere al cotejo abstracto de textos⁷⁷ —siendo, en nuestra estructura institucional de control de constitucionalidad, la experiencia de la aplicación del texto de la ley a la luz de la Constitución de mayor intensidad en la Cuestión de Inconstitucionalidad, al partir de una previa propuesta de interpretación, que en el Recurso de Inconstitucionalidad—⁷⁸. Sin embargo, sería en este espacio intermedio entre la aplicación de la Constitución en el juicio de constitucionalidad de la ley y la aplicación de la ley al caso concreto planteado en la realidad, la rendija en la que las formas interpretativas de decisión aparecerían, formas entendidas como primer estadio de concreción.

En suma, el paradigma hermenéutico aporta 1) incorporación de circunstancias que quedaban fuera de las posibilidades de verificación del proceso deductivo y 2) interpretación como aplicación del conjunto de circunstancias que condicionan la comprensión al caso concreto. Por ello el proceso interpretativo se entiende como un todo difícilmente desglosable (y no es extraño, como tenderemos ocasión de ver, que

⁷⁶ “En la aparente ingenuidad de nuestra comprensión, en la que nos guiamos por el patrón de la comprensibilidad, lo otro se muestra tan a la luz de lo propio que ni lo propio ni lo otro llegan realmente a expresarse como tales”. H.G.GADAMER: *Verdad y...*, *op. cit.*, p.371.

⁷⁷ Así J. JIMÉNEZ CAMPO: “La declaración de inconstitucionalidad de la ley...” *op. cit.*, p. 145.

⁷⁸ Tal vez la opción del control abstracto de constitucionalidad en Europa reduzca la posibilidades de aplicación en el sentido hermenéutico de comprensión de un texto en el marco

esta dificultad se extienda a la forma de las decisiones en la que este proceso se estampa)

En tercer lugar, la hermenéutica aporta ciertas conclusiones sobre el carácter creativo de la actividad judicial: en la interpretación, entendida como aplicación de las condiciones de recepción de un texto a una situación actual, se reconoce un carácter *eminente productivo*⁷⁹. Resulta curioso, cuanto menos, que la observación sobre el carácter productivo de la interpretación no suscite reservas al predicarse de la interpretación de un texto literario o de una pieza musical y en cambio la misma idea haya sido combatida en referencia a la comprensión de textos jurídicos (justo en el ámbito en el que GADAMER pensaba para exponer su modelo). En nuestro escenario de control de constitucionalidad de la ley, más sorprendente es la negación del carácter productivo cuando la comprensión, como en las formas interpretativas de decisión, tiene un reflejo textual, y, en el caso del control de constitucionalidad abstracto de la ley, esta operación productiva vinculada a la interpretación más que suponer la elaboración de una regla en función de un caso concreto supone la aparición de nuevas reglas generales pendientes de ulteriores aplicaciones.

Al concretar la norma, y actualizar así su comprensión el operador jurídico la complementa y la refunda, porque sólo entonces aparece el sentido último. Con todo, no debemos desdeñar la consciencia de la tradición como requisito del comprender, la mediación del texto normativo y de su devenir representa un elemento inescindible de la situación hermenéutica y esto define el engarce entre el operador jurídico y el texto que interpreta⁸⁰.

de un conflicto concreto y por ello, el éxito de propuestas hermenéuticas como la de DWORKIN en un sistema de control de constitucionalidad difuso basado en el precedente.

⁷⁹ Así: “...ist Verstehen kein nur reproduktives, sondern stets auch ein produktives Verhalten” (“...la comprensión no es nunca un comportamiento sólo reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo.”). H.G. GADAMER: *op. cit.*, p. 280.

⁸⁰ La tradición como requisito de comprensión no implica que H.G. GADAMER se asocie con la tendencia que los juristas conocemos por “originalismo”. La comprensión se produce en la actualización de la norma ejercida por el intérprete. Así parece reconocerlo explícitamente: “Es verdad que el jurista siempre se refiere a la ley en sí misma. Pero su contenido normativo tiene que determinarse respecto al caso que trata de aplicarla. Y para determinar con exactitud este contenido normativo no se puede prescindir de un conocimiento histórico del sentido originario; por eso el intérprete jurídico tiene que implicar el valor posicional histórico que conviene a una ley en virtud del acto legislador. Sin embargo no puede sujetarse a lo que, por ejemplo, los protocolos parlamentarios le enseñarían respecto a la intención de los que elaboraron la ley. Por el contrario está obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que en

Finalmente, en cuarto lugar, la posición hermenéutica introduce la idea de *diálogo* en la consolidación de significados, el intérprete actual dialoga con el texto del pasado, pero también los distintos intérpretes dialogan entre ellos en el proceso de adjudicación de sentido.

En nuestra opinión esta es una idea crucial en su transmisión al ámbito de la interpretación constitucional de la ley: como repetiremos a lo largo del trabajo, si se reconoce un carácter productivo a la actividad interpretativa, una democracia requiere que la participación y el pluralismo de los agentes que se encuentran sujetos a las normas no sólo se exprese en el proceso de elaboración de leyes sino también el proceso de su interpretación. El criterio de autoridad en materia interpretativa reconocida a un Tribunal Constitucional en un sistema de control concentrado de constitucionalidad de la ley no es incompatible con la búsqueda de relación con otros agentes (con órganos representativos) cuya mediación contribuya a la determinación de sentido de los preceptos enjuiciados (determinación de sentido que incluye el diálogo sobre circunstancias históricas, políticas, valorativas, es decir, sobre circunstancias de fondo, y no solamente referido a un consenso semántico como pretendía el convencionalismo analítico).

2.- Evolución del paradigma.

En el terreno de la interpretación constitucional, ya EHMKE adaptó la noción de “precomprensión” a un diálogo entre partícipes en la tarea de asignación de sentido a los preceptos constitucionales⁸¹.

En su teoría, EHMKE, cerraba el círculo de partícipes básicamente en torno a juristas⁸² y su posición metodológica no era incompatible con la persistencia de los cánones clásicos de interpretación heredados según la formulación de SAVIGNY (cánones gramatical, histórico y sistemático, a los que se añade el canon teleológico) cuya

consecuencia la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo”. H.G.GADAMER: *Wahrheit...*, op. cit., p 309-31.

⁸¹ H.EHMKE: “Principien...”, op. cit., p.71.

⁸² “Der Konsens aller «Vernünftigen- und Gerech-Denkenden»” H.EHMKE: “Principien...”, op. cit., p.71.

influencia, aun considerada insuficiente por EHMKE en lo referido a la interpretación constitucional, no dejaba de integrarse dentro del proceso hermenéutico en tanto que cánones transmitidos por la tradición. La tradición, recordemos, ocupa para este paradigma una posición preferente en la determinación de sentido, eso sin olvidar que los cánones clásicos reclaman la consideración de los elementos circunstanciales a la aplicación del texto en los que la hermenéutica hace hincapié: piénsese en la noción de contexto, de finalidad, o de circunstancias históricas⁸³.

Las ideas de filiación hermenéutica (como la idea del consenso “precomprensivo”) tuvieron que hacer frente a las críticas de la escuela decisionista, encabezada por BÖCKENFÖRDE⁸⁴, para quien difícilmente podía haber consenso en materia de interpretación constitucional si no se esclarecía primero la Teoría de la Constitución de la que esta interpretación partía, teorías (la teoría liberal, la teoría democrática y la teoría social) que eran, según este autor, incompatibles entre ellas. La interpretación de los preceptos constitucionales, para BÖCKENFÖRDE, responde a una decisión que da primacía a alguno de estos elementos y esta decisión se encuentra en el texto constitucional, de ahí el frente de críticas decisionistas centradas en el rechazo de la desvinculación hermenéutica de la normatividad constitucional, lo que, según estos autores, implica la disolución del texto normativo como límite al proceso de interpretación.

⁸³ Sobre los cánones clásicos en la interpretación constitucional *vid.* E.FORSTHOFF: “Die Umbildung des Verfassungsgesetzes.” en *Festschrift für Carl Schmitt* (1959).p.35; K.HESSE: *Grundzüge...*, *op.cit.*, pp. 21-24; M.KRIELLE: *Theorie der Rechtsgewinnung...*, *op.cit.*, pp.77-84; C.STARK: “Die Verfassungsauslegung” en J.ISENSEE y P.KIRCHOF: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. VII, Müller, Heidelberg, 1992, pp.199-203; F.MÜLLER: *Juristische Methodik...*, *op.cit.*, pp.81-82; E.STEIN: “Juristische Auslegungslehren...”, *op.cit.*, pp.3-5; K.STERN: “Die Auslegung des Verfassungsrechts” en *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. I, Beck, Múnich, 1984, pp.125-126. Para W.BRUGGER, en la actualidad, toda la teoría de la interpretación puede verse como una reelaboración de los métodos clásicos. Sin embargo, cabría preguntarse hasta que punto tal reelaboración (incluida la de BRUGGER) acaba desnaturalizando la vigencia, al menos la vigencia exclusiva, del canon tradicional. Además, el artículo de BRUGGER se imbrica en una reflexión general sobre la interpretación de la ley, dejando a un lado la interpretación constitucional. *Vid.* W.BRUGGER: “Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze” en *AöR*, n.119, 1994, pp.1-34, especialmente, pp.20-30. También STERN presenta una reelaboración de los criterios tradicionales, aunque no para defender su vigencia exclusiva sino sólo a meros efectos expositivos. *Vid.* STERN: “Die Auslegung...”, *op.cit.*.p.125. Para una crítica sobre esta estrategia

⁸⁴ E-W. BÖCKENFÖRDE: “Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik” en *Neue Juristische Wochenschrift*, n.46, 1976, p.2090.

No obstante, las tendencias hermenéuticas ya habían combatido la objeción del relativismo normativo y de la creciente separación entre el materia textual de base y el producto de la interpretación (distancia a la que seguramente habían contribuido las teorías del pensamiento tópico muy escoradas hacia la resolución del problema y en menor grado hacia el referente normativo a aplicar ante el conflicto desatado). El retorno a la norma y al texto normativo como límite al proceso interpretativo constituye el motor de las teorías concretizadoras de la interpretación constitucional como las de F.MÜLLER o, en especial, la de K. HESSE.

Para HESSE la norma constituye el material exterior que el sujeto debe reconocer. No obstante, esta norma, aparece revestida de elementos adicionales que complementan y delimitan su contenido, elementos pertenecientes, como diría GADAMER, a la “historicidad” del texto, cuya translación en términos jurídico constitucionales bien podría resumirse apelando a lo que HESSE llama “el ámbito normativo” (*Normbereichs*)⁸⁵, o sea, a la coordinación entre el texto y el problema a resolver mediante los cinco principios concretizadores: el de unidad de la Constitución (la Constitución debe interpretarse como un todo relacionado que evite contradicciones), el de concordancia practica (interpretar de tal modo que se logre la optimización de los bienes constitucionales en conflicto), el de corrección funcional (evitar que la interpretación suponga una reasignación de funciones entre los órganos constitucionales no prevista por la norma), el de eficacia integradora (fomentar aquellas interpretaciones que aseguren la unidad y la estabilidad política) y el de la fuerza normativa de la Constitución (promover aquellas interpretaciones que otorguen la máxima eficacia a las normas constitucionales)⁸⁶. Por otra parte, no es superfluo señalar que, si nos fijamos bien, las técnicas interpretativas de decisión a las que recurren las jurisdicciones constitucionales en la actualidad pueden leerse *como el destello formal* de la realización de estos principios; optimización de bienes constitucionales especialmente *en el sentido de la “corrección funcional”* : evitar que el control de constitucionalidad de la ley suponga una reasignación de funciones y quiebre tanto la presunción de

⁸⁵La distinción entre el “programa normativo” (*Normprogramm*) entendido como contenido semántico del texto normativo y el “ámbito normativo” (*Normbereich*), entendido —más ampliamente que en HESSE— como estructura de relación entre el programa normativo y la realidad social circundante se encuentra elaborada en F.MÜLLER: *Juristische Methodik...*, *op. cit.* especialmente pp. 168-184.

⁸⁶ K.HESSE: *Grundzüge...*, *op. cit.*, pp 26-29

constitucionalidad de la ley como la libertad de configuración del legislador democrático⁸⁷ (al tiempo que se garantiza la fuerza normativa de la Constitución mediante la interpretación “constitucionalmente conforme”)⁸⁸.

HESSE presenta, en el campo de la interpretación constitucional, una versión muy refinada de aquello que la nueva hermenéutica, con sus generalidades, había tan sólo insinuado. Mantiene, al mismo tiempo, el rol preponderante de la norma como horizonte de comprensión, aunque al mismo tiempo ello se conjuga con elementos complementarios de carácter creativo que oscilan entre las diversas coordenadas trazadas por los principios de concretización.

En el último estadio del proceso, la teoría interpretativa de HÄBERLE encauzará el proceso de comprensión y de concretización de la norma constitucional desde la perspectiva del sujeto. Si HESSE plantea una metodología de adaptación de los preceptos constitucionales a una situación de conflicto sin preguntarse acerca de quién realiza esta tarea, HÄBERLE, siguiendo el rastro de EHMKE, centra toda su reflexión en los partícipes del proceso hermenéutico. Para HÄBERLE, como se sabe, la experiencia de comprensión es *extendible* a toda la sociedad⁸⁹. Toda la sociedad es potencialmente intérprete de la Constitución, en cada uno de sus miembros se puede detectar el círculo hermenéutico de acercamiento al texto y asunción de significado a

⁸⁷ Sobre la tarea de concretización de la jurisdicción constitucional y el principio de corrección funcional como límite en las relaciones entre la jurisdicción constitucional y el legislador *vid.* R.JIMÉNEZ ASENSIO: *El constitucionalismo*, IVAP, Oñati, 2001, p.139.

⁸⁸ De entre los múltiples ejemplos que podríamos citar, *vid.* la afirmación del Tribunal Constitucional español contenida en el fundamento 5 de la STC 76/1996 de 30 de abril, que bien puede leerse desde el principio de corrección funcional y desde el principio de fuerza normativa de la Constitución (aunque también intervienen, el principio de concordancia práctica, al proponer la lectura lo más expansiva posible del derecho implicado y el de unidad de la Constitución): “Es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Será pues necesario explorar las posibilidades interpretativas de los preceptos cuestionados, ya que *si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución*, más concretamente, *la integridad del derecho* a la tutela judicial efectiva, resultaría procedente el pronunciamiento interpretativo *de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de ley*. *Y dado que tal solución no permite a este Tribunal erigirse en legislador positivo*, ignorando o desfigurando el sentido de textos legales claros habrá que profundizar en la indagación del sentido de las normas discutidas.” (Los subrayados son nuestros).

⁸⁹ P.HÄBERLE: *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Duncker & Humblot, Berlín, 1996. especialmente, “Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß. Ein Pluralismuskonzept“, pp. 121-152 y “Die offene Gesellschaft der

partir de las propias proyecciones preexistentes. En esta multiplicidad de interpretaciones encuentra la Constitución su devenir, algo inherente a la misma Constitución en la medida que en ella se reconoce el valor del pluralismo.

Ciertamente, en democracia no hay razón para limitar el espacio de comprensión de la propia norma que instituye la democracia: una sociedad plural presupone la pluralidad de intérpretes constitucionales. La formalización del comprender, como, por ejemplo, el establecimiento de un proceso, no significa introducir obstáculos que faciliten la exclusión de interpretaciones; al contrario, el proceso sirve preferentemente para asegurar que los cauces permanezcan abiertos. Aunque estemos acostumbrados a reducir el proceso de interpretación a unos pocos poderes estatales, esto puede servir para simplificar el análisis o puede arraigarse en una inconfesable visión autoritaria que no se corresponde ni con la dinámica social ni con las previsiones constitucionales: es verdad que algunos órganos pueden llegar a limitar el haz de posibilidades interpretativas (así el legislador en la promulgación de una ley se anticipa a la adopción de un sentido), pero esta limitación, este estreñimiento, exigido principalmente por necesidades aplicativas, no *equivale a una cancelación*. El discurso interpretativo puede seguir, puede presentarse un recurso contra una ley por parte de la minoría parlamentaria, puede elevarse una cuestión de inconstitucionalidad por parte de un juez o incluso los actos derivados de esa ley pueden ser recurridos por cualquier ciudadano a través de un recurso de amparo y, con todo, la respuesta de un Tribunal Constitucional, tampoco no será concluyente, aunque su sentencia acabará formando parte del material con el que los futuros intérpretes deberán contar en sus respectivas experiencias hermenéuticas. Se diría que las sentencias del Tribunal Constitucional, como también la ley y el resto del ordenamiento jurídico forma parte de la “tradicición” a la que el individuo debe aproximarse si quiere comprender, tradición a la que HÄBERLE añade, además del derecho comparado, toda la inmensidad de textos literarios y filosóficos que perfilan los “conceptos clásicos” del constitucionalismo⁹⁰.

Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation”, pp. 155-181

⁹⁰ P.HÄBERLE: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, op. cit.*, especialmente, “Klassikertexte im Verfassungsleben” pp.481-500 y “Schöne Literatur und Künste im Verfassunstaat, insbesondere Utopien”, pp. 500.521.

El haz objetivo y subjetivo de interpretación constitucional se extiende en el presente y en el pasado. Este es el resultado de conjugar la experiencia íntima de la hermenéutica con el pluralismo institucional. Pero, en la línea de la crítica decisionista, cabría preguntarse qué posición ocupa la norma en este flujo de material interpretativo. Para HÄBERLE, la apertura del Derecho Constitucional no significa la disolución de la norma, porque el proceso de interpretación continua desenvolviéndose en un ámbito racional y controlable, los elementos normativos (aunque la idea de ellos haya cambiado) continúan formando parte del inventario de la realidad y trazan el marco por donde discurren las diversas posibilidades. La propia *praxis* que desarrollan los intérpretes constitucionales contribuye a restringir las arbitrariedades⁹¹.

3.- Elementos de la hermenéutica dworkiniana.

Aunque se haya filtrado de forma callada y sutil, el paradigma hermenéutico que parte de GADAMER ha tenido su máximo esplendor en la obra de DWORKIN y en un medio, la tradición sajona, en apariencia poco receptivo con las aportaciones de la filosofía continental.

Parte de este acercamiento a la hermenéutica europea, se produce ante la insatisfacción causada con el advenimiento de las teorías analíticas y, en particular de la teorías vinculadas al convencionalismo semántico. DWORKIN trata de combatir las tesis del convencionalismo arguyendo que la indeterminación en el proceso de interpretación de textos jurídicos no se produce por mero desacuerdo semántico o por distorsiones del lenguaje sino por un desacuerdo valorativo de fondo⁹². Se trata de disputas *genuinas* acerca de la visión que mejor se adapta a un aspecto social y controvertido que el Derecho debe resolver. Es en el intercambio de argumentos y creencias acerca de la

⁹¹ *Ibidem.* pp. 191-192. El criterio de las prácticas interpretativas como fórmulas de restricción, (presentadas desde la hermenéutica como factores de comprensión) abren de par en par la puerta al análisis sociológico en la metodología jurídica, tendencia que ya había sido desarrollado por autores como F.MÜLLER y que goza actualmente de una considerable vitalidad. *Vid.* M.MORLOK, R.KÖLBEL y A.LAUNHARDT: “Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre” en *Rechtstheorie* n.31, 2000, pp.15-46. Para el debate en torno al problema del límite de la interpretación en HÄBERLE *vid.* B.SCHLINK: “Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft” en *Der Staat*, n.19, 1980, p.82.

⁹² R.DWORKIN: *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 45-46.

mejor versión del Derecho en un caso concreto, que despunta la existencia de una “respuesta correcta” con la que hacer frente al caso difícil que se había planteado.

La teoría interpretativa de DWORKIN difumina la distinción entre teoría del derecho y práctica jurídica, la Teoría del Derecho no encuentra asidero fuera de la práctica que ofrecen los partícipes en una determinada comunidad⁹³. Las interpretaciones florecen en el campo de esta práctica y, a su vez, compiten para ofrecer la mejor versión de la misma. Interpretar constituye, pues, el ejercicio de presentar (dada la aplicación de presupuestos abstractos a situaciones concretas) la perspectiva más coherente con el conjunto de principios que definen la práctica social, en nuestro caso, la práctica jurídica.

En su propuesta, DWORKIN se desmarca, por tanto, de aquellas teorías que encaran la cuestión interpretativa refugiándose únicamente en las convenciones semánticas establecidas en la comunidad (y que, a la postre, no dan respuesta al caso en el que no existe convención o se encuentra indeterminada)⁹⁴, pero también se aleja de aquéllos que, en el otro extremo, rechazan cualquier elemento de objetividad que limite la decisión del agente. La existencia de un ejercicio de creatividad a lo largo del proceso interpretativo no equivale, contra lo defendido por las teorías pragmáticas y escépticas, a un ejercicio de pura invención⁹⁵. Para DWORKIN el agente no se encuentra libre de restricciones en la tarea hermenéutica: además de los datos proporcionados por la *praxis* legal, los propios juicios del agente relacionados con esa práctica funcionan como criterios de corrección.

⁹³ R.DWORKIN: *Law's Empire...*, *op. cit.*, p.80.

⁹⁴ Sobre la visión del convencionalismo que DWORKIN presenta y su crítica *vid.* “Conventionalism” que constituye el cuarto capítulo de *Law's Empire, op. cit.*, pp. 114-150

⁹⁵ Sobre la dicotomía entre interpretación e invención *vid.* S.HONEYBALL y J.WALTER: *Integrity, Community and Interpretation. A Critical Analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 1998, pp. 75 y ss.; A.MARMOR: *Interpretation and legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 73-82. Las fuentes directas de la polémica se encuentran en S.FISH: “Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature”, *Texas Law Review*, v.60, 1982 pp. 551-567; S.FISH: “Wrong Again”, *Texas Law Review*, v.62, 1983, pp. 200-316; (ambos artículos se encuentran actualmente editados en el volumen S.FISH: *Doing what comes... op.cit.*, pp. 87-119); *vid.* asimismo S.FISH: “Still Wrong After All These Years”, *Law and Philosophy*, v.6, n.3, 1987, pp. 401-419; R.DWORKIN: “My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any more”, en *The Politics of Interpretation*, The University of Chicago Press, 1984, pp. 288-303.

Dos son los ejes alrededor de los cuales se despliega el proceso interpretativo dworkiniano.

En primer lugar, el proceso interpretativo se engarza con la idea de integridad⁹⁶. Para DWORKIN, cualquier interpretación que aspire a convertirse en la mejor versión de la práctica legal desarrollada en el seno de una comunidad debe fundarse en la coherencia entre los principios que inspiran esta práctica. Los actos normativos que conforman el Derecho no se asumen de manera fragmentada o aislada (tal como llegarían a sugerir los pragmáticos para quienes la justificación de la decisión no va más allá del caso particular) sino que las decisiones tienen que apoyarse en el Derecho visto como globalidad en la que se produce un equilibrio entre sus principios más elementales⁹⁷.

En segundo lugar, la propuesta dworkiniana se adentra en el aspecto *temporal* de la interpretación judicial con la intención de encontrar mecanismos que permitan conciliar la interpretación constructiva del presente con las decisiones del pasado. Con esta operación, DWORKIN da, en cierto modo, volumen a la idea de integridad añadiéndole la dimensión histórica. Se trata aquí de cómo encajar la decisión actual, (de acuerdo con las circunstancias actuales) con el acervo jurídico desplegado a lo largo del tiempo. Al contrario que el convencionalismo, no es cuestión de tomar acrítica y automáticamente la decisión adoptada en otra época (tal vez otra época remota) sino de amoldar el compendio de datos que el pasado contiene a la luz de la situación presente sin por ello romper la coherencia con las interpretaciones que otros confeccionaron con anterioridad.

Para lograr tales expectativas, DWORKIN elabora su célebre metáfora *de la novela en cadena*⁹⁸, según la cual la interpretación jurídica a lo largo del tiempo se asemeja a la

⁹⁶ Vid. R.DWORKIN: "Integrity" y "Integrity in Law" en *Law's Empire*, *op. cit.*, 176-275 Para una crítica a la teoría del Derecho como Integridad vid. K. KRESS: "Why no judge should be a dworkinian coherentist" en *Texas Law Review*, n.6, vol. 77, 1999, 1375 y ss.

⁹⁷ Aunque en la actualidad nos deslumbren planteamientos de ascendencia angloamericana como los de DWORKIN, no debemos olvidar, como apuntaremos posteriormente, que entre los juristas europeos el canon de la totalidad y de la coherencia (lo que sería el derecho como integridad) ya fue magistralmente enunciado por E.BETTI hace más de medio siglo, *vid.* E.BETTI: *La interpretación de las leyes...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁹⁸ La exposición de esta teoría se encuentra en R.DWORKIN: *A Matter of Principle*, *op. cit.*, pp 158-162 y R.DWORKIN: *Law's Empire*, pp. 228 y ss. Un comentario acerca de esta teoría y de las críticas recibidas se encuentra en S.HONEYBALL y J.WALTER: *op.cit.*, pp. 75-87. *Vid.*,

experiencia de un novelista que es invitado a escribir el nuevo capítulo de una novela cuyos capítulos anteriores han sido redactados por otros autores. Al redactar el nuevo texto, el novelista (que en todo momento se entiende como un *alter ego* del juez) debe mantener el sentido unitario de la novela, de forma que no puede adoptar ninguna interpretación de lo ya sucedido que crea que contraria a lo que sus predecesores hubiesen suscrito (lo que DWORKIN denomina dimensión de la concordancia).

El sobrevenido novelista debe esforzarse por escoger, de entre todas las interpretaciones del texto recibido, la que mejor se adapta al trabajo en desarrollo entendido como un todo. Asimismo, la nueva entrega con la que él contribuya no será un mero añadido sino que también su aportación deberá aspirar a presentar la novela en conjunto como la mejor obra literaria de acuerdo con los valores estéticos y sobre la base de lo ya redactado.

La metáfora de la novela en cadena podría calificarse de paso decisivo para el estado actual la teoría de la interpretación jurídica (y en especial a la teoría de la interpretación constitucional). Ello es así porque introduce por vez primera *criterios narrativos* para enfrentarse a la descripción y al control de los procesos de decisión judicial lo que se antoja especialmente útil en el examen de las formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes. De entre estos criterios, ocupa una posición preeminente el criterio de la *consistencia* pero no se trata, y esto hay que enfatizarlo, de una consistencia lógica (como sucedía en los analíticos) sino que más bien hace referencia a una *consistencia textual*: el intérprete se enfrenta al texto recibido (sea la decisión jurisprudencial del pasado, sea también la norma legal o constitucional a aplicar) *en su conjunto* (sin aislar exactamente las propiedades relevantes del caso previsto por las normas sacadas a colación, ni las consecuencias normativas establecidas por las mismas) y, simultáneamente, se esfuerza por ofrecer la mejor versión del texto (lo que incluye una tarea constructiva) de acuerdo con *sus* circunstancias presentes.

Las formas interpretativas de decisión no son sino la plasmación textual de este proceso en el que el intérprete pugna por hacer compatible el acervo recibido con las circunstancias coyunturales manteniendo la coherencia del conjunto. Una decisión

asimismo, R.POSNER: *Law and Literature. A Misunderstood Relation*. Harvard University Press, Cambridge, 1988, pp. 217-218.

interpretativa equivale a un nuevo capítulo de la novela en cadena de la jurisprudencia constitucional capítulo que, a su vez, mantiene el equilibrio con la idea del Derecho como integridad. Todo ello aliñado con al peculiaridad de que la operación interpretativa incluida en el texto de la sentencia (en cuyas frases se proyecta una parte de la operación interpretativa global efectuada por los jueces constitucionales) representa el punto de partida al que se acogen las interpretaciones practicadas por el resto de la comunidad jurídica.

4.- Aplicación del modelo hermenéutico.

Hemos visto como se reconocía la experiencia interpretativa a través del modelo de GADAMER, como los juristas asumían la situación por él descrita en la “pre-comprensión” de los textos constitucionales y qué materiales nutrían esta pre-comprensión. También hemos aventurado cómo la comprensión se reflejaba en el momento aplicativo y cómo el proceso desembocaba en un acto de creación.

Asimismo, ha quedado perfilado cómo el intérprete constitucional participaba de esta función, y a quién debíamos considerar sujeto activo de esta interpretación, cosa que, como acabamos de ver, debía combinarse con la cultura democrática y pluralista de nuestro entorno. Si GADAMER nos enseña qué quiere decir interpretar, HÄBERLE, nos enseña qué relación existe entre los intérpretes en la sociedad abierta y cómo se produce la precomprensión en el Estado Constitucional —de hecho toda su teoría del Derecho Constitucional como ciencia de la cultura se ocupa de este marco de precomprensión, la cultura como instrumento de relación de los problemas en su contexto —⁹⁹. La asociación entre interpretación y contexto cultural alienta esta apertura de materiales más allá del precepto textual, hilvana esta “novelización” que, por su parte, la hermenéutica dworkiniana, concibe en su tarea de hallar la mejor solución dentro del delicado conjunto de principios que inspiran la práctica jurídica de una determinada comunidad.

⁹⁹ Sobre la conexión entre el teoría constitucional de HÄBERLE y la tradición hermenéutica vid. P.HÄBERLE: *Wahrheitsprobleme im Verfassungstaat*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

Al contrastar todo este recorrido con el fenómeno de las formas interpretativas de decisión constitucional translucen dos conclusiones que nos acompañarán a lo largo del estudio.

La primera es que la sentencia constitucional es, como cualquier interpretación, una forma de creación la correctividad de la cual *no puede jamás plantearse desde una perspectiva externa al proceso de comprensión* y que este proceso no depende de un contraste con el texto constitucional por parte de un sujeto desvinculado sino de un abanico de realidades, posibilidades y necesidades presentes y pasadas mucho más amplio en el que el intérprete se integra. Tenemos en mente la tradicional percepción del juicio de constitucionalidad de las leyes como un puro contraste entre dos textos cuando detrás de estos textos se encuentran circunstancias históricas, institucionales, sociológicas, axiológicas o incluso económicas cuya presencia, desde la perspectiva de la hermenéutica, resulta decisiva para explicar y justificar tanto la preferencia por una opción interpretativa u otra como las consecuencias de esta interpretación desde el punto de vista de la administración del sistema de fuentes (la preservación o no del precepto legal examinado en el ordenamiento jurídico). La aplicación de lo que A. NIETO llama el "vaivén hermenéutico"¹⁰⁰ entendido como el círculo progresivamente estrecho de comprensión que va del universo fáctico a la determinación del texto aplicable y, en otro sentido, del texto aplicable a la reconstrucción selectiva de hechos relevantes en función de las normas previamente interiorizadas por el juzgador, no sólo es un proceso reservado a la jurisdicción ordinaria sino que también se extiende al juicio de validez de las leyes ya que en el control de constitucionalidad también participan elementos extratextuales (hechos) que orientan la extracción de significados y la decisión que de esta interpretación se sigue.

La segunda conclusión se encuentra vinculada con la perspectiva pluralista. La perspectiva pluralista nos arroja una percepción de las decisiones interpretativas (asumida ya su capacidad productora) *como un mecanismo que debería encontrarse al servicio de la relación entre el poder público y los ciudadanos*, es decir, como un instrumento de relación entre el Tribunal Constitucional y *el resto de intérpretes*, no ya una patología o un exceso, como suelen presentarse, sino una nueva aportación al

¹⁰⁰ A.NIETO: *El arbitrio...*, op. cit., pp.86-88.

diálogo de la sociedad que no cierra todas las respuestas. Como veremos, esta finalidad es desconocida por algunos sistemas de nuestro entorno, entre ellos el nuestro, hasta el punto de que un uso desmedido de instrumentos como el de la interpretación conforme por parte de la jurisdicción constitucional puede convertirse en una válvula de bloqueo de las relaciones dialógicas entre instituciones.

Podría pensarse que la proliferación de estas técnicas responde, justamente, a la necesidad de flexibilizar los cauces por los que discurre la interpretación, a integrar la complejidad de un Estado constitucional avanzado mediante instrumentos mucho más sutiles que tiendan a la gradación y no al drama binario de la exclusión. Parece como si más allá del fallo de Tribunal Constitucional ya sólo quedase el vacío. Es cierto que se reconocen puntos de apoyo mediante los cuales otros intérpretes retoman la palabra, así (suponiendo que el precepto legal se mantenga en el ordenamiento jurídico) la posibilidad de plantear nuevas cuestiones de inconstitucionalidad por parte de los jueces ordinarios, o la reelaboración legislativa de leyes con vicios de inconstitucionalidad en casos de alta incidencia social o económica, pero en el fondo, sigue prevaleciendo esta visión escatológica del juicio de constitucionalidad concebido en su función depuradora de elementos normativos y, en particular, en su función de rechazo de disposiciones textuales. De ahí la rareza que inspira un juicio indefinido como el que expresan las sentencias interpretativas, y de ahí también la dificultad de comprender el juicio en su creatividad y no en su efecto meramente destructivo. Mucho más fecunda resulta en nuestro escenario adoptar una versión cíclica de la interpretación constitucional donde la decisión del Tribunal se entienda como una renovación del diálogo que debe tener su continuidad en el resto instituciones.

IV.- CRÍTICAS DECONSTRUCTIVAS

El desarrollo del paradigma hermenéutico y sus implicaciones en el examen de las decisiones interpretativas como elementos de “concretización” y de “densificación” de contenidos normativos constitucionales no nos exime de plantear sumariamente algunas objeciones procedentes de la escuela deconstructiva, cuya incidencia ha sido enorme tanto en el estudio de los procesos de interpretación en general como en el estudio de la interpretación de textos jurídicos.

El impacto de estas tendencias metodológicas en el ámbito norteamericano, auspiciadas por los llamados *Critical Legal Studies*¹⁰¹ a partir de la recepción de la filosofía del pensador francés J.DERRIDA¹⁰², y su penetración en algunos sistemas continentales¹⁰³, contrasta con la indiferencia que sus observaciones han suscitado entre la doctrina

¹⁰¹ J.A. PÉREZ LLEDÓ: *El movimiento Critical Legal Studies*. Tecnos, Madrid, 1996. R.MANGABEIRA UNGER: *The Critical Legal Studies Movement*. Harvard University Press, Cambridge, 1986. CH.MOUFFE: “Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy” en CH.MOUFFE (edit.): *Deconstruction and Pragmatism*. Routledge, Londres/Nueva York, 1997; J.B. BALKIN: “What is Postmodern Constitutionalism?” En D.PATTERSON (ed.) *Postmodernism and Law*. Dartmouth, Aldershot, 1994, pp. 369-393. Sobre la recepción de DERRIDA en el constitucionalismo norteamericano y, en particular, en las teorías de la interpretación. Vid. M.ROSENFELD: *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics*. University of California Press, Berkeley, 1998, pp. 17-32.

¹⁰² De entre su ingente producción, algunos de los ensayos más representativos en los que se esbozan los aspectos que aquí comentamos son: J.DERRIDA: *Marges de la philosophie*. Les Éditions de Minuit, París, 1994 (Traducción castellana de C. González Marín, *Márgenes de la filosofía*, Cátedra, Madrid, 1994); J.DERRIDA: *La Voix et le phénomène. Introduction au problème du signe dans la phénoménologie de Husserl*. Presses universitaires de France, París, 1993 (Traducción castellana de A. Peñalver, *La Voz y el Fenómeno. Una introducción al problema del signo en la fenomenología de Husserl*. Pre-textos, Valencia, 1995); J.DERRIDA: *L'Écriture et la différence*, Éditions du Seuil, París; 1967; J.DERRIDA: *De la grammatologie*, París, Les Éditions de Minuit, 1967

¹⁰³ En la República Federal de Alemania vid. K.H.LADEUR: “Verfassungsgerichtsbarkeit und die “grundlegende Konvention” der bürgerlichen Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Theorie des Verfassungsrechts”, en F.HASE y K.H.LADEUR: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politisches System*, Campus, Frankfurt a.M., 1980, pp.262-278

española en el campo de la interpretación constitucional¹⁰⁴. La radicalidad y el hermetismo que se atribuyen a las propuestas deconstructivas, no debe ser, con todo, un pretexto que nos permita desentendernos de las críticas planteadas desde esta escuela, ya que repercuten intensamente en la percepción de fenómenos interpretativos expresados como decisión de autoridad. En este sentido nos limitaremos a presentar el envite deconstructivista bajo cuatro de los aspectos que inciden en el problema de la interpretación constitucional de la ley y de la decisión de constitucionalidad en la que dicha interpretación se expresa.

1.- Inestabilidad de significados.

Frente a tesis constructivas que, como la hermenéutica, confían en la consolidación de significados mediante el contexto de interpretación y el diálogo entre intérpretes, las tesis deconstructivas se muestran escépticas respecto a la transmisión intersubjetiva de sentido. Al pensar en el lenguaje en términos de lenguaje escrito nos percatamos de que la articulación de determinados signos lingüísticos *no deriva de ninguna idealidad concreta*, que la presencia del significado no resulta reconocible. A lo que conduce la plasmación escrita es justamente *al distanciamiento* de la idealidad y la cadena textual, de modo que los signos, los significantes, fluyen solos. *La mediación de espacio y tiempo que se filtra en el signo escrito impide la consolidación de significados*. El significado se encuentra siempre disperso, diseminado en un horizonte inaprehensible de significantes. Si las teorías “constructivas” realzan la conexión entre signo y sentido, (y de ahí, por ejemplo, que confíen en el sentido literal como límite a la interpretación) la “deconstrucción” subraya la diferencia que se extiende entre signo y concepto hasta el punto de advertir *que esta diferencia es presupuesto del propio funcionamiento del lenguaje*, la diferencia entre signo e idea posibilita la reproducción de signos aunque esta reproducción se produce a costa de la indeterminación de sentido. Los signos se repiten, pero no se repiten idénticamente, entre otras cosas porque el medio en el que aparecen se encuentra en permanente transformación. Este incesante desplazamiento de sentido enturbia las posibilidades de comunicación: la determinación de un significado sobre la base de un texto por parte de un intérprete (por ejemplo, de una jurisdicción

¹⁰⁴ Alguna mención se encuentra en el trabajo de M.ARAGÓN: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional” en *REDC*, n.17, 1986, p. 122 y en el ya citado trabajo de E.GARCÍA: *El Estado Constitucional...*, *op. cit.* pp. 60-74.

constitucional al adjudicar sentido a los preceptos constitucionales) no se identifica con la acotación de sentido que otro agente pueda formular sobre la base del mismo texto (por ejemplo, de un juez al aplicar una ley cuya constitucionalidad ha sido enjuiciada por una jurisdicción constitucional). El permanente transitar de los sentidos impide la asignación de un significado “neutral”, sólo sobre la base del texto. La interpretación “literal” es desterrada del canon de interpretación no sólo en la concretización de un precepto sino también en la determinación del límite de esta concretización.

2.- Discursos privilegiados.

Dado que los textos son entidades autosuficientes que no abocan a significados predeterminados, la tarea deconstructiva consiste en detectar y denunciar el *status* privilegiado de conceptos estables que vienen proporcionados por la tradición o por la autoridad.

La creencia en la estabilidad del sentido, según las tendencias arrojadas por la deconstrucción, se apoya en el establecimiento de oposiciones jerárquicas entre discursos. La lectura deconstructivista deshace estas oposiciones, invierte la jerarquía entre las ideas para mostrar que la propiedad que atribuimos a uno de los términos también se encuentra en el otro, que el *status* privilegiado de un discurso depende del discurso subordinado y viceversa, hasta el punto de que podemos encontrar en las mismas razones por las que privilegiábamos a A sobre B las razones por las que se puede privilegiar a B sobre A¹⁰⁵. Por un lado, este aventurado juego detecta oposiciones jerárquicas en las que salen a flote presupuestos ideológicos que las sustentan y que, tal vez, no se encuentren cuestionados. Aislar y evidenciar las contradicciones del discurso, inherentes a las relaciones jerárquicas que el mismo discurso propicia es otra de las funciones de la tarea deconstructivista. En verdad, la narración habitual del Derecho Constitucional es una secuencia de oposiciones, para empezar oposición entre “discurso constitucional” y “discurso inconstitucional”, pero también en la forma en la que esta oposición se expresa, asociación del “discurso constitucional” con la decisión emanada de la jurisdicción constitucional no sólo respecto al texto de la ley sino también respecto a su interpretación. Privilegio de la interpretación de la ley vertida por la jurisdicción

¹⁰⁵ J.A PÉREZ LLEDÓ: *El movimiento Critical...*, op. cit., p. 184.

constitucional frente al resto de interpretaciones. La estructura opositiva, como se sabe, también tiene sus repercusiones desde el punto de vista metodológico: ya hemos visto como creemos que adjudicamos sentido a la ley (A) en función de la Constitución (B) cuando el discurso sobre la Constitución (B) lo estamos construyendo en función de la coyuntura planteada por la ley (A).

3.- Hipertexto.

En lo que a aspectos de teoría interpretativa se refiere, uno de los frentes de crítica ejercidos desde la deconstrucción pretende combatir aquellas posiciones que intentan ofrecer una perspectiva de la interpretación constitucional como un todo unitario.

Ya vimos como desde la hermenéutica, se aspiraba a la coherencia entre los materiales proporcionados por la tradición y las circunstancias (objetivas y subjetivas) que despuntan en el momento de la aplicación, proceso que primero partía de una cierta delimitación textual y, segundo, culminaba en la construcción de un sentido también acotado. En la misma senda camina DWORKIN, quien busca en la integridad un término medio entre el dato proporcionado por la historia constitucional y la construcción de un sentido a la luz del presente. El contacto intertextual y las restricciones con las que la práctica interpretativa constriñe al agente permiten consolidar una interpretación que, además, resulta ser la “mejor” interpretación. La fórmula, sin que DWORKIN llegue a elaborarlo con profundidad, presupone del mismo modo la delimitación de los textos a interpretar en cuyo fundamento se construirá el sentido.

Por el contrario, los teóricos de la deconstrucción empiezan rechazando la interpretación conforme a una historia, unos principios y una práctica entendida como totalidad. Además, la búsqueda de una interpretación constructiva sobre la base de la coherencia de los materiales textuales proporcionados encuentra, para los deconstructivistas, un difícil escollo, a saber, que el sentido no logra estabilizarse *porque el material textual del que se parte es difuso*. No es que aparezcan aquí, como exploraban los analíticos, los problemas de ambigüedad y textura abierta que impregnan el lenguaje y dificultan la comunicación, sino que, a lo que se refiere la deconstrucción, es a la ausencia de concreción sobre qué texto debemos interpretar, *ya que los textos se remiten unos a*

otros y el sentido de nuestra lectura es siempre incompleto al faltarnos el sentido del resto de textos que inciden en el texto a interpretar y del que el texto a interpretar depende.

El significado queda siempre desplazado no sólo por la disociación entre texto y comprensión a la que pueda conducirnos una lectura, sino porque el universo de lecturas que tal vez permitiría elevarse hacia el significado es infinito o, al menos, de número indeterminable. A este horizonte abierto de remisiones entre textos no controlable y de contornos extremadamente difusos lo denominamos hipertexto¹⁰⁶.

Si DWORKIN sostenía una forma de interpretación constructiva fundada en el contacto intertextual que se produce en el ejercicio de práctica, era porque, en cada *hard case* a resolver, DWORKIN creía que la “fábrica textual” se encontraba completa y cerrada¹⁰⁷. El debate, aunque se plantee en términos nuevos, no deja de ser clásico, empieza desde el momento en que entendemos que el Derecho Constitucional, y por tanto el material de textos a considerar, se extiende más allá de los escasos artículos aprobados por un poder constituyente, lo que desafía a la ya superada tradición iluminista (inspirada en el concepto racional-normativo de Constitución) que tendía a identificar Derecho Constitucional con Constitución formal. El hipertexto permeabiliza el contacto entre los artículos de la constitución formal y el resto de textos (incluso los no jurídicos), el ordenamiento jurídico se interpreta a la luz de la Constitución formal pero también el significado de la Constitución formal *depende del resto* del ordenamiento jurídico, algo que se proyecta, asimismo, más allá de lo que se intenta identificar como Constitución en sentido material.

Los textos que pueden leerse como remisiones constitucionales son innumerables y, en su detalle, pueden repercutir en el contenido significativo que se adjudique a los artículos de la Constitución formal. Avanzar por esta senda nos lleva a una serie de consecuencias en cascada nada despreciables: el tan elemental principio de jerarquía

¹⁰⁶ Sobre la noción de hipertexto en general *vid.* G.P. LANDOW: *Hipertexto*. (Trad. P. Ducher), Paidós, Barcelona, 1995, especialmente pp. 13-49. Sobre el hipertexto y la intertextualidad *vid. ibidem*. pp. 22-23.

¹⁰⁷ C.DOUZINAS y R.WARRINGTON: *Postmodern jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 57.

normativa se desvanece¹⁰⁸ y quedan en entredicho las estructuras procesales¹⁰⁹ (más especialmente en un sistema de jurisdicción constitucional concentrada) cuyo fundamento jurisdiccional parte de una presunta delimitación material de textos.

Ciertamente, la idea del hipertexto resulta ajustada a lo que reflejan las formas interpretativas de decisión¹¹⁰. Las decisiones interpretativas operan como muletas textuales sin cuyo apoyo el significado constitucional no puede vislumbrarse. No importa que la precisión interpretativa se encuentre en el fallo o en los fundamentos¹¹¹ porque la adjudicación de significados provoca que el texto en su conjunto interactúe con el resto de materiales constitucionales para la producción de un sentido. Si al adaptar el modelo dworkiniano del Derecho como integridad a la cuestión de las decisiones interpretativas veíamos como éstas se presentaban como los capítulos determinantes en la “novela en cadena” que los nuevos intérpretes debían tener en cuenta, desde la deconstrucción se atribuye al fenómeno de la decisión interpretativa justo el papel contrario. Las decisiones interpretativas serían la prueba de la remisión intertextual constante e ilimitada que impiden la consolidación de significados¹¹².

4.- La interpretación como reforma constitucional.

Una de las virtudes que explica el éxito de los movimientos críticos es que el escepticismo interpretativo ha abandonado la lectura fragmentaria y sin objetivo que

¹⁰⁸ Se produce una cierta consonancia entre algunas de las consecuencias que enuncia la deconstrucción con algunos extremos de la teoría de HÄBERLE ya comentada, en el que este autor sugiere el debilitamiento del principio de jerarquía en el proceso interpretativo. *Vid.* P.HÄBERLE: “Contenidos significativos y funciones de la Ley Parlamentaria” en A.LÓPEZ PINA, *Democracia representativa y parlamentarismo, Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*. Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Madrid, 1992, pp. 69-73.

¹⁰⁹ También en este sentido *vid.* P.HÄBERLE: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, op. cit.*, p.247.

¹¹⁰ Sobre la teoría del hipertexto aplicada a las formas interpretativas de decisión de la jurisdicción constitucional española *vid. infra.*, tercera parte de este trabajo, pp. 423 y ss.

¹¹¹ Los fundamentos siempre pueden considerarse un “hipertexto” al que el fallo se remite sea cual sea la forma que adopte éste último, es decir, el efecto hipertextual se produce tanto si el fallo se limita a establecer la consecuencia jurídica como si añade indicaciones interpretativas lo que, a su vez, sucede incorporando en el mismo fallo un añadido textual con vocación interpretativa o, explícitamente, con la sola remisión al fundamento.

¹¹² Este obstáculo, en un sentido más concreto, se encuentra bien ilustrado en el hecho de que, en nuestro sistema, por ejemplo, ni los textos constitucionales ni los textos legales incluyen las

caracterizaba las primeras aportaciones de la deconstrucción para, partiendo de la inestable relación entre signo y sentido, incorporar en la tarea interpretativa un elemento de transformación social. Este giro se desprende de las propias palabras de DERRIDA cuando, ya en los años ochenta, afirmó que:

El derecho es esencialmente deconstruible, bien porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones mejora del derecho), bien porque su último fundamento, por definición no está fundado. Que el derecho sea deconstruible no es una desgracia. Podemos incluso ver ahí la oportunidad política de todo progreso histórico¹¹³.

Al incorporar una finalidad al proceso interpretativo y, en particular, una finalidad de reforma del sistema, la volatilidad de los significantes acaba percibiéndose más como ventaja que como inconveniente. La rigidez de la distinción entre interpretación constitucional y poder de reforma se difumina¹¹⁴ y es en esta imprecisión donde se encuentra —para los movimientos críticos— la oportunidad de deslizar nuevos planteamientos sin modificar un ápice del conjunto de significantes (de signos textuales) que configuran los artículos de una Constitución.

Como sucede en Estados Unidos (aunque también en España), en aquellos sistemas cuyo procedimiento de reforma formal de la Constitución es muy agravado, aumenta la posibilidad de que los cambios en el contenido de los preceptos constitucionales se introduzcan a través de la rendija de la interpretación, opción que parecen explorar y fomentar las teorías escépticas (escépticas en cuanto a la asignación de significados aunque, como se ve, no tan relativistas en lo que incumbe a principios sustantivos, al menos desde la amalgama de movimientos progresistas que representan).

Que las expresiones más incisivas del poder interpretativo del texto constitucional se produzcan en un marco institucional rígido (en un Tribunal Constitucional en el escenario del control de constitucionalidad de la ley, por ejemplo) no impide concebir

interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en sus sentencias. Sobre este déficit E.AJA y M.G.BEILFUSS “Conclusiones generales” en *Las tensiones...*, *op. cit.*, p. 277.

¹¹³ J.DERRIDA: “Fuerza de Ley: el Fundamento Místico de la Autoridad” (Trad. A.Peñalver) en *DOXA*, n.11, 1992, p.140.

¹¹⁴ W.H.HARRIS II: *The Interpretable Constitution*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1993, pp.164 y ss.

que la nueva adjudicación de significados se acabe materializando sólo utilizando los resortes ordinarios de acceso a órganos de decisión, mucho menos gravosos, en cualquier caso, de lo que significaría emplazar al poder de revisión constitucional. Por esta razón, gran parte de estos sectores críticos, incluso sectores radicales, no mantienen un discurso contrario a la práctica institucional en su conjunto y más bien tienden a creer que el sistema ofrece enclusas suficientes para que su opción interpretativa acabe prevaleciendo.

En definitiva, la deconstrucción y su aparato crítico ponen énfasis en los problemas de consolidación de significados, denuncian la presencia de discursos privilegiados cuya relación de jerarquía pretenden neutralizar y recuerdan la dispersión de sentido producida por el fenómeno del hipertexto. No obstante, esta permanente indeterminación de sentido no impide que, desde estos grupos, se continúe aspirando a cierto grado de transformación social, que pretende abrirse paso, precisamente, asumiendo la inestabilidad de contenidos ideales asociados a los signos lingüísticos. La borrosa distinción entre interpretación de una Constitución y reforma formal de la misma, aparece como un ejemplo de cambio de sentido sin modificación textual en el que pueden filtrarse estas aspiraciones¹¹⁵.

¹¹⁵ Un ejemplo clásico de interpretaciones introducidas al margen de la reforma constitucional al que la deconstrucción se refiere (vinculada en este caso al igualitarismo por razón de género y al feminismo) se encuentra en la prohibición de discriminación por razón de sexo en los Estados Unidos que, pese a los sucesivos intentos, no encuentra asidero formal en una enmienda constitucional pese a que por vía interpretativa se admita la inconstitucionalidad de la legislación que no da razones suficientes para justificar el tratamiento diferente entre sexos. *Vid. L. TRIBE: American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1988, § 16-1, pp. 1436-1439; B.NEUBORNE: *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana* (Trad. M.Cuchillo), Civitas-Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 1995, pp. 95 y ss.

V.- SÍNTESIS.

Hasta aquí una rápida ojeada a algunas de las más significativas aportaciones que compiten en el panorama teórico de la interpretación, aplicables a la interpretación constitucional y a la interpretación de la ley en el control de constitucionalidad de la misma.

Como ya hemos constatado, en el estudio de las formas interpretativas de decisión todas las visiones se encuentran confrontadas aunque el paradigma hermenéutico acabe perfilándose como una de las opciones más adecuadas a la hora de explicar la introducción de nuevos contenidos normativos a una situación de aplicación de la Constitución como la materializada en las decisiones interpretativas. Por ello, las propuestas hermenéuticas se desarrollan en el trasfondo del análisis concreto tanto de la exposición de modelos comparados, como en el estudio dedicado a la jurisprudencia española, pues no hay lectura de las decisiones interpretativas separable del conjunto de instituciones que la formulan.

En resumen, si al analítico le interesaba saber cuándo las conclusiones de la jurisdicción constitucional se inferían lógicamente de los datos normativos limitándose a denunciar cuándo la interpretación no era más que un pretexto para reflejar una tarea creativa, para el hermeneuta lo importante es ajustar la necesidad interpretativa del momento a los materiales del pasado; aplicar la tradición al presente dado un conjunto de circunstancias actuales también susceptibles de interpretarse. Las formas interpretativas de decisión son reflejo de esta aplicación tanto en el juicio de constitucionalidad de la ley (en la formulación de las condiciones a cuyo amparo el precepto legal debe sujetarse) como en la administración de las consecuencias del juicio de constitucionalidad. La deconstrucción, en fin, señala la difuminación de sentidos inherente a las decisiones interpretativas, aunque aproveche sus entresijos para introducir aquellas interpretaciones que hasta el momento habían permanecido marginadas.

SEGUNDA PARTE: FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

1. Patrones de comparación

A lo largo de los fundamentos teóricos hemos insistido en la asociación entre interpretación y creación, entre interpretación y realización de la Constitución en un contexto cultural y hemos señalado que esta dialéctica no encontraba sus límites en un proceso constitucional específico o en un determinado tipo de sentencias sino que era más bien congénita a cualquier proceso constitucional, a cualquier adecuación de la Constitución a un caso o a una pretensión.

Se trata ahora de descender a un plano más concreto y ocuparse de examinar *a)* cómo operan las técnicas de interpretación constitucionalmente conforme en una selección de modelos de derecho comparado *b)* de analizar la aplicación de estas técnicas tanto desde el punto de vista de su contenido y de su justificación como desde la forma en que las mismas se expresan en cada uno de los escenarios y *c)* de vislumbrar el papel que juegan estas declaraciones en el respectivo entramado institucional.

2. Casuismo y diálogo.

Por un lado nos interesa descubrir cómo, en cada modelo, las jurisdicciones constitucionales recurren a una gama de formas de decisión en las que la interpretación de la ley queda constitucionalmente condicionada y en qué medida el resultado del juicio de constitucionalidad de la ley permite adscribir significados a la Constitución y concretizar su contenido. Se trataría, desde este punto de vista, de abordar aspectos de teoría interpretativa en sentido estricto, a

los que en la introducción hemos venido a vincular con la cuestión del *casuismo* y de la *narratividad* en la valoración constitucional de la obra legislativa.

Por otro lado, las formas de decisión se insertan en un cuadro institucional. Nos ocuparemos, en consecuencia, de estudiar las repercusiones que el juicio de constitucionalidad en sus diversas formas tiene en el resto de órganos constitucionales. Aquí las preguntas a responder serán: ¿qué peso ostenta la interpretación constitucional de la ley ofrecida por la respectiva jurisdicción constitucional en relación con las interpretaciones ofrecidas por otros agentes? ¿Cómo participan estos agentes en la recepción de las decisiones de constitucionalidad y, eventualmente, cómo contribuyen a la reparación de la ley inconstitucional o, en sentido contrario, con qué instrumentos cuentan, desde cada sistema, para rebatir el resultado adoptado por la jurisdicción constitucional?

Esta secuencia de cuestiones se vertebra mediante el concepto del *diálogo institucional* que busca la integración de interpretaciones constitucionales plurales.

Casuismo (narratividad) y diálogo, los dos raíles que discurren a través de un trayecto de paisaje cambiante. Raíles a su vez unidos por un conjunto de observaciones, a modo de tabloncillos transversales, con los que asegurar la firmeza del trayecto. Sin algunos de estos detalles con los que ambas variables se relacionan la propuesta quedaría incompleta. Así, por poner un ejemplo, deberá en todo momento tenerse en cuenta que las técnicas de interpretación conforme —que arrojarán un mayor grado de casuismo en el sistema—, no necesariamente serán mecanismos favorables al diálogo institucional. Todo lo contrario. Una de las hipótesis que se proyectará sobre cada modelo, será, justamente, la de plantear si el exceso de celo en el uso de la interpretación conforme no llega a dificultar el diálogo, hasta el punto de que los límites a estas técnicas se explican por la necesidad de exhortar a otro órgano constitucional a ofrecer una respuesta al juicio de constitucionalidad de la ley que los jueces han dictado.

3. Constantes y diferencias.

Como se verá, la posición que cada uno de estos instrumentos interpretativos utilizados desde las respectivas jurisdicciones nos aporta información sustancial sobre *el conjunto* de cada modelo de jurisdicción constitucional y, asimismo, nos permite contar con un horizonte más amplio de datos a la hora de reflexionar acerca de nuestro propio modelo de control de constitucionalidad de las leyes.

Este camino su muestra especialmente idóneo, en otros sentido, para meditar acerca de ciertas constantes comunes que se reproducen en todos los modelos o que sólo afectan a un grupo de sistemas en particular, forzando, en este último caso, la necesidad de indagar en el substrato de cultura jurídica que permite esta discriminación entre modelos y que permite describir algunas decisiones de fondo que laten sobre la preferencia por uno u otro modelo de jurisdicción constitucional.

Si la justificación y la forma de las técnicas de interpretación nos proporcionan información sobre el sistema de control de constitucionalidad y, a la vez, nos hace más conscientes de las peculiaridades de nuestro propio modelo, un estudio concreto de estas formas de decisiones intermedias nos facilita, por otro lado, un suculento ejemplo para nuestras previas anotaciones teóricas ya que, en general, los procesos interpretativos de decisión repercuten en el proceso de interpretación constitucional en general.

Hasta ahora habíamos tendido a contemplar el despliegue de las decisiones interpretativas con los ojos de la excepcionalidad, lo que aquí proponemos, desde este punto de vista, consiste tal vez en percibir la excepcionalidad como normalidad, lo singular como presupuesto de lo repetido, situación, ésta de las decisiones interpretativas, que, por cierto, no se aleja demasiado de otra institución con la que comparte una estructura similar (cuya aparición es, además, también más frecuente de lo que comúnmente se cree) a saber, la mutación constitucional.

La generalidad nos conduce a afirmar que en el estado constitucional existen múltiples fuentes de interpretación constitucionalmente orientada (la legislativa, la ejecutiva, la judicial, la interpretación de la “sociedad abierta”...) pero nos interesa resaltar la interpretación

constitucional de la ley en los procesos ante el Tribunal Constitucional (y en particular las decisiones que eluden la nulidad) para reconocer *los instrumentos de control* sobre la interpretación que el estado constitucional reproduce en su conjunto. Las distinciones nos sirven para identificar en mayor medida ese control, ese *plus* que barniza la decisión del Tribunal Constitucional, y que se proyecta no sólo en el control evidente (esto es, en la decisión de nulidad) sino, en lo que aquí nos interesa, en el control subrepticio (aunque en comparación con otras fuentes mucho más apreciable), esto es, en la decisión interpretativa. Como sabemos (y como veremos en los distintos modelos comparados) la ausencia de declaración de nulidad no es óbice para que el “poder de liquidación” de la decisión del Tribunal Constitucional sea equivalente o incluso mayor en las decisiones interpretativas.

Las decisiones del Tribunal Constitucional son, además de elementos de control, elementos de diálogo. Podemos discutir si el Tribunal Constitucional es la mejor institución para dialogar con el legislador, podemos examinar las bases de su legitimidad y valorar si sus instrumentos (como las decisiones interpretativas) son los más adecuados para lograr un resultado constitucionalmente óptimo, pero lo cierto es que sin la jurisdicción constitucional como ese “otro” en el que en condiciones más o menos paritarias contrasta el producto del legislador tal diálogo sería inexistente, sería el tono monocorde de un poder único y de una decisión única como sucede en las concepciones radicales que, supuestamente por razones democráticas, conciben la ley como intocable o como manipulable únicamente por la misma institución que la promulgó, esto es, por el legislador.

Con ello no negamos que un diseño institucional alternativo a la jurisdicción constitucional esté en las mismas o en mayores condiciones de fomentar la discusión (por ejemplo, una formalización alternativa de procedimientos en los que se registre la interpretación de la “sociedad abierta”), pero una propuesta que tienda a priorizar el monopolio del legislador en la interpretación constitucional corre el riesgo de recortar los puentes de diálogo en el conjunto del aparato institucional (aunque se asegure la primacía de la deliberación parlamentaria) y de devaluar la vinculación del propio legislador al contenido de la norma suprema.

Así, puede que insistir en el carácter exclusivo del legislador como intérprete constitucional sea un estigma de tradición democrática (como sucede cuando algún autor apela a la figura del reenvío como instrumento de relación entre jueces y Asamblea Nacional en la Francia postrevolucionaria¹) pero no debemos olvidar que era también característico en algunas de las llamadas democracias populares del este de Europa (y por tanto en algunos estados totalitarios) que la interpretación constitucional corriese únicamente a cargo del mismo órgano que había aprobado la ley².

Con estas consideraciones como telón de fondo —las decisiones interpretativas como “normalidad”, pero también el uso de distinciones entre las diversas interpretaciones constitucionalmente orientadas como elementos de identificación del control y como instrumentos de fortalecimiento del diálogo — vamos a describir en este capítulo las diversas modalidades en las que se plasma el juicio de constitucionalidad de la ley en algunas jurisdicciones constitucionales europeas. En todas estas instancias el material a estudiar es muy rico en matices, pero el enfoque, coincidiendo con lo que acabamos de señalar, es esencialmente el mismo: las decisiones interpretativas (o sus equivalentes dentro del marco específico) se conciben *a priori* como extremos puntuales y problemáticos, acaso como

¹ Vid. R. GARGARELA, *La justicia frente al Gobierno*. Ariel, Barcelona, 1996, pp.174-175.

² H. SIMON: “Die verfassungskonforme Gesetzauslegung”, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, n.74, p.85. De entre los antiguos países socialistas, solo Checoslovaquia y, en algún periodo, Polonia y Yugoslavia, contaban con jurisdicción constitucional. El resto, como expresión del principio de unidad de poder, atribuían el control de constitucionalidad a la propia asamblea representativa o a un órgano más restringido y permanente del Parlamento. Vid. P. NIKOLIC: “Pays socialistes” en L. FAVOREU y J.A. JOLOWICZ: *Le controle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*. Economica Presses Universitaires d’Aix-Marseille. París, 1986, pp. 71-112; L. PEGORARO: “El Tribunal Constitucional” en D. LÓPEZ GARRIDO, M.F. MASSÓ GARROTE y L. PEGORARO (directores): *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.414. El vínculo entre la tradición jacobina del *référé législatif* y el asambleísmo de los antiguos países socialistas de la Europa del Este se encuentra breve pero gráficamente desarrollado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su ensayo *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 163-167. En la asamblea constituyente italiana (1946-1947) se reveló también la impronta de esta tradición cuando el partido comunista, y en particular figuras como TOGLIATTI, rechazaron el establecimiento de una jurisdicción constitucional arguyendo que el único legitimado para formular juicios e interpretaciones entorno a la constitucionalidad de las leyes era el Parlamento. Vid. P. PASQUINO: “Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy.” *Ratio Iuris* vol. 11, n.1, 1998, p.45. Sobre la actitud reticente del Partido Comunista de España ante la aprobación del Título IX de la Constitución vid. J.A. MARÍN GÁMEZ: *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Ariel, Barcelona, 1998, p.73.

“parches” en sistemas de control que teóricamente se erigen bajo otros parámetros. Lo normal —tal vez con las únicas reservas del modelo suizo o, recientemente, del Reino Unido— se identifica con la constitucionalidad o la declaración de inconstitucionalidad expresada en la nulidad, el 0 o el 1 en términos binarios, el resto (lo aparentemente excepcional) es accesorio, la sombra del proceso, el resquicio negligible, cuando en verdad ese “resto” es el dato determinante, lo substancial, y tampoco lo normal puede explicarse sin él.

4. Modelos de derecho comparado.

Al analizar las diversas modalidades de decisión que se registran en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes era inevitable esbozar algunas aclaraciones concernientes al *prius* teórico y a las consecuencias resultantes de implicarse con uno u otro paradigma. Pero todo ello es vano sin el contraste espacio-temporal ofrecido desde el derecho comparado. El derecho comparado nos traduce la *realización* de las instituciones dado un sistema constitucional concreto y una tradición, lo que, por cierto, es presupuesto de comprensión para el hermeneuta, dato irrelevante para el analítico e indicio de suspicacia para el deconstructivista.

Podemos, por un lado, aislar algunas variables a tener en cuenta, variables que explican, en parte, la solución a la que nos conduce un determinado sistema de control de constitucionalidad. Dado un sistema y dada la solución que arroja este sistema, podemos aventurar, en una segunda fase, en qué medida el ejemplo podría ser *mutatis mutandis* trasladable no ya a nuestro sistema de constitucionalidad sino *a los problemas que nos son familiares*.

Hemos avanzado ya cuáles sería las “ideas fuerza” cuyo rastro seguiríamos en nuestro particular viaje comparatista. Pero quedan por concretar los puntos específicos a los que tenderán nuestras observaciones.

Avancemos ya algunos: para empezar, destacaremos, primero, la existencia o ausencia de control de constitucionalidad sobre leyes, ausencia que, como inmediatamente señalaremos, no descarta para nada la presencia de técnicas que posibiliten una *interpretación* de la ley acorde con la Constitución.

Atenderemos, por otra parte, a las diferencias y consecuencias de contar con un control preferentemente abstracto de constitucionalidad de las leyes o, en otro sentido, de articular la jurisdicción constitucional sobre la base del control concreto.

Otra variable, de indudable trascendencia, vendrá delimitada por la mayor o menor facilidad de reforma de la Constitución, lo que tendrá repercusiones sobre la actividad del órgano u órganos encargados evaluar la adecuación de la ley a las normas constitucionales.

De igual importancia será el estudio de los “standards” que se barajan en las respectivas jurisdicciones constitucionales ante los posibles vicios de constitucionalidad, ¿puede fácilmente la jurisdicción anular o inaplicar una norma legal? ¿O, por el contrario, existen principios (deferencia hacia el legislador, presunción de constitucionalidad, preferencia por los juicios interpretativos...) que moderan la decisión de inconstitucionalidad? En este último caso — el más frecuente en los modernos sistemas constitucionales— ¿cuáles son y cómo se combinan las diversas restricciones que condicionan a la jurisdicción constitucional? ¿Existen técnicas de elisión que impiden *a priori* la inaplicación o la nulidad de la norma inconstitucional? ¿Qué papel juega la presencia o la ausencia de instituciones específicas tales como la existencia de control previo de constitucionalidad o la aprobación de algunas leyes mediante referéndum? Y, en fin, ¿cómo se conciben las relaciones entre la jurisdicción constitucional y el resto de poderes y cómo la estructura de estas relaciones (con el legislador, o con los tribunales ordinarios en los modelos de jurisdicción constitucional concentrada) inciden en los juicios de constitucionalidad y, en especial, en la forma y consecuencias que adoptan tales decisiones?

Estos serán algunos de los parámetros que tendremos en cuenta a lo largo del estudio de los seis modelos a los que nos dedicaremos preferentemente, y, en especial, a lo largo del estudio del amplio espectro de formas que adoptan los juicios de constitucionalidad en las respectivas

jurisdicciones. Los sistemas son el alemán, el suizo, el italiano, el francés, el británico, el norteamericano y el canadiense. Cada modelo aportará sus propiedades características y su tradición pero todos nos servirán para dar respuesta a un denominador común de preguntas que, por los demás, son persistentes y centrales en el desarrollo del constitucionalismo occidental.

La remisión a la solución alemana encuentra su justificación en el amplio despliegue jurisprudencial y doctrinal que en ese modelo ha merecido el problema de las sentencias “intermedias” y, en especial, la “interpretación conforme”(*Verfassungskonforme Auslegung*), como técnica de interpretación más representativa y también como categoría especial en el conjunto de las sentencias interpretativas (en puridad, de acuerdo con la terminología allí manejada, de las sentencias que declaran la “compatibilidad” de la ley enjuiciada con la Ley Fundamental).

Este modelo instiga también nuestra curiosidad por otra razón, y es que en un afán de positivización sin precedentes, el legislador alemán ha sido el más riguroso a la hora de incorporar las prácticas interpretativas del *BVerfG* en la reforma de la ley constitutiva del Tribunal. Con todo, la realidad ha continuado desbordando la previsión normativa y el esfuerzo sistemático puede ya a estas alturas calificarse de insuficiente, la introducción de nuevos tipos de decisiones en la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*, en adelante) no alcanza el amplio espectro de decisiones que la jurisprudencia del Tribunal ha arrojado en las últimas décadas y ha contribuido, además, a complicar el problema de los efectos de las sentencias, cuya delimitación resulta incierta a la luz de las nuevas categorías.

Por otro lado, el modelo suizo, olvidado habitualmente en los análisis de Derecho Constitucional Comparado, resulta capital para entender las relaciones entre el Legislador y el Tribunal Constitucional a partir de las decisiones interpretativas. La propiedad característica de este sistema, es que el Tribunal Constitucional Federal sólo enjuicia la constitucionalidad de las leyes cantonales *pero no de las leyes emanadas del parlamento federal* (Art. 113.3 Constitución de la Comunidad Helvética de 1874, actualmente, artículo 191 de la nueva Constitución de 1998). Ahora bien, y esta es la clave, la dicción de los preceptos

constitucionales no impide la interpretación de las leyes federales *de acuerdo* con la Constitución, en especial cuando hay derechos fundamentales en juego. Diversas, como veremos, son las razones que restringen en Suiza el control de las leyes federales. Entre ellas, al lado de la propia previsión constitucional, encontramos justificaciones basadas en el respeto hacia la decisión emanada del legislador democrático (aunque tal vez debería predicarse la misma deferencia hacia el legislador cantonal cuyas leyes si pueden, por el contrario, ser inaplicadas por un tribunal).

En cualquier caso lo cierto es que el carácter limitado del juicio de constitucionalidad en Suiza permite resaltar la vinculación del juez a la ley (de hecho la doble vinculación del juez a la ley y a la Constitución) lo que a menudo queda más encubierto en los sistemas en los que el control de constitucionalidad puede conllevar la inaplicación o la nulidad de la ley. La interpretación es, pues, el único recurso con el que cuenta el Tribunal Federal (*Bundesgericht*) frente a posibles vicios de inconstitucionalidad incrustados en las leyes federales, es el eje central de relación entre el Tribunal y el legislador federal, pero como demuestra el desarrollo jurisprudencial, el uso de instrumentos interpretativos no deja indemne el contenido del precepto analizado.

Al abordar el tema de las sentencias interpretativas la alusión al sistema italiano es casi un tópico. No nos ahorraremos aquí explicaciones al respecto: es justamente la influencia constante de la solución italiana sobre nuestro propio modelo (detectada desde los inicios de nuestra jurisprudencia constitucional) lo que nos obliga también a su tratamiento. Será sin embargo, a partir de la crítica a algunas de las aproximaciones impulsadas en ese ámbito como empezaremos a erigir nuestra particular visión sustancial del problema: contra una visión preferentemente tipológica en el análisis de la decisión de constitucionalidad —preponderante en Italia—, a nosotros nos interesará enfatizar el encaje de la decisión de constitucionalidad en el marco institucional y, en particular, en la configuración de la interpretación constitucional compartida tanto por el legislador como por el resto de tribunales.

De ahí nuestro interés por modelos tradicionalmente descartados que resultan, sin embargo, vitales para estudiar la recepción y el sostenimiento del diálogo entre jurisdicción constitucional

y el resto de poderes. Nos fijaremos en las prácticas prodigadas por la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés, así como en las peculiaridades institucionales que el control de constitucionalidad de las leyes presenta en ese país, de donde surgen interesantes figuras derivadas del “control previo” de constitucionalidad (aunque la idea de control previo, ya avanzamos, deba ser tomada con cautela). Será interesante descubrir, asimismo, cómo en este marco eclosionan las formas interpretativas de decisión y cómo se integran (si es que lo hacen) en la dinámica de relaciones entre el Consejo Constitucional, el legislador, y los tribunales encargados de aplicar la ley.

Tan decisivo para nuestra investigación, como desconocido en el referente habitual del derecho comparado, encontramos el ejemplo del control judicial de las leyes en el Reino Unido desde la aprobación de la *Human Rights Act* en 1998, modelo cuya ojeada nos permitirá presentar un escenario en el que los jueces pueden apreciar la incompatibilidad de la ley —en ese caso, incompatibilidad con la *Human Rights Act (HRA)*—, pero en el que la decisión de enmienda de la ley y su elaboración se trasladan al Parlamento a través del Ministro competente en la materia.

Tenemos, pues, un nuevo ejemplo, en el que los juicios de constitucionalidad acerca de las leyes se articulan interpretativamente y, en caso de incompatibilidad, *siempre* con la concurrencia de legislativo y gobierno. Por otra parte, la imposibilidad de inaplicar la ley por parte de los tribunales, combinada con la falta de beneficios que las partes litigantes, en el caso concreto, obtienen con una declaración de incompatibilidad de la ley (sujeta a ulterior reparación mediante actuaciones del Ministro competente y del Parlamento), insufla a la institución de la “interpretación conforme” de un conjunto de cualidades desconocidas para los otros modelos que manejan figuras análogas.

Hemos decidido incluir el caso de Estados Unidos en nuestra investigación debido al enorme desarrollo que en ese sistema han experimentado las técnicas interpretativas en el juicio de constitucionalidad y, más concretamente, las técnicas interpretativas dirigidas *a evitar* las cuestiones constitucionales de fondo, con las que se pretende sortear el sempiterno problema

de la preponderancia judicial a la hora de adscribir significados a los preceptos constitucionales.

Somos conscientes de las múltiples precisiones y matizaciones que deben acompañar nuestros comentarios sobre el modelo norteamericano de control de constitucionalidad de las leyes en el seno de un estudio de derecho comparado. Sin las mismas, se corre el peligro de asimilar precipitadamente instituciones o prácticas norteamericanas y europeas que el contexto hace, en realidad, muy diferentes. De hecho, pese a las reiteradas precauciones que suelen emitirse a la hora de contrastar una figura procedente del constitucionalismo norteamericano con cuestiones presentes en la dinámica de algunos estados europeos, lo cierto es que, al final — como la misma comprensión de la "interpretación conforme" demuestra fehacientemente—, los conceptos son importados sin atención a la cultura jurídica y política en la que surgen. A este respecto las matizaciones serán, en la medida de lo posible, convenientemente desglosadas, y ello no evitará que el modelo norteamericano continúe despertando nuestra curiosidad sobre todo en aquello que afecta a la sofisticación en el uso de cánones interpretativos (veremos como la narratividad y la interpolación de detalles roza, podría decirse, al paroxismo) y como esta complejidad (a menudo no formalizada) puede ser, justamente, a costa de mermar el diálogo institucional que, dicho sea de paso, un sector de la doctrina norteamericana demanda.

Finalmente, añadiremos unas breves notas sobre el sistema canadiense y sobre la introducción de la llamada cláusula “notwithstanding” por la que se permite la aprobación de leyes contrarias a Derechos Fundamentales cuyo control judicial de constitucionalidad resulta, si así lo decide la Asamblea Legislativa, exceptuado. Al cambiar las coordenadas del clásico modelo de *judicial review*, en el modelo de cláusula “notwithstanding” cambian también las variables sobre la interpretación constitucional de la ley por parte del juez de constitucionalidad y sobre el vínculo dialógico entre Corte Suprema y Parlamento.

Uno de los posibles enfoques en el estudio de las decisiones interpretativas (y, en general, de las diversas modalidades de decisión de una jurisdicción constitucional, con las que se elude la declaración de nulidad) viene presidida, especialmente en los modelos de control de constitucionalidad *a posteriori* de las leyes, por el problema de cómo superar el *vacío* que genera la nulidad de la disposición declarada inconstitucional o de cómo la nulidad resulta inoperante para reparar una situación inconstitucional provocada por un exceso del legislador. Las decisiones intermedias pueden apreciarse, bajo estas condiciones, como remedios que cubran las exigencias y los conflictos auspiciados por estas disfuncionalidades. Pero este no es exclusivamente el objetivo del presente trabajo. Lo que aquí nos interesa *es presentar las diversas modalidades de decisión como fórmula de relación entre la jurisdicción constitucional y el resto de la estructura política de un Estado Constitucional*, así como enfatizar las consecuencias que se derivan de la gran permeabilidad que se detecta entre lo que tradicionalmente se entiende por una decisión formalmente interpretativa y aquella que conlleva la nulidad de un inciso de la ley. Lo que nos interesa, en definitiva, es *cómo las formas interpretativas de decisión contribuyen a identificar el contenido de la Constitución en un momento dado de la evolución de un Estado Constitucional*.

II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Antes de desgranar las diversas variantes que nos ofrece el panorama europeo, nuestra línea metodológica nos exige trasladar cualquier abstracción conceptual a su devenir histórico. Hasta donde llega nuestro conocimiento, el estudio diacrónico de los diversos tipos de sentencias emanados del juicio de constitucionalidad es un trabajo inédito en el análisis de los procesos de formación de la jurisdicción constitucional en Europa. Las monografías producidas en algunos de los países citados (principalmente la RFA, Italia y Francia a los cuales deberíamos añadir la literatura producida en Austria) raramente se ocupen de los antecedentes (o lo hacen de forma muy parcial) y pasan sin más preámbulos a la caracterización de las diversas categorías de sentencias y — como no— al examen de sus límites respecto al legislador y respecto a los jueces ordinarios. El material bibliográfico es, en conclusión, sumamente escaso en lo que a aspectos históricos se refiere, pero ello no nos inhibe a la hora de adelantar algunas hipótesis en un breve apartado conjunto.

Pese a la carencia de fuentes, existen algunas conclusiones en las que coinciden la mayoría de autores³ que (siempre fugazmente) hacen mención al origen de aquellas decisiones que, sin ser meramente declarativas de la constitucionalidad del precepto enjuiciado, tampoco no proceden a declarar su inconstitucionalidad.

³H.BOGS: *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*. Kolhammer, Stuttgart, 1966, p.15; E.CAMPICHE: *Die verfassungskonforme Auslegung*. Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1978, p 2; V.HAAK, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung des Richters*. Rötarscheid, Bonn, 1963, pp. 55 y ss.; M.IMBODEN: “Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit”, en *Festschrift für Hans Huber*. Stämpfli, Bern, 1961; p.139; K.STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol II, Beck, Múnic, 1980, p.959.

En el ámbito centroeuropeo, como hemos destacado, los comentarios se centran en la figura de la interpretación conforme, tal vez la categoría de la que se tiene mayor consciencia desde hace tiempo (el resto, nulidad parcial, sentencias apelativas, son de cuño relativamente reciente), tratándose, además, del tipo de decisión más meticulosamente definido.

En síntesis, el acuerdo histórico al que llegan los autores consiste en reconocer que el precedente de la interpretación conforme aparece por primera vez en el modelo norteamericano⁴, para añadir, en segundo lugar, *que el desarrollo de esta técnica en Europa no responde a una recepción de la jurisprudencia de la Supreme Court sino que deriva de las propias necesidades del control de constitucionalidad*⁵.

La aparición de sentencias que inciden en el significado normativo sin alterar la literalidad del texto, que restringen el ámbito de aplicación del texto enjuiciado a alguna de las interpretaciones posibles, que, en definitiva, extienden el campo de la apreciación jurisdiccional más allá de la pura constitucionalidad y de la inconstitucionalidad asociada a la nulidad es un fenómeno que surge en las jurisdicciones constitucionales europeas de forma espontánea y con completa independencia de su antecedente norteamericano. Este es el dato objetivo y por el momento no existe ninguna prueba que refute esta versión, aunque podría dudarse de ella. Es verdad que no estamos en condiciones de aportar ninguna conexión determinante que confirme la relación entre el modelo americano y el modelo europeo, pero ello se debe en gran medida a que la posible influencia del derecho constitucional americano en la formación constitucional europea es una historia que todavía queda por escribir. Es una tarea que supera con creces las ya de por sí amplias pretensiones de este trabajo, pero

⁴ La tesis debe matizarse porque la eclosión de fórmulas que eviten el pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley no se manifiestan con detalle hasta la década de los años 30 del siglo XX con el voto particular concurrente del juez BRANDEIS en la sentencia *Aschwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346 (1936), *vid infra*. No obstante, la técnica de la interpretación conforme, a lo largo del siglo XIX, se planteó en Estados Unidos en términos similares a los que en la actualidad informan la práctica en Europa (aunque posteriormente, en los Estados Unidos dicha técnica experimentaría una importante variación) *Vid.* R.K. CARR: *The Supreme Court and Judicial Review*. Greenwood Press, Westport, 1970, pp. 189-203; W.K.KELLEY “Avoiding constitutional questions as a three-branch problem” en 86 *Cornell Law Review* 831 (2001), p. 836-843.

⁵ H.BOGS: *op.cit.*p.15; M.IMBODEN: *op.cit.*,p.139; también O.BACHOF: *Summum ius summa iniuria*, 1963, p.47, citado por K.STERN, *op.cit.*,p.959.

tampoco en esta ocasión podemos dejar de ofrecer algunas sugerencias al respecto. No es que el estudio histórico del control de constitucionalidad haya sido abandonado por completo⁶. Lo que deseamos añadir es simplemente que la configuración del control de constitucionalidad europeo no incumbe tan sólo a los antecedentes inmediatos del período de entreguerras sino que la inmersión profunda en el océano del siglo XIX es, científicamente hablando, todavía un territorio poco explorado⁷. Ahí aparecerían personajes como R. von MOHL, que conocía algunos datos del sistema americano por las traducciones al alemán de la obra de TOCQUEVILLE⁸ o a figuras ya olvidadas como el barón húngaro J.EÖTVÖS⁹, que terció en una agria polémica acerca de la unificación del control de constitucionalidad en un sólo órgano (acaso el precedente lejano del control concentrado) frente a los peligros de un sistema difuso (peligros explicables no sólo desde la tradición democrática sino, como en el caso de EÖTVÖS también desde la tradición monárquica). Pero sobre ello tenemos apenas un puñado de nombres y demasiadas intuiciones. Si el marco general se encuentra enterrado en los abismos de la memoria¹⁰, ¿cómo vamos a rescatar los datos exactos para responder a nuestras preguntas concretas?, ¿Si no sabemos casi nada, constitucionalmente hablando, de las relaciones entre América y Europa a lo largo del siglo XIX cómo vamos a saber si las sentencias interpretativas europeas del siglo XX se inspiran en las técnicas desarrolladas por la *Suprem Court* y por las jurisdicciones norteamericanas estatales o en el relato que de ellas dieron cuenta algunos observadores?

⁶ Como demuestra, por poner un ejemplo sobre los avances en esta materia, el tan citado trabajo de P.CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987.

⁷ Existe, con todo, la interesante obra de H.DIPPEL: *Die amerikanische Verfassung in Deutschland im 19 Jahrhundert*. Keip, Goldbach, 1994.

⁸ R.von MOHL:“Nordamerikanisches Staatsrecht” en *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Auslandes*, n.7 , 1835, pp.1-26; también del mismo autor “Amerikanisches Recht” en *Ibidem*. n.8, 1836, pp.358-387 y “Nordamerikanisches Staatsrecht”, en *Ibidem*.n.12, 1940, pp.161-185.

⁹ J.EÖTVÖS: *Der Einfluß der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat*, Vol. II, Leipzig 1854, citado por H.HALLER, *Die Prüfung...op.cit.*, pp.18-20

¹⁰ Sobre el rechazo, no sólo del control de constitucionalidad material sino también de la interpretación constitucionalmente conforme por parte de los tribunales prusianos y, en el último tercio del siglo XIX, por parte del *Reichsgericht* vid. J.POLAKIEWICZ: “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.81, 1993, pp. 26-27.

Nos remitimos al futuro para responder las preguntas del pasado y para proporcionar una solución a nuestro enigma particular. No obstante, en la tenue recomposición del mapa que hemos logrado encajar sobre la irrupción de decisiones no invalidatorias del texto legal despunta un dato no por esperado menos interesante, a saber, que para formular una decisión interpretativa no se requiere un órgano que controle la constitucionalidad de las leyes bajo la amenaza de la nulidad o de inaplicación, es más las sentencias interpretativas entendidas como transformación del significado sin alteración textual (lo que no excluye el carácter interpretativo de toda decisión *vid. supra*), *aparecen en Europa incluso en sistemas en los que no se reconoce expresamente un control jurisdiccional de validez de las leyes*, como sucedió en Weimar, cuando el Tribunal del Reich, antes de la famosa decisión de 4 de noviembre de 1925 en la que reconoció a los jueces la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes del Reich (control difuso, por cierto), ya había antes recurrido a la técnica de la interpretación conforme a partir de la sentencia del Tribunal del Reich 28 de abril de 1921¹¹ y en algunos juicios posteriores¹².

¹¹ *Vid. Entscheidungen des Reichsgerichts (Zivilsachen)* 102,161(165) el Tribunal del Reich enjuició la normativa del Land de Bremen (con carácter materialmente legislativo pues respondía a una habilitación legal) referida a un conjunto de medidas de urgencia contra la escasez de vivienda. La más polémica de estas medidas consistía en obligar a los propietarios de las grandes viviendas a arrendar aquellas partes de las mismas que estuviesen inutilizadas. Como consecuencia de este arrendamiento el propietario no percibía ninguna indemnización aunque, como entiende el propio Tribunal, la obligación contemplada se tratase en realidad de una expropiación, cuestionándose entonces la compatibilidad de la medida con el art. 153 de la Constitución de Weimar referido al derecho de propiedad. En realidad, el punto discutido no era si podía practicarse una expropiación sin el derecho a percibir una adecuada indemnización (puesto que según el art. 153, párrafo segundo de la Constitución de Weimar esta indemnización podía relativizarse por ley) sino cómo debía ser la determinación legal que modulase este derecho. El *Reichsgericht* se plantea dos posibilidades interpretativas: que la determinación legal sobre la indemnización sea precisa y se infiera claramente de la ley o, en otro sentido, que la excepción al derecho de indemnización sea deducible del contenido y objetivos de la norma sin necesidad de mención legal explícita. La conclusión a la que llega el Tribunal es que no bastaba con la mera deducción sino que la determinación legal era constitucionalmente exigible. La ley (en ese caso la ley de cobertura) era constitucional siempre que la determinación sobre la indemnización quedase claramente consignada, condición que, en ese caso, el Tribunal estimó que la ley cumplía. Para un comentario sobre esta decisión del *Reichsgericht* ver H.P.PRÜMM: *Verfassung und Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1977, p.63.; H.MAURER: “Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung”, en *Die Öffentliche Verwaltung*, n.17-18, 1963, pp.683-688.

¹² *Vid.* la decisión del *Reichsgericht* de 27 de noviembre de 1923 acerca de la incompatibilidad entre el art. 137.3 de la Constitución de Weimar (que prescribía la libre organización de las comunidades religiosas en el marco de la ley y la capacidad de las mismas para escoger a sus cargos sin mediación del Estado) con la aplicabilidad de algunos preceptos

Estos ejemplos nos confirman que a través de la interpretación puede ejercerse una suerte de control de constitucionalidad que no culmine en la nulidad ni en la inaplicabilidad del precepto enjuiciado lo que nos hace pensar, a su vez, en la existencia de instrumentos de adecuación de la ley a la Constitución que no se corresponden a la jurisdicción constitucional tal como la entendemos en la actualidad pero que podrían arrojar nueva luz acerca de nuestra concepción sobre la eficacia de las constituciones europeas a finales del siglo XIX y en las dos primeras décadas del siglo XX. Sin embargo, contra esta versión puede argüirse que las decisiones del *Reichsgericht* en los primeros años de Weimar no son un reducto de influencias lejanas sino que responden a la influencia de la recién instaurada Constitución austríaca de 1920 y que es una consecuencia previsible en el marco del constitucionalismo de entreguerras.

Es verdad que la influencia de la “solución austríaca” para el control de constitucionalidad de las leyes (como C.SCHMITT la llamaba), gozó de gran predicamento en Alemania de Weimar¹³ pero justamente la discusión acerca de la conveniencia de importar este modelo se centraba en la instauración de una jurisdicción con el poder de invalidar una ley si este Tribunal estimaba que la norma legal había infringido los mandatos constitucionales (sin que los teóricos reparasen demasiado en un aspecto menor como el de las técnicas concretas de decisión judicial). En este punto la influencia austríaca sobre Alemania es difícil de calibrar básicamente porque, a diferencia de lo que sucedía en la propia jurisdicción alemana, en Austria los primeros intentos de interpretación conforme en sentido explícito (y no mera interpretación constitucionalmente orientada) no se registran hasta después de la segunda guerra mundial¹⁴.

Además de Weimar nos encontramos con un precedente todavía más remoto en lo que a interpretación conforme se refiere: habitualmente se reconoce que el tribunal pionero en el uso

legales sobre la jubilación de funcionarios (y en concreto sobre la edad de jubilación) a cargos estas comunidades, *vid. Juristenzeitung*, V.14,1924, pp.1045-1046. Existen también ejemplos de interpretación conforme por parte del *Reichsgericht* con posterioridad a 1925, *vid. Entscheidung des Reichsgerichts (Zivilsachen)* 118,1 (11 de junio de 1927)

¹³ *Vid. C.SCHMITT: La Defensa de la Constitución.* (Trad. M. Sanchez Sarto). Tecnos, Madrid, 1998. pp. 33 y 34 y el artículo de W. JELLINEK allí citado publicado en *Juristische Woche* en 1925 (página 454).

de estas técnicas fue el Tribunal Federal Suizo que incorporó este principio en el juicio de constitucionalidad de las leyes en la decisión de 8 de julio de 1908.

Por lo que hemos apuntado con anterioridad podríamos llegar a pensar que el ejemplo suizo refuerza nuestra intuición sobre el desarrollo de instrumentos alternativos a la nulidad y a la inaplicación de leyes inconstitucionales en aquellos sistemas en los que no existe jurisdicción constitucional propiamente dicha. Con todo, el juicio del Tribunal Federal Suizo de 8 de julio de 1908¹⁵ no es la mejor prueba de esta suposición porque la interpretación conforme no se practicó en ese caso sobre una ley federal (la única alternativa posible ya que en principio el Tribunal Federal se encuentra maniatado en el juicio de constitucionalidad de leyes federales) sino que se trataba de una ley cantonal, cuyo control (y eventual declaración de inaplicabilidad por contradecir los preceptos constitucionales) sí entraba dentro de las posibilidades del tribunal.

Aunque el primer antecedente que existe en Europa sobre interpretación conforme aparezca en un juicio en el que el Tribunal Federal Suizo tenía también la alternativa (en el caso que no existiese interpretación compatible) de suspender la aplicación de la ley cantonal, podría aceptarse que el Tribunal Federal se encontraba *en especial predisposición* para practicar interpretaciones conformes debido a la limitación general que pesaba (y todavía pesa) sobre el control de la legislación federal. Si se recurrió a técnicas interpretativas para evitar la inaplicación de una ley cantonal (y se llegó a tener consciencia de su uso) con mucha mayor antelación que en otros sistemas no se puede descartar que ello sucediese porque existía la convicción de que frente a las leyes federales la interpretación conforme era la única opción factible para resolver eventuales colisiones con la norma constitucional.

Por desgracia, esta hipótesis, que vendría reforzar la idea de que en Europa las técnicas interpretativas de decisión aparecen y se desarrollan especialmente en aquellos contextos carentes de jurisdicción constitucional en sentido propio, no puede ser confirmada. Las

¹⁴ M.IMBODEN: *op.cit.*, p.139.

¹⁵ Efectivamente se trata de la primera vez en Europa que un tribunal declara que “en caso de duda un precepto debe ser interpretado, de manera que permanezca en el marco de la Constitución”. *Vid.* V.HAAK: *op.cit.*, p.56.

posteriores decisiones del Tribunal Federal Suizo en las que se invoca la interpretación constitucionalmente conforme (por ejemplo, una decisión de 13 de julio de 1911) continuarán recayendo sobre leyes cantonales (aunque se trate de un precepto de una ley cantonal que posteriormente se incorporaría a una ley federal¹⁶) y el recurso a la interpretación conforme sobre leyes federales no se generalizará en Suiza hasta los años sesenta¹⁷, cuando ya esta técnica se invocaba en otros estados europeos (Alemania, Italia) por Tribunales Constitucionales que contaban plenamente con el poder de expulsar del ordenamiento jurídico preceptos con rango legal contrarios a los mandatos contenidos en las respectivas constituciones.

En síntesis, en relación con modalidades interpretativas de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes, hemos planteado la idea de que *existe un desarrollo autóctono e independiente* de las formas interpretativas (y en particular de la interpretación conforme) en Europa que en principio se inspira en las propias necesidades y no en el eco de la jurisdicción constitucional americana. Ello no ha sido obstáculo para introducir algunas dudas cuya respuesta no puede elaborarse en este trabajo sino que depende de un estudio exhaustivo sobre la influencia del constitucionalismo americano en Europa a lo largo del siglo XIX

En otro sentido, al recordar algunos de los primeros antecedentes de decisiones judiciales en las que se ofrecen soluciones alternativas a la nulidad (o a la inaplicabilidad) hemos insinuado que estas decisiones podrían haber surgido preferentemente en jurisdicciones en las que la nulidad (o inaplicabilidad) como sanción a la inconstitucionalidad de la ley no estaba plenamente desarrollada, sea en la República de Weimar (o al menos en la República de Weimar con anterioridad a la decisión de 4 de noviembre de 1925) sea en Suiza, cuyas restricciones apuntadas sobre las leyes federales pueden eventualmente propiciar el contexto favorable para la aparición de soluciones interpretativas aunque las primeras manifestaciones del principio de interpretación conforme desputen en procesos de control de constitucionalidad sobre leyes cantonales (detalle éste que deja la hipótesis en el aire).

¹⁶ V-HAAK: *op.cit.*, p.77.

¹⁷ E.CAMPICHE: *op.cit.*, p-2.

Al margen de estos precedentes, lo cierto es que la edad de oro de las decisiones interpretativas (y en concreto de la interpretación conforme como alternativa a la nulidad) se produce a partir de la II Guerra Mundial: primero en Austria¹⁸ y en el Tribunal Constitucional del Land de Baviera (1951)¹⁹, después en el propio Tribunal Constitucional Federal Alemán (*BVerfGE* 2,266, caso de la admisión urgente de refugiados) y, finalmente (antes del desarrollo del constitucionalismo europeo a partir de los años setenta), en la Corte Constitucional Italiana en 1956²⁰. Vamos a examinar con más detenimiento en las páginas siguientes algunos de los rasgos de esta evolución en los respectivos modelos ya anunciados.

¹⁸M.IMBODEN: *vid.* nota 11.

¹⁹E.CAMPICHE fecha el antecedente del Tribunal Constitucional del Land de Baviera en 1952 (CAMPICHE, *op.cit.*p.2), pero lo cierto, como demuestra PRÜMM (PRÜMM, *op.cit.* p.63) es que ya existía una sentencia del mismo Tribunal de 10 de marzo de 1951 en la que se declaraba que “en tanto que sea posible admitir la interpretación constitucional de un precepto, el Tribunal Constitucional debe declararla constitucional.”

²⁰H.BOGS, *op.cit.*, p.15.

III.- DECISIONES ENTRE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA NULIDAD: EL MODELO ALEMÁN.

Salvando el descuido histórico que acabamos de apuntar (principalmente el estudio de precedentes a las decisiones interpretativas anteriores a la vigencia de la *Grundgesetz*), el estudio de aquellas sentencias en las que el *BVerfG* adopta una solución intermedia entre la nulidad y la mera constitucionalidad es un tema del que la doctrina alemana se ha ocupado ampliamente. El material a estudiar (artículos, monografías, comentarios ...) es extremadamente abundante²¹, lo que nos obliga a hacer un esfuerzo de síntesis y a presentar

²¹ Sin ánimo de exhaustividad, para una panorámica general de las decisiones intermedias *vid.*; GERONTAS, A: “Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfestellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 16, 1982, pp. 486 y ss.; C. HARTMANN: “Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen? Zur Frage alternativer Rechtsgeltungbestimmungen im Grundgesetz.”, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1997, pp.1264-1269. HEUßNER: “Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, pp. 107 y ss; J.IPSEN: *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden-Baden, 1980; J.IPSEN: “Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung“ zum Dilemma de verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle”, en *JZ*, 1983, p.41 y ss; C.MOENCH: *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 1977; W.LÖWER: “Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts” en ISENSEE/KIRCHOFF en *Handbuch des Staatsrechts*, vol II, C.F. Müller, Heidelberg, 1987, pp. 801-811; C.PESTALOZZA: *Verfassungsprozeßrecht*, 3 ed., 1991, Beck, Múnic, 1991, p. 339; C. PESTALOZZA: “Noch verfassungsmäßige” und «bloß verfassungswidrige» Rechtslagen”, en *Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz*, vol. II, Mohr Tübingen, 1976; A.P.-POHLE: *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, Lang, Frankfurt a.M./Bern, 1979; K.RENNERT: “Art. 31 BVerfGG” en DIETER, T.CLEMENS: *Bundesverfassungsgerichtsgesetze*, Müller, Heidelberg, 1992, pp. 530-564; K.SCHLAICH: “Der Entscheidungsauspruch bei Normenkontrollen” en *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen..* C.H.Beck, 4 ed., Múnic, 1997, pp.260-306; K.VOGEL: “Rechtskraft und Gesetzkraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, en *Bundesverfassungsgerichts und die übrigen Verfassungsorgane*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1988. pp.568-527.

los rasgos básicos de la discusión con el fin de reconducir algunas de las propuestas y conclusiones esbozadas a nuestro propio marco teórico.

Para empezar conviene destacar la preocupación “normativa” (esto es, la traducción de la *praxis* a normas de derecho positivo) que la presencia de sentencias “intermedias” en la jurisprudencia del *BVerfG* ha suscitado en la RFA. Esta afirmación parece a primera vista desmentirse con la lectura del precepto que la *Grundgesetz* (Art. 94.2 *GG*) dedica al contenido y la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal, pues el precepto se limita a señalar que será la *BVerfGG*²² la que determinará en qué casos las decisiones del *BVerfG* tendrán fuerza de ley, remitiéndose a esta misma norma para que regule el resto de aspectos procesales²³(previsión, por cierto, mucho más modesta si la comparamos con el contenido del art. 164 CE en relación con las decisiones del Tribunal Constitucional español).

Será la ley del *BVerfG* el texto que reflejará el esfuerzo de positivización al que acabamos de aludir y, en particular, hallaremos en su cuarta reforma (la reforma de 21 de diciembre de 1970 en lo que afecta a los artículos. 31.2 y 79.1 *BverfGG*) la mejor prueba de esta aspiración a abarcar en preceptos legislativos gran parte de la experiencia ya desarrollada por el *BVerfG* en su jurisprudencia y paralelamente comentada por la doctrina.

Con anterioridad a 1970, el art. 31 de la *BVerfGG* contemplaba únicamente la nulidad como única consecuencia asociada a la declaración de inconstitucionalidad (tal como sucede todavía, aunque con matices, en la LOTC) pero a partir de la reforma (en la que, por cierto, participaron los propios magistrados del *BVerfG* expresando unánimemente en dictámenes precedentes al proyecto de ley la necesidad de incluir nuevas modalidades de decisión²⁴) la

²² *Bundesverfassungsgesetz (BVerfGG)*: Ley del Tribunal Constitucional alemán.

²³ El art. 94.2 *GG in fine*, incluye que se puede prever por la *BVerfGG* que sea necesario agotar los recursos judiciales previos para acceder al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero esto no afecta directamente a nuestro estudio. La remisión general de la *GG* a la *BVerfGG* en lo que atañe a la determinación del contenido y alcance de las decisiones del *BVerfG* ya fue advertido y comentado entre nosotros en el estudio ya clásico de BOCANEGRA: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

²⁴ *Vid* dictámenes de SEUFFERT, GEIGER, RUPP-VON BRÜNNECK y FRIESENHAHN. transcritos en PRÜMM, *op.cit.*,pp.39-43.

nueva redacción del art. 31.2 *BVerfGG* fue concebida con la intención de ampliar las consecuencias del juicio de constitucionalidad con dos nuevas categorías además de la ya existente declaración de nulidad: 1) la *declaración de compatibilidad (vereinbare Erklärung)* y 2) la *declaración de incompatibilidad (unvereinbare Erklärung)* de la ley enjuiciada con la Ley Fundamental.

Las tres soluciones al juicio de constitucionalidad (nulidad, compatibilidad o incompatibilidad) se encuentran enunciadas, en primer lugar, en el marco de los diferentes procesos constitucionales y en alusión a la fuerza vinculante de las decisiones que en ellos se adoptan (Art. 31.2 *BVerfGG*). En este punto se prevé que las decisiones del *BVerfG* (sean de compatibilidad, de incompatibilidad o de nulidad) tengan fuerza de ley (*Gesetzkraft*) incluso en el que caso que una decisión con cualquiera de estas soluciones se produzca en un recurso de amparo (*Verfassungsbeschwere*, previsto en el art. 13.8a. *BVerfGG*, 93.1.4a *GG*).

En segundo lugar, la mención a los tres contenidos de las decisiones se proyecta a la publicación de las sentencias. Se quiere con ello fomentar el principio de seguridad jurídica al asegurar que cualquier juicio de nulidad, compatibilidad, incompatibilidad de la ley con la Constitución se incluya en el boletín de las leyes federales con la finalidad que la correspondiente declaración sea conocida por los operadores jurídicos.

Por su parte, aunque participe igualmente de la necesidad de dotar de certidumbre al sistema, la nueva redacción del art. 79.1 *BVerfGG* se adhiere, en sentido inverso, a la realización del valor justicia: con anterioridad a la reforma se incluía en este párrafo la reapertura de los juicios penales, en el caso en que hubiese recaído sentencia firme, cuando el *BVerfG* declarase inconstitucional y nula la norma penal en la que se había apoyado el juicio condenatorio. Coherentemente, la reapertura del proceso penal también se prevé a partir de 1970 *cuando el BVerfG declare incompatible con la Grundgesetz la norma en la que se basó el juez*. Pero no solo eso, sino que también se procede a la reapertura del proceso penal cuando sea declarada incompatible con la Ley Fundamental *la interpretación* de la norma (*die Auslegung einer Norm*) que motivó el juicio condenatorio, asumiendo así,

legislativamente, una consecuencia procesal concreta aunque la interpretación no tenga repercusiones formales en el texto de la ley enjuiciada.

La reforma de la *BVerfGG* de 1970 venía a sancionar lo que *de facto* ya se encontraba incorporado en las decisiones del Tribunal, pero pretendía asimismo, al regular el contenido de estas decisiones, acotar el campo de actuación que, por inercia, el *BVerfG* se había atribuido. Las consecuencias de esta especie de pacto institucional entre *BVerfG* y el legislador no se hicieron esperar: es en esta época cuando puede percibirse un mayor cuidado por parte del Tribunal al estructurar formalmente sus sentencias. Así, por ejemplo, es a partir de 1970 cuando el Tribunal traslada la interpretación conforme de la ley al tenor del fallo (cosa que antes debía derivarse sin más de la lectura de los fundamentos de la sentencia²⁵). Aunque lo más destacable de la nueva regulación fue el gran auge de sentencias registradas en los años setenta que prescindieron de la sanción de nulidad. Las sentencias que, por ejemplo en ese período, optan por una fórmula de inconstitucionalidad sin nulidad del tipo declaración de incompatibilidad entre precepto legal enjuiciado y Constitución alcanzan un número equiparable al de las sentencias anulatorias²⁶. Esta tendencia se corrigió en décadas posteriores seguramente fruto de las críticas vertidas entorno a estas modalidades de decisión²⁷.

En lo que atañe, en concreto, a la técnica de la remisión a los fundamentos cabe decir que en los últimos tiempos existe al menos una mención en el fallo de la que se desprende el efecto vinculante. Obsérvese, sin embargo, que en este aspecto (esto es, cuando se procede a la remisión) la práctica alemana es más imprecisa que la española ya que normalmente el TC español señala el fundamento exacto en el que se encuentra la interpretación vinculante

²⁵ El ejemplo clásico viene representado por la famosa decisión *BVerfGE* 7,198, caso *Lüth* en el que se practica una interpretación conforme del art. 826 del BGB (la interpretación constitucionalmente adecuada de la expresión “buenas costumbres” a la luz del derecho a la libertad de expresión, 5.2 *GG*) sin que esta interpretación se traslade al fallo de la sentencia.

²⁶ J.IPSEN: *Rechtsfolgen...*, *op. cit.*, p. 108. En la literatura española el dato se encuentra recogido en M.GONZÁLEZ BEILFUSS: *Tribunal Constitucional y reparación...*, *op. cit.*, p.199.

²⁷ M.GONZÁLEZ BEILFUSS: *Ibidem.*, p. 200. Sobre las críticas a la desvinculación entre declaración de inconstitucionalidad y sanción de nulidad *vid. infra*.

mientras que no es raro que al *BVerfG* le baste una apelación genérica al contenido global de la sentencia

1. El contenido de la decisión constitucional después de la cuarta reforma de la *BVerfGG*.

Hemos examinado cómo a través de una reforma legislativa se introducen en la ley del *BVerfG* dos nuevas categorías: la declaración de compatibilidad y la declaración de incompatibilidad, pero con ello no hemos dicho nada acerca de las características de estos incisos, ni de las repercusiones de su asunción.

A primera vista puede intuitivamente pensarse que, con la presencia de nuevas alternativas conceptuales, contamos con mayores instrumentos para aproximarnos a la realidad y controlarla. Ahora bien, al entrar en el estudio pormenorizado de estas soluciones, no resulta difícil percatarse que la inclusión de nuevas respuestas al juicio de constitucionalidad de las leyes fomenta una combinatoria (tanto en la relación de la categoría con la realidad, como en la relación de las categorías entre ellas) *que acaba aumentando la complejidad* y, en cierto grado, la incertidumbre. Esta última es la idea con la que nos quedaríamos al valorar la reforma de la *BVerfGG*.

Si atendemos al desarrollo normativo que en la RFA ha merecido el problema de la decisión de constitucionalidad en el juicio de constitucionalidad de las leyes y lo comparamos con el mutismo que en otros sistemas el mismo problema ha deparado —al menos desde el punto de vista conceptual y de su translación a categorías jurídicas—, existe la tentación de limitarse a denunciar del déficit regulativo que existe en otros ordenamientos constitucionales a la hora de establecer los posibles contenidos y consecuencias de las decisiones recaídas en los juicios de constitucionalidad (por ejemplo el déficit regulativo que comparativamente y a primera vista existe entre la *BVerfGG* y la LOTC), y de sugerir, a la sazón, una reforma de la correspondiente ley constitucional procesal, partiendo de esas categorías importadas, con la finalidad de cubrir un conjunto de prácticas (y de necesidades) cuya adopción no encajaría con las disposiciones constitucionales y legales actuales. Sin embargo, la apertura hacia otras posibilidades de decisión en el juicio de constitucionalidad de la ley (como las que parecen

despuntar en la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán) no deben seducirnos hasta el extremo de omitir las dificultades que conlleva la gestión de nuevas fórmulas por el momento ajenas al arsenal de instrumentos tradicionales o que, habiéndose utilizado ocasionalmente, tal uso ha dependido más de un acto improvisado (coyuntural) que de una recepción sistemática del concepto. Por lo demás, la asimilación de nuevas técnicas inspiradas en otro ordenamiento (en nuestro caso, de formas de conclusión del juicio de constitucionalidad de las leyes) puede estimarse disfuncional cuando los elementos de innovación no se encuentran afinados ni en el propio sistema que los ha producido o que, en su caso, los ha elaborado en mayor medida.

En verdad, la introducción de elementos como la "compatibilidad" o la "incompatibilidad" en el juicio de constitucionalidad de las leyes y de la pertinencia en su utilización dista de ser una cuestión resuelta incluso en el diseño que la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán promueve. Para empezar, desde un punto de vista sistemático, el art. 31.2 *BVerfGG* coloca al mismo nivel la declaración de nulidad, la declaración de compatibilidad de la ley enjuiciada con la Ley Fundamental y la declaración de incompatibilidad. Los tres elementos son en verdad *declaraciones*, pero la nulidad, además de ser una declaración implica una serie de *consecuencias*²⁸, como la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico, su inaplicación *pro futuro* y la remoción de las situaciones pasadas bajo ciertos límites (por ejemplo, siempre que no haya recaído sentencia firme y no se trate de una sentencia recaída en un proceso penal). El problema de las otras dos categorías es que no sabemos *qué consecuencia se les asigna*. Si la consecuencia de estas declaraciones heterodoxas ("compatibilidad" e "incompatibilidad") fuese la "no nulidad" como cuando se constata la pura constitucionalidad del precepto enjuiciado por el *BVerfG*, es plausible creer que las nuevas categorías no se hubiesen introducido. Con ellas se quería expresar alguna otra consecuencia, ¿pero cuál?

Una pista nos la da, por ejemplo, comparar la declaración de compatibilidad con la mera confirmación de la constitucionalidad del precepto, ¿para qué necesitábamos una "declaración de compatibilidad" si hasta entonces lo que no era nulo era *en si* compatible con la Constitución? Pues, necesitamos la distinción, en primer lugar para anular aquellas

²⁸ Sobre la nulidad como técnica procedimental asociada a la declaración de invalidez *vid.* A.NIETO: *El arbitrio judicial, op. cit.*, p.51.

interpretaciones que son incompatibles con la Constitución (aquí por tanto la declaración de compatibilidad tiene asignada la consecuencia de la nulidad no del precepto sino de la interpretación), pero también, en segundo lugar —y sobretodo— *para remarcar la constitucionalidad* de una o del resto de interpretaciones posibles del precepto, para confirmar que existe una interpretación lo suficientemente aceptable desde el punto de vista constitucional como para que se disipen las dudas sobre la constitucionalidad de la disposición.

La consecuencia de la "no nulidad" se entiende aquí como confirmación de la constitucionalidad de una interpretación del precepto y, eventualmente (aunque no siempre) como expulsión de algunas interpretaciones derivadas de la disposición enjuiciada (lo que se realiza, por ejemplo, mediante una lectura *a contrario* de la interpretación calificada como constitucional). En la declaración de compatibilidad pueden convivir, pues, *dos consecuencias* que serían, sin más, contradictorias en el plano de los preceptos (mantener el precepto y expulsarlo a la vez) pero que parecen aceptables a tenor de la pluralidad de interpretaciones que el precepto segrega²⁹.

²⁹ La cuestión de la interpretación conforme juega de nuevo un rol predominante para comprender la necesidad de la reforma de la *BVerfGG*. Es desde esta tradición que podemos vincular los términos "compatible" o "incompatible" no al precepto sino a la norma interpretada, norma que es expulsada o mantenida en el ordenamiento jurídico sin alteración textual. Así es sólo cuando el texto queda afectado (por eliminación total o parcial) que se utiliza el término "nulidad". Pero para extraer esta consecuencia parece necesario una "interpretación de la interpretación", es decir, una "interpretación" de los preceptos de la *BVerfGG* objeto de la reforma que nos permitan tender el puente entre la "compatibilidad/incompatibilidad" y el juicio interpretativo. Así, si se quería incluir la técnica de la interpretación conforme (y afines) en la dicción de los nuevos preceptos el intento no fue del todo fructífero ya que no existen en la nueva redacción indicios que permitan establecer el ligamen entre el contenido de la decisión del *BVerfG* y la operación interpretativa. No existe un punto de contacto entre el art. 31.2 *BVerfGG* y el art. 79.1 *BVerfGG* (el único en que, por cierto, aparece la palabra "*auslegung*", interpretación). Una relación de este tipo la infiere el intérprete que conoce los antecedentes, pero no necesariamente debe producirse. De hecho no hay ninguna razón para que el propio *BVerfG* la mantenga cuando le interese no hacerlo y proceda por ejemplo a declarar compatible o incompatible con la Ley Fundamental un precepto legal con independencia que sean mantenidas o expulsadas interpretaciones del precepto. En otras palabras, el *BVerfG* puede declarar ahora la compatibilidad o incompatibilidad incluso cuando se trate de una cuestión que sólo pueda resolverse mediante la nulidad del texto. Este es el riesgo de introducir nuevas categorías, y es que la discusión no sólo recae sobre la corrección o no del juicio de constitucionalidad sino también sobre la corrección o no de la consecuencia de este juicio

En realidad, puede muy bien suceder (como sucede) que, con la apertura a estas otras formas de conclusión del juicio de constitucionalidad ("compatibilidad", "incompatibilidad"), *se quieran expresar otras consecuencias u otras razones que superan el mero juicio de contraste lógico entre la disposición legal y el mandato constitucional*. Se trataría de factores en los cuales el juicio sobre la constitucionalidad de la ley no viene asociado a una consecuencia, como la nulidad, expresada en términos de variable ausente o presente ($A, \neg A$) con aplicación cierta sobre las situaciones jurídicas afectadas por la ley sino que esta aplicación viene moderada y matizada por consideraciones, por llamarlas así, de "política constitucional".

En el fondo, si lo pensamos detenidamente, la clásica consecuencia de la nulidad vinculada a la inconstitucionalidad de la ley es una variable a la que, a su vez, asociamos otras propiedades (expulsión del precepto del ordenamiento jurídico, retroactividad limitada a situaciones anteriores, etc.) que estas "otras razones" de "política constitucional" vendrían o bien a sofisticar o bien a plantearse como técnicas alternativas a los efectos de asegurar la eficacia del pronunciamiento de constitucionalidad y de preservar otros valores constitucionalmente relevantes. *La "compatibilidad" o la "incompatibilidad" del precepto legal examinado no expresaría tanto la valoración que la ley merece en contraste con la Constitución como las técnicas de aplicación del juicio de constitucionalidad a una realidad jurídica (histórica, económica y sociológica) determinada.*

Esto último se comprende mejor si tomamos el ejemplo de la declaración de incompatibilidad. Aquí la consecuencia inmediata parece ser también la "no nulidad" del precepto ¿pero no resulta chocante, no altera todas las preconcepciones elementales sobre la unidad del ordenamiento jurídico y la supremacía de la Constitución el mantener en el sistema una norma inconstitucional? Lo que sucede es que se tienen en cuenta estas "otras razones" a las que aludíamos que exigen otras consecuencias al juicio de constitucionalidad más allá de las que tradicionalmente se vinculan a la nulidad. Entre estas consideraciones de "política constitucional" que requieren la aplicación de otras soluciones alternativas a la nulidad (pero que se expresan bajo fórmulas como la "incompatibilidad" que parecen referirse al juicio sobre la constitucionalidad de la ley) encontramos, por ejemplo, las perjudiciales consecuencias que

para la seguridad jurídica tendría la anulación del precepto, o la intención de apelar explícitamente al legislador para que reforme la norma.

A pesar de lo dicho si, por otra parte, se quiere ser más coherente con el esquema nulidad/no nulidad, cabría la posibilidad de aproximarse a las declaraciones de incompatibilidad añadiendo el factor tiempo a las consecuencias tradicionales. Como acabamos de decir, en una declaración de incompatibilidad la consecuencia inmediata es la “no-nulidad” con acento en la palabra “inmediata,” ya que en realidad la consecuencia asignada es la nulidad pero postergada a un tiempo futuro. También aquí perviven las dos consecuencias (nulidad/ no nulidad) , lo que ocurre es que se encuentran ordenadas temporalmente, y esta ordenación viene indicada por las diversas razones que hemos apuntado (seguridad jurídica, apelación explícita...).

En esencia, al introducir estas nuevas categorías, estos nuevos contenidos a la decisión en el juicio de constitucionalidad, se pretendía abrir el camino a todo un catálogo de matices que se escapaban al asociar la inconstitucionalidad a una consecuencia reglada, estos es, a la nulidad. La cuestión, y por ello la reforma del *BVerfGG* de 1970, es difícilmente manejable, es que al *aumentar* las categorías se difuminan tanto las condiciones que hacen pertinente la aplicación de las mismas como las consecuencias a ellas asociadas de modo que su incidencia, al final, depende de las necesidades del momento, condenándonos, por lo tanto, al casuismo y a las dificultades de predecir cuando se recurrirá a una fórmula u a otra.

Esto es particularmente apropiado al tratar el problema de la vinculación jurídica. Aunque en otros sistemas, como el nuestro, la reforma pudiese formalizarse quedaría por ver (presumiblemente sería imposible ver) cómo se estructuran exactamente las múltiples consecuencias primero, en la propia decisión del Tribunal y, segundo, cómo se proyectan los contenidos de esta decisión al resto de operadores. En cualquier caso, una reforma debería cuidarse mucho de apropiarse de términos referidos al juicio de contraste entre la ley y la Constitución para expresar aspectos vinculados a la aplicación del resultado de este juicio (que es lo que parece confundirse en la Ley del Tribunal Constitucional alemán).

Hechas estas observaciones sobre la reforma de la *BVerfGG* debemos ahora exponer las diversas modalidades con las que la doctrina alemana califica las decisiones del Tribunal que se encuentran entre la nulidad y la mera confirmación de la constitucionalidad. En la línea de lo que hemos comentado, hay que decir que en verdad es que la reforma de 1970 poco ha aportado a un aparato sistemático que se encontraba ya en gran parte elaborado, las dos nuevas categorías (la compatibilidad y la incompatibilidad) pueden incidir en la comprensión de los diversos tipos de pronunciamientos pero no resultan determinantes para clarificar este espacio de maniobra particularmente etéreo con el que cuenta el *BVerfG*.

2. Nulidad.

También la doctrina alemana continua viendo en la nulidad la regla general de la declaración de inconstitucionalidad, en principio nulidad *ex tunc* (limitada por el art. 79. *BVerfGG*) con efectos vinculantes y fuerza de ley³⁰ Al iniciar esta parte del estudio nos preguntábamos acerca del interés de las sentencias interpretativas y respondíamos con la inquietud que suscita comprobar como lo excepcional se convierte en normal. Con la regla de la nulidad *ex tunc* lo que prima es más bien el principio inverso: el de cómo lo supuestamente general se convierte en excepcional. La idea no es superflua cuando se aplica al esquema manejado en la RFA sobre el contenido y consecuencias de las decisiones del *BVerfG* Así, suele distinguirse la nulidad como regla general de la llamada “nulidad parcial” (*Teilnichtigkeit*)³¹ aunque las propiedades que trazan la distinción no estén ni mucho menos delimitadas. No hay acuerdo acerca de cómo contrastar la “nulidad parcial” con la supuesta “nulidad global”. ¿Nulidad global de qué? ¿De toda una ley? ¿De todo un precepto?, ¿de todo un párrafo? Es cuando concluimos que la nulidad en general equivale a la nulidad global entendida como nulidad de toda la ley, que nos damos cuenta de la excepcionalidad de la categoría, pues ciertamente

³⁰ Sobre las raíces del dogma de la nulidad *ex tunc* en Alemania *vid.* J.IPSEN: *Rechtsfolgen...*, *op.cit.*, pp. 23 y ss. y 57 y ss.

³¹ K.SCHLAICH: *op. cit.*, pp. 264-265; W.LÖWER: *op.cit.*, p.802; sobre la nulidad parcial en general *vid.* B.SKOURIS: *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Duncker & Humblot, Berlín,1973; H.MÜLLER: “Unter welchen Voraussetzungen macht Nichtigkeit eines Gesetzesteiles das Ganze Gesetz nichtig?” en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1964; pp. 104-106; M.SACHS:

aquellas decisiones en las que se declara inconstitucional y nula toda una ley son una muy *rara avis* en la jurisprudencia constitucional sea del *BverfG*³² sea de cualquier otro Tribunal Constitucional. Los casos de nulidad así entendidos sólo pueden llegar a registrar, por ejemplo, en sistemas de descentralización política y en una coyuntura en la que el ente que promulga la ley invada abiertamente el ámbito de actuación del ente competente³³, o bien en vicios graves en el procedimiento legislativo (por ejemplo, en la RFA, en la ausencia de la aprobación del *Bundesrat* cuando constitucionalmente esta establecida la necesidad de esta aprobación³⁴) Es difícil imaginar nulidades globales en otra circunstancia.

3. Nulidad parcial.

La nulidad parcial³⁵ se define como reducción limitada de disposiciones normativas. Esta sería la solución habitual una vez constatada la inconstitucionalidad de la ley: difícilmente el juicio de constitucionalidad repercutirá sobre el conjunto del texto normativo, sino que se limitará a expulsar preceptos o incisos del mismo. Ello no impide que en el lenguaje ordinario se utilice la

“Teilnichtigkeit: Von der Kassation zur Gesetzneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht”, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1979, p.389 y ss..

³² Entre los contados ejemplos que se encuentran en la RFA *vid. BVerfGE* 1,14; 2,380; 4,60; 5,25; 8,104; 10,200; 48,127.

³³ De hecho, en la RFA, uno de los ejemplos lo encontramos en el propio proceso de formación del estado compuesto (lo que muestra la excepcionalidad de la medida). Así el *BVerfG* declaró que la primera ley de reorganización territorial de los Länder de Baden, Württemberg-Baden y Württemberg-Hohenzollern de 4 de mayo de 1951 era inconstitucional y nula en todos sus preceptos porque no venía precedida de un convenio de reorganización territorial entre los Länder afectados tal como prescribía el artículo 118.2 de la *GG*. *Vid. BVerfGE* 1,14. Sobre la nulidad de global de la ley en casos que la ley haya sido promulgada por una autoridad que no era competente *vid. H.MÜLLER*: “Unter welchen Voraussetzungen...”, *op.cit.*, p.104.

³⁴ *Vid. BVerfGE* 48,127 en la que se declara nula toda la ley de reforma de la ley del servicio militar y de la ley del servicio civil por ser publicada sin la aprobación del *Bundesrat*.

³⁵ Que la nulidad parcial (y no la nulidad de toda la ley) es la regla general en las declaraciones de nulidad que formula el *BVerfG* es una interpretación que puede inferirse del art. 78 *BVerfGG* en el que se establece la nulidad como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad. En este artículo la *BVerfGG*, después de afirmar que en caso que el *BVerfG* llegue al convencimiento que la ley Federal o la Ley del Land son contrarias a la Ley Fundamental las declarara nulas, establece que si hubiese otros preceptos de la misma ley que por las mismas razones fuesen incompatibles con la Ley Fundamental el *BVerfG* procedera igualmente a declararlos nulos. De este modo parece que cuando en el primera parte del artículo se establece que el *BVerfG* declarara la ley nula (*erklärt es das Gesetz für nichtig*) no se refiere a toda la ley, porque si no en la segunda parte del artículo no concretaría que otros preceptos de la misma ley pueden también declararse nulos. *vid. M.SACHS* “Teilnichtigkeit...”: *op.cit.*,p.389.

expresión "nulidad" para referirse al concepto "nulidad parcial" y no al de "nulidad global" antes mencionado.

Al asimilar la expresión "nulidad" a lo que casi siempre son "nulidades parciales", es fácil que el mismo conjunto alcance tanto la sanción que pretende atajar vicios de entidad provocando una reconfiguración sustancial del texto de la ley, como aquellas apreciaciones de detalle que, aunque conlleven la eliminación de algún inciso, no alteren el cuerpo central de las disposiciones enjuiciadas.

Tal vez en el primer supuesto estaríamos más cerca de la "nulidad global" y la relevancia de la sanción de inconstitucionalidad que entonces se invoca merecería una consideración específica (probablemente, es en estos supuestos de entidad, en los que se piensa cuando se señala que el Tribunal Constitucional "ha declarado la nulidad de la ley", aunque no haya expulsado en bloque todo el texto promulgado como sucedería en la "nulidad global"). No obstante, es difícil valorar si la inconstitucionalidad apreciada es de tal entidad que la sanción que sobre la ley debe recaer no es sólo "parcial" sino que afecta a la esencia de texto promulgado pese a que se mantengan en el ordenamiento algunas (o muchas) de sus disposiciones. Ante la ausencia de criterios claros, y sin entrar en discusiones escolásticas, parece más simple concluir que, desde el punto de vista de la eliminación textual, la casi totalidad de las soluciones de nulidad son de carácter parcial puesto que no se eliminan el conjunto de disposiciones incluidas en un acto de promulgación sino solo fragmentos de textos.

En lo que sí se aprecia una mayor convergencia de opiniones, es en distinguir entre aquellas reducciones de disposiciones normativas que extirpan un elemento textual (párrafo, frases o palabras de la redacción de la ley) —la llamada nulidad parcial cuantitativa (*quantitative Teilnichtigkeit*)— de la nulidad parcial sin reducción del texto pero limitando el número de casos que caen bajo la constelación del precepto (nulidad parcial cualitativa, *qualitative Teilnichtigkeit*)³⁶.

³⁶ B.SKOURIS: *op.cit.*, pp.92 y ss.; M.SACHS: "Teilnichtigkeit...", *op.cit.*, 389-390; K.SCHLAICH: *op.cit.*, p.264. En España la doctrina de las sentencias de nulidad parcial cualitativa ha sido *mutatis mutandis* importada por Jiménez Campo denominándolas "sentencias reductoras", J.JIMÉNEZ CAMPO: "Qué hacer con la ley...?", *op. cit.*, pp.50-53.

Como puede constatarse, el conjunto de las decisiones en las que se practica una nulidad parcial cualitativa se entremezcla con el conjunto de decisiones en las que se practica la interpretación conforme, no tanto en la idea de conservar el precepto cuando pueda interpretarse en armonía con la Ley Fundamental, sino en el hecho de que el precepto se mantiene eliminando en el plano ideal aquellas interpretaciones contrarias a la Constitución, lo que equivale a una reducción del ámbito de proyección de la norma sin reducción de texto³⁷.

La doctrina insiste³⁸ en distinguir ambos conjuntos de decisiones señalando que la interpretación conforme se refiere a determinadas posibilidades interpretativas inconstitucionales que son rechazadas en favor de la interpretación constitucionalmente adecuada, cosa diferente (como sucede en la nulidad parcial cualitativa) de anular determinados casos de aplicación de la norma enjuiciada. En verdad, eliminar interpretaciones inconstitucionales del precepto (establecer, por ejemplo, que una disposición sólo es constitucional si se ajusta a la condición "A", pero no si se ajusta a la condición "B" o a la condición "C") no puede equipararse a la eliminación de casos a los que las consecuencia prevista por la norma no les es de aplicación. Es más, establecer que un precepto legal sólo es constitucional en la medida que se interpreta bajo la condición "A" puede resultar que incorpora otros casos a los que el precepto constitucionalmente interpretado les es de aplicación. La interpretación conforme puede suponer entonces una extensión (y no una reducción) del ámbito de casos regulados por la norma. En la práctica, no obstante, estas diferencias son poco apreciadas. Tal vez a ello contribuya que en el sistema alemán la interpretación constitucionalmente conforme de una ley se practique mayoritariamente en recursos de amparo (*beschwere*), esto es, en un contexto en el que no es raro que la adecuación constitucional de una interpretación se discuta en función de la exclusión de uno o de algunos casos del ámbito de aplicación de la norma cuestionada.

Si el concepto de la nulidad parcial presenta un contorno difuso, ¿qué decir de sus presupuestos y de sus límites?. Contamos, sin embargo, con alguna orientación: es

³⁷ *Vid.*, por ejemplo, *BVerfGE* 71,137 en cuyo fallo se combina explícitamente la nulidad parcial cualitativa con la interpretación conforme.

presupuesto para proceder a la nulidad parcial que la parte anulada sea separable del resto de la norma³⁹. Se requiere, asimismo, que la nulidad parcial no altere de forma evidente la voluntad de legislador —si la extirpación de elementos textuales desfiguran claramente el sentido mas allá de lo que el legislador había previsto, la disposición debe declararse nula en su conjunto⁴⁰—.

Encontramos otra vez un ejemplo en el que los límites en la acción sobre el texto dependen directamente de una apreciación sobre el sentido, esto es, de una interpretación⁴¹, de una precomprensión acerca de la independencia entre los diversos contenidos normativos (primera condición) y una precomprensión acerca de cuándo el sentido en su conjunto queda afectado (segunda condición). Sobre esto último, al estimar la voluntad legislativa como parámetro para saber si la nulidad parcial desfigura o no el texto, debemos enfrentarnos al problema del reconocimiento de esta intención, cuestión clásica en el campo de la hermenéutica jurídica de la que nos ocuparemos al abordar los límites de la interpretación conforme.(*vid. infra.*)

4. Incompatibilidad.

Ya hemos destacado (*vid. supra.*) que era difícil delimitar el alcance de la declaración de incompatibilidad pese a su expresa introducción legislativa porque en ella convivían razones y consecuencias dispares. Existen diversos contextos en los que el *BVerfG* procede a declarar incompatible una disposición legislativa sin que ello conlleve la nulidad de la misma. En alguna de estas circunstancias, la idea rectora es que el *BVerfG*, necesita la mediación de la actividad del legislador para hacer frente a la situación inconstitucional. En otras palabras (y en nuestros

³⁸ M. SACHS: *op.cit.*,p. 390; K.SCHLAICH: *op.cit.*,p.265.

³⁹ *BVerfGE* 70,251 (252).

⁴⁰ W.SKOURIS: *op. cit.*, p.74.

⁴¹ Según propias afirmaciones del *BVerfG* (*BVerfGE* 17, 155 (163) la reducción de supuestos de hecho al que la norma es aplicable sólo puede producirse como consecuencia de una reducción textual (el *BVerfG* establece que la reducción ha de presuponer una limitación de *disposición* y *contenido* normativo, incluyendo ambos elementos), pero ello no ha sido obstáculo para que el *BVerfG* practicara la nulidad parcial cualitativa contradiciendo su anterior manifestación en el sentido que se produce la reducción ideal de casos sin efectos sobre la disposición. Sobre ello *vid.* M.SACHS: *op.cit.*,p390..

términos) no sólo cuando el diálogo entre Tribunal y legislador es hipotético sino cuando es perentorio.

Uno de los casos paradigmáticos de incompatibilidad sin nulidad se halla en sede de igualdad y, en concreto, en el contexto en el que una norma atribuye un beneficio a un grupo (A) y otro grupo (B) es excluido sin que haya ninguna razón constitucional para el trato diferente⁴². Aquí la declaración de nulidad comporta la eliminación total del beneficio y, en otro sentido, resolver sobre la extensión del beneficio al grupo B o la total supresión del mismo es una decisión que entra en el ámbito de libertad de configuración del legislador⁴³. A través de la declaración de incompatibilidad el *BVerfG* expresa la obligación del legislador de poner fin a la discriminación, atendiendo a que sólo al legislador le corresponde aprobar las disposiciones que satisfagan las exigencias del principio de igualdad.

El esquema no queda, de todas formas libre de observaciones. Algunas voces críticas⁴⁴ han destacado la inconveniencia de recurrir a la declaración de incompatibilidad aún en el caso de la desigual distribución de beneficios. Así, en primer lugar, la declaración de incompatibilidad no debe formularse automáticamente en estos supuestos porque no son impensables situaciones en las que se subsane el problema mediante la nulidad parcial⁴⁵. Por ejemplo, es cierto que la incompatibilidad se percibe como la única alternativa si en el precepto legal enjuiciado no existe ninguna mención al grupo excluido del beneficio, pero el escenario cambia si existe una mención expresa de la exclusión, simplemente se impide el mantenimiento de la discriminación eliminando el inciso problemático. En segundo lugar, se justifica la declaración

⁴² Sobre el problema de la discriminación normativa *vid.* M.GONZÁLEZ BEILFUSS: *Tribunal Constitucional y reparación...*, en referencia al contexto alemán en especial *vid. ibidem*, pp. 194-205 y 280-294; H.D. JARASS: “Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG”, en 2545 *Neue Juristische Wochenschrift* (1997).

⁴³ *Vid.* *BVerfGE* 22,349, (361) así declara el *BVerfG* que “las posibilidades que deban ser garantizadas en cada caso concreto deben ser fundamentalmente dejadas a la libre configuración del legislador”.

⁴⁴ A. GERONTAS: “Die Apellentscheidungen...”; *op. cit.*, p.490; J.IPSEN: “Nichtigerklärung...”, *op. cit.*, p.41.

⁴⁵ Sin embargo una objeción a esta crítica es la propia doctrina del *BVerfG* que limita la nulidad parcial a que la norma sea claramente separable del resto del texto (*vid. supra.*), lo que en los supuestos vinculados al principio de igualdad puede ser problemático, puesto que el vicio de constitucionalidad no afecta tanto a una norma delimitada como a una *relación* entre normas.

de incompatibilidad atendiendo a que el Tribunal no se encuentra en condiciones de regular aquellos extremos que corresponden al legislador, aunque la declaración de incompatibilidad puede *llegar igualmente a incidir* en la libertad de configuración del legislador. En gran parte esto ocurre porque, como hemos subrayado, no existe determinación sobre el alcance de la declaración de incompatibilidad. El *BVerfG* en la fórmula “*unvereinbar soweit*” (incompatible en tanto que) puede llegar a introducir condiciones que recorten considerablemente la facultad de maniobra del legislador.

Por otra parte, no existe tampoco determinación sobre las consecuencias procesales de la declaración de incompatibilidad. En relación a esto último, la regla común inferida es la de la prohibición de aplicación (*Anwendungssperre*) hasta que el legislador no apruebe la nueva normativa, pero esta regla no tiene un soporte normativo claro⁴⁶ lo que significa que el *BVerfG* la modula y la adapta variablemente.

Para ser exactos, el *BverfG* puede llegar a no suspender manteniendo la plena vigencia de la norma o incluso, en un claro ejercicio de extralimitación, a introducir directamente medidas subsanadoras hasta que el legislador no corrija la inconstitucionalidad⁴⁷. Sea como fuere, la sola suspensión de la aplicación ya conduce la Administración y a los jueces de instancia ante difíciles tesituras: ¿qué sucede, por ejemplo, respecto al grupo A, al que se les había declarado el beneficio? La norma en principio no es aplicable por ser declarada incompatible, pero tal vez se ha declarado incompatible precisamente para evitar la extirpación total del beneficio que hubiese comportado la nulidad⁴⁸. Al final, lo que acaba imponiéndose es la casuística⁴⁹, depende de las consecuencias perseguidas por el juicio se establecerá la suspensión o no. Puede que la libertad del legislador quede preservada como resultado final

⁴⁶ Se extrae a partir del art. 31.2 *VerfGG* y de fuerza de ley que también se atribuye a las declaraciones de incompatibilidad. Vid. CH. MAYER: *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1996, pp. 69-73.

⁴⁷ En *BVerfGE* 87, 234 (263) el Tribunal declaró incompatible con la *GG* un determinado cálculo de prestación de desempleo por considerarlo contrario al principio de igualdad y pasó él mismo a precisar cómo debía calcularse la prestación remitiéndose a otro artículo de la ley enjuiciada.

⁴⁸ Lo que a menudo significa que se mantiene la aplicación de la norma en el grupo beneficiado, hasta que el legislador no establezca la nueva regulación. Vid. *BVerfGE* 59, 369 comentada por HEUBNER: “Folgen der Verfassungswidrigkeit...”, *op. cit.*, p.259, sobre el mantenimiento de la aplicación de la norma al grupo beneficiado ver también A.P.POHLE: *op.cit.*, p.129.

⁴⁹ Así, C.PESTALOZZA: “Noch Verfassungsmäßige...”, *op. cit.*, p.523.

pero en verdad ya queda alterada como mínimo en el periodo transitorio hasta que no promulgue la nueva normativa —también en este intervalo la libertad de configuración debería ser observada—⁵⁰.

Por si fuera poco, no debemos olvidar que, a menudo, se recurre a la declaración de incompatibilidad también para evitar el caos social y financiero que un déficit de regulación comportaría, de ahí que la inaplicabilidad no sea precisamente el efecto constitucionalmente óptimo que el *BVerfG* podría perseguir, sino justo lo contrario. La ausencia de rigor a la hora de determinar el resultado concreto de la declaración de incompatibilidad y el ajuste de sus consecuencias *ad casum* han difundido una cierta desconfianza hacia el uso de esa categoría⁵¹.

Algún autor⁵² ha llegado incluso a sugerir, que sería más adecuado un “retorno” a la nulidad como categoría general, dejando la determinación de consecuencias específicas del juicio a disposiciones suplementarias al juicio principal (estas propuestas se encuentran más bien en la estela del modelo austríaco, en el que se determina la nulidad de la norma pero se modera el alcance de esta declaración a través de disposiciones concretas, suspendiendo la ley inconstitucional o prolongando sus efectos durante un período temporal para evitar consecuencias indeseadas desde el punto de la seguridad jurídica o del equilibrio financiero, *vid. infra*). Como ya hemos advertido el uso del término "incompatibilidad" es en parte confuso porque en él se entremezcla el resultado del juicio de constitucionalidad con la presencia de técnicas de aplicación del mismo. Si nos preguntamos por la diferencia entre el modelo austríaco y la solución alemana, la respuesta tal vez pasaría porque en el sistema austríaco el resultado del juicio de constitucionalidad se describe siempre en términos de "nulidad" o de "no nulidad" aunque la coyuntura obligue a diferir dentro de un plazo cierto esta consecuencia. En cambio, en la RFA, la "incompatibilidad" ni es equiparable a la nulidad como resultado del juicio de constitucionalidad por cuanto no supone siempre la expulsión (sea

⁵⁰ H.HEUßNER: “Folgen der Verfassungswidrigkeit...” *op. cit.*, p.261.

⁵¹ Sobre las consecuencias del juicio de incompatibilidad sin nulidad *vid. H.HEUßNER: Ibidem.*, p.257, en este punto se reconoce la poca seguridad a la hora de prever el resultado de la declaración de incompatibilidad y la pluralidad de soluciones adoptadas en función del contexto.

⁵² A.GERONTAS: “Die Appellentscheidungen...”, *op. cit.*, p.487,

inmediata o sea diferida) del precepto declarado incompatible, ni tampoco se asocia a una única y constante técnica de aplicación del juicio de constitucionalidad adoptado.

Si con la declaración de incompatibilidad la libertad de configuración del legislador queda en entredicho, si la seguridad jurídica (motivo que también se alude para evitar la nulidad) también tambalea a causa de las imprevisibles consecuencias procesales que la suspensión podría acarrear. ¿Para qué cuenta el *BVerfG* con esta posibilidad? IPSEN opina que el respeto por la libertad de configuración del legislador no es más que el respeto por la capacidad de decisión financiera del mismo⁵³. Extender un beneficio supone una disminución de ingresos y esto debe decidirlo un poder presupuestario [comentario que coincide con algunas observaciones sobre decisiones del Tribunal Constitucional español apuntadas en la primera parte del estudio (*vid. supra.*). La observación es pertinente en el escenario de la RFA, donde el *BVerfG* adopta decisiones con importante incidencia financiera]⁵⁴.

Desde nuestro punto de vista la declaración de incompatibilidad tiene un doble efecto.

1) Se crea la *expectativa* de una respuesta parlamentaria sin alterar un sector del ordenamiento jurídico cuya eliminación podría perturbar excesivamente otros aspectos a los que el sistema presta protección (la seguridad jurídica, el equilibrio financiero, los beneficios reconocidos a un conjunto de personas en el ámbito del derecho a la igualdad...). Con todo, la respuesta del legislador no queda asegurada y las garantías que la jurisdicción constitucional puede introducir a tal fin ni son constantes ni pueden, por otro lado, condicionar al legislador en grado extremo, ya que en ese caso la capacidad de decisión legislativa quedaría cercenada. La declaración de incompatibilidad introduce un factor adicional de urgencia en la intervención legislativa del que, por ejemplo, carecen en principio las sentencias apelativas (*vid. infra.*), aunque puede llegar a ser menos persuasiva que la solución de nulidad en la que el

⁵³ J.IPSEN: “Nichtigerklärung oder...”, *op. cit.*, p.44.

⁵⁴ *Vid.* por ejemplo, *BVerfGE* 21,12; 82,60; 82,198; 87,153; 99,216. Con más detenimiento comentaremos la sentencia del *BVerfG* de 11 de noviembre de 1999 (*vid. infra.*), sobre el equilibrio financiero de los *Länder* cuyos fundamentos jurídicos pueden encontrarse en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, p. 42 y ss.

legislador puede verse obligado a responder aunque sea a efectos de cubrir el vacío que el Tribunal Constitucional ha provocado con su actuación.

2) En otro sentido, declaración de incompatibilidad se relaciona con el principio de deferencia hacia el legislador no tanto a causa del respeto a la libertad de configuración (que, hemos visto, quedaba cuestionada) sino porque puede leerse como una “segunda oportunidad” que el *BVerfG* concede para que el legislador proceda a una regulación constitucional de la materia. Al legislador se le concede la oportunidad de *derogar* la norma inconstitucional, que no es lo mismo que la norma sea expulsada por un poder externo. En el caso que el legislador no se atenga al juicio del Tribunal, cuando éste tenga la oportunidad de enjuiciar el nuevo precepto, lo declarará nulo.

En la jurisprudencia del *BVerfG* existe un caso bien ilustrativo sobre este último punto: la ley de las corporaciones mineras establecía el derecho de los hijos de los trabajadores a una subvención; entre los posibles perceptores de esta subvención se contaban los nietos de estos trabajadores siempre que estuviesen a su cargo y siempre que la solicitud de subvención se presentase antes de la percepción (por parte del trabajador o de sus herederos) del ingreso al que daba lugar la producción de los hechos cubiertos por el seguro obligatorio del trabajador.

El *BVerfG* declaró la ley incompatible⁵⁵ con la Ley Fundamental al considerar que condicionar la subvención de los nietos del trabajador a que la solicitud se presentase antes de la percepción del ingreso del seguro era contrario al principio de igualdad (art. 3.1 *GG*). La percepción del ingreso derivado de la producción del hecho cubierto por el seguro obligatorio era una cuestión independiente el derecho del nieto a recibir la subvención con lo que el requisito establecía una diferencia desproporcionada. Posteriormente, en el art. 19 de la Ley de Adaptación de las Pensiones el legislador *eliminó todo derecho de subvención previsto para los nietos* de los trabajadores cuando éstos estuviesen a su cargo. En esta ocasión el *BVerfG* declaró el inciso inconstitucional y nulo⁵⁶, porque se continuaba manteniendo una

⁵⁵ *BVerfGE* 39, 316.

⁵⁶ *BVerfGE* 55,100.

situación discriminatoria: el legislador no había eliminado el derecho de subvención de los nietos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, con lo que a la antigua discriminación se le sumaba la distinción entre los nietos que percibían la subvención y los que no la percibían por presentar la solicitud después de la entrada en vigor de la reforma. Eliminar la subvención para todos los nietos era, además, una solución contraria al principio del estado social.

Se ve en este ejemplo como el *BVerfG* activa la declaración de incompatibilidad a la espera que el legislador subsane la inconstitucionalidad (generalmente la desigualdad) al no hacerlo (o al empeorar la situación) al *BVerfG* no le queda otro recurso que declarar nula la nueva regulación.

Hemos presentado la declaración de incompatibilidad principalmente en uno de sus escenarios: en el de las regulaciones legales que practicaban una distribución de beneficios (o de cargas) contraria al principio de igualdad. Pero debemos mencionar, antes de concluir este aspecto, que el *BVerfG* también opta por la declaración de incompatibilidad en otras circunstancias. Entre los ejemplos más representativos se encuentra la declaración de incompatibilidad en relación a una ley constitucional pero que contiene *una omisión* inconstitucional⁵⁷ y, especialmente (como ya hemos mencionado, *vid. supra.*), los supuestos en los que el *BVerfG* decide mantener la aplicación de la ley durante un periodo transitorio para evitar el vacío normativo⁵⁸.

Tal vez uno de los ejemplos más célebres de ésta última modalidad en la que el *BverfG* evita la declaración de nulidad y mantiene la vigencia de la ley inconstitucional a la espera de la reforma legislativa (cuyo plazo se encuentra sujeto a las previsiones del mismo *BverfG*) queda reflejada en la sentencia de 11 de noviembre de 1999 sobre equilibrio financiero de los *Länder*⁵⁹. De las cuestiones de fondo sobre este pronunciamiento, en las que no entraremos,

⁵⁷ *BVerfGE* 15,46

⁵⁸ M.KLEUKER: *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*. Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 37-41.

⁵⁹ Los fundamentos jurídicos de la sentencia se encuentran en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, p. 42 y ss. Comentarios sobre la mencionada sentencia se encuentran en el fascículo 8 de Abril del 2000 de *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* casi íntegramente dedicado a este pronunciamiento del *BverfG* *vid.* H.P BULL y V.MEHDE: “Der rationale Finanzausgleich-ein

simplemente cabe recordar que aquellos *Länder* de mayor aportación financiera al sistema de redistribución de recursos (Baden-Württemberg, Baviera y Hessen) impugnaron la Ley de Equilibrio financiero de 1993 y sus respectivas modificaciones al considerar que los criterios para establecer los deberes de compensación de los contribuyentes netos no se basaban en criterios objetivos y atentaban contra el sistema de equilibrio financiero del art. 107 .2 de la Ley Fundamental al conducir a una situación descompensada en la que los *Länder* contribuyentes netos resultaban perjudicados con las consecuentes limitaciones en la financiación y en el despliegue de sus respectivas políticas públicas.

El *BVerfG*, con un exhaustivo análisis de los datos financieros, acabó estimando el recurso al reconocer que los criterios de aportación y de reparto de recursos al sistema de compensación entre *Länder* no eran compatibles con el sistema de equilibrio financiero perfilado, con carácter muy impreciso, por la Ley Fundamental. Lo interesante, para lo que nos afecta, es cómo soluciona la incompatibilidad de la Ley de Equilibrio Financiero con la Constitución. El *BverfG* admite que él no puede fijar los criterios generales que deben regir el sistema de equilibrio financiero y conmina al legislador a que fije estos criterios aunque, provisionalmente, entiende que la Ley de Equilibrio Financiero se debe interpretar bajo algunos de las indicaciones (referente al cálculo de necesidades sobre la base de la población, de los municipios y del territorio) que él mismo ha esbozado en los fundamentos de la sentencia.

El legislador tiene un plazo de dos y cuatro años respectivamente para aprobar *a)* una ley de escalas en la que se concreten los criterios tan sólo vislumbrados por la Ley Fundamental, y *b)* una nueva ley de equilibrio financiero, dejando claro que si en el plazo estipulado el legislador no actúa las disposiciones legislativas vigentes resultaran inconstitucionales y nulas⁶⁰.

Gesetzgebungsauftrag ohnegleichen” en *DÖV*, 2000, pp. 305-314; TH.CHRISTMANN: “Vom Finanzausgleich zum Maßstäbengesetz”, *DÖV*, 2000, pp. 315-324 y J.LINCK: “Das «Maßstäbengesetz» zur Finanzverfassung – ein dogmatischer und politischer Irrweg”, *DÖV*, 2000, pp.325-329.

⁶⁰ *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, p. 50.

En esta sentencia la incompatibilidad entre la Ley de Equilibrio Financiero y la Constitución se expresa, pues, en una estructura en la que la nulidad de la ley inconstitucional queda diferida a un plazo establecido por el propio Tribunal Constitucional. En realidad, la nulidad aparece como *sanción* a la posible inactividad futura del legislador (y en esto tal vez oscile la diferencia con las llamadas sentencias apelativas en las que se recomienda la modificación legislativa en un plazo *orientativo* cuya consumación no conlleva automáticamente la nulidad de la ley).

Con todo, lo peculiar de este pronunciamiento no es tanto el modelo de inconstitucionalidad sin nulidad o de incompatibilidad con plazo sujeto a nulidad sino el *tipo* de encargo que el *BVerfG* encomienda al legislador: por la peculiar estructura de las normas de equilibrio financiero entre *Länder*, y por la relativa indefinición con la Ley Fundamental se pronuncia al respecto, el *BVerfG* reclama al legislador una ley marco en la que se concreten los criterios y las escalas de cómputo que permitan calibrar las necesidades financieras de los *Länder* receptores y la cantidad de las transferencias que deben aportar los *Länder* contribuyentes, ley marco a la que el propio legislador queda *sujeto* cuando apruebe las diversas leyes de equilibrio financiero en el futuro.

Contando con que en el sistema de fuentes alemán no se exigen supermayorías para modificar las leyes (con excepción, claro está, de la reforma constitucional) y que el legislador futuro no se encuentra supeditado a una mayoría agravada para modificar una ley del pasado aprobada por el mismo procedimiento (el sistema carece de una categoría como las Leyes Orgánicas en España), lo que el *BVerfG* en realidad hace, al encargar una ley de criterios y de escalas por la que el legislador se vincule a sí mismo, es *inventarse una nueva fuente legislativa no prevista por la Ley Fundamental*⁶¹.

En esta coyuntura, y para minimizar el impacto del uso de la declaración de incompatibilidad con mandatos al legislador como instrumento para tergiversar el sistema de fuentes sin reforma constitucional, algunos críticos⁶² se inclinan a pensar que, al requerir el establecimiento de determinados criterios de distribución horizontal de recursos entre los *Länder* mediante una

⁶¹ H.P.BULL y V.MEHDE: *op. cit.*, pp.308-309.

⁶² H.P.BULL y V.MEHDE: *Ibidem* pp. 308-309; J.LINCK: *op. cit.*, p.328.

fórmula resistente a los cambios legislativos, el *BVerfG* está, precisamente, *incitando a la reforma constitucional* sea para incluir un tipo de legislación sólo modificable con supermayorías, sea para introducir directamente en el texto constitucional los criterios y escalas que debían incluirse en una legislación no modificable por mayoría simple. De ser esto así entonces el esquema de sentencia que manejamos (declaración de incompatibilidad con fijación de un plazo a cuyo término la norma inconstitucional deviene nula) no sólo exhorta al legislador a que modifique una ley incompatible con la Constitución sino que se extiende a la modalidad en la que *el receptor del encargo es el mismo poder de reforma constitucional*.

5. Compatibilidad.

El siguiente eslabón viene conformado por aquellas decisiones en las que la disposición de la ley enjuiciada es declarada por el *BVerfG* compatible con la Ley Fundamental. Parece un grado superior de proximidad constitucional al de la “declaración de incompatibilidad” pero se deduce de lo dicho hasta ahora que esta afirmación debe admitirse con reservas. En este grupo de decisiones cabe distinguir principalmente dos modalidades: la primera es la de las sentencias apelativas, que se encuentran a caballo entre la declaración de incompatibilidad y de compatibilidad, y la segunda queda vinculada al contexto de la interpretación conforme, que, como ya hemos avanzado, concentra gran parte de la problemática en lo que a sentencias intermedias se refiere⁶³.

6. Sentencias apelativas.

⁶³ Sobre el tema particular de la interpretación conforme y su ubicación en estas modalidades intermedias de decisión, además de las obras ya citadas en la nota 3, *vid*, K.A BETTERMAN: *Die Verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*. C.F.Müller, Heidelberg, 1986; J.BURMEISTER: *Die Verfassungsorientierung der Gesetzauslegung*, Vahlen, Berlín, 1966; J.BURMEISTER: “Das Bundesverfassungsgerichts als Revisioninstanz”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, v.15, 1969, pp 605-612; W.D. ECKARDT: *Die verfassungskonforme Gesetzauslegung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1964; H.MICHEL: “Die verfassungskonforme Auslegung”, *Juristische Schulung*, 1961, pp.274 y ss.; M.SACHS: “Bindungswirkungen bei verfassungskonformer Gesetzauslegung durch Bundesverfassungsgericht” en *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 8, 1979, pp.344-348; H.SPANNER: “Die Verfassungskonformen Auslegung in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts” *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.91,

Sobre las sentencias apelativas en sentido estricto (*Appellentscheidungen*) hay que apuntar que la principal diferencia con las decisiones que hasta ahora hemos visto es que no se produce una declaración de incompatibilidad con la Constitución⁶⁴. En las sentencias de incompatibilidad el legislador se encuentra inmediatamente obligado a modificar la norma, (por algo la norma enjuiciada es inconstitucional) o bien el *BVerfG* fija un plazo a cuyo término la norma inconstitucional deviene nula automáticamente. De hecho, si el *BVerfG* declara la incompatibilidad sin nulidad, la mayoría de las veces es porque la nulidad no es técnicamente asumible (*vid. supra.*).

En las sentencias apelativas, en cambio, la norma no es inconstitucional, pero, advierte el *BVerfG*, *puede llegar a serlo* en el futuro si el legislador no modifica la regulación. En la medida en que el juicio del tribunal es un juicio hipotético, virtual, su grado de vinculación se encuentra mucho más debilitado que en la declaración de incompatibilidad. No es raro, sin embargo, que el *BVerfG* establezca un plazo para que el legislador tome las prevenciones necesarias, aunque a menudo el *BVerfG* llega incluso a sugerir la necesidad de adecuar plenamente la ley a la Constitución antes del agotamiento de la legislatura⁶⁵, sin que, a diferencia de lo que ocurre en las declaraciones de incompatibilidad, la consumación del plazo suponga la nulidad automática de los preceptos viciados de inconstitucionalidad.

En general la doctrina trata con mayor deferencia la figura de las sentencias apelativas que la figura de las sentencias que incorporan una declaración de incompatibilidad⁶⁶. Parece como si admitiesen que la libertad de configuración del legislador queda mejor protegida en las sentencias apelativas porque su grado de influencia esta menos establecido. No es extraño, en este sentido, que incluso lleguen a reconocer en las sentencias apelativas un ejemplo deseable de colaboración institucional entre el *BVerfG* y el legislador⁶⁷.

1966, pp. 503 y ss.; R.ZIPPELIUS: "Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen" en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol II, Mohr, Tübingen, 1976, pp.108-124.

⁶⁴ M.KLEUKER: *op. cit.*, pp. 41-47; CH.MAYER: *op. cit.*, pp. 69-74.

⁶⁵ *BverfGE* 39, 169 (195). Sobre el establecimiento de un plazo ver A.P. PHOLE: *op.cit.*, pp 154-163.

⁶⁶ A.GERONTAS: *op. cit.*, p 486-487; W.R SCHENKE: "Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung," *Neue Juristische Wochenschrift*, 1979, p. 1321.

En nuestra opinión, sin embargo, no hay razones para pensar que la libertad de configuración del legislador quede más preservada en las sentencias apelativas que en la declaración de incompatibilidad, sencillamente porque en ninguno de los dos casos *podemos medir hasta qué punto la actividad legislativa se encuentra anudada por los mandatos del BVerfG*⁶⁸. Además, en ambos casos el *BVerfG* establece condiciones limitadoras⁶⁹. Lo que sucede es que parece como si en las sentencias apelativas estas condiciones tuvieran un carácter “más laxo”. ¿Pero qué quiere decir este “tener el carácter más laxo”?

Esto depende del carácter hipotético del juicio del *BVerfG*, pero si es tan hipotético que efectivamente hay pocas posibilidades de que se den las condiciones que conduzcan a la inconstitucionalidad de la norma, entonces el *BVerfG* se está extralimitando porque recomienda al legislador reformar una disposición *constitucional*.

Si, por el contrario, las probabilidades que la norma resulte inconstitucional son muy altas, entonces no existe una auténtica declaración de compatibilidad, sino que se *anticipa* a una declaración de incompatibilidad o de nulidad. De modo que no hay diferencia entre el grado de vinculación (y de incidencia sobre la libre configuración del legislador) pues es el mismo (sin que sepamos con certeza en qué medida legislador debe responder a los reproches del *BVerfG*⁷⁰).

En apoyo a lo dicho, piénsese en el detalle que hemos mencionado sobre la fijación del plazo en las sentencias apelativas para que el legislador supere los posibles vicios de inconstitucionalidad. La existencia de un plazo es en sí una medida constrictiva de la capacidad de maniobra del legislador, lo que no se acentúa tanto (aunque los efectos sean

⁶⁷ A.GERONTAS: *Ibidem.*; MOENCH: *op.cit.*, pp. 182-186.

⁶⁸ Una versión muy estricta de esta vinculación, de acuerdo con la cual la corrección de las leyes constituye una auténtica obligación para el legislador que debe seguir los mandatos del *BVerfG* en casi todas sus modalidades de decisión, se encuentra en CH.MAYER: *op. cit.*, pp. 75-99.

⁶⁹ Así por ejemplo, en el caso de la pensión de viudedad (*BVerfGE* 39,169) el *BVerfG* no declara incompatibles con la Constitución las condiciones adicionales que se le exigen al viudo para recibir la pensión pero impone al legislador la obligación de reforma enumerando una serie de condiciones que éste último debería tener en cuenta (básicamente las distinciones que el legislador podría adoptar sin caer en vicios de inconstitucionalidad), *Vid. BVerfGE* 39,169 (192 y 193).

⁷⁰ Lo único que le está vedado al legislador es que se abstenga de modificar la norma.

similares) en las declaraciones de incompatibilidad porque ya se da por supuesto que el legislador debe corregir la inconstitucionalidad no ya en un plazo, sino de inmediato, lo más pronto posible⁷¹ o bien porque se establece que, con la consumación del plazo establecido por el *BVerfG*, la ley resultará automáticamente inconstitucional (en las sentencias apelativas en las que no se produce declaración de incompatibilidad el establecimiento de un plazo suele ser orientativo).

Sobre la visión optimista de la colaboración entre Tribunal y legislador en las sentencias apelativas (y a la vista de lo dicho), no conseguimos encontrar ninguna razón de peso para no extender este mismo carácter en las sentencias que declaran la incompatibilidad de la ley con la Ley Fundamental. De hecho la colaboración no es un privilegio de una modalidad de decisiones (como nos encargaremos de defender a lo largo de esta obra) *es un presupuesto de la legitimidad de la jurisdicción constitucional*, aunque justamente la mejor prueba que esta premisa no se encuentra interiorizada es que el discurso científico prefiere reconocer una lógica de oposición como norma general y sólo, excepcionalmente (ahora en las sentencias apelativas), una vía de mediación entre ambas instituciones.

7. Interpretación conforme.

Técnicamente la interpretación conforme se asocia a la declaración de compatibilidad⁷² pero ya hemos visto que más bien nutre el sustrato común en el que se arraigan el resto de modalidades expresadas. Este “común denominador” se explica, en parte, porque la interpretación conforme no es únicamente un *resultado* del juicio de constitucionalidad, que impregna el contenido de la decisión, sino que es una regla operativa que influye en el conjunto del proceso de control de normas⁷³ (en realidad, podría decirse que la interpretación

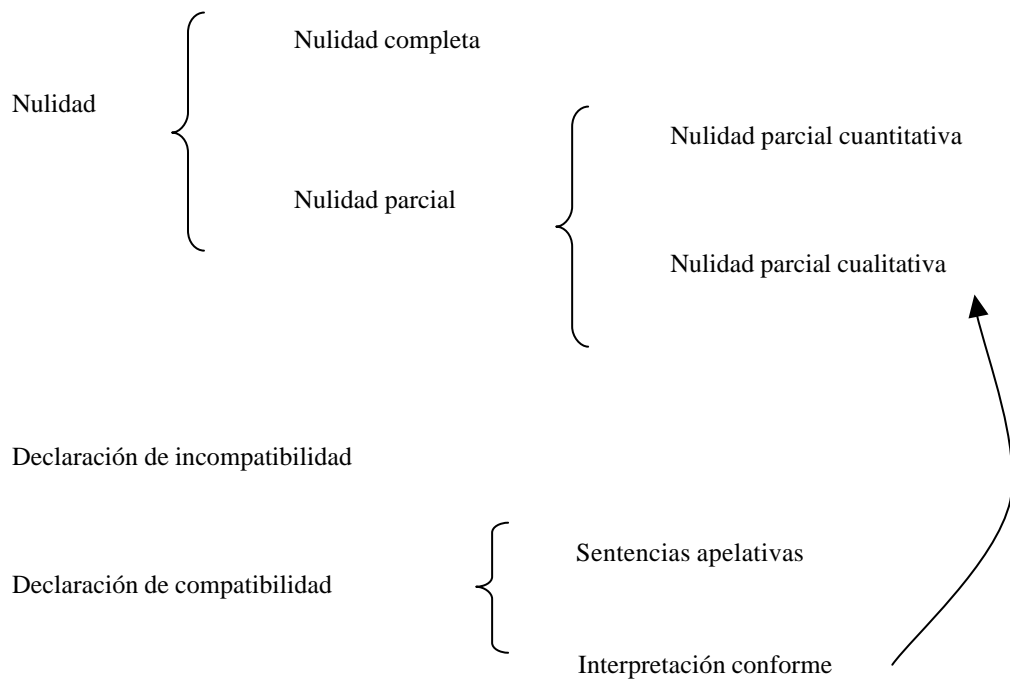
⁷¹ Así, por ejemplo, la famosa sentencia *Numerus Clausus* (*BVerfGE* 33,303), en la que el *BVerfG* aunque procede a la declaración de incompatibilidad establece un plazo exacto para la reparación (antes del inicio del siguiente semestre universitario), pero es un plazo tan corto (sólo seis meses) que equivale a la necesidad inmediata de la subsanación.

⁷² W.LÖWER: *op. cit.*, § 56, n- 111 y ss; C. PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, *op. cit.*, p. 339; K.SCHLAICH: *op. cit.*, pp. 295 y ss.

⁷³ Lo que a su vez es diferente, desde el punto de vista valorativo, de la interpretación constitucionalmente orientada que se practica fuera del ámbito del control de normas y que extiende el proceso interpretativo a cualquier sujeto que emita un juicio de constitucionalidad.

conforme además de ser una modalidad declarativa es un método de interpretación aunque ya veremos (*vid infra.*) si se trata de un método con entidad propia o es una manifestación de otros métodos interpretativos).

Sin embargo, aún como resultado, como contenido de la declaración, también la interpretación conforme se entremezcla con algunas de las categorías anteriores. La primera impresión es que mediante la interpretación conforme se elude la declaración de nulidad del precepto al reconocer al menos una interpretación que se encuentra en armonía con la Constitución —de ahí la declaración de compatibilidad que, en otro sentido, era uno de los el resultados (tal vez la principal modalidad declarativa) que la reforma de la *BVerfGG* de 1970 pretendía formalizar—. Pero ya hemos puesto de relieve que, al eliminar interpretaciones inconstitucionales, la interpretación conforme como resultado se aproximaba (si no se confundía) con declaración de nulidad parcial cualitativa (reducción del campo normativo sin alteración del precepto). La siguiente figura ofrece una sistemática de las variantes declarativas y establece la correspondencia con la interpretación conforme.



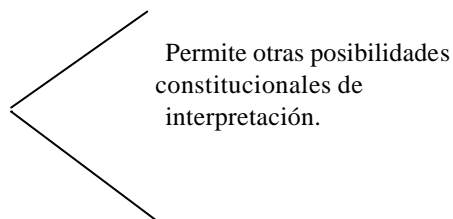
Antes de exponer a grandes rasgos el debate que en la RFA suscita la interpretación conforme desde hace décadas conviene hacer una aclaración importante respecto al vínculo entre interpretación conforme y nulidad (en concreto, nulidad cualitativa): en ambos casos los fallos de las sentencias quedan asociados a la llamado fórmula ‘*soweit*’ (“en cuanto, o en tanto que”), de modo que, declara el *BVerfG*, una norma es constitucional “en tanto” que es interpretada de una determinada manera o en tanto que excluye un determinado caso de aplicación.

Ahora bien, existe una diferencia crucial. Nótese que cuando en sede de nulidad parcial cualitativa se introduce la fórmula “*soweit*” (así “*für nichtig-erklärt soweit*”, declarada nula en tanto que...) se niega un caso o un conjunto de casos como constitucionalmente conformes pero, al mismo tiempo, el resto de opciones constitucionales quedan abiertas (se eliminan un número concreto de posibilidades pero se admite un número infinito de nuevas interpretaciones). En cambio cuando se declara la compatibilidad de un precepto legal con la Ley Fundamental pero con reserva (así “*vereinbar soweit...*”, compatible en tanto que...) se salva la constitucionalidad de la disposición *pero las posibilidades de interpretación constitucional se reducen sólo a la interpretación ofrecida por el BVerfG*, aunque la fórmula sea más extensiva conduce a una menor comprensión de opciones compatibles.

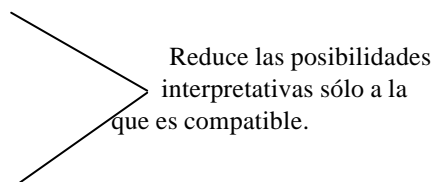
Con este ejemplo (que sólo la formalización legislativa de los términos operada en la RFA podía proporcionar) se demuestra *la intersección que en el plano ideal se produce entre las fórmulas de nulidad y las fórmulas de compatibilidad*, a esta zona de opciones constitucionalmente eliminadas (que eventualmente incluso es superior en las declaraciones de compatibilidad) la denominamos “poder de liquidación”. Aunque la fórmula sea diferente el “poder de liquidación” se superpone⁷⁴.

⁷⁴ Las consecuencias del llamado por nosotros “poder de liquidación” en la interpretación conforme han sido intuitas por A.VOßKUHLE al sugerir el uso de la interpretación conforme preferentemente para señalar la norma inconstitucional en vez de establecer las variantes bajo cuya interpretación el precepto es constitucional. Vid. A.VOßKUHLE: “Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte” en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.125, 2000, p.198. En España, como veremos, las últimas aproximaciones también planean sobre este terreno. Vid. F.J. DÍAZ REVORIO: “Interpretación constitucional

NICHTIG SOWEIT (nula en tanto que)



VEREINBAR SOWEIT (compatible en tanto que)



Hemos comparado la interpretación conforme con la nulidad parcial cualitativa, pero la coincidencia en el “poder de liquidación” se realiza también al comparar la interpretación conforme con la nulidad parcial cuantitativa⁷⁵ o, digámoslo de una vez, *con la nulidad*. La facultad de recortar resultados ideales constitucionalmente posibles se produce de manera equiparable al margen de la fórmula declarativa utilizada. Es comprensible entonces, que también a la declaración de compatibilidad se le conceda el valor de fuerza de ley (Art. 31.2 *BVerfGG*), no tanto para asegurar la vinculación a la interpretación “salvada” sino para asegurar la depuración del resto de alternativas.

Siendo la interpretación conforme la categoría clave en cuyo entorno se ha desplegado el debate acerca de los otros posibles resultados en el procesos de control de leyes (a menudo se relaciona su apogeo a la eclosión de los métodos de interpretación presentados en el “paradigma hermenéutico”⁷⁶, *vid supra.*) merece la pena apuntar algunas consideraciones suplementarias acerca de sus fundamentos, su naturaleza, sus límites y sus efectos.

8. Fundamentos.

de la ley y sentencias interpretativas (a propósito de la STC 176/1999, de 30 de septiembre) en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.2, abril 2000, p. 28.

⁷⁵ Sobre la mayor capacidad de la interpretación conforme de incidir el sentido de la ley en comparación con la nulidad parcial cuantitativa *vid.* H.SPANNER: *op.cit.*, p.531.

Ya en la temprana sentencia de 7 de mayo de 1953 [BVerfGE 2,266(282)] el Tribunal Constitucional Federal declaró que no se requería la nulidad del precepto enjuiciado cuando pudiese ser interpretado de acuerdo con la Constitución y que en caso de duda —siempre que no desvirtuase el objetivo de la ley— esta interpretación era preferente a la declaración de nulidad⁷⁷. Quedaban ya así perfiladas algunas de las propiedades que posteriormente el corpus jurisprudencial y la doctrina irían asentando. También en la misma decisión se mencionaba el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes como fundamento de la interpretación conforme⁷⁸, que al principio se asociaba a una presunción de carácter formal, conectada con la presunción general de validez de los actos jurídico, más que al respeto por la decisión adoptada por el legislador democrático⁷⁹.

Además del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, otros principios fueron progresivamente avalando el uso de esta técnica. Directamente imbrincado con el anterior, se encuentra el principio de conservación de normas, que a su vez tiende un puente con las

⁷⁶ PRÜMM: *op. cit.*, p.27.

⁷⁷ “Grundsatz gilt, daß ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären ist, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann; denn es spricht nicht nur eine Vermutung dafür, daß ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sondern das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlangt auch im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes.” BVerfGE 2, 266 (283).

⁷⁸ La interpretación conforme como consecuencia de la presunción de constitucionalidad de la ley aparece también en BVerfGE 12,61; 31,132; 32,383. Vid. B.BENDER “Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonforme Auslegung” en *Monatschrift für deutsches Recht*, 1959, p.442. Una breve noticia sobre los fundamentos de la interpretación conforme en la RFA, se encuentra en A.WEBER: “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.7, 1999, p.48.

⁷⁹ De hecho, la vinculación entre la interpretación conforme y el respeto a la voluntad del legislador *a causa* de la legitimidad democrática de éste último no aparece hasta decisiones relativamente tardías vid. BVerfGE 90,263 (274) sobre la acción de impugnación de filiación. No obstante EHMKE [H.EHMKE: *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, *op. cit.*, p.74], ya había apreciado que en el uso de la interpretación conforme, además de una llamada presunción "objetiva" (el ajuste de la ley a los parámetros establecidos por la Constitución) se desdoblaba una presunción "subjetiva" por la que se entendía, salvo prueba en contrario, que el legislador había actuado dentro de los límites constitucionales. Este *favor legislatoris* aparece, en el mencionado autor, vinculado más al respeto por parte del legislador del sistema de distribución constitucional de funciones que al reconocimiento de la primacía del legislador en la concreción del desarrollo constitucional en tanto que legislador democrático. Este, sin embargo, es el sentido que PÉREZ LUÑO otorga a la "perspectiva subjetiva" o "perspectiva del legislador" de la que EHMKE habla al tratar el fundamento de la interpretación conforme. Vid. A-E.PÉREZ LUÑO: "La interpretación de la Constitución", *op. cit.*, pp. 126-128. PÉREZ LUÑO es en este punto

exigencias derivadas de la seguridad jurídica y de la necesidad de impedir vacíos normativos. En uno de las primeras monografías escritas sobre el tema, H. BOGS, ya caracterizó en este sentido la interpretación conforme como réplica a la inseguridad jurídica que podía provocar la implantación de un control de constitucionalidad⁸⁰.

La idea se antoja especialmente acertada si recordamos que —tal vez para inspirar confianza y amortiguar los efectos de la nueva jurisdicción— en todos los sistemas en los que se introduce el control de constitucionalidad a partir de 1945 (incluido el español en 1980) la invocación a la interpretación conforme (y caracterización básica de la misma) aparece en las primeras sentencias de *todos* los tribunales constitucionales europeos (*vid supra*). Los tribunales coinciden así en iniciar su actividad preocupados por *mostrar ante todo sus límites*.

Por otra parte, a poco que se piense, apoyar la interpretación conforme con argumentos cercanos a la seguridad jurídica (una de cuyas manifestaciones podría ser en algún sentido el principio de conservación de normas) nos lleva a una vía muerta. La principal objeción es que el resultado de recurrir a la interpretación conforme llega a ser más perjudicial para la seguridad jurídica que la nulidad del precepto si atendemos a las dificultades de identificación de esta interpretación y a su carácter vinculatorio.

Una posibilidad es que la interpretación quede claramente registrada en el fallo, pero no fue ésta la regla general ni antes de 1970 (antes de la reforma de la *BVerfGG*) ni aún hoy, momento en el que no dejan de producirse remisiones a los fundamentos de donde deducir el contenido la norma ideal que resulta constitucionalmente conforme. En realidad, todo el esfuerzo codificador de 1970 se produce por miedo a que la interpretación conforme vulnere los rasgos elementales del principio de seguridad jurídica. De ahí, por ejemplo, la insistencia el art. 31.2 *BVerfGG* en la publicación de la decisión aún cuando la norma enjuiciada sea declarada compatible con la Ley Fundamental.

seguido por J. BRAGUE CAMAZANO: *La acción de inconstitucionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, pp.235-236.

Críticos, asimismo, aunque en otra dirección, con el principio de conservación de normas como fundamento de la interpretación conforme son algunos comentarios de PRÜMM⁸¹, al recordar que en realidad cuando el *BVerfG* procede a esta fórmula el *BVerfG* ya se ha decidido sobre la constitucionalidad del precepto. Así, en puridad, *no se conserva nada* sino que el *BVerfG* se limita a justificar su renuncia a la declaración de nulidad. La interpretación conforme aparece cuando ya ha sido superada la pregunta acerca de la constitucionalidad de la disposición⁸². Esto depende naturalmente de una teoría sobre el proceso intencional de decisión en el seno del Tribunal que el mencionado autor no ofrece pero que, intuitivamente, no podemos dejar de compartir.

Desde hace años se impone una corriente de opinión que prefiere ver en la interpretación conforme más que una herramienta de conservación de normas una herramienta de *control*, control sobre la constitucionalidad de la norma enjuiciada y control sobre la aplicación que de esta norma realizan los tribunales ordinarios. Así, por ejemplo, F.MÜLLER: “la interpretación conforme como unión entre la interpretación de normas y el control de normas⁸³”. o J.BURMEISTER: “la interpretación conforme como engarce entre la clarificación del Derecho y el control del Derecho”⁸⁴, más allá va BETTERMANN para quien (en la línea de lo ya anticipado por PRÜMM) la interpretación conforme no es ni tan siquiera una verdadera “interpretación” sino un control *anticipado* de normas⁸⁵. Esta perspectiva tal vez sea más acorde con lo que hemos apuntado anteriormente: la interpretación conforme como instrumento que garantiza la supremacía de la Constitución y que es asegurada por su máximo intérprete, sea extrayendo el significado constitucional de la norma, sea depurando los elementos contradictorios o sea, procurando que la interpretación formulada se reproduzca por el resto de órganos judiciales. Aunque volveremos sobre esto último (*vid. infra.*) al abordar la cuestión de los límites, baste señalar de momento que el vínculo con la jurisdicción ordinaria a través de la interpretación conforme (suponiendo que el contenido interpretado sea

⁸⁰ H. BOGS: *op. cit.*, p. 22.

⁸¹ PRÜMM, *op. cit.*, p.94. Partidario, en cambio, del principio de conservación de normas como apoyo a la interpretación conforme es ZIPPELIUS: “Verfassungskonforme auslegung...”, *op. cit.*, p.13.

⁸² PRÜMM, *Ibidem*.

⁸³ F.MÜLLER, *Juristische Methodik... op. cit.*, p.90

⁸⁴ J.BURMEISTER: “Das Bundesverfassungsgericht als...”, *op. cit.*, p.608.

reconocido y reproducido por esos mismos tribunales) se encuentra no tanto en la interpretación que glosa el *BVerfG* sino en el *veto* que introduce sobre el resto de interpretaciones posibles ⁸⁶. Sin duda contribuye a este resultado lo ya mencionado sobre la fórmula “unvereinbar soweit” (incompatible en tanto que) y sobre el “poder de liquidación”. Con todo, estas son consecuencias que una visión dialógica y abierta de la interpretación constitucional puede llegar a flexibilizar.

Ciertamente, existe la opción de ver en las interpretaciones desechadas el veto del *BVerfG* pero al mismo tiempo el efecto de la disposición constitucionalmente interpretada se cuestiona siempre, *porque siempre hay la posibilidad de nuevas interpretaciones*. Lo que ocurre con las interpretaciones no asumidas por el *BVerfG* no es que la mayoría sean inconstitucionales, es que *simplemente no son mencionadas*, pero al ubicarse en un proceso de interpretación conforme, se introduce “por la puerta de atrás” una presunción de inconstitucionalidad que tanto el juez ordinario como el propio *BVerfG*, en caso de revisión, deben encargarse explícitamente de revocar. Una cosa es que la presunción de constitucionalidad de las leyes no sea el único apoyo de la interpretación conforme y la, otra, muy distinta, es que la interpretación conforme acabe transformándose en una estrategia *contraria* a la presunción de constitucionalidad.

El esquema sobre los fundamentos de la interpretación conforme no queda completo si a la presunción de constitucionalidad (cuestionable, como acabamos de ver) y al principio de conservación de normas, no añadimos, los principios que laten detrás de la idea de “control” apuntada, a saber, el principio de unidad del ordenamiento jurídico⁸⁷, expresado en el principio de primacía de la Constitución. La interpretación conforme se advierte como consecuencia del carácter supremo de la Ley Fundamental a cuyo contenido también el legislador se encuentra subordinado (los fundamentos positivos de esta vinculación, y por tanto también de la interpretación conforme, se encuentran en el art. 1.3 y 20.3 de la *GG*: vinculación del legislador a los Derechos Fundamentales y al orden constitucional respectivamente).

⁸⁵ K.A BETTERMANN: *op. cit.*, p-21.

⁸⁶ *Ibidem*. p.41.

Esta influencia de la Constitución sobre la interpretación del resto de normas (lo que equivale a decir sobre la expulsión de las normas ideales contrarias a la Constitución), suele igualmente reconducirse al principio clásico de jerarquía normativa como pilar estructurador del ordenamiento jurídico⁸⁸. La norma inferior debe respetar el contenido de la norma superior y en caso de no hacerlo la norma inferior es nula, siendo la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico todas las normas deben respetar su contenido. En general en el ámbito germánico la idea de jerarquía es retomada por diversas tradiciones: una variante, arraigada en la tradición kelseniana, se ocupa preferentemente de determinar la validez de la norma inferior en tanto que ésta satisface los requisitos formales de aprobación establecidos en la norma superior⁸⁹.

Más convincente a nuestros efectos resulta la segunda variante (especialmente tratándose de requisitos a cumplir por la norma ideal que se mantiene o se expulsa en la interpretación conforme) y que entiende los requisitos de validez desde una perspectiva de continuidad del contenido de la norma superior sobre la norma inferior, esta idea de proyección material que se cierne sobre la norma inferior se designa como “principio de penetración normativa vertical” (*Prinzip vertikaler Normendurchdringung*)⁹⁰, cuya translación a nuestro panorama no está suficientemente consolidada, quizás por ausencia de aproximaciones de corte sociológico (*vid. supra.*).

Tal vez no esté de más, por cierto, engarzar la técnica de la interpretación conforme tal como se perfila en el contexto alemán con el plano teórico que hemos bosquejado al principio de nuestra investigación. La interpretación conforme se encuentra inextricablemente ligada a concepciones coherentistas típicas de la Hermenéutica. Para una aproximación de corte deconstructivista, en cambio, al cuestionar el proceso de interacción de textos como fuente de consolidación de significados, negaría el poder de esta técnica —basada, a fin de cuentas, en la extracción de un significado a partir de la conexión entre el texto legal y el constitucional—

⁸⁷ H.SPANNER: *op.cit.*, p. 507.

⁸⁸ H.BOGS: *op. cit.*, p. 17

⁸⁹ E.CAMPICHE: *op.cit.*, p.15

⁹⁰ F.MÜLLER: “Juristische...”, *op.cit.*, p.93.

para discriminar entre interpretaciones constitucionalmente admisibles e interpretaciones inadmisibles.

9. Naturaleza.

Sobre la naturaleza de la interpretación conforme hemos distinguido entre la interpretación conforme como contenido de la declaración del *BVerfG* y como estructura interpretativa, lo que ha sido de nuevo resaltado al evocar aquellos autores que ven en la interpretación conforme una técnica de control (la interpretación conforme como mezcla de interpretación de normas y control de normas).

Es el momento ahora de abordar la primera parte del binomio, de ensamblar la interpretación conforme dentro de los métodos de interpretación que recogíamos en la primera parte del estudio: los métodos clásicos, la tónica, el programa normativo y el ámbito normativo...¿Cómo se ajusta la interpretación conforme a estas ideas? Para los hijos de la tradición hermenéutica, *la interpretación conforme no es más que un tipo de interpretación sistemática⁹¹ en el que se realiza la “concretización” de la Constitución*, es uno de los ejemplos en que esta concretización es más visible (tan visible que encarna una nueva decisión en lo que ya se encuentra aparentemente concretizado por el legislador).

A menudo se enfatiza que la interpretación conforme no es en puridad ningún método autónomo de interpretación, sino que conduce a una selección de normas una vez estas *ya se encuentran interpretadas⁹²*. Se decide sobre aquella interpretación que mejor corresponde al sistema de valores contenido en la Constitución⁹³. Nosotros, sin embargo, nos inclinamos a pensar que no se trata de una fase separada del proceso interpretativo general. A lo sumo puede verse como la última fase de este proceso en el que de cualquier manera juega un papel decisivo el método de interpretación sistemática (o, en términos de HESSE, la combinación entre el principio de concordancia práctica y el principio de unidad de la Constitución).

⁹¹ H. BOGS: *op. cit.*, p. 23; F. MÜLLER: *op. cit.*, p. 93.

⁹² F. MÜLLER: *Ibidem.*; H. SPANNER: *op. cit.*, p. 525.

En otro orden de ideas, aludíamos (*vid. supra.*) a la diferencia entre la interpretación constitucionalmente orientada (a la que esta llamados todos los intérpretes constitucionales) y la interpretación conforme incluida en un proceso de control de normas, cuya misión consistía justamente en imponer el resultado hermenéutico sobre el resto de intérpretes. Sin embargo, como más laxa es a efectos interpretativos la vinculación del sujeto para con la norma (como sucede en HÄBERLE), cuanto más se abren los referentes que configuran el programa normativo, más vuelve a aproximarse la interpretación conforme a una orientación que incumbe a todos los intérpretes (y por tanto más se disuelve el interés por la interpretación conforme estancada en el *BVerfGE* y con poder sobre el resto de sujetos).

En apoyo a esta tesis puede anotarse el dato que en la RFA la interpretación conforme de leyes viene sobre todo impulsada en los llamados procesos de control concreto de constitucionalidad y, en especial, en recursos de amparo (*Verfassungsbeschwere*)⁹⁴. La fluidez entre el planteamiento del recurso de amparo y la posibilidad de ejercer un control sobre las interpretaciones de disposiciones con rango de ley parece que podría predisponer a la adopción de significados en primer término concretizados desde los tribunales ordinarios y desde los ciudadanos⁹⁵ que el Tribunal Constitucional vendría a confirmar, a rechazar o a perfeccionar. Aunque, de momento, sea sólo como comentario marginal, hay que añadir que, naturalmente, este tipo de consideraciones que asocian la teoría interpretativa a elementos procesales dependen del grado de incidencia del procedimiento constitucional sobre la interpretación de la ley. Haciendo el paralelismo con el sistema español el resultado del análisis sería diverso en los dos sistemas, pues mientras en la *Verfassungsbeschwere* el *BVerfG* puede llegar a decidir sobre el contenido de la ley (incluso sobre su nulidad, art. 95.3 *BVerfGG*, dada la flexible conexión entre el recurso de amparo y el control incidental de

⁹³ *Vid. BVerfGE* 8,221

⁹⁴ En el caso de la cuestión de inconstitucionalidad la posibilidad de revisión por parte del *BVerfG* de la interpretación conforme practicada en instancia se cierra al exigirse, de acuerdo con la interpretación del artículo 100.1 *GG*, que el juez o tribunal esté convencido de la inconstitucionalidad de la ley aplicable, esto es, de que no quepan interpretaciones constitucionalmente conformes de la ley examinada. *Vid. K.SCHLAICH: Das Bundesverfassungsgericht*, Beck, Munich, 1994, p.99.

⁹⁵ Sobre la interpretación conforme en los procesos de control concreto de constitucionalidad y su crítica *vid. infra.*

leyes⁹⁶) facilitándose así la transmisión de formas de concretización ensayadas en otras instancias, en España la influencia de las interpretaciones constitucionalmente conformes vertidas por otros intérpretes puede quedar en mayor medida interrumpida dada la rígida separación que el art. 55.2 LOTC⁹⁷, de uso muy infrecuente (al menos desde la óptica formal) impone entre el recurso de amparo y el pronunciamiento sobre la ley, —esta circunstancia no impide que existan casos en los que el sistema de la LOTC no se ejecuta formalmente (no se activa el art. 55.2 LOTC), de forma que las previas concretizaciones planteadas por el recurrente o por los tribunales de instancia inciden sobre el juicio de constitucionalidad de la ley practicado por el Tribunal Constitucional de forma equivalente al modelo diseñado por la Ley del Tribunal Constitucional alemán—.

Otros indicios en los que se consolidaría la percepción de este concretar “desde abajo” (tribunales ordinarios, argumentos en la interposición de un recurso de amparo) el material constitucional (en lo que se podrían equiparar tanto el sistema español y como el sistema alemán) son, en primer lugar, el poco número de recursos interpuestos en sede de control abstracto y, en segundo lugar, la insistencia que en ocasiones han mostrado ambos tribunales por aplazar un pronunciamiento definitivo sobre la constitucionalidad de la ley confiando en que la aplicación a casos concretos proporcione nuevos instrumentos para perfilar con mayor seguridad la interpretación conforme⁹⁸.

Finalmente la concepción concretizadora puede leerse también como una señal en la dialéctica que va no de la Constitución a la Ley, sino de la Ley a la Constitución. Así bajo la delimitación normativa de la ley el intérprete está afectando al contenido de la Constitución. Concretizar la Ley es concretizar la Constitución⁹⁹. —una combinación entre la interpretación constitucional de la norma a aplicar y la interpretación de la misma Constitución— La interpretación

⁹⁶ Sobre el control incidental de constitucionalidad en la *Verfassungsbeschwerde* en Alemania *vid.*: L.J.MIERES MIERES: *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*. IVAP/Civitas, Madrid, 1998. pp.65-78.

⁹⁷ Sobre la separación entre el amparo y el control de constitucionalidad en España *vid.* L.J.MIERES MIERES: *Ibidem*. En especial, pp.103-105 y crítica p.187.

⁹⁸ Un ejemplo en la jurisprudencia del *BVerfG* lo encontraríamos en la *BVerfGE* 11,168 (especialmente 190) y en la jurisprudencia del TC en la STC 5/1981, de 13 de febrero.

⁹⁹ K.HESSE: *op. cit.*, § 85.

conforme de la Ley es, por decirlo en términos hegelianos, una de las instituciones en las que la Constitución se realiza, es decir, un vínculo entre la Constitución y las necesidades que de la realidad rezuman mediante el cual los conceptos adquieren significado¹⁰⁰.

10. Límites.

La dogmática de los límites de la interpretación conforme se proyecta en primer lugar sobre el legislador y, en segundo, lugar, sobre la jurisdicción ordinaria.

Respecto al legislador, según la propia jurisprudencia del *BVerfG*¹⁰¹ mediante la interpretación conforme no se puede alterar el “texto y el sentido” de la ley ni la “finalidad perseguida por el legislador”. Aunque la mayoría de la doctrina¹⁰² asuma estas declaraciones sin vacilar, ello no nos impide añadir algunos comentarios en la línea de nuestras observaciones anteriores.

Primero: sobre el “texto” como límite a la interpretación conforme ya hemos reiteradamente señalado que su intangibilidad resulta prácticamente indiferente mientras el recorte interpretativo se produzca a nivel ideal (*vid. supra*).

Segundo: en lo que atañe a la alteración del “sentido”, cabe recordar que el sentido se transforma siempre. El recurso a la interpretación literal es más endeble de lo que parece porque, como ya destacamos al estudiar las posiciones de S.FISH, determinar lo que consideramos que es la “interpretación literal” es en sí el resultado de una interpretación

La interpretación conforme es sobretodo transformación de sentido. Lo que ocurre es que este elemento se conecta además en la tradición alemana con “el sentido querido por el legislador”, que es lo que teóricamente la interpretación conforme no debe desfigurar.

¹⁰⁰ Sobre la decisión judicial como realización de una institución jurídica *vid.* G.W.F.HEGEL: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Reclam, Stuttgart, 1995, p.65.

¹⁰¹ *BVerfGE* 2,282; 4, 351; 8, 28; 9,200;10,80; 18,111; 19,247; 20,218; 21,305; 38,49; 90,263. Sobre el texto como límite a la interpretación conforme existe alguna excepción así *vid.* *BVerfGE* 35, 278 en la que el Tribunal declara que “la interpretación (...) no se encuentra limitada por el tenor formal de la Ley.”

¹⁰² K.HESSE: *op.cit.*; H.SPANNER: *op. cit.*, p.510, R.ZIPPELIUS: *op.cit.*, p.16.

La finalidad del legislador no puede falsearse¹⁰³. Aquí es cuestión de remitirse a los obstáculos generales que presenta la captación de esta perspectiva intencional en la práctica interpretativa. Esta finalidad que se presenta como límite, ¿deriva inmediatamente del objeto a interpretar (del precepto legal) o, por el contrario, se imbrinca en una intención “pretextual”? En este punto se produce, en el contexto alemán, una cierta inconsistencia con el desarrollo de la teoría interpretativa: por una parte, (*vid. supra.*) en la segunda mitad del siglo XX se experimenta el paso de una teoría histórico psicológica de la voluntad del legislador (la teoría subjetiva) a la teoría del significado inmanente de la Ley (teoría objetiva), que, a partir de la hermenéutica existencial, acaba decantándose hacia una teoría de adaptación del sentido a la intención del intérprete.

Con todo, al tratar los límites de la interpretación conforme parece como si *BVerfG* y doctrina se remontasen a la “voluntad del legislador” entendida en su sentido subjetivo, es decir “pretextual”, cayendo, de nuevo en un el juego laberíntico de espejos que supone intentar identificar la fuente de esta voluntad: así, según la teoría subjetiva ¿a qué psicología debemos atenernos para captar la “finalidad querida por el legislador”, a la de los diputados en pleno, a la de los diputados que votaron la ley, a la de los diputados que participaron en la comisión legislativa? y, todavía más problemático, ¿cómo inferimos el contenido de la intención legislativa? ¿Por las discusiones, por los rumores, por las entrevistas extraparlamentarias, o por las declaraciones desde la tribuna? Lo delicado, repetimos, no es que el enigma sobre la “voluntad subjetiva del legislador” sea prácticamente indescifrable, sino que sobre su base se pretenda construir el límite de la interpretación conforme.

Ahora bien, todo hay que decirlo, la captación de estos componentes de raíz psicológica y circunstancial con la esperanza de distinguir la finalidad auténtica perseguida por el legislador es algo muy diferente, por ejemplo, de desentrañar la verdadera intención de los constituyentes o de un legislador lejano tal como se proponen los patrones originalistas. Si la ley sometida a interpretación conforme fue promulgada en un momento relativamente cercano al momento en que se practica la interpretación, la captación de elementos pretextuales queda

¹⁰³ R.ZIPPELIUS: *Ibidem.*,119.

en mayor medida legitimada porque se integra dentro de la dinámica de la deliberación pública (por ejemplo, a través de los mensajes formulados en una campaña electoral)¹⁰⁴. Sin duda el factor democrático, la translación material del debate al foro parlamentario se encuentra detrás de esta justificación y ello si que, por cierto, podría eventualmente llegar a levantar un dique que la interpretación conforme sería incapaz de traspasar. Con este rodeo podemos hacer coherente que alguien rechace el subjetivismo como guía de interpretación en lo que se refiere al constituyente (la voluntad del constituyente) pero que sostenga lo contrario cuando se refiere al legislador cercano¹⁰⁵. A pesar de lo dicho, los autores que, como K.HESSE, son reacios al reconocimiento de fuentes interpretativas pretextuales no caen en la posible trampa y nos advierten que cuando el *BVerfGE* se refiere a la “finalidad perseguida por el legislador”, no hay que ver un mandato dirigido al intérprete para que descubra la voluntad subjetiva del legislador sino un máxima que tienda a conservar aquéllo que el legislador ha establecido¹⁰⁶.

Hemos visto el límite a la interpretación conforme desde la perspectiva del legislador, queda por ver, aunque sea a grandes rasgos, el límite a la interpretación conforme del *BVerfG* en relación con la jurisdicción ordinaria. No hay mucho que destacar en el panorama alemán que marque grandes distancias con las discusiones que se desarrollan en España. La obligación de interpretar una ley de conforme la Constitución no es únicamente cometido del *BVerfGE*, también los tribunales ordinarios deben practicarla. De hecho, es presupuesto para la elevación del control concreto de normas del art. 100.1 GG (Art. 80 y ss *BVerfGG*)¹⁰⁷ pues es ante el fracaso de una interpretación conforme que el juez se ve impulsado a trasladar al *BVerfG* la decisión sobre la constitucionalidad de la ley. No vamos a detenernos aquí en el problema del cómo el *BVerfG* supervisa que el juez que eleva la cuestión haya intentado

¹⁰⁴ Esta era la idea por la que ya parecía inclinarse NINO en C.S.NINO: *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1994, pp.87-92.

¹⁰⁵ En sentido parecido H.MICHEL “Die Verfassungskonforme Auslegung”, op. cit., p. 280; SPANNER, op. cit. p. 521 y R.ZIPPELIUS: op. cit.,118.

¹⁰⁶ K.HESSE: op.cit., p. 31.

¹⁰⁷ Sobre los requisitos de admisibilidad del *BVerfG* de la cuestión de inconstitucionalidad elevada por los jueces vid. W.HEUN: “Richtervorlagen in der Rechtsprechung des BVerfG” en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1997, pp.610-628. En realidad, el presupuesto básico de la procedibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad es el convencimiento del juez ordinario de la inconstitucionalidad de la norma legal, si bien uno de los indicios de este convencimiento se encuentra en el intento fallido de escoger una interpretación de la norma acorde con la Constitución. A.WEBER: “La interpretación de la Constitución...”, op. cit., pp.47-48.

acomodar la ley a los preceptos constitucionales, problema que se reproduce en otros sistemas como el español o como el italiano y al que prestaremos atención en los apartados correspondientes. Simplemente recordar que el sentido de la interpretación conforme es distinto en ambos niveles jurisdiccionales: en la jurisdicción ordinaria es requisito para plantear la cuestión de constitucionalidad, mientras que en la jurisdicción constitucional constituye un mandato dirigido a evitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley. ¿Modifica esto la dogmática general sobre la interpretación conforme? Tal vez podría insinuarse que la presunción de constitucionalidad de una ley cuya constitucionalidad el *BVerfG* pasa a controlar mediante cuestión queda *debilitada a)* en la medida que ya la jurisdicción ordinaria ha intentado, sin conseguirlo, ofrecer una interpretación de la ley constitucionalmente admisible y *b)* en la medida que el propio *BVerfG* ha reconocido el fracaso de la interpretación conforme practicada por el juez al admitir la cuestión. Es de suponer que si aumenta la exigencia del *BVerfG* a la hora de verificar que los tribunales ordinarios han intentado una interpretación conforme antes de elevar cuestión, cabe advertir que sólo aquellas leyes cuya interpretación sea *prima facie* muy claramente incompatible con la Constitución serán concocidas por la jurisdicción constitucional y que, asimismo, los tribunales ordinarios contarán con un margen de expulsión de interpretaciones más amplio.

Otro es el plano en el que se concibe la *Verfassungsbeschwere*: si se plantea una *Verfassungsbeschwere* es porque el juez de instancia *ha aplicado* la ley cuya constitucionalidad se pone en entredicho en el proceso ante el *BVerfG* lo que, en otros términos, significa que el juez *había encontrado una interpretación constitucionalmente conforme* de la ley¹⁰⁸ (que es la que le ha permitido decidir) que puede ser revocada por el juicio del Tribunal Constitucional.

La pregunta, en este entramado de relaciones, persiste siempre: ¿hasta qué punto el *BVerfG* se encuentra vinculado por la interpretación previa planteada por el juez ordinario. ¿Es esta interpretación un límite para el juez constitucional? La respuesta es que fundamentalmente la interpretación de la ley y su aplicación es objeto de los jueces de instancia, aunque no la

interpretación constitucionalmente conforme de la ley que siempre puede ser revisada por el *BVerfG*, bajo el establecimiento de una nueva interpretación diferente de la realizada en instancia (y, por tanto, la expulsión de la interpretación constitucional del juez ordinario).

El problema continúa centrándose en la capacidad del *BVerfG* para interpretar además de la ley de acuerdo con la Constitución, los aspectos puramente de legalidad ordinaria, ¿está al menos en este ámbito la actividad del *BVerfG* acotada y, por tanto, determinada, por lo establecido por el juez ordinario? Este es el límite que la doctrina¹⁰⁹ se esfuerza por reconocer y que el *BVerfG* procura mantener a pesar que frecuentemente lo rebase y que, en ocasiones, haya expresado la total ausencia de vínculo con la interpretación legal ejercida por el resto de tribunales¹¹⁰.

No vamos a entrar en la vasta discusión sobre el alcance de la facultad de revisión del *BVerfG* y cómo la interpretación conforme contribuye a diluir los ámbitos de competencia entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. No podemos, no obstante, cerrar este apartado sin las siguientes observaciones: no hemos abordado la cuestión de los límites a la interpretación conforme con demasiada severidad principalmente porque dudamos, en general, de las aproximaciones obcecadas en el deslinde y la restricción de la jurisdicción constitucional (siempre que se mantengan abiertas y dinámicas el resto de fuentes de interpretación constitucional).

Esto vale para los límites respecto al legislador, pero todavía más para los límites respecto a la jurisdicción ordinaria. En lo que incumbe al legislador existen elementos de legitimación (a menudo exagerados) que justifican, aunque sea cautelarmente, una preocupación por el establecimiento de la línea infranqueable para un Tribunal Constitucional. Sin embargo estos elementos parecen no proyectarse sobre la jurisdicción ordinaria con tanta vehemencia. Aquí

¹⁰⁸ W.ROTH: “Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht um die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1996, pp. 570-571.

¹⁰⁹ J.BERKEMANN: “Das Bundesverfassungsgericht und «seine» Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik”, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1996, pp. 1028-1040; BURMEISTER: “Das Bundesverfassungsgericht als revision...”, *op. cit.*, pp 607 y ss.; K.LÖWER, *op. cit.*, § 112.; A.VOßKUHLE: *op. cit.*, p.196.

la cuestión del límite es un problema *meramente funcional*, una distribución entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional cuyo trasvase sólo afecta a los beneficios de la especialidad, y que, en caso de transgredirse por parte de la jurisdicción constitucional (convirtiéndose en una supercasación) será la misma jurisdicción constitucional la castigada con la sanción de la inoperatividad.

Que la jurisdicción constitucional mediante la interpretación conforme cuente con un instrumento para alterar la interpretación legal en principio atribuida a los jueces ordinarios es, desde esta perspectiva, un problema claramente secundario.

En un audaz y reciente artículo, A.VOßKUHLE¹¹¹ plantea, pese a todo, una objeción de peso frente a esta idea de minimizar el solapamiento entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en sede de interpretación conforme. VOßKUHLE argumenta que, al reconocer —e incluso exigir como requisito para elevar cuestión— que la jurisdicción ordinaria acomode el contenido de los preceptos legales a la constitución mediante técnicas interpretativas, *cualquier juez acaba realizando igualmente una función de corrector del legislador* puesto que cuenta con la posibilidad de reducir el significado normativo de los preceptos legales que aplica¹¹². De este modo, la actividad de los tribunales inferiores no se lee como un mero problema de competencia jurisdiccional con el *BverfG*, sino que el alcance de su actuación también debe ser ponderada con respecto al legislador (pueden expulsar normas a nivel abstracto) contando, eso sí, con la posibilidad de revisión de mismo Tribunal Constitucional mediante *Verfassungsbeschwerde*. Este planteamiento fuerza al mencionado autor a encarar la interpretación conforme practicada por los jueces y tribunales desde una perspectiva restrictiva, para lo que estipula la siguientes cinco tesis que, en general, repercuten en la colaboración entre la jurisdicción ordinaria y el *BVerfG* en la determinación del significado constitucionalmente conforme de los preceptos legales¹¹³:

¹¹⁰ Vid. *BVerfGE* 10,340 (345)

¹¹¹ A.VOßKUHLE: *op. cit.*, pp.177-201.

¹¹² *Ibidem.* p.182.

¹¹³ *Ibidem.* pp. 194-200.

- 1) Mandato de *judicial self-restraint* de los tribunales ordinarios en caso de interpretación conforme (*self-restraint* como expresión de deferencia hacia el legislador, pero también como expresión de deferencia hacia el monopolio de rechazo de normas derivadas de preceptos legales que ostenta el *BVerfG*)
- 2) Vinculación general del *BverfG* a la interpretación de los tribunales ordinarios en aspectos puramente de legalidad (*vid. supra.*).
- 3) Inadmisibilidad del uso, por parte del *BVerfG* de la interpretación constitucionalmente conforme como instrumento de “perfeccionamiento” o “mejora” (*Rechtsfortbildung*) de aspectos de mera legalidad.
- 4) Obligación del *BVerfG* de expresar claramente la interpretación inconstitucional y preferencia por la técnica de expulsión de normas abstractas inconstitucionales que por la fijación otras interpretaciones constitucionales alternativas (*vid. supra.*).
- 5) Mayor laxitud en la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad en lo que afecta al previo intento de los tribunales de ofrecer una interpretación conforme de la ley de cuya constitucionalidad se duda (excepto que exista una obvia y consolidada interpretación constitucional de la ley que el tribunal inferior no haya tenido en cuenta).

En general, la consideración de estas tesis, como el propio VOBKUHLE reconoce¹¹⁴, se daría preferentemente en un contexto en el que los tribunales ordinarios tuviesen la costumbre de ensayar ellos mismos interpretaciones conformes de los preceptos legales que aplican, sea con carácter previo al *BVerfG* o sea estudiando interpretaciones no previstas por el *BVerfG* aunque razonablemente admisibles. Sin embargo, la práctica indica que la jurisdicción ordinaria, excepto casos singulares, se limita a aplicar monocordemente la interpretación constitucional de la ley tal como ha sido concretizada por el *BVerfG*.

11. Efectos.

La introducción del art. 31.2 *BVerfGG* en nada, casi, ha modificado la discusión sobre el efecto de aquellas decisiones del *BVerfG* en las que se elude la declaración de inconstitucionalidad mediante la interpretación conforme.

¹¹⁴ *Ibidem.*, p.193.

Que se reconozca al *BVerfG* la posibilidad de declarar compatible una ley con la Ley Fundamental y que a esta declaración se le conceda fuerza de ley (al tiempo que el fallo debe ser publicado) dice poco acerca del ámbito de la sentencia que resulta vinculante para el resto de operadores y, principalmente, para el resto de jueces. El efecto de la interpretación conforme, como la nulidad, es el de fuerza de ley, pero ¿a qué contenido se le atribuye este poder? ¿Al fallo?, ¿A los fundamentos jurídicos (*tragenden Entscheidungsgründe*)?, ¿A ambos? El punto oscuro del problema es que, como hemos visto, en la interpretación conforme no sólo se establece qué interpretación es constitucional sino que además quedan expulsadas el resto de interpretaciones que, en su mayor parte, no son expresadas.

Ya hemos subrayado los motivos que desembocan en este resultado y su delicada compatibilidad con la presunción de constitucionalidad de las leyes. Pero ahora es el momento de preguntarse sobre cómo se asegura la sujeción a este juicio, cómo el resto de intérpretes pueden vincularse al silencio.

Ya avanzamos que este conjunto indefinido de interpretaciones rechazadas no es abarcable *ex ante* en la redacción de la sentencia, sobre ellas funciona el mecanismo analizado sobre la posibilidad de formulación de una nueva interpretación conforme por parte de un juez ordinario aunque indirectamente sometida a la carga de contrarrestar el previo juicio de constitucionalidad del *BVerfG*. Sin embargo, podemos realizar aproximaciones que aseguren la conexión entre del razonamiento judicial y la decisión interpretativa extendida por el *BVerfG*.

La discusión sobre la extensión el efecto vinculatorio de la declaración de compatibilidad es bien conocida. La primera posición defiende que la fuerza de ley es sólo predicable del tenor literal del fallo de la sentencia (*Urteilsformel*) y no se proyecta sobre los fundamentos. Esta es una versión que, aunque prácticamente abandonada, todavía hoy debe ser tomada en cuenta

al recordar que en el deber de publicación previsto en el art. 31.2 *BVerfGG* sólo se menciona la decisión formal (*Entscheidungsformel*) y no el resto de la sentencia¹¹⁵.

La antítesis a esta posición insiste por su parte en extender el efecto vinculatorio también a los fundamentos (*tragenden Entscheidungsgründe*)¹¹⁶ con el consiguiente problema precisar el ámbito de estos fundamentos que resulta decisivo en la concreción de la interpretación conforme. La teoría continua siendo válida porque, aunque después de la cuarta reforma de la *BverfGG*, la interpretación conforme sea arrastrada al fallo se continúan produciendo remisiones a los fundamentos (*vid supra.*), eso sin contar que en el fallo, si recoge la norma interpretada constitucionalmente adecuada, no se haga alusión a las normas expulsadas¹¹⁷.

Queda finalmente la posición ecléctica, para la que el efecto vinculatorio se predica esencialmente del fallo si bien los fundamentos permiten la interpretación del mismo. Se produce una suerte de atracción del contenido de los fundamentos al fallo (vinculación mediata de los fundamentos)¹¹⁸.

Nuestra perspectiva, siempre relativizada al pensar en términos de otra cultura constitucional, es que, aunque existan elementos de vinculación imposible (las interpretaciones inconstitucionales silenciadas), una manera apropiada de asegurar que la interpretación judicial descansa sobre la interpretación del *BVerfG* consiste en extender el efecto a los fundamentos en la medida en que *son condición para establecer la interpretación conforme* —de hecho se trata de una variante de la posición ecléctica—.

¹¹⁵ A.ARNDT: “Das Bundesverfassungsgericht”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1952, pp. 1-5, especialmente p.2.; H.P.SCHNEIDER: “Die Verbindlichkeit von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1954, p.186.

¹¹⁶ E.FRIESENHAHN: “Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Zeitschrift für Sozialreform*, 1954, pp.150 y ss, GEIGER: “Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG)”, *NJW*, 1954, p.1058.

¹¹⁷ Una crítica frecuente es que en muchas sentencias interpretativas derivadas de un control incidental de leyes (art.95.3 *BverfGG*) la interpretación conforme a la Constitución de la ley no se lleve al fallo y quede sólo contenida en los fundamentos jurídicos. *Vid.* SCHMIDT-BLEIBTREU “Artículo 95” en T.MAUNZ y otros: *op. cit.*, p.25.

¹¹⁸H. SCHÄFER: “Gesetzkraft und bindende Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts” *NJW*, 1954, p.1468; H.SPANNER: *op. cit.*, p.530.

La propuesta, haciendo un cierto paralelismo con la fórmula de la *condicio sine qua non* con la que, en Derecho Penal, se pretende explicar la relación de causalidad en el marco de la imputación objetiva¹¹⁹, pasa por reconstruir una estructura de causalidad argumentativa ideal, de forma que si mentalmente eliminamos uno de los argumentos contenidos en los fundamentos no podemos llegar a la conclusión de la interpretación constitucionalmente adecuada.

Si, al eliminar el contenido mencionado, la interpretación conforme no se sostiene, debemos entonces entender que el efecto vinculatorio también se proyecta sobre este extremo.

12. Fallos combinados y excepciones.

La aproximación que hasta ahora hemos enumerado sobre las diversas modalidades de sentencias intermedias emanadas de la jurisprudencia del *BVerfG* debe cerrarse con una última observación: estas modalidades se refieren a uno de los fallos posibles contenidos en una decisión sobre la constitucionalidad de la ley.

En sentido estricto no es una clasificación de “sentencias” sino de fragmentos de decisión. La estructura modelo se regiría por el supuesto en el que sólo se produce una mención acerca de la ley enjuiciada (sea de compatibilidad, de incompatibilidad o de nulidad) cosa que no es, en verdad, frecuente ya que lo normal son las secuencias de diversas declaraciones contenidas en

¹¹⁹ La fórmula de la *condicio sine qua non*, para determinar cuando existe una relación entre una conducta y un resultado, se aplica en la llamada teoría de la *equivalencia de las condiciones* para determinar qué conductas han sido causantes de la situación calificada por el tipo penal en su dimensión objetiva. La teoría de la *equivalencia de las condiciones* sostenía que toda condición de la cual haya dependido la producción del resultado era causante del mismo, al margen de su mayor o menor proximidad. Así, para saber si una conducta entraba en el curso de causalidad que desembocaba en la comisión del tipo había que recurrir a una fórmula de carácter hipotético, la *condicio sine qua non*, por la que se consideraba que una actuación era causante del resultado si, suprimiendo mentalmente aquella conducta (imaginando que no se hubiese efectuado) desaparecía también el resultado. La fórmula de la *condicio sine qua non* se expone en S.MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte general*. PPU, Barcelona, 1996, p.218, quien trae a colación referencias bibliográficas de autores alemanes de la época del segundo Reich, contexto en el que se desarrollaron dichas teorías sobre la relación de causalidad.

un mismo fallo. En algunos puntos culminantes de la jurisprudencia del *BVerfG* la multiplicidad de decisiones puede llegar a alcanzar a todas las variantes.

Un ejemplo sobre ello podría ser la segunda sentencia sobre el aborto (*BVerfGE* 88,203) en la que además de esta diversidad de declaraciones se detectan algunas desviaciones a la tipología examinada. Se produce, por ejemplo, una apelación al legislador para que quede asegurado el sistema de indicios que permiten el aborto legal, pero esta apelación se corresponde a una previa declaración de nulidad del sistema establecido (basado en el sistema de plazos) lo que rompe la asociación entre apelación y declaración de compatibilidad o entre declaración de incompatibilidad y suspensión hasta que el legislador complemente la normativa.

En este caso el *BVerfGE* declaró la nulidad porque *él mismo estableció* los requisitos que debían satisfacerse para proceder al aborto, incluyendo una detalladísima regulación sobre el asesoramiento a la mujer que desea interrumpir su embarazo, regulación que se integró en el tenor literal del fallo e impidió el vacío normativo¹²⁰. El precio de esta decisión es la ruptura del esquema y la manifestación sin subterfugios de la capacidad normativa del *BVerfG* lo que nos lleva a preguntarnos si la sistemática es suficiente cuando se trata de enfrentarnos a condiciones extremas o si, en otro sentido, es tan contingente que cuando de verdad se requiere acudir al aparato dogmático el aparato dogmático desaparece.

No vamos aquí, en sede descriptiva, a responder a esta cadena de cuestiones porque lo primero que hay que aclarar son elementos teóricos que no son exclusivos del modelo alemán de sentencias intermedias. Se trataría, por ejemplo, de comprender en el contexto iuscomparativo de la regulación del aborto, por qué esta materia conduce inexorablemente a una singularidad, por qué para los Tribunales Constitucionales es *un caso extremo* desde la óptica de la decisión formal adoptada en las sentencias. Pronunciarse sobre el aborto puede

¹²⁰ Estas medidas adicionales son adoptadas por el *BVerfG* apoyándose en el art. 35 *BVerfGG*, artículo que deja la puerta abierta para que el *BVerfG* establezca las condiciones necesarias para asegurar la ejecución del fallo [vid. *BVerfG* 88, 203 (209)]. Merece la pena destacar cómo bajo el recurso a las medidas de ejecución se abre ostensiblemente el mapa de posibilidades que el *BVerfG* puede incorporar en el tenor literal de sus decisiones.

ser complejo por las distintas repercusiones religiosas, éticas, filosóficas, culturales que convierten la cuestión en uno de los puntos de desencuentro más representativos del debate público en las sociedades contemporáneas, pero la pregunta es ¿por qué cuando un Tribunal Constitucional enjuicia una ley de despenalización del aborto ello conduce a la reinvención de sus propias categorías de decisión y a la ruptura manifiesta con el tabú del legislador negativo?

En la RFA la solución adoptada por el *BVerfG* fue en su día si cabe todavía más imprevisible que el pronunciamiento del TC español de 1985¹²¹, el TC español se encontraba en los albores de su actividad y eran comprensibles sus titubeos en la plasmación textual del juicio puesto que las categorías que manejaba se encontraban en formación, lo que en otro sentido quedó reflejado en los votos particulares que resaltaban la extralimitación en la que había incurrido la mayoría. Por el contrario en la historia del *BVerfG*, la segunda decisión sobre el aborto se produce en 1993 con el aparato normativo y conceptual considerablemente estructurado y asumido sin que, por ejemplo, los votos particulares de los jueces MAHRENHOLZ o BÖCKENFÖRDE adopten ninguna posición crítica acerca de la actividad explícitamente normativa del *BVerfG*. Debe recordarse, con todo, que la intromisión en la libertad de configuración del legislador ya había sido denunciada en el voto particular de RUPP von BRÜNNECK y H. SIMON a la *primera* sentencia sobre el aborto (*BVerfGE* 39,1, voto particular 68 y ss.) al entender que, si bien el feto debía ser objeto de protección constitucional, sólo correspondía al legislador decidir si esta protección debía revestirse de carácter penal. En esa ocasión el legislador había despenalizado el aborto durante las doce primeras semanas, pero el *BVerfG* declaró la despenalización inconstitucional, y nula y en el fallo extendió interinamente el régimen penal (hasta la nueva regulación) también a los abortos practicados en las doce primeras semanas. En lo que a regulación material se refiere, en la segunda sentencia sobre el aborto (al establecer detalladamente las condiciones del asesoramiento y la determinación del sistema de indicios) el *BVerfG* viene a ahondar en la fisura que la primera sentencia había abierto. En ambas se reafirma la correspondencia entre la complejidad material del juicio de constitucionalidad y la heterodoxia de la decisión formal, en ambas se constata, dicho sea de paso, el divorcio entre la decisión del legislador y la protección constitucional exigida por el *BVerfG*.

¹²¹ STC 53/1985, de 11 de abril.

IV.- LA INTERPRETACIÓN CONFORME COMO ÚNICA ALTERNATIVA A LA INAPLICACIÓN DE LEYES FEDERALES: EL MODELO SUIZO.

1. Características generales.

El interés por el estudio del modelo de jurisdicción constitucional en Suiza se justifica en su carencia: el Tribunal Federal no puede inaplicar ni una Ley Federal, ni una resolución de la Asamblea Legislativa ni un Tratado internacional aunque considere que son inconstitucionales¹²². Pero ello no implica que no pueda realizar una interpretación conforme de estas disposiciones¹²³. Respecto las leyes federales *en Suiza existe sólo pues interpretación conforme*. Por ello es tan relevante en un estudio sobre las sentencias "intermedias" por que, en principio, al menos en un ámbito (el de las leyes federales) sólo las "sentencias intermedias" son posibles.

¹²² A.AUER: *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Frankfurt am Main, 1984, p. 61 y ss.; W. HALLER: "Art. 113" en *Kommentar zur Bundesverfassung des Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Helbing & Lichtenhan/Schuktess/Stämpfli, Basel/Zürich/Berna, 1987; H.MAURER: "Zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle" en *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Yvo Hangartner*, Dike, St.Gallen/Lachen 1998, pp 247-268; W.HALLER: "Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht" en C.STARCK/A.WEBER (editores) *Verfassungsgerichtsbarkeit n Westeuropa*, v. I, Nomos, Baden-Baden, 1986, p.189. W.KÄLIN: *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*. Stämpfli, Berna, 1994, pp. 9 y ss. Como indicaremos a continuación (*vid. infra.*), con la revisión total de la Constitución Federal Suiza realizada en 1998 desaparece la mención a las "resoluciones de la Asamblea Federal" de entre el conjunto de disposiciones no susceptibles a la inaplicación por parte de la jurisdicción. En la nueva Constitución se hace tan sólo mención a las leyes federales y al Derecho Internacional como "determinante" para todas las autoridades que apliquen derecho, de donde tal vez se sigue que frente a las resoluciones de la Asamblea Federal el control de constitucionalidad sería admisible.

¹²³ E.CAMPICHE, *op. cit.*, p 17; W.KÄLIN: *Das Verfahren...*, *op.cit.*, p.13.

Antes de entrar de lleno en el tema que nos ocupa, conviene comentar, aunque sea a grandes rasgos, algunas características generales del sistema suizo de jurisdicción constitucional, sobretodo porque presenta muchas diferencias con los modelos de jurisdicción europeos a los que estamos más familiarizados, y la correcta comprensión de las instituciones sólo será factible teniendo en cuenta al menos, las variables más significativas que conforman el conjunto.

En primer lugar cabe apuntar que nos encontramos ante una forma de jurisdicción constitucional difusa¹²⁴. Cualquier juez o tribunal puede inaplicar un acto al considere contrario a la Constitución. Por su parte el Tribunal Federal (*Bundesgericht*¹²⁵) es el órgano en que culmina la organización judicial y a, semejanza del modelo americano, no presenta especialización. Además de juez de constitucionalidad, también es el máximo Tribunal en cuestiones civiles, penales, administrativas¹²⁶. Este órgano interviene subsidiariamente al resto de instancias judiciales, lo que vale para todas las áreas del Derecho y para lo que aquí nos afecta, también para el conocimiento de recursos de queja por vulneración de Derechos Fundamentales (*Verfassungsbeschwerde*). Por la *Verfassungsbeschwerde* se protegen así los derechos fundamentales contenidos en las constituciones cantonales, los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Federal y los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos del que Suiza es parte, cosa que, como veremos posteriormente, en el diseño del control de leyes, tiene sus repercusiones. Al margen del recurso de queja, huelga decir que los derechos de participación (especialmente de participación directa a través de referéndum, de suprema importancia en la dinámica suiza de toma de decisiones al nivel cantonal y al nivel federal) cuentan con un recurso de protección especial (*Stimmenrechtsbeschwerde*)¹²⁷.

¹²⁴ A.AUER:, *op. cit.*, pp. 21-22; J.P. MÜLLER: *Elemente einer schweizerische Grundrechtstheorie*. Stämpfli, Berna, 1982, p.75; W. HALLER: "Das schweizerische Bundesgericht...", *op. cit.*, p. 183;

¹²⁵ Para la elaboración de este capítulo he accedido principalmente a la bibliografía en lengua alemana (que, con excepciones, resulta la más desarrollada en materia de Derecho Constitucional), de ahí que los términos manejados se citen siempre en alemán.

¹²⁶ W.HALLER: *Ibidem.*, p.183.

¹²⁷ W.HALLER, *Ibidem*, pp. 202-204

El control de constitucionalidad se manifiesta básicamente en estas dos variantes que el ciudadano puede activar ante cualquier instancia. Aunque el recurso de queja para la protección de derechos constitucionales es el elemento más destacado de la jurisdicción constitucional, los recursos abstractos no son completamente extraños al sistema. Sin embargo, sólo las normas cantonales (actos, reglamentos y legislación) son susceptibles de someterse a este tipo de control, los actos del *Bund* (infralegales en este caso), sólo son atacables a través de un recurso concreto.

2. Obligación de aplicación de las leyes federales (art. 113.3 ACFS, 191 NCFS). Origen y justificaciones.

Hechas estas precisiones, retornamos pues, al específico objeto que nos ocupa. Hemos afirmado que el control de constitucionalidad corresponde a todos los jueces, pero del mismo hay que exceptuar 1) el control sobre Leyes Federales, 2) el control sobre resoluciones con vinculación general adoptadas por la Asamblea Federal (*Bundesversammlung allgemeinverbindlichen Beschlüsse*)¹²⁸ y 3) el control sobre Tratados Internacionales.

La reserva se hallaba en el artículo 113 (Antigua Constitución Federal Suiza, en adelante ACFS) de 1874 en el que después de reconocer algunas de las competencias del *Bundesgericht* (en esencia los recursos de queja por vulneración de Derechos y los conflictos de competencia entre *Bund* y Cantones y entre Cantones), establecía en su párrafo tercero que en todos los casos las leyes y resoluciones de la Asamblea y los tratados serían "determinantes" (*massgebend*) para el Tribunal Federal, de donde se extrae que estas disposiciones funcionan como parámetro del juicio del Tribunal Federal pero no pueden, a su vez, ser enjuiciadas (Art. 113.3 ACFS)¹²⁹.

¹²⁸ *Vid.* nota 1

¹²⁹ W.KÄLIN: *op. cit.*, p. 11. Sobre el proceso de aprobación del art. 113.3 ACFS en 1874 *vid.* AUER, *op. cit.*, pp. 62-66. Este autor destaca el carácter pacífico del establecimiento de este artículo (no motivó apenas discusiones) lo que seguramente se explica por la hegemonía de las fuerzas políticas dominantes tanto en la Asamblea Federal como en el Consejo Federal, cuya influencia se extendía asimismo al Tribunal Federal. En un principio el art. 113.3 ACFS aparecía como una consecuencia autoevidente del principio de división de poderes (*vid.* DUBS y BURCKHARDT, citados por AUER, *ibidem.* p.62 y 63). las vías de justificación relativas al principio democrático fueron formuladas con posterioridad (*vid. infra.*)

Una previsión similar se encuentra en la nueva Constitución Federal aprobada el 18 de abril de 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000 (en adelante NCFS). Su artículo 191 recupera la noción de "Derecho determinante" respecto a las Leyes Federales y el Derecho Internacional (aunque elimina la reserva sobre las resoluciones de vinculación general de la Asamblea Federal)¹³⁰. Así:

*Bundesgetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden massgebend.*¹³¹

Tanto en los círculos de especialistas como en la opinión pública repetidamente se suceden las propuestas favorables a instaurar un completo control de constitucionalidad¹³² en cuyo objeto se incluyan también las leyes federales pero de momento las sugerencias en este sentido no han sido concretadas. Si existía la verdadera voluntad de transformar la jurisdicción constitucional la revisión total de la Constitución Federal en 1999 ofrecía una oportunidad excelente que, con todo, no se aprovechó. Es difícil pensar que próximamente esta transformación acabe efectuándose¹³³, máxime cuando lo que exigiría, en primer lugar, sería una reforma de la recién estrenada Constitución.

¿Qué argumentos justifican, entonces, la exclusión de las Leyes Federales del control de constitucionalidad? Como opinan gran parte de los autores en este punto, el control de

¹³⁰ *Vid. supra.*

¹³¹ Las leyes federales y el Derecho Internacional son determinantes para el Tribunal Federal y el resto de autoridades que aplican Derecho (art 191 NCFS).

¹³² Sobre ello *vid. A.AUER, op. cit.*, pp. 66-70. Uno de los puntos culminantes de esta discusión tuvo lugar en enero de 1939 cuando fue sometida a referéndum la propuesta de derogación del tercer párrafo del art. 113 CFS, *propuesta que fue rechazada*. El intento de instaurar la jurisdicción constitucional se debe a que, en las elecciones federales de 1935, por primera vez en la historia de Suiza el Partido Socialista obtuvo mayoría en el *Nationalrat* (consejo nacional, equivalente a la cámara de diputados) y se temió la adopción de medidas legislativas radicales que alterasen el orden constitucional.

¹³³ Sin embargo en la sesión de 9 de junio de 1999 el *Nationalrat* aprobó una resolución por la que se comprometía a adoptar una reforma de la jurisdicción con el fin de introducir el control de constitucionalidad sobre leyes federales. Es cierto que se trata de un primer paso, pero no es el primero que se intenta en la historia constitucional Suiza y sus posibilidades de éxito no están aseguradas. *Vid. Neue Zürcher Zeitung*, 10 de junio de 1999.

constitucionalidad *existe*, lo que sucede es que *se encuentra en manos de legislador*. Con el artículo 113.3 ACFS, primero, y con el art. 191 NCFS, después, el constituyente no pretendía poner en duda la primacía de la Constitución Federal (y por ende que cualquier ley federal posterior alterase su contenido) sino que atribuía al legislador la última palabra sobre la adecuación constitucional de la ley. Suiza se inserta de este modo en el conjunto de sistemas en los cuales, frente al problema de la inconstitucionalidad de las leyes, se adopta una posición radical: ninguna autoridad puede suspender o corregir lo que el legislador federal ha promulgado bajo el pretexto del juicio de constitucionalidad.

Como veíamos esta solución es compartida por los extremos: tanto por las tradiciones democráticas sólidas como por algunos regímenes totalitarios. Suiza, como puede suponerse, pertenece al primer grupo, una concepción estricta de la división de poderes¹³⁴ y un especial respeto hacia las decisiones aprobadas por procesos democráticos indirectos o directos (y piénsese además que en Suiza existe un número importante de leyes federales sometidas a referéndum)¹³⁵ han contribuido en los últimos siglos a reforzar esta posición. Si comparamos la situación presente con etapas anteriores, podríamos en verdad calificar la solución actual incluso de ecléctica, ya que basta recordar que según la Constitución de 1848 (que fue substituida por la de 1874) era la propia Asamblea Federal la encargada de proteger los derechos contenidos en la Constitución.

Sin embargo, en todo sistema político existen sombras y motivos de desconfianza. La desconfianza en Suiza no se cierne sobre el legislador Federal, que se encuentra vinculado a la

¹³⁴ W.KÄLIN: *op. cit.*, p. 10.

¹³⁵ Sobre el carácter democrático de la legislación (especialmente a través del referéndum popular) como objeción al control judicial de constitucionalidad en Suiza *vid* A AUER *op. cit.*, p.64-66. En estas páginas se pone de manifiesto la consciencia existente en Suiza a lo largo de este siglo sobre el peligro del control judicial como corrector de las decisiones adoptadas democráticamente y, a la vez, sobre la tensión entre democracia y protección de derechos. Al enfrentarse a este último problema no es extraño que un autor como GIACOMETTI calificase el art. 113.3 CFS de "victoria de la Democracia sobre el Liberalismo" Z.GIACOMETTI: *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts*, Zürich, 1933, p.45, citado por A.AUER: *Ibidem.*,p.65. De todas formas, como veremos inmediatamente, el predominio de los argumentos de carácter democrático a la hora de justificar la exclusión del control de constitucionalidad de los jueces debe relativizarse en favor de otras razones (*vid. infra.*)

Constitución y sobre el que históricamente —aunque con excepciones¹³⁶— no han existido motivos para pensar que llegaría a transgredir el contenido de la Norma Suprema (de ahí que el control de su actuación no sea objeto de disputa). Lo contrario debe decirse sobre el legislador y de las autoridades cantonales. Cuando los padres fundadores de la Constituciones del siglo XIX (1848 y 1874) pensaban en la vulneración de los Derechos Fundamentales, tenían en mente sobretodo las posibles infracciones por parte de los cantones¹³⁷ y por eso *la justificación democrática que impide el control del legislador no se traslada con la misma vehemencia hacia el legislador cantonal*, cuyas normas sí son enjuiciadas por todos los tribunales y por el Tribunal Federal en última instancia. La diferencia de trato entre ambas fuentes de legislación no se encuentra suficientemente aclarada desde la perspectiva que se utiliza para excluir a las leyes federales del control de constitucionalidad (división de poderes y participación democrática) aunque, por otro lado, el control adicional que sufre la legislación cantonal puede apoyarse en la cláusula de primacía del Derecho Federal (en el que también se incluye la Constitución Federal) y que actualmente se reconoce en el art. 49 NCFS¹³⁸.

En resumen, diversas han sido las justificaciones del art. 113.3 ACFS a la luz del principio democrático. El acento puede colocarse en la primacía del legislador (*Vorrang des*

¹³⁶ Vid. nota 9 del presente capítulo.

¹³⁷ A partir de 1830 se producen en los cantones una serie de conflictos entre la minoría conservadora y las clases populares radicalizadas (conflicto al que se le suma la tradicional disputa religiosa entre minorías gobernantes protestantes y mayoría católica) que se salda con diversas reformas en las constituciones cantonales en las que se consagra la elección directa de diputados y se introducen mecanismos de participación directa como la iniciativa popular, el veto popular o el referéndum. El temor a la reproducción de estas revueltas (uno de cuyos puntos álgidos fue la partición del cantón de Basilea en 1833) provocó el refuerzo de la autoridad federal y la instauración de mecanismos de control sobre las medidas adoptadas por los gobiernos cantonales. Sobre este período vid. J.F. AUBERT "Geschichtliche Einführung" en *Kommentar zur Bundesverfassung*, op. cit., pp. 14-15; A.HEUSLER: *Schweizerische Verfassungsgeschichte*, Scientia Aalen, Basel, 1968. pp. 357-375.

¹³⁸ En la Constitución de 1874 la primacía del Derecho Federal se manifestaba en la disposición transitoria segunda que preveía la derogación de las constituciones y las leyes cantonales en tanto que entrasen en contradicción con la Constitución y las leyes federales (vid. Y. HANGARTNER: *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, v. I, Schulthess, Zürich, 1980, p.68; P.SALADIN: "Art. 2 UeB" en *Kommentar zur Bundesverfassung...*, op. cit.). Del art. 3 CFS también se infería la primacía del derecho federal al reconoce la soberanía de los Cantones *en tanto que no estuviere limitada* por la federación (Y.HANGARTNER: *Ibidem*.p 68.). Sobre el principio de primacía del derecho federal como causa de exclusión del control de constitucionalidad de las leyes federales vid. A.AUER: op.cit., pp. 65-66; E.CAMPICHE: op. cit., pp. 27-29)

Gesetzgebers) entendido como Asamblea de representantes del pueblo o, en otro sentido, teniendo en cuenta el referéndum como frecuente contexto de aprobación de leyes federales. Pero los mismos argumentos *se pervierten* al proyectarlos sobre la legislación cantonal porque ambos son trasladables a la misma¹³⁹ y, sin embargo, el control de constitucionalidad por parte de los jueces es en este supuesto admisible. La conclusión, como destaca AUER¹⁴⁰, es que el art. 113.3 ACFS *es más tributario del principio federal que del principio democrático*, observación que viene históricamente corroborada, además de la desconfianza ya mencionada, por el hecho que en 1874 se pretendía fortalecer el poder federal de forma que la consolidación de las competencias reconocidas al *Bund* podía quedar mermada si se permitía a los jueces que inaplicasen las leyes federales que considerasen contrarias a la propia Constitución Federal, peligro que no existía en lo concerniente a la legislación cantonal ya suficientemente desarrollada¹⁴¹.

3. Matices en la interpretación del artículo 113.3 ACFS (191 NCFS).

Ahora bien, ¿tiene la prohibición del art. 113.3 ACFS (191 NCFS) algún límite?, ¿Puede su alcance moderarse?. La idea sobre su efecto ha ido variando a lo largo del tiempo. Hasta los años sesenta la doctrina mayoritaria consideraba el art. 113.3 CFS suponía una *prohibición total de examen* de las leyes federales por parte de un Tribunal¹⁴². En la actualidad, en cambio, se suele distinguir *entre prohibición de inaplicación y prohibición de examen*: el art. 113.3 CFS no impide el examen de constitucionalidad de la ley federal, lo que limita es la posibilidad del Tribunal de inaplicar la ley por vulnerar la Constitución [recuérdese que en Suiza, como en EUA, la consecuencia de la inconstitucionalidad de la norma no es la nulidad sino la suspensión (*Aufhebung*) o la inaplicación (*Nicht-anwendung*)].

¹³⁹ Un rápido repaso por las constituciones cantonales manifiesta el amplio reconocimiento con el que cuenta la participación directa del pueblo en la tarea legislativa sea en fase de iniciativa legislativa, sea en aprobación de la ley cantonal por referéndum (aprobación que, a su vez, se establece como obligatoria por la misma constitución cantonal en determinados casos o como facultativa). Algunas de las constituciones cantonales (con revisiones recientes) se encuentran en P:HÄBERLE (editor): *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol.47, 1999.

¹⁴⁰ A.AUER: *op. cit.*, pp. 65-66.

¹⁴¹ A.AUER: *Ibidem*, pp. 65-66.

¹⁴² Sobre la evolución de la prohibición de examen de las leyes federales *vid.* G.BIAGGINI: *Verfassung und Richterrecht*, Hebing & Lichtenhahn, Basel/Frankfurt a.M. 1991, p.432 y ss.; W.KÄLIN: *Das Verfahren...*, *op.cit.*, p.11

Al reconocer que el Tribunal tiene un mínimo margen de juicio, se abre la fisura por la que se desliza la interpretación conforme¹⁴³. El Tribunal continua aplicando la disposición, pero sólo bajo aquella interpretación que resulta constitucional. La interpretación conforme, que analizaremos en seguida (*vid. infra.*), podría calificarse de "moderación relativa" del límite del art. 113.3 CFS (191 NCFS).

Además, a esto hay que añadir lo que podríamos denominar una *auténtica suspensión* del mencionado artículo, es decir, un juicio total por parte de un Tribunal (examen y inaplicación) de la ley federal. ¿Cuándo se da esta circunstancia?

1. *Derecho Internacional (en especial CEDH)*. Se recordará que el "derecho determinante" para el juez de acuerdo con el art. 113.3 (CFS) y también según el art. 191 NCFS no sólo es la ley federal sino también el Derecho Internacional. Pues bien, ¿qué sucede cuando una ley federal contradice el Derecho Internacional? El caso más emblemático en que se plantea esta coyuntura se da cuando la ley federal vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En esta situación, si la ley federal lesiona un derecho reconocido en este Tratado el Tribunal *puede inaplicar la ley federal*. Entre la sumisión al Ley federal y la sumisión al Derecho Internacional prima la sumisión al Derecho Internacional (y en particular al CEDH), lo que no goza de la misma justificación que el límite impuesto respecto a la ley federal (división de poderes y decisión democrática) sino por el principio de primacía del Derecho Internacional. La técnica resuelve algunos de los problemas más urgentes, como por ejemplo, cómo reaccionar al hecho de que la ley democrática viole flagrantemente un derecho constitucional. Así, mientras el Derecho reconocido en la Constitución Federal coincide con el derecho reconocido en el CEDH (lo que es frecuente) la ley federal se inaplicará (y se impedirá la lesión del Derecho) no por razón de la Constitución sino por razón del CEDH. No satisfechos con esta respuesta, algunos autores¹⁴⁴ consideran que la vulneración del contenido nuclear de un derecho constitucional es *en si* causa de inaplicación de la ley federal, con independencia

¹⁴³N.MÜLLER: *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung* Stämpfli, Berna, 1980, p.128.

¹⁴⁴ W.KÄLIN: *Das Vefahren...*, *op.cit.*, pp. 18-19. En contra W.HALLER: "Das schwizerische Bundesgericht...", *op. cit.*, p. 197.

de la posible contradicción de la ley federal con el CEDH. La idea es que, en este caso, el art. 113.3 CFS (191 NCFS) es, a su vez, inaplicable. Se trata de una posición todavía minoritaria (entre otras cosas porque exigiría el esfuerzo teórico de jerarquización de normas constitucionales y la concreción caso por caso de los efectos del art. 113.3 CFS) que equivaldría a la instauración del control de constitucionalidad sobre leyes federales a lo que, precisamente, la propia Constitución Federal se opone.

La jurisprudencia del Tribunal Federal ofrece algunos ejemplos de inaplicación de preceptos de leyes federales que contradicen alguno de los derechos reconocidos en el CEDH¹⁴⁵. Este fue el caso planteado por la sentencia *BGE* 117 Ib 367 en la que el Tribunal Federal inaplicó una ley federal relativa al impuesto de sucesiones que imponía una multa sobre aquellos herederos cuyos causantes habían defraudado una determinada cantidad a la Hacienda Pública. La multa recaía automáticamente sobre los herederos al margen de que el hecho les fuera imputable, sin consideración a su participación y eventual culpabilidad en la defraudación. En esta tesitura, el Tribunal federal concluyó que el precepto legal —que no exigía carga probatoria alguna a la Administración y, a la vez, impedía que los herederos presentasen pruebas que demostrasen su ausencia de participación en los hechos cometidos por el causante—, colisionaba directamente con el artículo 6.2 del CEDH al infringir la presunción de inocencia. Ante la imposibilidad de practicar una interpretación conforme al CEDH del precepto federal, la prevalencia del CEDH provocó el desplazamiento de la ley suiza.

La inaplicabilidad de la ley federal como consecuencia de vulneración del CEDH parece reproducirse en el caso recogido por en la sentencia *BGE* 125 II 417. De los antecedentes de dicho pronunciamiento se desprendía que el Gobierno Federal, mediante resolución, había incautado una determinada cantidad de material propagandístico del Partido de los Trabajadores del Kurdistán que denostaba al Estado Turco e instigaba a los kurdos residentes en Suiza a que se sumasen al ejército de la guerrilla independentista. Curiosamente, el Tribunal Federal no consideró que la resolución del Gobierno Federal por la que se secuestraban las

¹⁴⁵ La jurisprudencia del tribunal federal suizo puede consultarse en <http://www.bger.ch>

publicaciones del Partido de los Trabajadores del Kurdistan violase el artículo 10 CEDH referente a la libertad de expresión sino que se limitó a estimar parcialmente la demanda de los recurrentes por razones procesales: se daba la circunstancia de que determinados preceptos de la legislación federal suiza en materia de procedimiento administrativo excluían del control judicial aquellas resoluciones del Gobierno Federal que se calificaban como "actos políticos" entre las que figuraban las resoluciones adoptadas contra la difusión de material propagandístico que atentase contra la seguridad del Estado. El Tribunal Federal concluyó que esta exclusión era contraria al artículo 6.1 CEDH (derecho a un proceso equitativo) por lo que las mencionadas disposiciones procesales no podían impedir el enjuiciamiento de las resoluciones adoptadas por el Gobierno federal en este ámbito. Aunque el Tribunal Federal presentó el resultado de su juicio como una interpretación conforme de la legislación federal suiza en materia de procedimiento administrativo al CEDH, de hecho, los preceptos por los que se bloqueaba el acceso a la jurisdicción de demandas contra resoluciones del Gobierno Federal resultaban inaplicables.

Otro ejemplo interesante de influencia del CEDH sobre las leyes federales viene, por último, plasmado en la sentencia *BGE 123 II 193*. En este pronunciamiento el Tribunal federal admitió que la retención que soportan los extranjeros en determinadas zonas del aeropuerto a la espera de la tramitación de su solicitud de asilo (el recurrente había permanecido hasta 13 días en las dependencias del aeropuerto) contradecía el artículo 5 del CEDH por lo que instaba al legislador (en una especie de decisión apelativa) a que modificase los artículos de la ley federal de asilo que regulaban esta situación con el fin de incorporar todas las garantías que el artículo 5 CEDH reconoce a las personas privadas de libertad. Dado que el defecto de la ley federal es por omisión, la inaplicabilidad no contribuiría a la mejor protección del derecho y de ahí que conmine a la Asamblea Federal a proceder, cuanto antes, a la reforma legislativa.

2.- *Vicios en la legislación federal delegada*. Hemos señalado la modulación (de hecho la inoperancia) que sufre el art. 113.3 CFS respecto a las leyes federales cuando incide el CEDH. Pero existen otras situaciones en las que el art. 113 CFS no despliega sus efectos, entre ellas se cuenta, asimismo, la delegación legislativa para el caso en que el ejecutivo no

respete los límites de la delegación. Los vicios *ultra vires* otorgan a los Tribunales la oportunidad de enjuiciar la conformidad (y eventual inaplicación) de la norma afectada.

3.- *Normas federales infralegales.* Finalmente, basta añadir que el límite del 113.3 ACFS (191 NCFS) se refiere a leyes federales lo que, obviamente, no impide el control de constitucionalidad sobre reglamentos del ejecutivo federal. La observación no resulta en absoluto baladí ya que si el juez controla la constitucionalidad de las normas reglamentarias federales en el sentido que cuenta con la posibilidad de inaplicarlas, se mitigan muchas de las disfunciones que genera la prohibición de suspensión de las leyes. Siempre que la ley federal sea ejecutada o detallada reglamentariamente existe una vía indirecta con la que impedir los efectos de una regulación inconstitucional. Y esto no es poco a la hora de proteger al ciudadano frente actos de aplicación que, pese a la existencia de una ley federal, vienen habitualmente concretados a través de una norma infralegal¹⁴⁶.

En síntesis, el art. 113.3 ACFS (191 NCFS) impide la inaplicación de las leyes federales inconstitucionales por parte de los tribunales, pero ello no se traduce en una exclusión total del control judicial de constitucionalidad. Primero porque si bien el precepto legal enjuiciado es inaplicable, *el examen* del mismo no se encuentra totalmente excluido de la jurisdicción constitucional, lo que da cobertura a la práctica de la interpretación conforme. Segundo porque en muchas circunstancias los jueces aprecian excepciones al art. 113.3 ACFS (191 NCFS) que les facultan para inaplicar la ley federal sea directamente, en caso de contradicción con el CEDH o sea indirectamente, inaplicando los reglamentos federales que desarrollan o concretan la ley federal paralizando de este modo gran parte de sus efectos.

En consecuencia, *no son tantos* los supuestos en los que la obligación de aplicación de las leyes federales pueda conllevar el mantenimiento de situaciones inconstitucionales. Además, repetimos, en los casos delicados siempre queda el recurso de interpretar la ley federal conforme a lo establecido en la Constitución Federal. Veamos, pues, cómo se articula esta institución.

¹⁴⁶ A.AUER: *op. cit.*, p.92.

4. Interpretación conforme.

Hemos analizado los ejemplos en los que el art. 113.3 ACFS (191 NCFS) quedan por completo desplazados. Existe un segundo nivel de estudio: aquél en el que se impide la inaplicación de leyes federales por parte de la jurisdicción constitucional prohibición cuyo alcance no elimina completamente las posibilidades de control de la ley federal en esta sede.

Entramos de lleno en el asunto de la interpretación conforme como técnica de examen de las leyes federales. Sobre el concepto y justificación de la interpretación conforme pocas cosas vamos a añadir a lo ya mencionado al exponer el fenómeno de las “sentencias intermedias” en la RFA. El corpus teórico ha sido en gran parte importado de Alemania por parte de la doctrina y la jurisprudencia suizas, si bien en la *praxis* del *Bundesgericht* encontramos los primeros antecedentes sobre interpretación conforme que se registran en el siglo XX (*vid. supra.*) y con la diferencia, además, de que si en la RFA se percibe un cierto intento de positivización en el uso de estas técnicas por parte del *BverfG*, en Suiza el perfil de la institución se limita al desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Federal (*Bundesgericht*, en adelante BG). Como veremos, la prohibición de inaplicación de las leyes federales por parte de los jueces (en contraste con la nulidad como sanción de inconstitucionalidad de las leyes con la que cuenta el *BverfG*) también marca distancias en la forma de entender la institución de la interpretación conforme en ambos países, pero ello apenas ha sido apreciado por los autores suizos que se han ocupado del tema¹⁴⁷.

La explicación se encuentra en que el estudio sobre la interpretación conforme se proyecta sobretudo al control de constitucionalidad de leyes cantonales sobre las cuales, como ya sabemos, la interpretación conforme opera igualmente como alternativa a la sanción de inconstitucionalidad (en el caso Suizo, como alternativa a la inaplicación) y, de hecho, la interpretación conforme de leyes cantonales es el ejemplo más frecuente con el que topamos tanto en la jurisprudencia del BG como del resto de instancias judiciales¹⁴⁸.

¹⁴⁷ G.BIAGGINI: *op.cit.*, p 449; E.CAMPICHE: *op. cit.*; W.KÄLIN: *op. cit.*, pp. 15 y ss.

¹⁴⁸ E.CAMPICHE: *op.cit.*,p. 28. Sobre los casos ya clásicos en los que el BG ha aplicado la técnica de la interpretación conforme en la aplicación de disposiciones cantonales *vid.* el comentario a las resoluciones del mismo tribunal elaborado por N.MÜLLER en N.MÜLLER: *op. cit.*, pp. 19-24. De entre los ejemplos más recientes de aplicación de la técnica de la

Un factor a tener en cuenta en el control de constitucionalidad de las leyes cantonales y en el análisis del fenómeno de la interpretación conforme en este punto *es el gran número de leyes cantonales aprobadas con intervención directa de la ciudadanía*, cosa que explica la preferencia de los Tribunales por proceder a la interpretación constitucionalmente conforme de la ley cantonal en vez de inaplicarla y que marcaría una nueva diferencia (y no siempre apreciada) entre la institución de la interpretación conforme tal como se entiende en la RFA y tal como se entiende por la jurisdicción helvética¹⁴⁹.

Pese a lo que acabamos de apuntar sobre las situaciones, la mayoría, en las que se practica una interpretación constitucionalmente conforme de leyes cantonales como alternativa a su inaplicación, los casos de contradicción entre las leyes federales y la Constitución Federal no son tan infrecuentes¹⁵⁰. En este contexto sí que la interpretación conforme deviene el único instrumento al que recurren los tribunales suizos con la intención de moderar el alcance de la inconstitucionalidad. Pero, para empezar, la doctrina considera que el art. 113.3 ACFS (191 NCFS) previene del uso de la interpretación conforme *con carácter general*. Si en otros sistemas, al menos teóricamente, el tribunal tiene *prima facie* la obligación de escoger, entre varias opciones interpretativas, aquella que mejor armonice con el contenido de la Constitución, los Tribunales suizos pueden únicamente ampararse en la interpretación constitucionalmente conforme de leyes federales *según las circunstancias del caso concreto*. Y esto no se debe tanto a las exigencias de un control difuso de constitucionalidad sino a la presencia de situaciones en las que la interpretación constitucionalmente conforme no es posible: paradójicamente, *aquellas en las que la ley federal resulta ser manifiestamente inconstitucional*.

interpretación conforme en el control de constitucionalidad de la legislación cantonal destacan BGE 109 Ia 273; 116 V 198; 118 Ia 360 y 125 I 65.

¹⁴⁹ Especialmente interesante resulta, como ejemplo de esto último, el caso consignado en la BGE 125 I 65 en el que el BG se inclina por la interpretación conforme teniendo en cuenta el dato según el cual la ley enjuiciada (una disposición referida al establecimiento de cargas tributarias a propiedades en desuso aprobada por el cantón de Thurgau) fue aprobada en referéndum.

¹⁵⁰ Vid., por ejemplo, BGE 92 I 427; 93 I 497; 94 I 82; 95 I 330; 105 Ib 122; 119 Ia 154; 125 II 326.

Como apuntábamos, el fundamento de la interpretación conforme en Suiza participa de las propiedades que ya habíamos detectado en la RFA: unidad del ordenamiento jurídico, primacía de la Constitución y jerarquía normativa. Pero el esquema, que se mantiene en el examen de las leyes cantonales, se desbarata en las leyes federales porque, al encontrarse el sistema presidido por la prohibición de inaplicación de leyes federales, cuando la interpretación conforme supone una torsión que no encuentra acomodo en el "texto y sentido" de la ley o en la "finalidad perseguida por el legislador" el resultado no es la sanción definitiva de inconstitucionalidad sino, al contrario, *la aplicación de una ley federal inconstitucional*.

Esto provoca que los límites de la técnica de conformidad de las disposiciones legales a la Constitución sean leídos de forma completamente diferente. Como acabamos de recordar, la interpretación conforme *tiene la barrera del sentido literal* ("el texto y sentido de la ley")¹⁵¹ a estos efectos hay que apuntar (y dejando de lado la discusión entorno a la posibilidad de "sentidos literales", *vid. supra.*) que si en los modelos de jurisdicción constitucional con sanción sobre la ley la inflexibilidad del texto conduce, indefectiblemente, a la declaración de nulidad del precepto (o a la inaplicabilidad del mismo) en Suiza el sentido claro y unívoco de la ley conduce al mantenimiento de la inconstitucionalidad. Insistimos: el art. 113.3 ACFS (191 NCFS) provoca en este supuesto que la interpretación conforme sea descartada y que la ley sea aplicada. Sin embargo, las condiciones para que se consume esta incómoda situación son verdaderamente excepcionales¹⁵². Piénsese que, por lo pronto, si se trata de una violación de

¹⁵¹ BGE 95 I 330, 332; 104 Ia 291; 109 Ia 301; 111 Ia 209; 114 Ia 28; 115 Ia 133.

¹⁵² De entre los casos que se acercan a esta situación extrema, podría citarse el conjunto de pronunciamientos de los tribunales suizos que motivaron una posterior impugnación ante la Comisión de Derechos Humanos y, finalmente, la sentencia del TEDH de 25 de agosto de 1998 (*Caso Hertel contra Suiza*) por la que el TEDH estimó que las sucesivas resoluciones de los tribunales suizos habían conculcado el artículo 10 del CEDH. El señor H.U. Hertel había publicado un estudio en una revista de protección del medio ambiente alertando sobre la peligrosidad de la ingestión de alimentos preparados en horno microondas. Según el profesor Hertel el tratamiento que sufren los alimentos con dichos hornos podía provocar en el consumidor una alteración de la fórmula sanguínea que conducía a la anemia y a estados cancerosos. Como consecuencia de esta publicación, diversas asociaciones de fabricación de hornos microondas promovieron una demanda ante el Tribunal de Comercio del Cantón de Berna alegando que, con sus declaraciones, el señor Hertel había cometido un acto de competencia desleal según lo previsto en los artículos 2 y 3 la Ley Federal de Competencia Desleal suiza. Una de las líneas de discusión, primero ante el Tribunal de Comercio y después en el Tribunal Federal Suizo, consistía en dilucidar si los preceptos de la Ley Federal de Competencia Desleal eran sólo aplicables a las empresas competidoras o si también se

un derecho reconocido en la Constitución Federal puede coincidir con una violación del CEDH y por tanto suspender la aplicación de la ley federal infractora¹⁵³.

Por otra parte, si la inconstitucionalidad afecta a otros motivos (al contenido de un derecho no protegido por el CEDH o cualquier otra previsión constitucional) es realmente difícil pensar que en el texto no haya un margen para discernir una interpretación constitucionalmente aceptable. Como ya hemos repetido en muchas ocasiones, algunos autores defienden que la limitación a la dicción literal del texto es un espejismo, pero aun aceptando que existe un límite infranqueable las posibilidades que el intérprete se tope con el mismo (y más en un sistema que por su estructura facilita la reinterpretación de ese límite) son considerablemente remotas.

extendían a cualquier sujeto en general, como era el caso del señor Hertel, un investigador privado ajeno al mercado de electrodomésticos. Una lectura más restrictiva de los sujetos afectados por la Ley de Competencia Desleal (sólo las empresas implicadas) parecería ser más respetuosa con los derechos de libertad de expresión y libertad de investigación científica (libertad de investigación científica que es la más específicamente analizada por los tribunales suizos). Sin embargo, tanto el Tribunal de Comercio como el Tribunal Federal parecen entender que una interpretación restrictiva en cuanto a los sujetos que les es de aplicación la Ley de Competencia desleal supondría una *"modificación de la ley"* (así, el fundamento jurídico 3 de la Sentencia de 19 de marzo de 1993 del Tribunal de Comercio) interpretación que, además, *contradice el fin perseguido por dichas disposiciones* tal como parecía desprenderse de los debates parlamentarios ya que se pretendía la aplicabilidad de los artículos de la Ley de Competencia Desleal sobre todo aquél que, por la vía de los medios de comunicación, buscase crear un escándalo con repercusiones sobre el mercado. Tanto el Tribunal de Comercio como el Tribunal Federal intentan minimizar el impacto de esta interpretación sobre los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos señalando el límite que los derechos a la libertad de expresión y a la investigación científica encuentran en el respeto al derecho a la libertad de comercio y de industria, que en el presente caso redundaría, concretamente, en la prohibición de difundir resultados provisionales de una investigación con el fin de repercutir en el mercado (*vid.* sentencia del Tribunal Federal de 25 de febrero de 1994, fundamento jurídico 5). Contrariamente a estos pronunciamientos, el TEDH estimó que, al considerar la publicación del informe del señor Hendel como acto de competencia desleal, se establecía un límite incompatible con la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 del CEDH, incluso atendiendo al margen de apreciación reconocido a los Estados para señalar la necesidad de restricciones al derecho invocado.

¹⁵³ Recuérdese (*vid. supra.*) que al funcionar el CEDH como parámetro de control de las disposiciones enjuiciadas no es extraño constatar que el BG realiza a menudo una *interpretación de la ley conforme al CEDH*. *Vid.*, por ejemplo, BGE 109 Ia 273 y las ya citadas BGE 125 II 417 y BGE 111 IV 151. La institución de la interpretación conforme funciona, pues, en un doble plano el constitucional y el del CEDH que pueden coincidir en algún punto pero que no necesariamente se solapan. La vía de la inaplicación de la ley federal infractora por contradecir un derecho reconocido en el CEDH no fue, por otra parte, seguida por el Tribunal federal en el caso Hertel (sentencia del Tribunal Federal de 25 de febrero de 1994) comentada en la nota anterior (*vid. supra.*) ¿Se debía tal vez ello a la preferente invocación por parte del recurrente del derecho a la libertad de investigación científica y no al derecho a la libertad de expresión en los términos del artículo 10 CEDH?

Por último, si la inconstitucionalidad de la ley es por omisión entonces, obviamente, desaparece el límite del “sentido del texto” y, como ocurre en otros sistemas, se impulsa la reconstrucción del precepto en el sentido que optimice el mayor número de bienes constitucionales en juego. A esta alternativa, en el caso que nos ocupa, contribuye toda la tradición procedente del célebre artículo 1.2 del Código Civil Suizo que insta al juez a llenar por sí mismo las lagunas de la ley que debe aplicar al caso concreto. En el fondo, la obligación de aplicación de la ley federal en los términos del art. 113.3 ACFS (191 NCFS) es plenamente compatible con la perspectiva del código civil: el juez no tiene otra opción que aplicar la ley federal pero extendiendo el régimen constitucionalmente más acorde a las omisiones inconstitucionales que se detectan en la propia ley federal¹⁵⁴. El remedio se muestra especialmente fecundo en sede de derecho a la igualdad, y, en particular, para el caso de las llamadas discriminaciones por exclusión tácita, producidas cuando la aplicación de la ley federal comporta la introducción de una carga o la ausencia de reconocimiento de un beneficio a un determinado grupo al no encontrarse el grupo mencionado por la ley o al no encontrarse mencionadas las circunstancias que lo hacen reconocible o las circunstancias que evitarían la imposición de la carga discriminatoria o posibilitarían la recepción del beneficio de cuyo efecto el grupo ha sido excluido. Las reconstrucciones de este tipo desembocan en una miasma de problemas de controvertida discusión que sólo abordaremos muy parcialmente.

Uno de los problemas atiende a la consabida objeción democrática con la que se enfrenta cualquier tipo de actuación en la que el juez elabora explícitamente normas jurídicas. No nos detendremos más en la apreciación hermenéutica según la cual toda interpretación de normas comporta una creación de normas pero si que, antes de acabar con esta sección, ofreceremos algunas observaciones entorno al papel de la democracia en Suiza que, a nuestro juicio, resultan capitales para acabar de comprender el diseño del control de constitucionalidad.

En segundo lugar, la extensión de un determinado régimen a un grupo discriminado por parte de un juez choca con diversas excepciones, entre ellas la posible extensión de tipos penales por vía interpretativa, problema, éste, de extraordinaria complejidad en el que no vamos

¹⁵⁴ A.AUER: *op. cit.*, p.87.

adentrarnos en nuestro estudio de Derecho Comparado (aunque sí en nuestra referencia a la jurisprudencia constitucional española).

En conclusión (y a pesar del art. 113.3 ACFS, 191 NCFS) el peligro de la aplicación de una ley federal inconstitucional tiene un ámbito reducidísimo. Bien es verdad que en la jurisprudencia del *BG* se registran algunos casos extremos, pero incluso, en los más descorazonadores, el *BG* no cesa en insistir, entre líneas, en la inconstitucionalidad de la ley federal y en la conveniencia de su reforma¹⁵⁵, de donde se sigue, como señala la doctrina, que la prohibición de inaplicación no denota ni la completa ausencia de control de constitucionalidad ni la ausencia de compromiso judicial con la “mejora” o “perfeccionamiento” jurídico (*Rechtsfortbildung*) de las leyes federales a través de la concretización de las mismas en el momento de su aplicación¹⁵⁶.

Sin embargo, la ausencia final —aunque sea en casos muy contados— de un remedio obstativo contra los vicios de inconstitucionalidad de una ley federal puede llegar a consternar al observador externo, en especial si procede de un sistema que se organiza entorno a la sanción de nulidad como instrumento de depuración de las normas inconstitucionales aprobadas por el legislador. Quedan, con todo, por añadir algunas importante precisiones acerca de la estructura política global suiza que a bien seguro contribuirán a diluir cualquier impresión precipitada en el sentido que acabamos de indicar.

5. Control de constitucionalidad y democracia.

El conjunto de datos que hemos ido aportando acerca del control de constitucionalidad en Suiza queda incompleto si no contrastamos estas consideraciones con el trasfondo

¹⁵⁵ *Vid.*, por ejemplo, *BGE* 106 Ib 182 (caso *Henggeler*) aunque las consideraciones del *BG* en el mencionado supuesto fueron bastante desafortunadas ya que en vez de limitarse a insinuar la inconstitucionalidad de la ley de la federal de cajas de seguros el *BG* podría haber inaplicado el reglamento de desarrollo de la ley, mitigando en parte los efectos de la inconstitucionalidad detectada.

¹⁵⁶ A.AUER, *op. cit.*, p.90; G.BIAGGINI, *op. cit.*, pp. 426 y ss que cita a propósito el aforismo de BURCKHARD: “Es obligación del juez que la ley se mantenga siempre razonable aunque históricamente se demuestre que el legislador no lo fue”; *vid.* asimismo N.MÜLLER: *op. cit.*, pp. 108-116.

democrático que impregna tanto la Constitución de 1874 como la revisión total realizada en 1999.

La idea central, que arrastraremos hasta las conclusiones de este estudio, *es que poco importa a quien se le adjudique el control de constitucionalidad o cómo se articulan las relaciones entre los diversos intérpretes constitucionales si en la dinámica política de la comunidad se aseguran la participación, el diálogo y la toma de decisión por parte de los ciudadanos a través de la regla de la mayoría*. Esta es, seguramente, la lección principal que, con todas sus imperfecciones, podemos extraer del modelo que aquí estudiamos. Es verdad que el *BG* en algunas ocasiones (muy extraordinarias, como hemos visto) podría encontrarse obligado a aplicar una ley federal inconstitucional sin posibilidad de interpretación conforme, pero ¿duraría mucho esta situación? Ciertamente *el resto de instrumentos que aseguran la constitucionalidad de las leyes* se encargarían de neutralizarla. Y al referirnos al resto de instrumentos abrimos la puerta no sólo a que la Asamblea Federal enmiende *motu proprio* el error en el que ha caído sino a que también intervenga *el pueblo mismo*.

A título de ejemplo, obsérvese que según el art. 165.3 NCFS la Asamblea Federal puede aprobar la llamada legislación federal de urgencia (aún sin atender a determinados condicionantes constitucionales) pero dicha legislación queda sin vigor al año de su aprobación si no es ratificada por el pueblo en referéndum.

En otro sentido, como ya anunciábamos, el sistema Suizo se inscribe dentro de la tradición radical en el que la propia Asamblea Federal es el primer guardián de la Constitución, lo que se manifiesta al establecerse en su seno una suerte de control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley federal planteados por el Consejo Federal (gobierno)¹⁵⁷.

Otra muestra, en un sentido diferente, del control de constitucionalidad ejercido por la Asamblea Federal, se expresa en el ejercicio del control de adecuación de las Constituciones cantonales a la constitución federal que la propia Asamblea Federal ejerce casi en régimen de

¹⁵⁷ A.AUER: *op. cit.*, p. 83.

monopolio¹⁵⁸. Habíamos hablado de legislación federal y legislación cantonal, pero ¿quién aseguraba la constitucionalidad desde el punto de vista federal de las constituciones cantonales? El papel protagonista de la Asamblea Federal en este punto es la lógica consecuencia de atribuir a la misma la protección de las constituciones cantonales (art. 172.2 NCFS). Así, para que opere la garantía de la Asamblea Federal previamente se exige que las citadas constituciones observen determinadas condiciones, lo que debe ser confirmado por la propia Asamblea. La protección federal se otorga en tanto que los cantones observen el derecho federal, mantengan una forma republicana de gobierno, ejerzan democráticamente el poder, aprueben su constitución a través de referéndum y aseguren su reforma por el mismo procedimiento.

Existen pues, *multiplicidad de canales* por los que asegurar la adecuación de las leyes federales a la Constitución (eso sin contar el resto de fuentes del ordenamiento jurídico, entre ellas la legislación cantonal y, como acabamos de ver, las constituciones cantonales). De ahí que no tenga mucho sentido persistir en los argumentos contramayoritarios para recelar de la actuación judicial *ya que el contrapeso democrático se da en el resto de instituciones*.

Otro de los factores clave a tener en cuenta (del que vamos haciendo seguimiento a lo largo de este estudio de derecho comparado) es el de la reforma constitucional. En los países en los que la reforma constitucional es compleja o se encuentra ensombrecida por el tabú, es comprensible el temor a determinados pronunciamientos de un Tribunal Constitucional que, al no ser adaptables al texto constitucional, acaben operando como mutaciones al mismo. El temor desaparece si la reforma constitucional se concibe como una práctica habitual en el funcionamiento de un estado constitucional, tanto en lo que incumbe a revisiones parciales como totales. En el caso Suizo no es que la Constitución Federal o las Constituciones cantonales sean especialmente flexibles (para empezar se exige siempre referéndum en su reforma) sino que la movilización necesaria para reformar las respectivas constituciones no es una práctica excepcional en el sistema. Esto último es predicable de la Constitución Federal en

¹⁵⁸ Existe alguna excepción al control de la Asamblea Federal en la que los jueces juegan un rol accesorio, especialmente en lo que se refiere a los derechos de participación política contenidos en las constituciones cantonales (*vid.* BGE 104 Ia 215, caso *Unité jurasienne*)

lo que se refiere a reformas parciales¹⁵⁹ (y a la reciente revisión total de 1999¹⁶⁰) pero sobretodo es aplicable a las Constituciones de los Cantones, continuamente reformadas total o parcialmente desde los años 60¹⁶¹. Repetimos un detalle importante: una cosa es que la reforma de la Constitución no sea demasiado rígida al exigir pocos requisitos para su aprobación y la otra es que, pese a su rigidez, *exista la práctica* de reformar la Constitución con el consiguiente incremento de variables democráticas en el proceso de intervención popular (participación, diálogo y decisión por mayoría)¹⁶².

Las reservas que en muchos sistemas despiertan los Tribunales Constitucionales al decidir mediante sentencias en las que palmariamente se suceden reconstrucciones normativas (como sabemos siempre es así, aunque en las “sentencias intermedias” la reconstrucción sea evidente) bien *pueden abandonarse siempre que en el resto de instituciones existan mecanismos democráticos capaces de perfeccionar y, en su caso, corregir, la disfunción auspiciada por el Tribunal Constitucional*. El problema es que en muchos sistemas constitucionales contemporáneos (entre ellos el español) *el correlativo democrático* con el que compensar un eventual exceso de la jurisdicción constitucional (o simplemente con el que complementar sus resoluciones en el sentido de optimizar los bienes constitucionales en juego) es muy endeble. Y no nos referimos a la posibilidad de un hipotético abuso de la jurisdicción constitucional que altere algunos principios elementales del orden político (que, por fortuna, están a años luz del comportamiento de la mayoría de Tribunales Constitucionales europeos) sino a deslices de matiz provocados en el seno de cualquier proceso interpretativo cuyas repercusiones pueden influir en la actividad cotidiana de los operadores jurídicos.

¹⁵⁹ En el caso de la Constitución Federal de 1874, 140 reformas en sus 126 años de vigencia.

¹⁶⁰ Sobre ella *vid.* P.HÄBERLE: “La revisión «total» de la Constitución Federal Suiza de 1999/2000” (Trad. C.Zavala/C.Landa) en *Revista Peruana de Derecho Público*, n.1 (2000) pp. 73-96.

¹⁶¹ *Vid.*, por ejemplo, P.HÄBERLE: “Die Kunst der kantonalen Verfassunggebung — das Beispiel einer Totalrevision in St. Gallen (1996)”, en P.HÄBERLE (editor): *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, *op. cit.*, pp. 150-170

¹⁶² Piénsese por ejemplo, que según la Constitución Federal Suiza el pueblo, además de intervenir siempre en la reforma parcial o total de la Constitución, goza de iniciativa de reforma constitucional de forma que si el proyecto de reforma constitucional es rechazado por la Asamblea Federal, el proyecto *vuelve* al pueblo que decide a través de referéndum si la Asamblea Federal debe o no continuar su tramitación (Art. 139 NCFS).

Tal vez este sea el origen de las preocupaciones granjeadas entorno a las nuevas (y no tan nuevas) tipologías de decisiones emanadas en el seno de la jurisdicción constitucional, si “al otro lado” (sea en el Parlamento, sea en la ciudadanía) se mantiene el debate y el diálogo la actuación del Tribunal Constitucional como “legislador positivo” no es un peligro a anatemizar sino *un elemento más en la dinámica discursiva*. Vaivén dialógico, por otra parte, del que valdría la pena distinguir entre 1) una actuación del Parlamento tendente a corregir la interpretación de la ley ofrecida desde la jurisdicción, y 2) la actuación del poder de reforma desvelada frente a pronunciamientos judiciales relativos a la interpretación de la Constitución. Una cosa sería la réplica parlamentaria a una interpretación judicial de la ley y la otra, la réplica del poder de revisión en la corrección de interpretaciones judiciales que afecten a la Constitución¹⁶³. En ambos sentidos, lo que parece irrefutable, es que la construcción de vínculos entre la jurisdicción constitucional y el resto de instituciones (entre las que incluimos al electorado) dependen, como demuestra la experiencia helvética, más de un *hábito político* que de una positivización normativa.

Como veremos, dentro de la tradición de colaboración entre Tribunal Constitucional y legislador, pueden crearse en el Parlamento comisiones de seguimiento de los fallos de la jurisdicción constitucional a fin de restaurar el diálogo entre ambas instituciones y permitir, así, que el Parlamento repare y perfeccione las leyes teniendo en cuenta el punto de vista especializado que en asuntos constitucionales sugiere el Tribunal. Pero aún regulando estos instrumentos de enlace (como ha sucedido en Italia) de poco sirven si no viene acompañados *de una práctica deliberativa de profundo calado* que en la mayoría de estados constitucionales de la Europa occidental o se da de forma incipiente o, directamente, todavía no existe.

A toda esta divagación hay que añadir una nueva idea que debe atraer nuestra atención, a saber, que en las democracias normalizadas como Suiza el control de constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces no esté definido: ni existe sanción de nulidad, ni en muchos casos existe sanción de origen judicial. ¿Qué podría esconderse detrás de este apunte? Nuestra

¹⁶³ Esta distinción se encuentra tratada con más profundidad en capítulos posteriores de la presente investigación. (*vid. infra.*)

intuición es que el modelo de control de constitucionalidad con sanción de nulidad (en el que se fundamenta principalmente el sistema español) *es un modelo para estados constitucionales no consolidados*. Así lo refleja la experiencia histórica y así puede inferirse de algunos fenómenos vislumbrados en la actualidad.

En efecto, el modelo clásico de jurisdicción constitucional concentrada cuyo poder orbita alrededor de la sanción de nulidad estaba pensado o bien para mantener democracias en crisis (como en el período de entreguerras) o bien para reponer democracias después de periodos totalitarios (Alemania, Italia, España...) pero las connotaciones de radical inconstitucionalidad que expresa la sanción de nulidad se reducen a medida que las democracias se normalizan. *De ahí el auge de las sentencias intermedias en toda Europa*. En ellas la aportación del legislador se condiciona, se complementa o se perfecciona desde el punto de vista constitucional *pero no se elimina a radice*. Esto nos conduce a pensar que, a grandes rasgos, no es que las llamadas sentencias intermedias (interpretativas, apelativas, substitutivas...) sean un apéndice molesto dentro de nuestro esquema de jurisdicción constitucional, es que lo que replantear completamente son las bases de nuestro sistema de jurisdicción constitucional. Las “sentencias intermedias” no deben considerarse como una excepción sino como un indicio de lo que está por llegar. En cuanto a la sanción de nulidad, es probable que, con el tiempo, acabe por ceder su persistente protagonismo tanto en la teoría como en la *praxis*.

En general, nuestras concepciones acerca del Derecho Constitucional son todavía herederas de períodos de crisis o de transición, tal vez sea el momento de empezar a pensar en el Derecho Constitucional de la normalidad democrática.

V.- FORMAS MÚLTIPLES DE DECISIÓN: UNA APROXIMACIÓN AL SISTEMA ITALIANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

Asombra el protagonismo con el que el problema de las “sentencias intermedias” ha impregnado la actividad de la Corte Constitucional italiana y los comentarios que la doctrina ha vertido acerca de estas decisiones. No podía completarse un estudio de nuestras características sin la indispensable mención que merece el alto grado de refinamiento al que se ha llegado en el sistema de jurisdicción constitucional que aquí tratamos. No vamos, sin embargo, ni siquiera a rozar la exhaustividad con la que se han elaborado las diversas categorías manejadas entorno a las modalidades de decisión de la Corte, ni la infinidad de dudas que emergen sobre sus efectos.

Nuestra restricción se debe, primero, a que las fórmulas italianas son muy conocidas en España tanto por colaboraciones y traducciones relativamente recientes de autores italianos¹⁶⁴ como por artículos clásicos que han penetrado con éxito en el clima de opinión de la doctrina española y de los que la misma se ha servido para analizar y criticar la jurisprudencia del propio tribunal constitucional español desde los inicios de su actividad¹⁶⁵.

¹⁶⁴ En especial hay que destacar los artículos del profesor R.ROMBOLI. Vid. R.ROMBOLI “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental” (Trad. I.Torres Muro) en *REDC*, num. 48, 1996, pp. 35-80; R.ROMBOLI: en su informe sobre la jurisdicción constitucional en Italia (trad. E.Expósito Gómez) incluido en E.AJA (editor): *La tensiones...*, *op. cit.*, pp. 89-135 y R.ROMBOLI: “La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia” (Trad. R. Velázquez Álvarez) en *Cuadernos de Derecho Público*, n.7, 1999, pp.15-39; R.ROMBOLI: “El control de constitucionalidad de las leyes en Italia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.4, 1999.

¹⁶⁵ Tal vez el más conocido de los artículos de autores italianos publicados en España que mereció la atención de nuestra doctrina sea el de A.PIZORRUSO: “Las sentencias «manipulativas» del Tribunal Constitucional italiano”, en *El Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp.279-296.

En segundo lugar, no sería oportuno limitarse aquí a una plana reproducción del debate y de las opiniones surgidas en ese contexto, sino que nuestra intención pasa por orientar los materiales que compilamos en función de un debate organizado entorno a unos puntos centrales que nos permita reconstruir una teoría acerca de la interpretación y de la decisión en el control de constitucionalidad de las leyes, lo que, al mismo tiempo, debe compatibilizarse con una teoría acerca de la distribución del poder en un estado constitucional avanzado.

Así las cosas, ¿cuáles son los rasgos que incumben a la práctica italiana que nos interesa resaltar? Veremos que nuestro interés no se deja deslumbrar tanto por la compleja tipología de sentencias emanadas de la Corte sino por las razones, el origen y las consecuencias de esta pluralidad de formas.

No ensayaremos, consecuentemente, una clasificación y una descripción de las propiedades más relevantes de cada decisión — lo que ya ha sido destacado por muchos autores y que nosotros mismos ya hemos recuperado, como mínimo, en el tratamiento del modelo alemán—. No nos adentraremos pues, en la repetición catecista de esa multiplicidad de categorías (sentencias interpretativas de rechazo, de inconstitucionalidad no declarada, aditivas, sustitutivas, aditivas de principio...) básicamente porque las etiquetas acaban siempre por relativizarse y porque, precisamente, una lectura, aunque sea superficial, de los planteamientos doctrinales surgidos en Italia dan cuenta de ese exacerbado fervor taxonómico necesitado, cuanto menos, de modulación.¹⁶⁶ Ya ZAGREBELSKY, en un artículo de hace casi veinte años¹⁶⁷, intentó contrarrestar esta tendencia a la compartimentación¹⁶⁸ reduciendo todo el

¹⁶⁶ Además de los ya citados artículos de ROMBOLI, de entre los textos más difundidos en los que o bien se ensaya una clasificación o bien, ante la aparición de nuevas formas de decisión, se pugna por insertarlas en una categoría específica *vid.* A.ANZÓN: “Nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale” en *GC*, fasc.IV, 1992, pp 3199-3217; A.CERVATI: “Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale de costituzionalità delle leggi”, en AA.VV: *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Guiffirè, Milán, 1988, las consideraciones sobre las diversas modalidades de decisión de la Corte se encuentran en las pp. 125-135; C.COLAPIETRO: *Sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990; L.ELIA: “Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza de la Corte Costituzionale (ottobre 81-luglio 85)” en AA.VV., *Scritti su la giustizia Costituzionale (in onore di Vezio Crisafulli)*, vol I, CEDAM, Pádua, 1985, pp. 299-324; M.MONTELLA: *Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale*. Maggioli. Rímìni, 1992.

¹⁶⁷ G.ZAGREBELSKY: “La Corte Costituzionale e il legislatore...”, *op. cit.*, p. 105.

acervo de apreciaciones y de matices a dos grandes conjuntos: el de aquellas sentencias en las que la Corte Constitucional crea directamente Derecho entendiendo como tales aquellas decisiones que no requieren de la interposición de otro sujeto normativo (*sentenze-legge*) y las sentencias que únicamente pretenden tener efectos normativos indirectos pero que no crean Derecho (*sentenze-indirizzo*). Aunque las variables adoptadas sean muy discutibles [piénsese en que toda sentencia de la Corte requiere de una interposición de otro sujeto normativo: el juez ordinario, o que, como el propio ZAGREBELSKY admite (*vid. infra.*), la idea de “efectos normativos indirectos” se encuentra plagada de contradicciones] aclarar la cuestión en éstos términos evita que la discusión se enrede en aspectos secundarios y nos permite reconstruir algunos de los pilares elementales sobre los que se asientan la pluralidad de diferencias.

Posteriormente concretaremos nuestras reservas hacia las divisiones conceptuales con las que —si exceptuamos aproximaciones como las de ZAGREBELSKY— se examinan las decisiones de la Corte. Ya avanzamos que nuestro interés principal no pasa por el *nomen* sino por aquéllo que transpira bajo el afán del clasificar: el simple equilibrio entre bienes a menudo contradictorios. ¿Qué bienes? Modular los efectos de la declaración de constitucionalidad pero preservando la seguridad jurídica, y, en otro sentido, proponer una solución constitucionalmente adecuada que respete la discrecionalidad del legislador y que sea aplicable por parte de los jueces ordinarios.

Todo el universo de decisiones se mueve entorno a estos ejes. Los surcos, aparentemente bien marcados entre las diversas categorías, no consiguen impedir que las propiedades salten de una tipología a otra de decisiones provocando, a su vez, que el resultado final del análisis sea el disimulo de las cuestiones verdaderamente prioritarias. Lo dicho se agrava cuando partimos, como es el caso, de intuiciones que reducen las distancias conceptuales entre razonamiento y decisión (o entre efectos del razonamiento y efectos de la decisión), o la distancia entre interpretación de la Constitución y la apreciación de la inconstitucionalidad, o,

¹⁶⁸ También muy crítico con esta tendencia a la descomposición tipológica que dificulta la indagación acerca del carácter normativo de las decisiones de la Corte *vid. G.SILVESTRI: “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”* en AA.VV: *Scritti su la giustizia...*, *op.cit.*, vol I., CEDAM, Pádua, 1985, pp. 756.

si se prefiere, por evocar de nuevo el “argumento madre”, cuando desaparece la frontera entre interpretación y creación y quedan entonces reprimidas algunas de las discusiones recurrentes entorno a la conveniencia de que la Corte Constitucional establezca un régimen constitucionalmente adecuado¹⁶⁹ o que, por el contrario, se limite a establecer únicamente los principios para que el legislador desarrolle el régimen constitucional (que es la discusión subyacente entre admitir la existencia de sentencias aditivas o preferir, para ser respetuosos con la discrecionalidad del legislador, la mediación de las llamadas “sentencias aditivas de principio” en las que la Corte no impone un sistema normativo detallado sino que perfila únicamente los principios y bases derivados de la lógica constitucional que el legislador deberá tener en cuenta a la hora de regular de nuevo la materia¹⁷⁰).

¹⁶⁹ Lo que contribuye, por cierto, a diluir la propia noción de “sentencia manipulativa”, entendida como aquella en la que se “manipula” la voluntad del legislador creando y añadiendo nuevas normas a las establecidas por éste. Visto en los términos ya recurrentes, las interpretaciones resultantes del juicio de constitucionalidad siempre producen nuevas normas con lo que en el fondo cualquier pronunciamiento siempre acaba siendo “manipulativo”. El término pierde así toda razón de ser, con la única distinción provocada por el contenido emotivo negativo que empaña a la expresión. Por si fuera poco, al rastrear la literatura surtida al efecto la categoría “sentencia manipulativa” descubrimos que presenta tantas acepciones y ambigüedades que desmerecen su uso. En Italia parece invocarse como término genérico para englobar aquellas sentencias en las que materialmente la Corte redacta el precepto que se inserta en la ley, sea para cubrir una supuesta omisión inconstitucional o sea para sustituir una disposición declarada inconstitucional. Es, por decirlo de algún modo, una categoría general que engloba al resto (sentencias aditivas, sustitutivas...), pero este sentido no siempre se cumple porque a veces se designa específicamente como “manipulativa” aquella sentencia desestimativa en la que se expulsan normas abstractas rechazándose determinadas interpretaciones consideradas inconstitucionales (en los dos sentidos *vid.* PIZZORUSSO: «Las sentencias “manipulativas”...», *op. cit.*, en general siempre se refiere al primero de los sentidos pero en la p. 287 se refiere al segundo). L.FAVOREU, en la parte de uno de sus estudios sobre la jurisdicción constitucional en Europa dedicada a Italia, se hace eco del término “sentencias manipulativas” también como categoría general que comprende al resto de decisiones en las que se introducen significados por la vía de la interposición o de la amputación textual, *vid.* L.FAVOREU: *Los tribunales Constitucionales* (Trad.V.Villacampa y M.Carrillo), Ariel, Barcelona, 1994, pp. 96-97. Por el contrario, determinados autores como CRISAFULLI (V.CRISAFULLI: *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Padua, 1984, pp. 405-406), utilizan la acepción “sentencia manipulativa” como una categoría *diferente* a la de las sentencias aditivas y sustitutivas que expresa algo así como declaraciones “selectivas” de nulidad de determinadas partes de un precepto legal que buscan un sustancial cambio de sentido en la interpretación del mismo. Éste ha sido el sentido importado por una parte de la doctrina española *vid.* JEZQUIAGA GANUZAS: “Diez años de fallos...”, *op. cit.*, p.137.

¹⁷⁰ Sobre las sentencias aditivas de principio existe una abundante literatura. Entre nosotros, el tema ha sido recuperado recientemente por M.GONZALEZ BEILFUSS: *Tribunal Constitucional y reparación...*, *op. cit.*, pp. 205-211. De entre la cascada de artículos italianos que se ocupan de este tipo de sentencias nos limitamos a resaltar A.ANZÓN: “Nuove

A todo esto habría que añadir otra observación, y es que el entramado tipológico responde a un previo entramado de relaciones institucionales de cuyo ámbito es de donde, en verdad, hay que partir, y no al revés. La estructura interna de las sentencias (si añaden preceptos, si los sustituyen, si los anulan...) no sólo es en ella misma contingente porque todo pueda reconducirse a una operación interpretativa que difumine sus contornos sino que resulta incomprensible al no tener en cuenta cómo las relaciones de poder fundamentan tales decisiones y en qué medida la misma sentencia, una vez aprobada, incide en el contexto que la ha generado.

Lo dicho vale para Italia, pero también para España. Para plantearlo gráficamente, aunque lo que vamos a decir sea un poco simplista y tomado en su grado más caricaturesco, obcecarse en el detalle de sobre si dadas unas condiciones es mejor una modalidad de decisión u otra (o si sería más “afinado”, por decirlo en los términos italianos a los que ya hemos aludido, optar por una “sentencia aditiva de principio” en vez de emitir una sentencia meramente “aditiva”) acaba resultando una disquisición casi ridícula cuando la teoría de la interpretación constitucional y los problemas de encaje de la jurisdicción constitucional en el diseño de un estado democrático están todavía lejos de resolverse.

1. Propiedades características del sistema italiano de control de constitucionalidad de las leyes. Escasez de disposiciones reguladoras del proceso incidental.

Dos son los caminos por los que el legislador (o el poder de reforma constitucional) pueden optar al enfrentarse a la eclosión de las sentencias intermedias. El primero, como habíamos señalado al presentar el modelo alemán, consiste en flexibilizar las categorías hasta el momento dominantes (en aquél sistema, el vínculo entre declaración de inconstitucionalidad y nulidad)

tecnico...”, *op. cit.*, pp. 3205 y ss; A.ANZÓN: “Un’additiva di principio con termine per il legislatore”, en *GC*, 1993, pp. 1785 y ss.; M.D’AMICO: “Un nuovo modello di sentenza costituzionale”, en *GC*, 1993, pp. 1803 y ss; G.PARODI: *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giapichelli Editore, Turín, 1996; A.PIZZORUSSO: “Corte costituzionale: un nuovo “tipo” di sentenza?”, en *Corriere giurisprudenziale*, 1993, pp. 773 y ss.; F.POLITI: “Effetti di una sentenza additiva “di principio” (comportante maggiori spese) e giudizio de ragionevolezza:

insertando nuevas fórmulas en los textos constitucionales o legales (en el caso alemán mediante la precipitada reforma que experimentó la ley del Tribunal Constitucional Federal en 1970) con el fin de aglutinar y regular algunas de las categorías de decisión que la necesidad práctica había ya obligado a la jurisprudencia a considerar. Este fue el caso de la declaración de incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*)¹⁷¹ de la norma legal con la Constitución que quebraba el dogma de la nulidad y se extendía, al menos en materia penal, no sólo al texto sino también a una determinada interpretación abstracta de la disposición (art. 79 *BverfGG*).

El segundo de los caminos es el que ha sido trazado en Italia. Si atendemos a lo que establece el art. 136 de la Constitución Italiana o la Ley Constitucional n.87, de 11 de marzo de 1953 sobre la constitución y funcionamiento de la Corte Constitucional, a poco podemos agarrarnos a la hora de precisar las formas y las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Sabemos que, con la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un acto con fuerza de ley, la norma cesará de tener eficacia desde el día siguiente al de la publicación de la resolución (art. 136 CI con su reflejo en el art. 30 de la Ley n.87 de 1953).

Se acuñan, asimismo, algunas referencias al respeto a la discrecionalidad del Parlamento (que luego analizaremos, art. 28 de la Ley n.87 de 1983 reguladora de la Corte) pero las referencias son, en conjunto, más bien vagas. Poco, pues, puede predicarse de la mencionada regulación positiva sin que ello haya sido obstáculo para que la jurisprudencia de la Corte — arropada por la doctrina—, se dedicase, en sus ya casi cincuenta años de funcionamiento, a desplegar su particular pirotecnia de formas de decisión, con la consiguiente variedad de efectos a la carta. Incluso con el límite explícito del art. 136 de la Constitución Italiana, por

le esigenze del bilancio e la sempre maggiore imprevedibilità dell'es'to del giudizio de costituzionalità." en *GC*, fasc. IV, 1996, pp. 2184 y ss.

¹⁷¹Sobre las propuestas de introducción de la declaración de incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) de ascendencia germánica al panorama de decisiones de la Corte constitucional *vid.* A.ANZON: "Nuove tecniche...", *op. cit.*, pp. 3202-3203. También sobre ello se refiere CERVATI, al reclamar una especie de categoría intermedia entre la estimación y aquellas decisiones en las que la impugnación carece materialmente de fundamento. CERVATI: *Tipi di sentenze...*, *op. cit.*, 131-134; L.ELIA: "Le sentenze additive...", *op. cit.*, p.221. Buena muestra del intento de recepción en Italia de la técnica alemana de declaración de incompatibilidad sin nulidad es la monografía de G.PARODI: *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappicheli, Turín, 1996, especialmente pp. 27-70.

cierto, la prohibición de aplicación de la ley declarada inconstitucional ha sido en ocasiones sorteada con la invención de resoluciones en las que inconstitucionalidad se constata pero no se declara o en las que se amonesta al legislador y se le incita a que reforme el régimen enjuiciado según el criterio de constitucionalidad sugerido por la Corte.

La dicotomía, por tanto, parece plantearse entre la positivización de soluciones alternativas a las tradicionales (Alemania) o dejar que la interpretación de la normativa reguladora de la jurisdicción constitucional “haga su curso” sin necesidad de reformas textuales (Italia).

No obstante, lo que nos importa subrayar *es que la dicotomía es un espejismo*, porque el empuje de la necesidad acaba *siempre* reventando —mediante la interpretación— las categorías textualmente prefijadas. Sobre esto lo sucedido en la comunidad jurídico-constitucional italiana es una prueba excelente, pero también lo es lo sucedido en Alemania. No olvidemos que la incorporación de la categoría de la incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*) en Alemania como fisura al binomio de la inconstitucionalidad-nulidad *ex tunc* no *arregla por sí sola nada* en cuanto a los efectos de esta incompatibilidad, y que también la determinación y modulación de estos efectos (o sea de la prohibición de aplicación, *Anwendungssperre*, que, como sabemos, no es una consecuencia automática) se ha practicado *interpretativamente* en la jurisprudencia del *BverfG* (*vid. supra.*).

Para trasladar el debate a nuestro ordenamiento jurídico diremos, pues, que resulta *indiferente* que el legislador español se tome la molestia de modificar el espinoso artículo 39.1 de la LOTC por el que, como hemos repetido, se asocia inextricablemente la declaración de inconstitucionalidad a la nulidad de los preceptos impugnados. Si el contexto y las consecuencias de la declaración de nulidad lo imponen, el efecto jurisprudencialmente determinado *será otro* por mucho que renieguen los supuestos defensores de la interpretación literal —si es que la hay— del art. 39.1 LOTC. Ello, como es sabido y como veremos, ya ha sucedido bajo formas encubiertas o sucedió desde el comienzo de la jurisdicción constitucional en España, por ejemplo, en el control de constitucionalidad de las leyes estatales cuando la impugnación procedía de una o varias Comunidades Autónomas al constatar una invasión competencial tramitada por el procedimiento del artículo 67 LOTC. En

este supuesto, cuando el objeto de enjuiciamiento era una disposición legal del Estado, la contradicción en la que podía incurrir la norma estatal con el sistema de distribución de competencias no comportaba la declaración de nulidad.

A estas alturas, a nadie puede ya intimidar la invocación del concepto de *necessità* —cuya primera teorización se la debemos, por cierto, a MAQUIAVELO¹⁷²— para dotar de elasticidad al juicio de constitucionalidad y a sus consecuencias. Sería un absurdo que la Corte Constitucional por rigidez dogmática desbaratase todo el sistema de cotizaciones al Servicio Sanitario Nacional¹⁷³ o que el Tribunal Constitucional español amenazase todo el sistema de ordenación del crédito al constatar la ausencia de la normativa básica necesaria para que las Comunidades Autónomas ejerzan competencias sobre entidades financieras que no sean Cajas de Ahorro ni Cooperativas de crédito (*vid.* STC 96/96 de 30 de mayo, *Disciplina e intervención de entidades de crédito*).

El contraste entre el juicio de constitucionalidad y sus posibles consecuencias perturbadoras —el derribo de sectores administrativos o económicos enteros— ya fue percibido con toda clarividencia por OTTO BACHOF¹⁷⁴ cuando distinguió la función del juez ordinario de la del juez constitucional. Si el primero tenía que lidiar con el conflicto entre la fidelidad a la norma general y la justicia individual, al segundo se le añadía otra dimensión: la racionalidad o la necesidad política como freno al rigor del mandato jurídico. Si este extremo de la racionalidad no era suficientemente valorado se incrementaba el riesgo de una lesión que alcanzase a la comunidad política entera, lo que raramente sucede en la jurisdicción ordinaria (“más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las *consecuencias* de sus sentencias.”¹⁷⁵).

¹⁷² N. MACHIAVELLI: *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, Libro III, §6 y §12 en N.MACHIAVELLI: *Tutte le opere storiche, politiche e letterarie*, Newton, Milán, 1998.

¹⁷³ Sentencia de la Corte Constitucional n. 256 de 8 de junio de 1992, comentada en F.POLITI: “Principio di continuità dell’ordenamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme inconstituzionali: «giusta preoccupazione» o «eccessivo timore» della giurisprudenza costituzionale per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità?” en *GC*, 1992, pp. 3171-3183.

¹⁷⁴ O.BACHOF: “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, *op. cit.*, pp.285 y ss., citado por E.GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

¹⁷⁵ O.BACHOF: *ibidem*, p. 287 citado en E.GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p.180.

El intento de esquivar estos peligros es lo que explica algunas de las contorsiones realizadas por un Tribunal Constitucional plasmadas en la forma que adquieren sus decisiones. Todo aquello vulnerable a la severidad de un juicio sustantivo puede amortiguarse con una interpretación laxa de las reglas de procedimentales del Tribunal y, en concreto, de las normas acerca de los efectos de las resoluciones que de él emanan. En otras palabras, pese a que un Tribunal Constitucional no pueda, como concluye el mismo OTTO BACHOF, rehusar la validez de una Ley amparándose en las consecuencias implicadas en ella¹⁷⁶, si que la presencia de esas consecuencias —la necesidad— se advierte en la *moderación* de los efectos de la inconstitucionalidad declarada.

Ya volveremos sobre la *necessità*, pero antes de despertar cualquier objeción arrojadiza, hay que matizar ciertos extremos de lo ya insinuado. Y es que asumir sin complejos la influencia de lo exigido por las circunstancias debe acompañarse, como mínimo, de dos comentarios aclaratorios:

1) la aceptación del criterio de necesidad como moderador de la rigurosidad textual *debe condicionarse a la estabilidad de todo el sistema constitucional*. Si el sistema constitucional funciona con un equilibrio razonable nadie se rasgará las vestiduras si un Tribunal Constitucional no anula un precepto inconstitucional pese a que por ley (o *ex constitutione*, como algunos opinan) tenga la obligación de hacerlo.

Más prudente hay que ser ante modelos constitucionales dislocados o en fase de creación. En este sentido otra condición a considerar es que

2) la práctica interpretativa se inscriba sin sobresaltos *en el resto de la comunidad de agentes constitucionales*, es decir, que no choque, o no tenga la perspectiva de chocar, con

¹⁷⁶ O.BACHOF: *ibidem*, pp. 302-303 citado en E.GARCÍA DE ENTERRÍA: *op.cit.*, p. 184.

visiones interpretativas opuestas que desembocan en un conflicto más grave o que, en definitiva, ninguna función pacificadora¹⁷⁷ quede satisfecha con el juicio de constitucionalidad.

Por supuesto, no es lo mismo que un Tribunal Constitucional fuerce sus goznes textuales siendo el movimiento comprendido desde el legislativo y respaldado por la jurisdicción ordinaria —nos referimos a movimientos que en la comunidad de intérpretes constitucionales puedan ser percibidos como una “tensión” en la interpretación y no como reflejo de un “acuerdo” o de una “normalidad” interpretativa— que, por el contrario, la torsión interpretativa se produzca *acompañada de la hostilidad del resto de agentes*.

Si Alemania o España han sido a veces ejemplo de lo primero, Italia es el paradigma de lo segundo. La tensión entre los poderes constitucionales en lo que incumbe a cuestiones interpretativas de procedimiento de la Corte y, en fin, a cuestiones de interpretación substancial de leyes ordinarias y de leyes constitucionales ha sido uno de los problemas *par excellence* que ha marcado profundamente la dinámica constitucional italiana. Veamos, pues, cómo esta dialéctica ha sido desarrollada y en qué términos se ha planteado su intento de superación.

2. Divergencia interpretativa y conflicto institucional.

Desde los inicios de su actividad, la Corte Constitucional italiana entró en una espiral de confrontación con la Corte de Casación (*Corte di Cassazione*, máxima instancia judicial en materia penal y civil) cuyo objeto de disputa se centraba en la diferente comprensión acerca de los instrumentos *de carácter interpretativo* utilizados por la Corte Constitucional cuando no desembocaban en una declaración de inconstitucionalidad de la ley impugnada.

Al examinar el corazón del conflicto —aparentemente muy conocido en España y más ociosamente citado— resurge un nuevo catálogo de problemas que enmohecen el recurso a

¹⁷⁷ Tomamos aquí el término “función pacificadora” en un sentido más amplio que el utilizado por JIMÉNEZ CAMPO cuando alude a la misma atendiendo específicamente al valor de cosa juzgada de las sentencias constitucionales. J.JIMÉNEZ CAMPO: “Qué hacer con la ley...”, *op. cit.*, pp. 26-27.

opciones alternativas a la sanción formal de inconstitucionalidad (sea nulidad o sea, como en Italia, inaplicación) y que hasta ahora habíamos descuidado.

Así, cuando describíamos las variantes intermedias de decisión en la jurisprudencia del *BverfG* alemán, aventurábamos un conjunto de observaciones que se producían en un horizonte institucional *más bien estructurado*, donde el encaje de una jurisdicción constitucional no había despertado excesivos desencuentros con el resto de jurisdicciones. Salvando las distancias, algo similar podría afirmarse en lo que atañe al Tribunal Constitucional español cuyos juicios de constitucionalidad fueron desde el primer momento, y al menos *formalmente*, recibidos por la jurisdicción ordinaria sin demasiados sobresaltos (diferente es que en la práctica el conjunto de jueces y tribunales se desvíen del criterio marcado por el Tribunal Constitucional, pero en verdad ello no ha derivado en ningún enfrentamiento abierto). Rápidamente ofreceremos algunas de las hipótesis que podrían explicar la introducción relativamente pacífica de la jurisdicción constitucional en Alemania o en España y, en especial, del respeto hacia la interpretación que éstas jurisdicciones ofrecen cuando intentan compatibilizar las prescripciones legales con los contenidos supuestamente inferidos de las normas constitucionales (*vid. infra.*). Pero nos urge ahora ocuparnos de explorar *un sistema en el que, por el contrario, la asignación del control de constitucionalidad de las leyes a un tribunal ajeno a los órganos judiciales tradicionales* —y sobretodo la profunda divergencia entorno al ámbito en el que la Corte Constitucional debía extender su jurisdicción—, *acabó por provocar un estrepitoso conflicto institucional que se prolongó durante décadas.*

¿A dónde nos lleva analizar un modelo de enfrentamiento como el que despuntó en Italia? La respuesta es que *cuando las relaciones entre poderes* (o, en este caso, entre jurisdicciones) *se encuentran gravemente diezmadas, hay que reformular por completo cualquier propuesta referida a procesos de interpretación constitucional.*

Para empezar, de nada sirve elaborar técnicas de interpretación conforme tendentes a eludir la declaración de inconstitucionalidad *si la mencionada interpretación no será seguida por el resto de operadores* o, mejor dicho, será manifiestamente desechada por un tribunal —como

la Corte de Casación—, convirtiéndose además, el alcance de dicha interpretación conforme, en el principal caballo de batalla de la colisión entre ambas instancias.

Con la sombra de una Corte de Casación hostil, los presupuestos que habíamos visto de esta especie de técnicas (principio de deferencia, de unidad del ordenamiento jurídico, de conservación del precepto¹⁷⁸) se debilitan necesariamente. La Corte Constitucional acaba estimando la impugnación no porque no pueda existir una interpretación constitucionalmente compatible de la disposición legal sino, como sucedía en las llamadas “doppie pronunce” (*vid. infra.*), porque *sabe que la interpretación en cuestión no será aplicada por la Corte de Casación.*

En general, nuestras argumentaciones anteriores se proyectaban sobre procesos interpretativos en sistemas bastante próximos a la “construcción armónica” del sentido constitucional de las leyes. Justamente esto era lo que nos llevaba a dudar, por ejemplo, de la supremacía de un Tribunal Constitucional en la tarea hermenéutica (*vid. supra.*) y a pensar en modelos complementarios que extendiesen el juicio de adecuación constitucional de las leyes a otros agentes (o en el que otros agentes apareciesen implicados). No resultaba difícil imaginar un sistema en el que la pluralidad de opiniones constitucionales van revistiendo un sentido más o menos coincidente en un clima de colaboración institucional. Pero la creencia en ideales innovadores de interpretación constitucional se derrumba en contextos de crispación entre poderes y no digamos ya en contextos de crisis global del estado democrático.

La *guerra fra le due Corti* fue un conflicto persistente pero, hay que apuntar de inmediato, un conflicto más bien lejano a los términos dramáticos que acabamos de apuntar. No

¹⁷⁸ En una fase posterior del desarrollo del control de constitucionalidad de las leyes en Italia la doctrina de la interpretación conforme acabará, como veremos, por consolidarse. En ese sistema el principio sobre el que la interpretación conforme se apoya es, principalmente, el de la supremacía jerárquica de la Constitución (ello pese a que el principio de deferencia al legislador y la presunción de constitucionalidad de las leyes podrían jugar un papel protagonista dada la presencia del art. 28 de la ley de funcionamiento de la Corte Constitucional en el que la actividad de control de la Corte queda expresamente limitada al respeto al poder discrecional del Parlamento, *vid. infra.*). Sobre la supremacía de la Constitución como fundamento de la interpretación conforme *Vid. A.ANZÓN: “Il giudice a quo e la Corte Costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente” en GC, 1998, vol.II, p.1083.*

obstante, refleja bien que cuando la visión propuesta por un Tribunal Constitucional es frontalmente rechazada por la visión de otro órgano relevante en el conjunto de poderes, minusvalorar la influencia de las decisiones de la jurisdicción constitucional es la mejor estrategia para colapsar el aparato y deteriorar todavía más las esperanzas consolidación del nuevo sistema. Seguramente, ante semejante panorama, reforzar la posición del Tribunal Constitucional representa la única salida razonable, *si existe, naturalmente, en la comunidad o en el resto de órganos políticos la convicción de que la verdadera interpretación constitucional emana del mismo Tribunal Constitucional* y de que en el trasfondo del rechazo del órgano adverso (de un Tribunal Supremo, por ejemplo) se esconde un sentimiento contrario al orden constitucional. Lo curioso del caso italiano y de la colisión entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación es que —con independencia que el ambiente en el seno de la Corte de Casación fuese o no excesivamente receptivo a los postulados del entonces nuevo orden constitucional¹⁷⁹—, la visión de la Corte de Casación no resultaba constitucionalmente descabellada, e incluso tal vez aceptable de haberse formulado en un Estado constitucional avanzado y no en un momento en el que la República

¹⁷⁹ Como en todo sistema constitucional surgido de las cenizas de un estado totalitario, la instauración de una Corte Constitucional podía topar con la oposición de jueces de base formados durante la época fascista. Sin embargo, el enconado enfrentamiento entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación no responde principalmente a razones sociológicas como podría ser que los jueces de la Corte de Casación estuviesen todavía impregnados de una mentalidad autoritaria y conservadora frente al progresismo de los magistrados de la Corte Constitucional. La existencia de estas actitudes confrontadas (correspondiente a cada una de las jurisdicciones) tal vez fue una causa en el estallido del conflicto pero la mayoría de comentaristas se inclinan a pensar que no fue la única y ni tan sólo la principal. El rechazo a las decisiones interpretativas de la Corte Constitucional por parte de la Corte de Casación se debe más al temor de ésta a la expansión desmesurada del ámbito de jurisdicción de la Corte Constitucional. Que las razones del rechazo no responden prioritariamente a los problemas de coyuntura histórica (*vid. infra.*) lo demuestra el que algunos de los argumentos esgrimidos por la Corte de Casación no sean plenamente descartables incluso en un estado constitucional normalizado. Sobre la genealogía del conflicto resulta de sumo interés la lectura de un estudio publicado en *The American Journal of Comparative Law* que ofrece una visión sintética y distanciada de excepcional utilidad para el estudioso no italiano. *Vid.* J.H. MERRYMAN y V.VIGORITI: “When Courts Collide: Constitution and Cassation in Italy” en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, 1967, pp. 665-686. *Vid.* en el mismo sentido V.ONIDA: “L’attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale”, en *Scritti in onore di Constantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol IV, Giuffrè, Milán, 1977, pp. 503 y ss. y R.ROMBOLI: “La aplicación...”, *op. cit.*, p. 20, quienes atribuyen la reticencia de la jurisdicción ordinaria a aceptar la interpretación de la ley emanada de la *Corte Costituzionale* a la existencia de un período precedente a la instauración de la misma *Corte Costituzionale* (1948-1955), en el que tiene lugar un sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes.

Italiana se encontraba todavía en fase de asentamiento y en el que el que el ámbito de actuación de la Corte Constitucional estaba todavía por trazar. Que la Corte de Casación no iba desencaminada lo demuestra la posible validez de sus consideraciones al ser aplicadas a una situación más estable (algo que tal vez se manifiesta en la prolongación del debate) y, por supuesto, sin el clima de turbada oposición que acompañó a cada uno de los pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte de Casación.

En concreto, el origen del conflicto se imputa a la ausencia de previsiones acerca *del efecto* que proyectan aquellas sentencias de la Corte Constitucional en las que no se declara la inconstitucionalidad de la ley enjuiciada, sino en las que, después de desestimar la impugnación, la Corte Constitucional condiciona la constitucionalidad del precepto examinado a que se interprete del modo que la propia Corte establece. Como advertíamos, tanto el art. 136 de la Constitución Italiana como el art. 30 de la ley n.87 de 11 de marzo de 1953 preveían qué consecuencia asignar a la declaración de inconstitucionalidad (la inaplicación) pero nada se decía sobre las sentencias de desestimación formal en las que se integraban criterios de interpretación (*decisione interpretative di rigetto*). ¿Cómo vinculaba, pues, a los jueces ordinarios la interpretación de la Corte Constitucional contenida en esta especie de pronunciamientos en los que no existía una declaración formal de inconstitucionalidad? Lo que sucedió fue que la Corte de Casación, en reiterados fallos, no reconoció la interpretación ofrecida por la Corte Constitucional, provocando la consiguiente confusión en el resto de jueces de base sobre qué criterio seguir si el de la Corte Constitucional o el de la Corte de Casación.

Como decíamos, no hay que ver un acto de rebelión burda en los argumentos de la Corte de Casación. La estructura de sus afirmaciones podría calificarse de muy depurada y más bien punzante para la época. Así, la Corte de Casación no ponía reparos en que la Corte Constitucional declarase la inconstitucionalidad de una ley, ni en que la declaración de ésta tuviese efectos *erga omnes*. Según la opinión de la Corte de Casación, la Corte Constitucional no tenía, con todo, *ningún fundamento para dictar sentencias interpretativas de desestimación* y, en consecuencia, la interpretación conforme indicada por la Corte Constitucional en estas decisiones no desplegaba ningún tipo de efecto vinculante

para el resto de jueces. Además, de acuerdo con el ordenamiento jurídico italiano, la máxima instancia en la aplicación y la “correcta observancia y uniformidad en *la interpretación de la ley*” correspondía a la Corte de Casación (art. 65 del *Ordinamento giudiziario*) y no a la Corte Constitucional, cuyos juicios, bajo el pretexto de una interpretación constitucional conforme, escondían (en opinión de la Corte de Casación de la época) algo que en el fondo era una interpretación de mera legalidad¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Uno de los primeros y más conocidos ejemplos que ilustran la disputa entre la Corte de Casación y la Corte Constitucional viene reflejado en los problemas de interpretación surgidos en torno a la figura de la instrucción sumaria prevista en el Código del Proceso Penal italiano de 1931. Durante la época fascista frente a la instrucción formal característica de la primera fase del proceso penal apareció la figura de la instrucción sumaria que, para casos de delito flagrante, de confesión del reo o de contundentes pruebas en su contra, acortaba los trámites de la instrucción formal sin asegurar la presencia y la participación del acusado en muchas de las diligencias. Con la instauración de la nueva República, el artículo 24 de la Constitución Italiana de 1948 establecía que “la defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento” de forma que, consiguientemente, el Parlamento aprobó en 1955 una serie de reformas del Código del Proceso Penal (arts. 304 *bis*, *ter* y *quater*) para asegurar el derecho a la defensa en la fase de instrucción. La discusión se centraba, pues, en dilucidar si la reforma afectaba sólo a la instrucción formal o si debía *asimismo extenderse a la instrucción sumaria*. Para acrecentar la confusión el art. 392 del citado código establecía, antes de la reforma de 1955 y sin que fuese modificado por ella, que la regulación prevista para la instrucción formal era extensible a la instrucción sumaria “en los casos en los que fuese aplicable” con la posibilidad de concluir que la excepción (y por tanto la no aplicabilidad de la reforma) recaía precisamente en la instrucción sumaria. La Corte Constitucional, en una primera sentencia interpretativa de desestimación (Sentencia número 11 de 19 de febrero de 1965), consideró que la mención del artículo 392 “en los casos en los que fuese aplicable” debía interpretarse en el sentido que las garantías previstas por los arts. 304 *bis*, *ter* y *quater* fueran extensibles a la instrucción sumaria porque, de lo contrario, la ausencia de participación del acusado en algunas diligencias contravenía el art. 24 de la Constitución Italiana. La Corte de Casación, en posteriores pronunciamientos (decisión de 28 de abril de 1965) rechazó el criterio de la Corte Constitucional, primero, por los argumentos ya descritos (asociados a la falta de fundamento con la que según la Corte de Casación contaba la Corte Constitucional para ofrecer una interpretación sin declaración de inconstitucionalidad) y, segundo, porque en verdad el problema versaba únicamente sobre una cuestión *de interpretación legal* sobre la que la Corte Constitucional no tenía autoridad para pronunciarse. Según la Corte de Casación el problema consistía sólo en saber si los artículos 304 *bis*, *ter* y *quater* del Código del Proceso Penal eran aplicables a la instrucción sumaria de acuerdo con la salvedad del art. 392 del mismo. La respuesta a la que llegó la Corte de Casación era que, si se extendía el régimen de la reforma a la instrucción sumaria, la instrucción sumaria perdía toda su razón de ser (y lo cierto es que el nuevo legislador republicano había mantenido la instrucción sumaria sin eliminar la mención del art. 392 del Código del Proceso Penal). La oposición se mantuvo en diversas decisiones de la Corte de Casación, pero de nuevo la Corte Constitucional se vio obligada a intervenir en un segundo pronunciamiento —con la que concluyó la primera fase del conflicto—declarando la inconstitucionalidad del art. 392 del Código del Proceso Penal en tanto que del mismo se desprendía una excepción a la garantía del derecho a la defensa en la instrucción sumaria (sentencia número 52 de 26 de junio de 1965). La cronología del conflicto puede seguirse en M.CAPPELLETTI: “Sentenze condizionali della Corte costituzionale” en *Rivista di Diritto*

Si la Corte Constitucional considera que la ley se encuentra verdaderamente viciada de problemas de compatibilidad con la Constitución entonces debe lisa y llanamente declarar la inconstitucionalidad del precepto, pero al recurrir a ésta técnica intermedia extralimita su jurisdicción e invade el ámbito de decisión que ostenta la Corte casacional.

Como puede apreciarse, los argumentos presentados en los años cincuenta y sesenta por la Corte de Casación son de rabiosa actualidad ante la hipotética construcción de una teoría general de la jurisdicción constitucional en derecho comparado. Se dirá que el problema debe imputarse precisamente *a la carencia de preceptos normativos* que indiquen el grado de vinculación de aquéllos juicios en los que la Corte Constitucional, en vez de declarar la inconstitucionalidad de la ley, opta por enunciar la interpretación que mejor se acomoda a los mandatos constitucionales. Pero no es muy difícil constatar que la positivización en este aspecto es irrelevante. Si se produce en un sustrato orgánico en el que existe un seguimiento formalmente pacífico del criterio del Tribunal Constitucional (como en Alemania o España), entonces la positivización deviene redundante (cuando no contribuye a confundir más las relaciones entre jurisdicciones como en Alemania); en cambio, si la jurisdicción ordinaria persiste en su rechazo a las fórmulas interpretativas de la jurisdicción constitucional, no hay positivización posible que le ponga remedio lo que nuevamente demuestra la contingencia de la introducción textual de reglas concernientes a estas cuestiones.

Ello es así porque *los reglas sobre los efectos de la interpretación son en ellas mismas interpretables* y, en nuestro ejemplo, la Corte de Casación, en términos hipotéticos, podría haber encontrado recursos interpretativos alternativos para eludir su sujeción al criterio de la Corte Constitucional. La vía de pacificación, como postularemos, no pasa tanto por reglas textuales que delimiten el efecto de las operaciones interpretativas como por crear *procedimientos enteros* de control de constitucionalidad. Ya veremos en qué se concreta esta sugerencia.

Processuale, 12, fasc.II, 1957, pp.88-109; V.CRISAFULLI: “Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale”, *GC*, 10, 1965, pp. 91-105; J.H. MERRYMAN y V.VIGORITI, *op. cit.*, 665-686.; R.ROMBOLI: “La aplicación...”, *op. cit.*, pp 26-27.

Volviendo a la embarazosa situación creada por las jurisdicciones italianas, hay varias líneas en la evolución del conflicto que interesa recorrer. A propósito del valor vinculante de las sentencias interpretativas de desestimación emergieron varias propuestas en el seno de la doctrina: para algunos las sentencias desestimatorias operaban únicamente como precedentes “persuasivos”¹⁸¹ (lo que, dado el recelo de la Corte de Casación, era una propuesta bastante superflua al no existir ni voluntad ni garantías para dejarse “persuadir” por la Corte Constitucional) para otros, encabezados por CRISAFULLI, la clave estaba en que, en realidad, las sentencias interpretativas desestimatorias eran estimativas no en el plano de la declaración de inconstitucionalidad de preceptos pero si en el plano de las normas abstractas¹⁸². Afirmar que el control de constitucionalidad no era textual sino de significados (justo lo contrario de lo expresado en ocasiones por otros tribunales constitucionales como, por ejemplo, el español) suponía que la eficacia de estos pronunciamientos sobre la interpretación rechazada gozaba también de carácter *erga omnes*.

A medio camino entre el precedente “persuasivo” y el carácter vinculante del control de constitucionalidad de normas abstractas en general, se hallaba la propuesta de SANDULLI para quien las sentencias interpretativas de rechazo de *la Corte Costituzionale* sólo generaban un “vínculo negativo” en el sentido que sólo quedaba prohibido para el juez *a quo* acoger la interpretación contraria a aquella que la Corte Constitucional había considerado inconstitucional¹⁸³. En cuanto al resto de interpretaciones —incluidas aquellas que la Corte Constitucional declaraba constitucionales sin descartar *otras* opciones de interpretación constitucionalmente conforme— el juez no se encontraba necesariamente sometido a la obligación de observarlas.

¹⁸¹ A.PIZZORUSSO: “Las sentencias «manipulativas»...”, *op. cit.*, p.285; A.PIZZORUSSO: “Le motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?” en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1963, pp.403-407.

¹⁸² V.CRISAFULLI: “Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria”, en *GC*, 1, 1956, p.939 y 947; A.PIZZORUSSO: “Las sentencias «manipulativas»...”, *op. cit.*, p.286.

¹⁸³ A.M. SANDULLI: *Il Giudizio sulle leggi: la cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti*. Giuffrè, Milàn, 1967, pp. 55 y ss.

Sin entrar en los ásperos ataques de los que fue objeto la mencionada tesis de CRISAFULLI por parte de las escuelas de corte iuspositivista¹⁸⁴ —alegando, por ejemplo, que resulta incoherente que las sentencias interpretativas de desestimación tengan, en cuanto al significado normativo, los mismos efectos que las estimativas y que, en cambio, la propia Corte Constitucional rechace impugnaciones que no se encuentren basadas en un soporte textual o no acepte un vicio meramente interpretativo como causa de elevación de un recurso sino sólo los vicios de legitimidad constitucional¹⁸⁵— y, sin entrar tampoco, en las dificultades que la asunción de la teoría hubiese entrañado en aquel entonces para la práctica constitucional italiana —como por ejemplo, el hecho de que la interpretación, y por tanto la introducción de condicionantes en la aplicación de las normas legales, se encontraba en los fundamentos de la sentencia que no se publicaban en la gaceta oficial¹⁸⁶—, lo cierto es que la estrategia seguida por la Corte Constitucional para contrarrestar la desobediencia de la Corte de Casación fue mucho más elemental.

Cuando un nuevo juez de instancia impulsaba una nueva impugnación de la ley controvertida siguiendo la interpretación de la Corte de Casación, la Corte Constitucional *volvía* a pronunciarse *pero esta vez declarando sin más estrecheces la inconstitucionalidad del precepto impugnado*¹⁸⁷ (esta nueva sentencia estimativa se calificó entonces de decisiones de doble pronunciamiento [*decisioni di “doppie pronunce”*]) de forma que *entonces todas las*

¹⁸⁴ A.PIZZORUSSO: *Ibidem.*, pp.286-288.

¹⁸⁵ Algo que ya reconocía el propio CRISAFULLI desde el principio, *vid.* V.CRISAFULLI: “Questioni in tema di interpretazione...”, *op.cit.*,p.947. No deja de resultar interesante analizar este persistente rechazo de muchos tribunales constitucionales europeos (el italiano, el alemán, el español) a aceptar impugnaciones en las que se les requiere únicamente un pronunciamiento interpretativo. Parece subyacer en esta intransigencia un temor entre los tribunales constitucionales a convertirse en un mero órgano de carácter consultivo. Probablemente detrás de esté fenómeno persista la necesidad, por parte de los Tribunales Constitucionales, de afianzar su ámbito de actuación y, seguramente, de afianzar el carácter normativo de las respectivas constituciones a las que están sujetos. En los primeros pasos del funcionamiento de una jurisdicción constitucional aceptar impugnaciones meramente interpretativas podría confundirse con una excesiva invulnerabilidad de la ley enjuiciada y un correlativo debilitamiento de las normas constitucionales.

¹⁸⁶ V.CRISAFULLI: “Ancora delle sentenze interpretative...”, *op. cit.*, p.95.

¹⁸⁷ A.PIZZORUSSO: “Dalle «doppie pronunce» alle decisioni «overruling»” en *GC*, 1971, pp.527; A.PIZZORUSSO: “La motivazione delle decisioni...”, *op.cit.*, p 387; A.R.ROMBOLI: “La tipologia de las decisiones...”, *op. cit.*,p.63.

*premisas de la interpretación conforme quedan menoscabadas*¹⁸⁸. Allí donde debería regir ésta técnica (sea por el principio de deferencia al legislador o por el principio de conservación de normas, por ejemplo) la interpretación conforme acaba decayendo a favor de la directa declaración de inconstitucionalidad no por respeto a los citados principios sino a causa del enfrentamiento con la Corte de Casación. De hecho, ante la presencia de semejante desequilibrio —y si el resto de instancias persisten en sostener la interpretación inconstitucional— en toda sentencia interpretativa de rechazo puede encontrarse el germen de una sentencia estimatoria¹⁸⁹.

Sobre el “doble pronunciamiento” habría que añadir un par de aclaraciones: la primera, de carácter muy ceñido a la problemática histórica que analizamos y que nos limitamos sólo a enunciar, es que al acudir a la solución de una nueva sentencia (esta vez estimatoria) todavía se alentó más la incertidumbre en la jurisdicción de base porque si, en realidad, el examen del precepto legal merecía una declaración de inconstitucionalidad esto quería decir que se había aplicado una ley inconstitucional después de un primer juicio de la Corte Constitucional (el de la sentencia interpretativa desestimatoria) creando una situación desigual (y de difícil justificación a la luz del artículo 136 de la Constitución italiana) respecto a los casos posteriores a la segunda sentencia de la Corte¹⁹⁰.

Hay que subrayar además, para no generar malentendidos, que la expresión del “doble pronunciamiento” ha sido doctrinalmente utilizada en dos sentidos, por un lado la expresión se ha referido a la jurisdicción (y cómo reacción a las sentencias de la Corte de Casación) que es el punto que aquí tratamos y el por el otro también se habla de “doble pronunciamiento” en relación al legislador. En el caso de la oposición entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación el doble pronunciamiento se sucede después que:

- a) la Corte Constitucional haya formulado una interpretación conforme en una sentencia interpretativa de desestimación y

¹⁸⁸ M.MONTELLA: *op. cit.*, pp. 62-76.

¹⁸⁹ M.MONTELLA: *Ibidem.*, p.62.

¹⁹⁰ *Vid.* por ejemplo, J.H.MERRYMAN y V.VIGORITI: *op. cit.*, pp. 675-679.

- b) la Corte de Casación se haya negado a seguir la interpretación de la Corte Constitucional alegando que ella era la única instancia competente para interpretar la ley.

En el caso de la oposición entre la Corte Constitucional y el legislador, como veremos después, la Corte Constitucional:

- a) emplaza al legislador a que repare la inconstitucionalidad detectada en un precepto legal (o que repare la inconstitucionalidad consecuencia de una omisión) y ante la inactividad del legislador o la aprobación de una nueva regulación igualmente inconstitucional la Corte Constitucional
- b) opta, en un segundo pronunciamiento, por declarar la inconstitucionalidad del régimen advertida en la primera sentencia o, en caso de inconstitucionalidad por omisión, la misma Corte repara la inconstitucionalidad mediante sentencia aditiva.

Puede ocurrir, por añadidura, que en ésta última circunstancia, en la que la Corte Constitucional indica directamente el régimen constitucionalmente adecuado, que provoque *una nueva vía de confrontación con la jurisdicción ordinaria*¹⁹¹. Si la jurisdicción ordinaria (y la Corte de Casación en particular) ya no se sentía obligada por el criterio de la Corte Constitucional establecido en una sentencia interpretativa de desestimación, la aparición de sentencias aditivas suscitaba un rechazo todavía mayor, puesto que los jueces ordinarios consideraban que la actuación de la Corte invadía un ámbito de actuación que sólo correspondía al legislador y que, con ello, el art. 28 de la ley de funcionamiento de la Corte Constitucional quedaba infringido al establecer, expresamente, que el juicio de la Corte encuentra su límite en el poder discrecional del Parlamento.

Así las cosas, ante las sentencias interpretativas de desestimación los jueces se apartan del criterio de la Corte Constitucional porque no se sienten vinculados por pronunciamientos intermedios entre la declaración de inconstitucionalidad y la mera confirmación de la constitucionalidad de la ley. Al ofrecer una interpretación constitucionalmente conforme, el

¹⁹¹ R.ROMBOLI: “La tipología de decisiones...”, *op.cit.*, p.65.

juicio de la Corte Constitucional se solapa indebidamente con el poder de interpretación legal que ostenta la Corte de Casación.

Ante las sentencias aditivas (que asimismo parten de una previa interpretación constitucional) el argumento al que alude la Corte de Casación para esquivar la aplicación de las reglas establecidas por la Corte Constitucional es que ésta ha franqueado sus propios límites al ocupar un espacio de decisión exclusivo del legislador.

Quedaba, en fin, por clarificar una de la hipótesis que nos permitía aventurar por qué la pugna entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación se había desbocado en Italia y, por lo contrario, la introducción de la jurisdicción constitucional en España o en Alemania no se había producido de forma tan tumultuosa. La idea es que en Italia, frente a una sentencia “rebelde” de la Corte de Casación, la Corte *Constitucional no cuenta con instrumentos para sancionar directamente* la interpretación divergente de la jurisdicción ordinaria¹⁹². En España o en Alemania, si la interpretación divergente que formulan de los jueces y tribunales afecta a un derecho fundamental siempre *queda la opción del recurso de amparo* e intentar así anular la sentencia que se ha apartado del criterio del Tribunal Constitucional. El recurso de amparo es un medio decisivo *de control de la interpretación* con el que cuenta el Tribunal Constitucional para evitar los excesos de la jurisdicción ordinaria¹⁹³ que, al no existir en Italia, provocó la rápida descoordinación entre ambas instancias jurisdiccionales.

En verdad, lo dicho hay que tomarlo con muchas reservas, podemos intentar proyectar toda una casuística para acordar cuándo el alejamiento por parte de un Tribunal Supremo de una determinada interpretación de la ley realizada por el Tribunal Constitucional puede justificar la interposición de un recurso de amparo: si la interpretación afecta a derechos fundamentales, si no afecta a ningún derecho fundamental pero aún así existen vías de recurso (por ejemplo, art. 24.1 CE en España) o si directamente la interposición del amparo equivaldría a exigir de un

¹⁹² V.CRISAFULLI: “questioni in tema di interpretazione...”, *op. cit.*,p. 943.

¹⁹³ Sabemos que en el ordenamiento jurídico español existen disposiciones expresas tendentes a asegurar la sujeción de los jueces ordinarios a la interpretación emanada del Tribunal Constitucional, por ejemplo, artículos 40.2 LOTC y 5.1 LOPJ, pero tal vez estas previsiones serían de difícil cumplimiento sin la existencia del recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional una interpretación legal que sólo le corresponde al Tribunal Supremo, convirtiendo al primero en la tan demonizada “instancia de supercasación”. Todo esto es discutible. Pero pocas dudas hay en que, a efectos de eficacia en la imposición de la interpretación del Tribunal Constitucional y de su recepción por el resto de aplicadores, allí donde se establece el recurso de amparo las cosas han sido más fáciles, tal vez con la notoria excepción del modelo francés de control de constitucionalidad en que (*vid. infra*) las reservas interpretativas conformadas por el Consejo Constitucional al controlar la constitucionalidad de la ley —antes de la promulgación de la misma— son normalmente respetadas por la jurisdicción ordinaria pese a que no existen mecanismos formales de relación entre ambas instancias.

No negaremos, en otro orden de ideas, que el coste de introducir sistemas de acceso a la jurisdicción constitucional como el recurso de amparo ha resultado ser igualmente muy alto. Véase la insuperable acumulación de causas pendientes en aquellos Tribunales Constitucionales que cuentan con recurso de amparo y el inminente riesgo de colapso en el funcionamiento de la institución —algo que, por cierto, contrasta con una Corte Constitucional en Italia que prácticamente se encuentra “al día” en la resolución de impugnaciones sean por vía principal o por vía incidental—.

En cualquier caso, no obstante, no puede desmerecer nuestra atención un hecho interesante en el que apoyar nuestras intuiciones: a saber, que conociendo las vicisitudes de un sistema de jurisdicción constitucional con recurso de amparo, los italianos se planteasen la introducción, en el ya decaído proyecto bicameral de reforma constitucional, de un recurso para la tutela de derechos fundamentales (art. 134 g) del proyecto de la bicameral). Aún hasta tiempos recientes, pues, parecía seguir siendo preferible correr el riesgo de la saturación de causas en la Corte Constitucional que carecer de instrumentos de reacción frente a interpretaciones divergentes de otros poderes y, en especial, del poder judicial.

3. Consolidación del sistema: entre el control “mixto” de constitucionalidad y el “control previo”.

El desarrollo ulterior del sistema de control de constitucionalidad de las leyes —y la problemática interacción de distintas jurisdicciones en procesos de interpretación de las aquellas— culminó en un progresivo apaciguamiento del litigio entre la Corte Constitucional y la Corte de Casación¹⁹⁴. Sin embargo, el antecedente (con puntuales recaídas) habrá marcado una profunda huella en el entendimiento de la función y de la organización jurisdiccional en los diversos aspectos que aquí nos interesan.

La primera de las consecuencias a resaltar sería tal vez la confirmación *del respeto* al juicio de legalidad (y, en algún sentido, de constitucionalidad) emanado de la jurisdicción ordinaria¹⁹⁵. Por un lado el conflicto reforzó la posición de los jueces y Tribunales (y en particular de la Corte de Casación) pero, al descender la tensión, la consolidación del papel de los jueces ordinarios *se traduce en su sólida incorporación a la formación del juicio de constitucionalidad* a través del mecanismo de la impugnación indirecta. Su participación, desde un grado mayormente incontestable de poder (principalmente en lo que incumbe a la interpretación de la ley), acentúa el llamado carácter “mixto” (por no decir tendencialmente “difuso”) del control de constitucionalidad de las disposiciones legales.

Si por un lado la Corte de Casación se consolida como supremo intérprete de legalidad, por el otro, la Corte Constitucional no ha ahorrado esfuerzos —una vez también queda delimitado su papel— en animar a los jueces a realizar ellos mismos operaciones interpretativas de adecuación de las disposiciones legales a la Constitución como paso previo al planteamiento de la impugnación¹⁹⁶. El intento de acomodo de la ley a la Constitución practicado por el juez *a quo* antes de plantear el incidente de constitucionalidad ha llegado a ser una condición supervisada por la Corte Constitucional aunque este control sólo se detecta recientemente y

¹⁹⁴ Como indica E.CATELANI en la actualidad las relaciones entre la Corte Constitucional y la jurisdicción ordinaria han entrado definitivamente en una fase de estabilización presidida por la colaboración y en la que los conflictos pueden considerarse marginales, lo que no puede decirse, como veremos, de las relaciones entre la Corte Constitucional y el legislador. Sobre esto E.CATELANI: “Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo” en *Quaderni Costituzionali*, 1994, vol.I, pp.156-157.

¹⁹⁵ Esta es la misma apreciación que señala R.SERRA CRISTÓBAL en: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 76-77 y R.ROMBOLI: “La aplicación...”, *op. cit.*, p.27.

¹⁹⁶ A.ANZÓN: “Il giudice *a quo* e la Corte Costituzionale...”, *op. cit.* 1084.

con un carácter bastante laxo¹⁹⁷. La técnica de la interpretación conforme como premisa que abre al juez el planteamiento de un incidente de constitucionalidad se encuentra tal vez más remarcada en el modelo español, con el art. 5.3 de la LOPJ recordándonos que “sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”¹⁹⁸. Lo que ocurre es que, seguramente como derivación del espinoso enfrentamiento al que aludíamos, el resultado final parece haber generado una mayor prudencia de la *Corte Costituzionale* a la hora de influir en la interpretación de la ley operada en la jurisdicción ordinaria.

Para empezar, como acabamos de indicar, el peso de la jurisdicción ordinaria es indiscutible en la valoración de las operaciones interpretativas relativas a las leyes a aplicar. Dado el

¹⁹⁷G.AMOROSO: “L’interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità”, en *Foro Italiano*, 1998, febrero, V-3, pp. 92-95. Un control muy estricto sobre el intento de interpretación constitucionalmente conforme de la ley practicado por el juez ordinario como prerequisite para plantear la cuestión de inconstitucionalidad chocaría, en el sistema italiano, con la conocida doctrina de la *manifesta infondatezza* según la cual sólo cuando la cuestión pueda ser calificada de manifiestamente infundada, la Corte Constitucional podría rechazar su planteamiento o su admisión a trámite. Aunque pueda pensarse que el mandato de interpretación constitucionalmente adecuada y la doctrina de la *manifesta infondatezza* se refieren a aspectos distintos (la *manifesta infondatezza* comprendería la ausencia de aplicabilidad de la ley al caso concreto, la poca argumentación de las dudas por parte del juez *a quo* o la existencia de una cuestión ya decidida sobre el mismo tema, mientras que el mandato de la interpretación constitucionalmente adecuada se referiría a una fase posterior en la que la cuestión ya se entiende fundada pero se busca una interpretación constitucional que evite el procedimiento incidental ante la Corte Constitucional) lo cierto es que una obligación estricta por parte del juez *a quo* de acreditar el intento de una interpretación constitucionalmente conforme de la ley antes de elevar el problema a la jurisdicción constitucional es, a la postre, un obstáculo que cierra el acceso a la Corte Constitucional más allá de lo que se considera como manifiestamente infundado. Una explicación de la creciente demanda, por parte de la jurisdicción constitucional, de un previo intento de acomodación interpretativa de ley en sede de tribunales ordinarios tal vez tendría que ver, precisamente, con un mayor control sobre la fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por los jueces, sobre esta intensificación del control en fase de admisión de la cuestión en Italia *vid.* E.CORZO SOSA: *La cuestión de inconstitucionalidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 420-430. Sobre la doctrina de la *manifesta infondatezza*, en general, *vid.* las páginas de derecho comparado que al efecto dedica LÓPEZ ULLA en J.M.LÓPEZ ULLA: *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*. Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 206-217 .

¹⁹⁸ Sobre la necesidad de acomodar la norma a la constitución antes de elevar la cuestión de inconstitucionalidad en España *vid.* J.M.LÓPEZ ULLA: *Ibidem.*, pp. 272-277. Recordemos que, en nuestro sistema, que la norma cuestionada no haya sido objeto de la mejor interpretación no es motivo suficiente de inadmisión de la cuestión (así STC 105/1988, Fundamento Jurídico 1, *vid. infra.*)

entrecruzamiento entre elementos de constitucionalidad y de legalidad, tal vez habría que apreciar que los elementos de constitucionalidad en liza *deben ser muy claros* para sustraer al juez ordinario su función hermenéutica y decisoria. Existen algunos fenómenos típicamente representativos de esta percepción, actitudes en las que resalta la necesaria convivencia entre estándares de interpretación legal que deben compaginarse con incisos de constitucionalidad a ponderar por el juez *a quo*.

Una de las expresiones más netas de este equilibrio se encuentra en necesidad constante de encajar doctrinas aparentemente antinómicas. En este sentido, uno de los criterios generales de interpretación y aplicación de la ley con el que cuenta la jurisdicción ordinaria italiana viene inspirada por la conocida doctrina del “derecho viviente” (*dottrina del diritto vivente*)¹⁹⁹ según la cual la valoración judicial de la norma en juego debe atender a las guías interpretativas que ofrece la aplicación de la ley en la realidad social y la tradicional comprensión del precepto por parte del resto órganos judiciales.

Pero el impulso de la doctrina del derecho viviente debe complementarse y coincidir *con la interpretación constitucionalmente adecuada*, de manera que si, la aplicación del precepto legal, según la manera en qué habitualmente es apreciado, genera una duda razonable de constitucionalidad, el juez deberá plantear la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte. De la misma forma el “derecho viviente” no es desconocido por la Corte Constitucional: ella recibe las apreciaciones del juez *a quo* y es sobre este andamiaje que proyecta su enjuiciamiento²⁰⁰.

Antes de disentir de la interpretación de la ley normalmente establecida por los jueces ordinarios, la Corte Constitucional debe valorar las consecuencias de tal acto. Además, en la recepción de la interpretación emanada de los jueces por parte de la Corte Constitucional, intervienen standards adicionales, como, por ejemplo, el detalle de si la interpretación

¹⁹⁹ *Ibidem.*, p.1083; G.ZAGREBELSKY: “La dottrina del Diritto Vivente” en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milàn, 1988, pp. 110-113.

²⁰⁰ Un ejemplo lo encontramos en S.MANGIAMELI: “Sentenza interpretativa, interpretazione giudiziale e «diritto vivente» (in margine ad una decisione sul procedimento di determinazione dell’indennizzo espropriativo nel sistema alto-atesino)” en *GC*, vol. I, 1989, pp. 15-31.

recogida por la jurisprudencia de la Corte de Casación es consolidada o, por el contrario, fluctuante²⁰¹. El escenario al que nos han conducido el conjunto de los antecedentes anteriormente descritos conlleva que, normalmente, las sentencias interpretativas de rechazo que se registran en la práctica de *Corte Costituzionale* se utilicen para promover o asegurar orientaciones jurisprudenciales *in fieri* o dominantes en la jurisdicción ordinaria, pero *nunca* para contrarrestar “derecho viviente” ya confirmado²⁰².

En el reverso de este planteamiento encontramos que el temor a que la reconstrucción constitucionalmente adecuada de la norma que afecta a “derecho viviente” practicada por la Corte Constitucional no sea seguida por el resto de tribunales provoca, a menudo, que la Corte Constitucional se decante *directamente* por la declaración de inconstitucionalidad al tiempo que los jueces ven atenuada su obligación de acomodar constitucionalmente una norma que ha generado “derecho viviente” antes de plantear el incidente de constitucionalidad²⁰³.

Nótese que el conjunto de elementos acaban conjugándose en una dinámica plenamente adscrita a la tradición hermenéutica caracterizada en el capítulo primero: el juez compila los diversos materiales en el momento de la aplicación e interactúa con ellos según las exigencias del impacto social. De entre la mezcla de componentes que impregnan en el proceso de interpretación, se adhiere el canon de constitucionalidad que participa, por decirlo así, como el cauce por el que fluye el “derecho viviente”, y en el momento en que el “derecho viviente”, la “masa de materiales jurídicos” desborda el test constitucional de forma desproporcionada o irrazonable, el juez se ve impelido a requerir la colaboración de la Corte.

En un esquema dworkiniano (asociado por nosotros al conjunto hermenéutico) la necesaria compatibilización entre la doctrina del derecho viviente y la doctrina de la interpretación

²⁰¹ R.SERRA CRISTÓBAL: *op. cit.*, pp. 80-81. Como señala R.ROMBOLI: “La aplicación...” *op.cit.*, p. 28, existe una obligación previa de interpretación conforme de la ley por parte del juez ordinario antes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Si la norma ha generado, no obstante, “derecho viviente”, debe asegurarse que no existe interpretación constitucionalmente adecuada al mismo, en cuyo caso será la *Corte Costituzionale* quien, elevada la cuestión por el juez *a quo*, podrá rechazar la cuestión confirmando el Derecho viviente o bien declarándolo inconstitucional.

²⁰² M.MONTELLA: *op. cit.*, p.53.

²⁰³ G.AMOROSO: *op. cit.*, p.96.

constitucionalmente conforme funcionarían como materiales que contribuyen a restringir el ámbito del juicio del agente y del que derivaría —superado el test de adecuación y el respeto a los “argumentos” de la novela en cadena (¿qué es el “derecho viviente” sino los capítulos anteriores de la novela en cadena?)— la mejor de las interpretaciones posibles. Como *output* de la operación — o al menos como *output* en una primera fase— tendríamos la resolución de la Corte Constitucional que vendría o bien a desestimar la impugnación por considerar que la interpretación del precepto legal examinado es constitucionalmente adecuada (o sea que, generalmente, vendría a concluir que el proceso incidental no se encontraba suficientemente motivado) o bien a considerar que la interpretación desentrañada a la luz del derecho viviente por parte del juez *a quo* no es constitucionalmente conforme y, por tanto, a esbozar otra interpretación constitucionalmente adecuada normalmente a través de sentencia interpretativa de desestimación cuyos efectos, hasta el momento, continúan sin adquirir el grado de vinculación *erga omnes*.

La ausencia de vinculación *erga omnes* no es, por otro lado, una consecuencia irrazonable si la valoramos en función de lo señalado: en ella subsiste esta áurea de respeto por la interpretación legal en manos de la jurisdicción ordinaria que se arrastra desde la “guerra de tribunales” ya que aminora los efectos del recorte de significados que la Corte Constitucional practica en su juicio de adecuación. Es tal vez una forma de impedir que resurja una nueva interpretación de la ley en el seno de los jueces y tribunales *diferente* de la interpretación ofrecida por la Corte Constitucional pero *igualmente adecuada* a los mandatos de la Constitución. Por supuesto, la inconstitucionalidad del precepto impugnado puede ser tan manifiesta que no sea asequible a ninguna interpretación conforme, entonces la Corte declarará la inconstitucionalidad del precepto, aunque no faltan las ocasiones, aún hoy, en qué la declaración de inconstitucionalidad se sucede en un nuevo pronunciamiento, cuando la Corte constata que la interpretación inscrita en la sentencia de desestimación ha sido ignorada por las exigencias del “derecho viviente”.

Hasta aquí lo que podríamos denominar la tendencia centrípeta o descentralizadora connatural a la pacificación del sistema de relaciones entre las jurisdicciones. Junto a ella, no obstante, se

detecta por razones completamente distintas un curioso movimiento inverso. Hemos señalado anteriormente que una de las recientes características del modelo de control de constitucionalidad de las leyes, era que la Corte Constitucional (tal vez por la inexistencia de recursos de amparo) prácticamente no acumulaba ningún retraso en la resolución de las impugnaciones que tenía planteadas. Este encontrarse “al día” ha provocado que medie muy poco tiempo entre la aprobación de la ley y el conocimiento, si se producen impugnaciones, que la Corte pueda tener de la misma (algo que, por cierto, provoca también que la discusión parlamentaria esté todavía candente en el momento en que la Corte se pronuncia).

A efectos de lo que aquí nos interesa, el corto lapso que separa la aprobación de la ley de la impugnación (sea directa o indirecta) y del consiguiente conocimiento del asunto por parte de la Corte Constitucional supone que la disposición legal impugnada, como no ha gozado de suficiente tiempo de vigencia como para ser interpretada y aplicada por los jueces ordinarios, *no haya generado “derecho viviente”*. La situación merece la pena destacarse porque, dadas estas razones coyunturales y extrajurídicas, un sistema control de constitucionalidad que se tildaba de cuasidifuso (o, al menos, de marcadamente “mixto”) *vuelve* a centralizarse hasta el punto de adquirir unos tintes casi de “control previo”²⁰⁴ [eso sin contar el específico fenómeno de la impugnación directa de leyes regionales que directamente podría calificarse en estos términos, impugnación que puede, por cierto, desaparecer con la reforma constitucional de 2001 referente a cuestiones de organización territorial²⁰⁵].

En ausencia de "derecho viviente" la Corte Constitucional se encuentra con menos restricciones a la hora de interpretar la disposición impugnada conforme a la Constitución: no tiene que atender a ninguna tradición interpretativa legal prefijada por los jueces ordinarios.

4. El juicio de la Corte Constitucional y el límite del poder discrecional del legislador.

²⁰⁴ A.ANZÓN: *Ibidem*, p.1083; G.D’ORAZIO: “ Aspectos y problemas de la Justicia Constitucional Italiana” (Trad. A. Saiz Arnaiz), en *RVAP*, n.31, 1991, pp. 92-94.

²⁰⁵ R.LUCAS BIZARRO: “Comentari al projecte de reforma constitucional italiana en materia d’autonomia regional i administrativa” en *El Clip*, n.10, Institut d’Estudis Autònoms/Generalitat de Catalunya, 2000, p.10.

Uno de los factores decisivos para la comprensión del modelo italiano en el control de constitucionalidad de las leyes es, como habíamos aludido, la preocupación —tal vez excesiva— por trazar los límites de la acción de la Corte Constitucional en sus relaciones con el legislador. En pocos sistemas esta precaución por evitar cualquier injerencia de la Corte en la actividad legislativa aparece con tanta intensidad. Se explicaría así, en parte (*vid. supra.*) la eclosión de tal pluralidad de tipológica de sentencias que no persigue más que un equilibrio entre el control de constitucionalidad y la producción de normas legales concebidas como funciones netamente separables.

Incide mucho en esta concepción el ya citado artículo 28 de la ley 87 de 11 de marzo de 1953 sobre la constitución y el funcionamiento de la Corte en el que se confirma que el control de la Corte Constitucional sobre una ley o un acto que posea fuerza de ley excluye cualquier valoración de naturaleza política y *cualquier examen sobre el uso del poder discrecional del Parlamento* [sin que quede muy claro qué diferencia hay, en el ámbito del control de las leyes, entre la “valoración de naturaleza política” y “poder discrecional del Parlamento” puesto que, en el momento en el que la decisión del legislador acaba concretándose en las mallas de una formulación jurídica (es decir, cuando deja de ser “decisión política”) pasa automáticamente a ser contrastable y enjuiciable de acuerdo con los parámetros constitucionales].

La reverencia hacia el poder discrecional del legislador condicionó la airada discusión que despertó la aparición de las llamadas sentencias aditivas. En ellas la Corte supera la presencia de una omisión inconstitucional en la ley enjuiciada —o del vacío que genera la inaplicación de los preceptos que la propia Corte ha declarado inconstitucionales²⁰⁶— procediendo la misma Corte a la reconstrucción de normas que adquieren una plasmación textual. El recurso a ésta técnica por parte de la Corte Constitucional mereció el recelo doctrinal que veía en las

²⁰⁶ Estas sentencias, en las que la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada y procede él mismo a reconstruir la disposición con un contenido diferente, suelen ser designadas por la doctrina como “decisiones sustitutivas”, *vid.* R.ROMBOLI: “La tipología de las decisiones...”, *op. cit.*, p.65; R.GUASTINI: “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?” (Trad. M.Carbonell Sánchez) en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.25, Valencia, 1998, p.44.

sentencias aditivas un papel de suplencia de la Corte con respecto al Parlamento²⁰⁷, una especie de usurpación de las tareas de producción normativa que únicamente correspondía a éste último y que quebraba con el dogma instaurado en el libérrimo artículo 28 de la ley del funcionamiento de la Corte.

Una de las más sólidas tentativas de contener las críticas vino proporcionada por el célebre argumento de CRISAFULLI según el cual, en las reconstrucciones practicadas mediante sentencias aditivas, la Corte Constitucional no incorporaba elementos correspondientes al ámbito de decisión discrecional o política del legislador sino que se limitaba a deducir la consecuencia jurídica lógica que arrojaba el entramado de mandatos constitucionales.

La restringida aportación normativa de la Corte Constitucional se producía, según la expresión de CRISAFULLI, *a rime obbligate*. De este modo, lejos de incorporar normas fruto de su inventiva el *a rime obbligate* implicaba que la Corte únicamente constataba la existencia normas que ya se encontraban presentes en una conjunción de principios constitucionales previos²⁰⁸. A estas alturas —valga esto como apunte concordante con la primera parte de nuestro estudio— puede parecer ingenuo un planteamiento como el *a rime obbligate* en el que se confía en una relación lógicamente tasada entre el texto constitucional (sean normas, enunciados o principios) y los mandatos que del mismo se infieren. Hemos dedicado suficiente espacio a demostrar que esta conexión no era pacífica y que se encontraba sujeta a múltiples interferencias. Parece razonable creer que, en nuestros términos, el *a rime obbligate* no sería más que una interpretación con la particularidad, debido a la gravosa cuestión de la potestad discrecional del Parlamento, que en ella se pretende reclamar un grado superior de legitimidad²⁰⁹.

²⁰⁷ R.ROMBOLI, “La tipología de las decisiones...”, *op. cit.*, 64.

²⁰⁸ Vid. V.CRISAFULLI: *Lezioni di Diritto Costituzionale*, *op. cit.*, pp.407-409. El mismo CRISAFULLI cita (*Ibidem*, p.408) la crítica a su teoría formulada por ZAGREBELSKY en “La Corte Costituzionale e il legislatore...”, *op. cit.*, p.108 y la de F.MODUGNO contenida, en una primera versión, en “La giurisprudenza costituzionale” en *GC*, vol. I, 1978, p.1251 (CRISAFULLI cita la versión de F.MODUGNO contenida en “Corte Costituzionale e potere legislativo” en AAVV. *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, *op. cit.*, pp. 19-101. El debate CRISAFULLI *versus* ZAGREBELSKY/MODUGNO se encuentra resumido en L.ELIA: “Le sentenze additive...”, *op. cit.*, 299-301.

²⁰⁹ Esto tal vez explica que se haya insistido tanto en la adecuación *a rime obbligate* de los injertos textuales que introduce la *Corte Costituzionale* mediante sentencia aditiva y no se haya

Ante la evidencia de que la asignación de significados a cualquier texto se bifurca en múltiples posibilidades (es decir, en múltiples reconstrucciones normativas) creer que la interacción de textos de disposiciones constitucionales desembocan en una sola interpretación unívoca (como si la consecuencia ya estuviese, de hecho, cuasitextualmente plasmada) debe acogerse con escepticismo. Con todo, las ficciones de esta naturaleza no deben desdeñarse *a limine*: que de un conjunto de textos constitucionales no necesariamente se extraiga una única consecuencia jurídica con la que la Corte legitime su actividad normativa *no significa que la doctrina del a rime obbligate no funcione como horizonte interpretativo*.

Desde una óptica hermenéutica la fidelidad de la reconstrucción normativa a la “lógica” constitucional no sería tan importante como la influencia cualitativamente destacada que ejercería aquella reconstrucción calificada *a rime obbligate* en la formulación de juicios interpretativos sea de la propia Corte o sea del resto de agentes. *Mutatis mutandis*, esto es, teniendo en cuenta la incidencia de los dogmas continentales próximos a predicar el carácter restrictivo de la actividad normativa del juez (en cuyo fundamento, por cierto, se asentó la idea de CRISAFULLI), no podemos dejar de insinuar que la reconstrucción *a rime obbligate* no se encuentra a tanta distancia de la confianza de un DWORKIN en ofrecer la “mejor interpretación” dada una práctica de adjudicación de significados a textos constitucionales. Tampoco aquí el paralelismo entre las propuestas dogmáticas surgidas en el seno de un sistema constitucional (en este caso el italiano) y las influencias filosóficas de las que nos hemos nutrido parece excesivamente forzado. Más bien contribuyen tanto a explicar como a justificar la mediación de determinadas doctrinas colindantes el fenómeno de la interpretación constitucional.

Hechas estas consideraciones acerca de las propuestas con las que justificar teóricamente la reconstrucción de normas mediante sentencias aditivas, lo cierto es que el recurso a éste tipo de sentencias se repitió asiduamente pese a la resignación de la doctrina que veía como la

extendido con tanta vehemencia la fórmula a las sentencias interpretativas de rechazo en las que, como apunta, G.AMOROSO con plena coherencia, también debería exigirse el criterio del *“rime obbligate”* con las consiguientes repercusiones entorno a la vinculación de estas interpretaciones para el resto de jueces. *Vid.* G.AMOROSO: *op. cit.*, p. 104.

Corte Constitucional las continuaba proyectando a algunos campos específicos —entre los que se contaba el del derecho a la igualdad, en el supuesto concreto de reparación de exclusiones discriminatorias que la ley inconstitucional provocaba mediante la ausencia de previsiones que el legislador debería haber apreciado—.

Asimismo, la reconstrucción normativa promovida por la Corte mediante sentencia aditiva no sólo incidía en una materia particular —cuya forma de regulación se consideraba que ocupaba el ámbito de decisión del legislador— sino que sistemáticamente la supuesta invasión de la Corte se producía por el mero hecho de que sus decisiones tenían *repercusiones financieras* estrictamente sometidas a la reserva de ley del artículo 81 de la Constitución Italiana²¹⁰.

Como se ve, la problemática que entrañan esta serie de pronunciamientos es variada. Un intento de afrontar estas cuestiones consistió, justamente, *en la invención de nuevas categorías* de resolución que venían a complicar todavía más el modelo. Antes de abordar estos nuevos eslabones en el panorama de formas de decisión de la Corte, merece la pena anteponer una reflexión acerca de las sentencias aditivas a la luz de nuestras anteriores conclusiones.

La enfervorizada oposición a las sentencias aditivas permite darse cuenta de la desproporcionada importancia que se atribuye al hecho de que la Corte inserte directamente materiales textuales o extraiga consecuencia normativas innovadoras de la lectura conjunta de preceptos. Si el proceso se observa de cerca, no obstante, veremos que sólo la impostación textual o la formulación de normas jurídicas mediante interpretación sistemática de preceptos *marca la diferencia entre las sentencias aditivas y las llamadas sentencias interpretativas de rechazo* pues en ambas la generación de normas por adecuación lógica a mandatos constitucionales *es idéntica*.

No resulta extraño, partiendo de esta idea, que ya *las decisiones interpretativas de rechazo* instigasen la primera gran rebelión de la jurisdicción ordinaria (*vid. supra.*) que prosiguió, en

otros términos y seguramente con menos virulencia, con las decisiones aditivas²¹¹. Si la reacción es comparable, es porque en el trasfondo se sospechaba que la estructura profunda de ambos pronunciamientos no era tan dispar como suele creerse, lo que, sea dicho de paso, nos lleva a pensar que en España caemos en un malentendido cuando nadie cuestiona la capacidad del TC para emitir una sentencia interpretativa y, en cambio, los comentaristas se exasperan las pocas veces que el TC ha ensayado una fórmula de intromisión textual presentada no como mero entendimiento del precepto sino directamente como regulación.

Contra este tipo de argumentos puede recordarse que la protesta de la Corte de Casación en las sentencias interpretativas de desestimación se debía a que la Corte de Casación acusaba a la Corte Constitucional de invadir el coto vedado de la interpretación legal y que aquí, a diferencia de lo que ocurre en la sentencia aditiva de principio, el legislador no tenía nada que ver. Es verdad que, en el frenesí de la controversia con la Corte Constitucional, los argumentos de la Corte de Casación no estaban planteados en los términos aquí insinuados, pero conviene destacar que si se escarba en algunas de las decisiones de la Corte de Casación de la época en la que el conflicto se encontraba en uno de sus puntos más álgidos, se observará que la Corte de Casación desautoriza la sentencia interpretativa de la Corte de Constitucional porque considera que, al tergiversar por vía interpretativa el sentido de una ley cuya dicción parece clara, la Corte Constitucional se arroga de poderes *que sólo corresponden al legislador*²¹².

Al margen de estos datos históricos, en los que se perciben de forma incipiente el rechazo al establecimiento de significados mediante sentencia interpretativa de desestimación y su incompatibilidad con el poder normativo del legislador, lo cierto es que, desde la situación

²¹⁰ Existe incluso la categoría de “sentencias aditivas de prestación” cuando la sentencia aditiva exige un incremento del gasto público. *Vid.* POLITI: “Effetti di una sentenza additiva...” *op. cit.*, p.2190.

²¹¹ G.SILVESTRI ha sido un de los autores que más enérgicamente ha defendido esta posición señalando la idéntica reconstrucción normativa que se produce tanto en las sentencias interpretativas de desestimación y como en las sentencias aditivas hasta el punto de afirmar *que todas las sentencias interpretativas son aditivas*. G.SILVESTRI: “Le sentenze normative...”, *op. cit.*, p. 763.

²¹² Sentencia de la Corte de Casación de 26 de enero de 1967, *Giurisprudenza penale* fasc. II, 1967, p. 98; nota crítica de M.CHIAVARIO: *Punti deboli di una sentenza troppo polemica*. *Ibidem.*, p.100.

actual y con una perspectiva más amplia, deberíamos cuestionarnos por qué el dato del idéntico proceso de creación normativa que subyace tanto las sentencias interpretativas de desestimación como las sentencias aditivas levanta menos preocupación que la introducción de normas textuales (o el establecimiento de consecuencias normativas mediante asociación de preceptos) por parte de una Tribunal Constitucional.

En el primer capítulo habíamos integrado en nuestro discurso algunas de las críticas que remarcan la dificultad de asociar un significado unívoco a un conjunto de significantes y cómo el vínculo entre la literalidad y la generación abstracta de significados es mucho más flexible de lo que generalmente de intuye. Pese a todo, la incidencia del texto por parte de la jurisdicción constitucional —la previsión de un régimen jurídico después de declarar inconstitucional una disposición “en la parte en la que no prevé” algo o en la parte que prevé una cosa cuando debería haber previsto lo que la Corte Constitucional pasa directamente a establecer— se considera como la quintaesencia del problema no sólo de la Corte Constitucional italiana sino de muchas jurisdicciones constitucionales europeas, presentándose como uno de los puntos más preocupantes de tensión entre el Tribunal Constitucional y el poder legislativo (además de los problemas de aplicación vinculados a la jurisdicción ordinaria)²¹³.

Pues bien, probablemente, tras esta exorbitante discusión no haya más que una la importancia *simbólica* —y por tanto irracional—, que atribuimos al texto como portador de contenidos normativos²¹⁴. La idea ya ha sido elaborada *in extenso* en las primeras fases de este estudio y no vamos a insistir aquí, en cualquier caso, en combinación con diversas razones (presupuestarias, de seguridad jurídica...)— y a pesar de los antecedentes aludidos entorno a la Corte de Casación y a las sentencias interpretativas de rechazo de la Corte Constitucional—, la polémica de las sentencias aditivas ha ocupado una de las primeras filas en el foro de discusión italiano hasta el punto de acabar sometiendo esta categoría a una completa revisión e intentar acoger una nueva modalidad de decisiones aparentemente más

²¹³ E.AJA y M.GONZÁLEZ BEILFUSS: “Conclusiones Generales” en E.AJA (ed.): *Las tensiones...*, *op. cit.*, p. 290.

²¹⁴ Obviamente con sacar a colación los aquí los “complejos irracionales” no invalidamos para nada la influencia de los mismos desde una perspectiva hermenéutica ya que, como sabemos (*vid. supra.*) los complejos, los prejuicios y los “traumas” se incorporan en el proceso de diálogo junto con el objeto a interpretar.

respetuosas con el legislador y con la jurisdicción ordinaria: las sentencias aditivas de principio.

Con las sentencias aditivas de principio se intento resolver el problema a dos bandas: por un lado evitar la invasión de la potestad discrecional del legislador por parte de la Corte Constitucional y por el otro, quizá más grave, resolver el entuerto que para el juez *a quo* supone una decisión meramente aditiva: la encamada oposición entre la Corte Constitucional y el legislador parecía olvidar que en la jurisdicción de base había que tomar decisiones aplicativas inmediatas (algo seguramente más evidente en un sistema cuya piedra angular viene ocupada por el proceso incidental). ¿Qué hacer entretanto el legislador no se pronunciaba? ¿Se debía aplicar la regulación de la Corte? ¿Con qué efectos? ¿La aplicación de las normas dictadas por la Corte, se extendía al mismo proceso *a quo* o sólo a los procesos futuros? ¿Y si los tribunales se negaban — como sucedió en ocasiones— a aceptar las disposiciones normativas emanadas de la Corte por considerarlas una extralimitación?. Si en las decisiones meramente interpretativas la Corte constitucional se abstiene de dictar reglas de inmediata aplicación (reglas supuestamente inferidas de la lógica de los mandatos constitucionales) en las sentencias aditivas de principio —y ésta es la mayor diferencia— la Corte se limita a esbozar *principios jurídicos* que deben ser desarrollados por el legislador y que, entretanto, pueden ser concretados por los tribunales ordinarios²¹⁵. No hay que meditarlo mucho para encontrar defectos a esta técnica que, ni mucho menos, puede aparecer como la panacea para lograr el equilibrio perfecto en el triángulo Corte Constitucional-legislador-jurisdicción ordinaria.

El primer obstáculo de envergadura lo encontramos en la eterna discusión acerca de posibilidad de distinguir entre principios y reglas. No vamos a elevarnos hasta la cúspide de un problema que supera con creces las pretensiones de este trabajo (aunque, para no dar la espalda a orientaciones teóricas que ya hemos expuesto, no resulta superfluo señalar que las teorías analíticas están más cerca de rechazar toda existencia de principios arguyendo que los sistemas normativos sólo son reconducibles a reglas en tanto que la confianza en la existencia de principios se encuentra más próxima a visiones de tipo hermenéutico). Con todo, aún suponiendo la viabilidad de la distinción, continua existiendo la cuestión de la *vinculabilidad*

²¹⁵ M.GONZÁLEZ BEILFUSS: *Tribunal constitucional y reparación...*, *op. cit.*, pp. 205-211.

de los principios, y es que del mero hecho de pensar en las reglas como elementos normativos más concretos y de aplicación inmediata y en los principios como apreciaciones generales que condicionan la formulación y la aplicación de reglas ulteriores no se sigue que la vinculación a los principios sea menor que la vinculación a las reglas con lo que la condición de respetar la potestad discrecional del legislador continua sin satisfacerse.

Tal cómo insinuábamos al analizar las decisiones apelativas en Alemania, aunque no se encuentren específicamente establecidas las reglas que obligan a legislador a actuar de una determinada forma como consecuencia de una decisión del Tribunal Constitucional, ello no evita que algunos aspectos consignados en una sentencia sobre la constitucionalidad de la ley constriñan la decisión del legislador incluso más allá de lo constitucionalmente obligado —si es que creemos en la posibilidad de inferir de los textos constitucionales regímenes unívocos que el resto de poderes han de contemplar— Todo ello, por supuesto, con la consiguiente posibilidad de sanción (una segunda declaración *tout court* de inconstitucionalidad) para el caso que el legislador desarrolle inadecuadamente (o al menos inadecuadamente según el criterio del Tribunal) los aspectos perfilados en la primera decisión.

En una línea de argumentación totalmente inversa a la que hemos planteado si, contra lo que acabamos de apuntar, creemos que la Corte Constitucional puede reconocer aquellos regímenes constitucionalmente obligados con los que reparar la omisión inconstitucional del legislador o con los que superar el vacío derivado de la propia declaración de inconstitucionalidad —y admitimos que los principios vinculan de manera más vaporosa que las reglas—, entonces el recurso a las sentencias aditivas de principio introduce un alto grado de incertidumbre, por no decir que constituye una irresponsabilidad por parte de la Corte, *ya que teniendo claro el régimen constitucionalmente obligado a aplicar la excesiva deferencia al legislador lo que produce es la persistencia de la inseguridad jurídica al no saber todavía a qué normativa concreta hay que atender*. Todo lo que se gana en respeto hacia la potestad discrecional del legislador se pierde en la efectiva reparación de la

inconstitucionalidad. Si la regla de la Corte se extrae *a rime obbligate* las sentencias interpretativas de principio son una añagaza²¹⁶.

Los anteriores argumentos son ejemplos de las contradicciones que ensombrecen el espíritu de “cuadratura del círculo” derivado de estas nuevas modalidades de decisión. Pero no son los únicos, porque las finalidades que se quieren perseguir son diversas y, a menudo, opuestas.

Hemos hablado del legislador, pero en otro lado del río se encuentran los tribunales ordinarios: se dice que la sentencia interpretativa de principio permite la participación de los tribunales ordinarios al concretar la reparación de constitucionalidad según los fundamentos establecidos por la Corte. ¿En qué quedamos? Si con el mencionado tipo de sentencia lo que pretendíamos era respetar la voluntad del legislador para que él desarrolle los principios fijados por la decisión de la Corte Constitucional, entonces no podemos confiar la concreción (ni siquiera provisional) a la jurisdicción ordinaria dado que entonces *el ámbito de discrecionalidad del legislador viene perturbado pero no por la Corte sino por cualquier juez*. Lo mismo sucede, en particular, con los fallos de la Corte Constitucional con consecuencias presupuestarias (uno de los temas clásicos en materia de sentencias aditivas de principio): si lo que se teme es quebrar la reserva de ley del artículo 81 de la Constitución Italiana en lo que afecta a la aprobación de nuevos gastos, la fisura puede ensancharse si

²¹⁶ En realidad, parte de esta polémica con la que ahora nos topamos en las sentencias aditivas de principio se encontraba ya anticipada para el caso de las sentencias apelativas o admonitorias en las que las que, sin declarar, la inconstitucionalidad de la regulación, la Corte recomendaba al legislador la orientación a seguir. Se trataba del conjunto de sentencias que ZAGREBELSKY (*vid. supra.*) agrupaba entorno a la idea de *sentenze-indirizzo* atendiendo a los efectos normativos “indirectos” que ostentaban las recomendaciones de la Corte sobre la actividad del legislador. Éste autor ya se dio cuenta de los profundos equívocos a los que conducían las *sentenze-indirizzo* ya que entre las apreciaciones de la Corte no se distinguían aquellas que gozan de legitimidad constitucional de aquéllas que podrían considerarse como un improcedente “juicio de oportunidad” vedado, en principio, a la jurisdicción constitucional. Si el problema era de inconstitucionalidad, la recomendación era una respuesta endeble con la que la Corte incumplía su deber de proteger la norma constitucional si, por el contrario, la Corte pretendía introducir comentarios accesorios para canalizar la decisión del legislador, se estaba extralimitando e invadiendo la competencia de éste. *Vid. G.ZAGREBELSKY: “La Corte Costituzionale e il legislatore...”, op. cit., pp. 141 y ss.*

acaban siendo los tribunales ordinarios los que deciden caso por caso una determinada revalorización de una indemnización o los cambios en el cómputo de una pensión.

Sin abandonar la incidencia de las sentencias interpretativas de principio sobre los tribunales ordinarios, aunque en otro orden de cosas, debe señalarse que la incertidumbre antes comentada acerca de la eficacia de las sentencias aditivas de principio provoca además, serias disfuncionalidades para el resto de jueces. Como muestra E.CATELANI, las reacciones a una sentencia aditiva de principio no son uniformes por parte de las diversas autoridades judiciales: así, mientras que para algunos órganos la sentencia de la Corte Constitucional tiene meros efectos de estímulo sobre el legislador sin que los principios operen de ningún modo en los casos enjuiciados, para otro sector de la jurisprudencia ordinaria el juez debe reconocer de manera inmediata los intereses que se protegen en los principios dictados por la Corte Constitucional²¹⁷.

Como se ve, ni tan siquiera hay acuerdo sobre la intervención del juez ordinario pero, aunque lo hubiese, entonces quedaría por saber en qué medida se protegen los intereses invocados mediante los “principios” perfilados en la sentencia aditiva (puesto que no hay regulación, por ejemplo, para elaborar un determinado cómputo no discriminatorio) y hasta qué punto esto no supone un verdadero solapamiento con la potestad discrecional del legislador no por parte de la Corte, sino por parte de los jueces y tribunales.

²¹⁷ E.CATELANI: *op. cit.*, p.154. Así también F.POLITI: “Effetti di una sentenza additiva...”, *op. cit.*, p. 2198 y ss. donde advierte de la posibilidad que el juez ordinario entienda la sentencia aditiva de principio simplemente como una admonición al legislador sin que el mismo juez se implique en la operación de individualización de la norma. De ahí también se deriva la doctrina de la suspensión, según la cual el juez no debe pronunciarse hasta que el legislador no intervenga con las consecuentes alteraciones que, desde el punto de la seguridad jurídica y de la estabilidad interpretativa, pueden sucederse (por, tanto, en contra de la implicación de los jueces en la reparación de la inconstitucionalidad). Según POLITI, el hecho de que la sentencia aditiva de principio sea *estimativa* distingue este tipo de pronunciamientos de los denominados pronunciamientos meramente admonitorios en los que la Corte introduce recomendaciones al legislador para que modifique alguno de los extremos de la regulación pero no declara la inconstitucionalidad del régimen impugnado. Sin embargo, POLITI reconoce que la disparidad de opciones acerca de cómo los jueces ordinarios deben recibir las sentencias aditivas de principio es el resultado de la ausencia de criterios en la determinación del efecto de los mencionados fallos.

En definitiva, y como venimos afirmando, este conjunto de objeciones conduce a un marcado escepticismo acerca de si el problema de relaciones entre un Tribunal Constitucional, un legislador y un poder judicial pueden enfocarse confiando en la redefinición de categorías de decisión del Tribunal Constitucional. El resultado, en Italia, es que ya no hay autor que no se invente su propia tipología para designar las sentencias de la Corte y el ejemplo, sin ir más lejos, lo encontramos en esta constante reelaboración a las que se someten estas llamadas “sentencias aditivas de principio” precisamente en función de la opinión entorno a algunas de las cuestiones que hemos subrayado. Las apreciaciones ya son tan dispares que donde unos ven, de acuerdo con una determinada inercia, un retorno a las sentencias meramente aditivas otros creen reconocer un nuevo tipo de pronunciamiento totalmente distinto²¹⁸. Sea como fuere, sólo podemos desear que en nuestro sistema no acabe importándose esta tendencia de bajar a la mina del detalle en lo que a modalidades de decisión se refiere para resolver los problemas de encaje de la jurisdicción constitucional. El precio a pagar no es otro que caer en el pozo del bizantinismo.

5. Fórmulas de relación entre la Corte Constitucional y el legislador.

El aludido temor reverencial a la posible invasión por parte de la Corte Constitucional del ámbito de potestad discrecional correspondiente al Parlamento ha llevado aparejada desde hace tiempo la preocupación por diseñar mecanismos de relación entre ambas instituciones.

Si la cautela que debía inspirar la actuación de la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes derivaba en un extenso abanico de categorías de decisión en función de su mayor o menor grado de reconstrucción normativa, de su mayor o menor incidencia en el poder legislativo y judicial, de su carácter estimativo o desestimativo o, en general, de sus efectos y de su grado de vinculación sobre el resto de agentes, se ajusta perfectamente a la filosofía del sistema que se invoque la necesidad de técnicas de seguimiento en el resto de poderes de esta telaraña de sentencias y, en especial, en lo que incumbe al legislativo, de aquellas sentencias en las que se requiere por parte de la Corte Constitucional

²¹⁸ E.CATELANI: *op.cit.*, p.148; M. GONZÁLEZ BEILFUSS: *op. cit.*, p. 205.

—de forma más o menos urgente — la aprobación de nuevas disposiciones legales para hacer frente a una situación de inconstitucionalidad.

Difícilmente sería útil una sentencia aditiva de principio, en la que la Corte Constitucional después de declarar la inconstitucionalidad de una regulación sienta las bases para que el legislador concrete un nuevo régimen acorde con los mandatos constitucionales, si no existen técnicas mediante las cuales el legislador pueda conocer la decisión de la Corte Constitucional y actuar en consecuencia.

Acuñar instrumentos formales de seguimiento de sentencias constitucionales en el seno del legislativo, o, en otras palabras, instrumentos de colaboración entre Corte Constitucional y Parlamento, desvela una de las tradicionales inquietudes recurrentes en la dinámica constitucional italiana hasta el punto de que tal vez, como mera hipótesis, habría que preguntarse si la preocupación por la preservación del ámbito legislativo de decisión y el surgimiento de la pluralidad de formas de decisión en el examen de la constitucionalidad de las leyes no es en realidad el resultado de la existencia de estas vías de relación entre instituciones. Del mismo modo como, por ejemplo, la indagación acerca del contenido de los Derechos Fundamentales no acaba de consolidarse hasta que no existe un auténtico control de constitucionalidad que confirme la eficacia de las normas constitucionales, la prudencia — práctica y dogmática— que parece percibirse en Italia acerca del efecto que las decisiones de la Corte inspiran en el legislativo tal vez se deba a la presencia de instrumentos formales que encauzan la cooperación Parlamento-Corte Constitucional frente a los desafíos de inconstitucionalidad con los que la realidad embiste a ambos poderes. La hipótesis, no obstante, es presumiblemente falsa porque los mecanismos de colaboración, aunque presentes, se encuentran desde el exterior más ensalzados de lo que merece su virtualidad práctica.

Pueden recorrerse algunos hitos en la instauración y las propuestas doctrinales entorno a estas figuras de reparación bilateral (Corte Constitucional-Parlamento) de la inconstitucionalidad.

En primer lugar, el propio artículo 136 de la Constitución Italiana ya predispone favorablemente al establecimiento de puentes entre la Corte Constitucional y el legislativo al mencionar expresamente que las decisiones de la Corte *se comunicarán* a las Cámaras y a los consejos regionales interesados, para que si lo consideran necesario, adopten medidas constitucionalmente adecuadas, idea que viene confirmada en el art. 30 la ley n.87 de 11 de marzo de 1953 reguladora del funcionamiento de la Corte. Ahora bien, la adopción de fórmulas concretas se encuentra en los reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado. El artículo 108 de la Cámara de Diputados²¹⁹ prevé una fórmula de seguimiento de las decisiones de la Corte: las decisiones son recibidas por la Comisión competente en la materia sobre la que la Corte se ha pronunciado y por la Comisión de asuntos Constitucionales. Con la intervención de un representante Gobierno y de uno o más ponentes designados por la Comisión de asuntos constitucionales se procede al examen de la decisión por parte de la Comisión competente en la materia, examen que culmina en la elaboración de un documento en el que puede advertirse de la necesidad de iniciativas legislativas añadiendo, en su caso, los criterios a tener en cuenta en la elaboración de las futuras disposiciones legislativas. Finalmente este documento es distribuido y comunicado al Presidente del Senado, al Presidente del Consejo de Ministros y al Presidente de la Corte Constitucional.

Por su parte el art. 139 del Reglamento del Senado de la República también contempla el envío de las sentencias de la Corte Constitucional a las Comisiones competentes en la materia objeto de la decisión con el fin de valorar la necesidad o la oportunidad de una intervención legislativa reparadora²²⁰. Ahora bien, el reglamento del Senado (art. 139.1 y 139.2), al distinguir entre aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la una norma legal o de un acto con fuerza de ley del resto de sentencias de la Corte Constitucional, parece reservar un tratamiento da ambas categorías que no se percibía en la Cámara de los Diputados²²¹ lo que impulsa a preguntarse si también en ésta última se proyecta la misma distinción y si existen consecuencias diversas para la valoración de ambos tipos de decisiones.

²¹⁹ G.D'ORAZIO: *op. cit.*, pp. 96-97; R.GUASTINI: “¿Peculiaridades...,” *op. cit.*, pp. 44-45; C.TUCCIARELLI: “Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito” en *Quaderni Costituzionali*, 1996, n.2, pp.303-308.

²²⁰ G.D'ORAZIO: *op. cit.*, pp. 96-97; R.GUASTINI: *op. cit.*, pp. 44.45.

²²¹ C.TUCCIARELLI: *op. cit.*, 304.

El tema no es accesorio porque, al margen de la funcionalidad práctica de estas previsiones, una primera objeción al seguimiento parlamentario de las sentencias de la Corte se encontraría en la ausencia de directrices para valorar la diversidad de pronunciamientos constitucionales. No hay, por decirlo así, *un correlato entre la pluralidad tipológica de sentencias y su modo recepción por el Parlamento* (confirmándose, de nuevo, que el refinamiento taxonómico no lleva a nada al no observarse la adopción de medidas específicas para cada pronunciamiento por parte de quien, en teoría, se siente incumbido por la fórmula utilizada por la Corte Constitucional).

El Reglamento de la Cámara de Diputados no indica, como vemos, ningún cedazo que separe las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de la ley del resto de pronunciamientos (pensando especialmente en cómo deben actuar las Comisiones de la Cámara cuando la decisión reviste un carácter de aditiva de principio o es una mera apelación al legislador sin término y sin declaración de inconstitucionalidad del régimen impugnado), y, en cuanto al Reglamento del Senado, al minusvalorar las sentencias en las que no se produce declaración de inconstitucionalidad no ofrece ninguna indicación acerca de la actividad de seguimiento de muchas decisiones desestimativas (las ya citadas sentencias apelativas sin declaración de inconstitucionalidad o, simplemente, las sentencias interpretativas de rechazo) en las que la supervisión de la Cámara y la eventual reconsideración de las disposiciones legales en tela de juicio a bien seguro no serían tareas estériles.

No deja de ser cierto que los instrumentos de recepción de ambos tipos de sentencias de la Corte Constitucional por parte del Senado difieren en aspectos a primera vista no muy sustanciales— por ejemplo, que el Presidente del Senado transmite a la Comisión legislativa competente la decisión de inconstitucionalidad de la Corte con carácter automático mientras que el margen de discrecionalidad del propio Presidente del Senado para transmitir la sentencia de la Corte a las Comisiones en el caso en que no se incluya tal declaración de inconstitucionalidad en la sentencia parece ser mayor (art. 139.2 Reglamento del Senado) — pero ello no evita que la mera discriminación entre pronunciamientos no acabe imponiendo una forma de funcionar en el seno del legislativo (y no sólo en el Senado) que diluya el

seguimiento de aquellas decisiones en las que no se advierte declaración de inconstitucionalidad.

A nuestro entender, y recapitulando, parece que los instrumentos formales de seguimiento se conciben para coyunturas en las que palmariamente se requiera de la colaboración del legislador (por ejemplo, en las sentencias aditivas de principio en las que existe declaración de inconstitucionalidad y se requiere la intervención del legislador) pero entonces no estamos hablando, a través de las fórmulas mencionadas, *de un verdadero sistema de relación entre la Corte Constitucional y el Parlamento*.

La instauración de un diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador requiere que el mismo se produzca *normalmente*, en el momento en que se condiciona a supuestos excepcionales hablar de “diálogo” entre instituciones pierde parte de su sentido.

Seguramente y después de lo que acabamos de decir, las tan alabadas relaciones entre legislador y jurisdicción constitucional en un estado constitucional avanzado responderían más a una interacción entre ambos poderes *en la construcción de significados constitucionales* — y tal vez así quede mejor explicado lo de “colaboración normal”— que no en la preocupación puntual de rellenar una omisión inconstitucional o de cubrir el vacío que en un determinado campo ha dejado la declaración de inconstitucionalidad de la Corte, tal como sucede en Italia y como se pretende importar por parte de la doctrina de otros sistemas constitucionales.

Esto nos lleva a retomar la idea que vinculaba la instauración de mecanismos formales de colaboración entre legislativo y Corte Constitucional a la existencia y consolidación *de una práctica*, de una “cultura institucional del diálogo” sin la que cualquier previsión entorno al funcionamiento de órganos de contacto y de seguimiento acaba resultando baldía. Nada parece más obvio y, sin embargo, no acaba de señalarse suficientemente. En realidad, necesitar estos instrumentos *es la primera muestra de la carencia de diálogo*, porque nada debería haber obstruido el despliegue de conexiones informales entre poderes, o al traslado del debate público entorno a la constitucionalidad de la ley a un ámbito más extenso lo que,

por cierto y como desarrollaremos posteriormente (*vid. infra.*), depende decisivamente de una mayor difusión del juicio de constitucionalidad realizado por la jurisdicción constitucional que trascienda el cerrado círculo de especialistas. Si necesitamos regulaciones, previsiones o garantías es que la red dialógica en la que condensar los sucesivos discursos acerca de la constitucionalidad de la ley es muy débil o tal vez inexistente.

Que en Italia el establecimiento de conexiones formales entre poderes no ha incrementado la *praxis* del diálogo no es ninguna novedad²²². Valga como dato *el escaso seguimiento de las decisiones de la Corte en la dinámica parlamentaria real*: pese a la disposiciones de los reglamentos de las cámaras que hemos citado, *sólo entre una y tres sentencias por legislatura* merecen el examen de las comisiones afectadas y la redacción de resoluciones sugiriendo reformas legislativas²²³, lo que resulta bastante irrisorio teniendo en cuenta el número de decisiones que emanan de la Corte Constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes.

En general, el Parlamento se contenta con esperar que la iniciativa legislativa proceda del Gobierno y, más allá del cumplimiento de las formalidades, un profundo seguimiento parlamentario según los pasos reglamentariamente establecidos sólo se produce en casos que encuentran mucho eco en la opinión pública (más o menos coincidentes con los dos o tres por legislatura antes apuntados)²²⁴. La ausencia de respuesta del legislador ha sido uno de los argumentos que tradicionalmente ha llevado a algunos autores²²⁵ a justificar las decisiones de la Corte en las que, según ellos, más claramente se advierte su actividad creativa y a explicar su proliferación: que el legislador no las rechace con una nueva regulación *demuestra que las consiente*.

²²² E.CHELI: *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 66. G.D'ORAZIO: *op. cit.*, p.98.

²²³ El dato se encuentra en C.TUCCIARELLI: *op. cit.*, p.309. Sobre este punto también E.CHELI: *op. cit.*, p. 66 y G.SILVESTRI: *op. cit.*, p.793.

²²⁴ C.TUCCIARELLI: *Ibidem.*, p.314.

²²⁵ V.CRISAFULLI: *Lezioni...op. cit.*, p.107; G.ZAGREBELSKY: "La Corte Costituzionale e il legislatore", *op. cit.*, p. 118.

Después de lo dicho, lo que provoca un cierto estupor, más que la preocupación en los autores italianos de resolver por la vía institucional lo que es dejadez política — preocupación que en su día llegó incluso a influir en una posible reforma constitucional²²⁶—, es que desde otros sistemas no hayamos comprendido que sin “cultura de la relación” no hay institucionalización que valga y que, a la postre, continuamos agarrados a la vaga reclamación de órganos que permitan desarrollar esas prácticas cooperativas²²⁷ sin preguntarnos acerca de las condiciones en que la fluidez entre agentes interpretativos sea posible.

No vamos a negar que la institucionalización puede contribuir a fomentar este diálogo, el Derecho puede incidir en la realidad y transformarla, pero precisamente el ejemplo italiano nos demuestra que no siempre es así, que sin un substrato adecuado no hay teoría de la sentencia constitucional ni estructura orgánica relacional que suplante el déficit de participación común en el juicio de constitucionalidad.

Insistimos: será indicio de la normalidad de relaciones entre órganos constitucionales cuando ésta no proceda únicamente de situaciones en las que el fallo de la jurisdicción constitucional genera una manifiesta inestabilidad (sea por razones financieras, o por razones de seguridad jurídica, o por atentar contra el principio de igualdad, en otros supuestos) sino cuando el sistema interiorice la idea de que no hay consolidación de significados sin participación de todos los poderes constitucionales. Una buena muestra, según lo que hemos explicado, lo encontramos en las sentencias interpretativas en las que la expulsión de normas se produce a nivel abstracto: pese a la frecuencia con que se dictan (siendo, como venimos sosteniendo,

²²⁶ El art. 136 de la ya decaída reforma de la Bicameral establecía por tanto *ex constitutione* que la sentencia de la Corte Constitucional fuese comunicada a las Cámaras y a las Asambleas Regionales interesadas con la finalidad de adoptar las medidas constitucionalmente necesarias.

²²⁷ Vid. E.AJA y M.GONZÁLEZ BEILFUSS: “Conclusiones Generales” en: *Las tensiones...*, *op.cit.*, pp. 288-291. Así también J.L. CASCAJO CASTRO afirma que: “me parece observar con demasiada frecuencia que la música que interpreta el Tribunal Constitucional no resulta del todo audible, o dicho en otros términos, es escuchada por los órganos del poder ejecutivo y legislativo con un alto nivel de sordera. Falta un cuidado y puntual seguimiento de las sentencias constitucionales. Ni siquiera existe, como en otras latitudes, una comisión parlamentaria dedicada a tal efecto, que supondría sin duda una estimable ayuda en el trabajo legislativo.” y F.RUBIO LLORENTE: “...a mi me parece clamoroso que ni en las Cortes ni en el Ministerio de Justicia haya un órgano consagrado exclusivamente al seguimiento de las decisiones constitucionales.” Las intervenciones de los profesores CASCAJO y RUBIO LLORENTE se incluyen en AA.VV *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional*. CEC, Madrid, 1992, pp.56 y 73 respectivamente.

técnica “inspiradora” del juicio de constitucionalidad y no mera “categoría” decisoria) su incidencia puede llegar a pasar muy desapercibida incluso contando con instrumentos formales de relación con otros poderes como los diseñados en Italia (*vid.* nuestras apreciaciones entorno al art. 139 del Reglamento del Senado). De hecho, *las difusión de interpretaciones constitucionales realizadas en los fundamentos jurídicos de una sentencia merece seguramente más atención entre la comunidad constitucional* (y no digamos entre los operadores jurídicos) *que la constatación por parte del legislativo que debe implementar el vacío normativo provocado por una declaración de inconstitucionalidad* y, pese a ello, la mayoría de soluciones propuestas continúan empecinadas en las conexiones formales entre instituciones dejando al margen la necesidad de propagar las nuevas interpretaciones constitucionales sobre un radio más amplio de sujetos.

Sospechamos, en resumen, que si el modelo parece dislocarse con la erupción de las sentencias intermedias, ello no es una cuestión que se ventile con cuatro propuestas acerca de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el legislador (Oficinas de Relación, Memorias al Parlamento, límites en los fallos del tribunal...), sino que es el resultado de un modelo de Estado que carece de una teoría consistente de la organización política en armonía con una teoría de la interpretación constitucional. Probablemente lo que deberíamos plantearnos es que en los estados constitucionales europeos actuales —contra los que suele afirmarse— *no hay una verdadera tensión* entre los Tribunales Constitucionales y el legislador, ni siquiera ante la existencia de sentencias de reconstrucción normativa textual. El problema es *cómo encajar una teoría de la jurisdicción constitucional diseñada para períodos de crisis o de transición en un estado constitucional normalizado*. La idea, que ya hemos avanzado al tratar el modelo suizo y que desarrollaremos posteriormente, es que en un estado democrático sólido en el que las relaciones entre poderes constitucionales son fluidas, la mayor incidencia de la jurisdicción constitucional en la transformación y alteración de la obra legislativa como consecuencia del juicio de constitucionalidad deviene una cuestión irrelevante.

En un estado democrático “bien ordenado”, con una comunidad de diálogo estructurada y representada por una red de relaciones constantes entre poderes, *la cuestión de las sentencias intermedias, incluso en sus reconstrucciones normativas más arriesgadas,*

deja, pues, de ser un problema. Así, como mera hipótesis, cabría apuntar que la generalizada preocupación por los supuestos “excesos” de un Tribunal Constitucional tal vez sea un interesante (y grave) indicio de la persistente precariedad de nuestros sistemas.

Hemos hablando de instrumentos formales injertados en otros poderes constitucionales (básicamente en el Parlamento) con los que hacer frente al seguimiento de las decisiones de una jurisdicción constitucional añadiendo algunas observaciones críticas. Queda, por último, mencionar la aparición en este tipo de estructuras relacionales *en el seno* del mismo tribunal constitucional, elementos de organización que contribuyen a urdir el enlace entre el Tribunal y el legislador, pero también, como veremos, entre el Tribunal Constitucional y *la realidad*.

De nuevo el ejemplo lo encontramos en Italia: ya habíamos señalado la cuestión de las repercusiones financieras que podían observarse como resultado de una decisión de Corte Constitucional (de ahí, en ocasiones, la justificación de las sentencias aditivas de principio). Pues bien, dentro de la estructura organizativa de la Corte se ha apostado por la creación de una oficina de estudio, dependiente del Presidente, que tiene por misión evaluar preventivamente consecuencias económicas de las sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes²²⁸. La estimación comprende diversos aspectos (el estudio de las disposiciones afectadas, el cálculo del coste de la decisión atendiendo a su posible impacto en el contexto económico, la posible adopción de mecanismos de modulación de aplicación temporal de los efectos de la sentencia...²²⁹) pero lo decisivo aquí es que, en un orden de cosas muy distinto del visto hasta el momento, la creación de este tipo de oficinas equivale a reconocer institucionalmente que *las circunstancias de carácter económico no son ajenas al juicio de constitucionalidad*, que el escenario de la realidad se filtra en el razonamiento de un Tribunal Constitucional al margen de las consideraciones jurídicas y que, dependiendo de la evaluación económica previa al acto de dictar la sentencia, la orientación del pronunciamiento *puede variar* o, al menos, *pueden variar sus efectos*.

²²⁸ T.GROPPI: “La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalla decisioni della Corte Costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale”, en P.CONSTANZO (coord.): *L’organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 1996, pp. 269-284.

²²⁹ T.GROPPI: *Ibidem.*, p. 281.

La reflexión nos llevaría muy lejos en cuestiones de metodología jurídica y en teoría de la decisión judicial tal como presentábamos los distintos paradigmas en la primera parte del estudio pero, por lo pronto, es suficiente con insinuar que algunas impresiones excesivamente arraigadas en el imaginario de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional deben ponerse en suspenso. La idea del juicio de constitucionalidad sin atender a las consecuencias extrajurídicas del fallo, algo pregonado en ocasiones por nuestro propio Tribunal Constitucional, como una operación insensible con el “mundo de la vida” (aunque sea el “mundo de la vida” expresado en términos económicos) aparece más que nunca como una ficción. No se trata meramente de un pensamiento ingenuo que contrasta con la *Realpolitik* subyacente a la decisión del Tribunal Constitucional (como muestra la práctica del Tribunal Constitucional español pese a la carencia, por ejemplo, de estos elementos de evaluación presupuestaria²³⁰) sino que el ejemplo italiano va más allá: en él encontramos *toda una estructura organizativa* que apoya esta visión retocada del juicio de constitucionalidad.

Nada de ello resulta, por lo demás, incoherente con nuestras intuiciones hasta ahora mantenidas: una jurisdicción constitucional relacionada con la “comunidad constitucional” significa una jurisdicción constitucional que asume las circunstancias reales (por ejemplo económicas) subyacentes a esta “comunidad”. Que esta posición entraña muchos riesgos no lo dudamos. Sin que sea el momento ahora de enumerarlos, podemos avanzar uno de ellos: que el Tribunal Constitucional, consciente del poder presupuestario de sus decisiones, acabe utilizando la carta de su decisión de inconstitucionalidad como *factor de negociación* frente al legislador.

Por mucho que nos asuste llevar algunos planteamientos, hasta ahora incipientes, a sus consecuencias extremas, cerrar los ojos a los mismos no sería más que una imprudencia. Puede que estos inconvenientes nunca se den o puede que ya se hayan dado en la actualidad en nuestro sistema o en sistemas próximos y que, sin embargo, no las reconozcamos. Pensar

²³⁰ Podemos apreciar así una notable carencia, al menos en nuestro ámbito, de estudios de análisis económico aplicados a las consecuencias del juicio de constitucionalidad de las leyes.

sobre ellos es una obligación para el teórico aunque su formulación, sin aportar ningún remedio consistente, no provoque más que un cierto efecto catártico.

VI.- LAS DECISIONES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS: CONTROL PREVIO Y RECONSTRUCCIÓN NORMATIVA.

1. Planteamiento y rasgos diferenciales.

Como en el resto sistemas constitucionales europeos hasta el momento analizados, también la práctica jurisprudencial del Consejo Constitucional francés registra una rica variedad de técnicas de decisión que oscilan entre la declaración de inconstitucionalidad y la simple confirmación de la constitucionalidad de la norma impugnada²³¹. La evolución y las características actuales del control de constitucionalidad francés²³² introducen, por lo demás, nuevas variables que, al superponerse con el estudio los modelos más directamente influyentes en nuestra tradición (Alemania o Italia) inducen a una serie de reflexiones cruciales para una teoría comparada de la jurisdicción constitucional y, en particular, para una teoría de las formas de decisión adoptadas en el juicio de constitucionalidad.

Al repasar las líneas de examen que proponíamos al inicio de esta segunda parte del trabajo van despuntando los elementos cuya confluencia en el caso del Consejo

²³¹ Comentarios generales sobre las diversas modalidades de decisión del Consejo Constitucional francés se encuentran en P.AVRIL y J.GICQUEL: *Le Conseil Constitutionnel*, Montchrestien, París, 1992, p. 126; P.BON: "Francia" en E.AJA (Editor) *Las tensiones...*, op. cit., pp. 161-163; T. DI MANNO: *Le juge constitutionnel...op.cit.*; L.FAVOREU y L.PHILIP: *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, París, 1993, pp. 449-451; L.FAVOREU: "La décision de constitutionnalité", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, vol. 2, pp. 622-624.; J.J FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: "Aproximación a las técnicas de decisión del Consejo Constitucional francés", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.18-19, Valencia, 1997, pp. 161-180; F.MODERNE: "La déclaration de conformité sous réserve", en L.FAVOREU: *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1988, pp. 93-118; J.PARDO FALCÓN: *El Consejo Constitucional Francés*, CEC, Madrid, 1990, pp. 201-211.

²³² Sobre la evolución del control de constitucionalidad en Francia *vid.* la imprescindible obra de A.STONE: *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*. Oxford University Press, Oxford, 1992.

Constitucional impone un cierto distanciamiento hacia lo que hasta ahora podía considerarse cómo tópico e inherente al control europeo de constitucionalidad de las leyes.

El carácter principalmente *apriorístico* de éste control y sus repercusiones en la dinámica de poderes supone, en Francia, un primer grado de singularidad (y de análisis iuscomparativo) a tener en cuenta. Aunque otros ejemplos de control preventivo de constitucionalidad puedan encontrarse en Portugal (Art. 278 de la Constitución portuguesa) o en el control de normas regionales en Italia a instancia del Gobierno²³³, es en Francia, al sólo coexistir con procedimientos de control represivo menores²³⁴, que el control *a priori* adopta un carácter definitorio de la actuación del Consejo Constitucional²³⁵.

Íntimamente ligado al carácter previo del juicio de constitucionalidad se encuentra el medio *abstracto* en el que las normas legales son cotejadas por el Consejo y, consecuentemente, una mayor “soltura” en la apreciación del carácter *reconstructivo* de los fallos de constitucionalidad (*vid. infra.*), algo que frontalmente contrasta con una de las más reacias tradiciones a aceptar cualquier signo de alteración de la voluntad emanada de las cámaras²³⁶.

²³³ Al menos hasta que entre en vigor la reforma de la Constitución Italiana en aspectos relativos a la organización territorial. *Vid. supra.*

²³⁴ Es el caso del control de textos legislativos que ya han entrado en vigor (art. 37.2 de la Constitución Francesa) cuyo sólo objeto es el de evitar la infracción de la reserva de reglamento. Otro de los ejemplos de control *a posteriori* que pueden invocarse en la actuación del Consejo Constitucional parte de la hipótesis en la que el Consejo Constitucional, dentro del marco de su competencia de control *a priori*, conoce de disposiciones que modifican, completan o afectan el ámbito de una ley ya promulgada. Desde la decisión 85-187 DC, de 25 de enero de 1985, el Consejo Constitucional entiende que en éste caso su control puede también extenderse al texto legislativo ya en vigor. *Vid. P.BON: op. cit., pp. 149-151. L.FAVOREU: Los tribunales constitucionales..., op. cit., p.109.*

²³⁵ En estos términos por A.WEBER: “La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación”, en *REDC*, n. 17, 1986, pp.59.

²³⁶ Sobre la tradición de la ley como expresión de la voluntad general y los problemas históricos de compatibilización con el control de constitucionalidad, M.TROPER: “Le juge constitutionnel et la volonté générale” (en prensa). La estrategia adoptada por el Consejo Constitucional (decisión n.85-197 DC de 23 de agosto de 1985) y por la doctrina para apaciguar esta tensión se apoya en el dogma según el cual *la ley sólo expresa la voluntad general en la medida que respeta la Constitución*, pero no deja de ser chocante que la determinación de lo constitucionalmente conforme y, por tanto, de lo conforme a la voluntad general, *dependa tan claramente de la reconstrucción normativa formulada por el Consejo Constitucional*, algo que resulta manifiesto en aquellas decisiones en las que la conformidad a la Constitución queda enunciada imponiendo una particular interpretación de la ley. La paradoja del modelo francés de

La histórica tensión entre la sacralización de la ley y la inevitabilidad del control de la misma —aparentemente más extrema que en otros escenarios²³⁷—, inyecta, además, ligeras *diferencias en el canon de valoración* empleado por el Consejo Constitucional. Sin embargo, no es sólo por esta última razón (la influencia de la teoría de la ley como expresión de la voluntad general) que algunas de las categorías a menudo utilizadas en otros modelos para moderar del juicio de constitucionalidad se disipan al ser aplicadas al esquema francés, sino que el declive de algunos *stándards* en el juicio de constitucionalidad de la ley se explican por el perfil institucional en que se inscribe dicho juicio. Un ejemplo: si antes veíamos la influencia *del principio de conservación de la norma* en el que se asentaba la técnica de la interpretación conforme como subproducto del principio general de conservación de los actos en Derecho y como imperativo de mayor carga de argumentación para el Tribunal que enjuicia la constitucionalidad de la ley. En el caso del Consejo Constitucional la teorización y la justificación del principio entran en una fase de suspenso ya que carece de sentido hablar de conservación de la norma enjuiciada si en la mayor parte de los casos *no existe tal norma al no haber sido promulgada todavía*.

En verdad, estos primeros ingredientes apuntados (el imperio de la voluntad general, la incertidumbre en los *stándard...*) no son como para pensar en un funcionamiento demasiado equilibrado de la jurisdicción constitucional francesa. El control preventivo y, sobretudo, la total ausencia de conexión entre el Consejo Constitucional y los posteriores aplicadores de la norma (jueces y funcionarios) abonan el terreno de la disonancia.

Contra lo que a primera vista puede parecer, no obstante, ninguno de estos factores acaban por desestabilizar un sistema de control de constitucionalidad que goza de

control de constitucionalidad en el que una honda reticencia a la implantación de la jurisdicción constitucional se combina con la existencia de una institución cuyas facultades de reconstrucción normativa de las leyes es más explícita ya fue observada desde hace años por M.CAPPELETTI, *vid.* M.CAPPELETTI: “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional” en AA.VV: *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, p.661.Como prelude de todo éste debate huelga recordar que también R.CARRE DE MALBERG postuló la necesidad de revisar (y descartar) la identificación de la ley con la voluntad general con el fin de asegurar la supremacía de la Constitución. *Vid.* R.CARRE DE MALBERG: *La Loi, expression de la volonté générale*, Sirey, París, 1931, pp. 221 y 222.

²³⁷ A.STONE: *The Birth of Judicial Politics...*, *op. cit.*, pp.23-45.

reconocimiento generalizado en el resto de instancia políticas y jurídicas y cuya influencia ha devenido irremplazable especialmente a partir de los años setenta²³⁸. La pregunta aquí sería cómo asegurar el respeto a la decisión del Consejo sin que éste cuente con instrumentos de supervisión sobre los aplicadores de la ley enjuiciada y sea por razones de cultura política, sea por razones de prestigio, lo cierto es que los comentaristas suelen subrayar unánimemente que, salvo hipótesis muy particulares, las decisiones del Consejo Constitucional son respetadas por el resto de actores en los que se proyectan²³⁹.

Convendrá recabar aquí otra propiedad relevante en el entramado francés de relaciones institucionales y del control de normas de la que, por desgracia, no nos podremos ocupar sino marginalmente y cuya importancia en el marco general de constitucionalismo europeo puede adivinarse fácilmente. Como habíamos insinuado al tratar el sistema suizo, también en Francia los jueces participan en la aplicación de los convenios internacionales y en asegurar su primacía sobre el derecho interno, incluidas las leyes. En este sentido, en lo que incumbe a Derechos, la ausencia de intervención del Consejo Constitucional *a posteriori* queda “compensada” por la adecuación de las leyes al contenido de los convenios internacionales que practica la jurisdicción ordinaria en régimen de competencia exclusiva (*Contrôle de conventionnalité des lois*), convenios internacionales entre los que se cuenta, claro está, *el CEDH*. La jurisdicción ordinaria no controla la ley a partir de los derechos constitucionales extraídos, con las pertinentes

²³⁸ Los dos grandes puntos de inflexión que generalmente se señalan como decisivos en la evolución del Consejo Constitucional para considerar equiparable esta institución a cualquier otro tribunal constitucional europeo son la decisión del Consejo Constitucional 71-44 DC, de 16 de julio de 1971 (*liberté d'association*) por la que se produce, por vez primera, la declaración de inconstitucionalidad de una ley al contradecir un principio fundamental de las leyes de la República a los que alude el Preámbulo de la Constitución de 1958 y la reforma del art. 61 de la Constitución francesa de 29 de octubre de 1974 por la que se abrió la legitimación a sesenta diputados o sesenta senadores para someter al Consejo Constitucional las leyes antes de su promulgación. Vid. J.PARDO FALCÓN: *El Consejo...*, *op. cit.*, p. 42 y ss.

²³⁹ Vid. P.AVRIL y J.GICQUEL, *op. cit.*, pp. 128-129, quienes subrayan la relación armónica entre el Consejo Constitucional y la Corte de Casación de forma que ésta última ha aceptado pacíficamente la progresiva constitucionalización de las diversas ramas del ordenamiento jurídico. Sobre la extendida influencia de la jurisprudencia del Consejo Constitucional en el resto de operadores jurídicos vid. TH.DI MANNO: “L’influence des réserves d’interprétation” en G.DRAGO, B.FRANÇOIS, N.MOLFESSIS: *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Economica, París, 1999, pp. 189-272; P.BON, *op. cit.*, pp. 169-179; G.DRAGO: *L’execution des décisions du Conseil Constitutionnel l’effectivité du control de constitutionnalité des lois*, Economica Presses universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1991, p.326.

remisiones, del Preámbulo de la Constitución Francesa de 1958, pero ello no impide el control *de acuerdo con los parámetros del CEDH* que en algunos aspectos puede coincidir con el reconocimiento constitucional, lo que relativiza hasta cierto punto, el “monopolio” del Consejo Constitucional y puede llegar a generar, si persiste la ausencia de conexiones entre jurisdicciones, líneas jurisprudenciales paralelas²⁴⁰.

Queda por ver, y este es un tema capital, cómo interactúa el efecto del CEDH con el control constitucional de las leyes, y sobre ello los países históricamente hostiles a limitar al legislador tendrán mucho que decirnos: las exigencias de aplicación de los tratados internacionales y la elisión de la responsabilidad internacional acabará por allanar la más férrea resistencia y los prejuicios institucionales más incrustados hasta lograr que un control de “constitucionalidad-convenionalidad” de las leyes en sentido amplio acabe por consolidarse. En lo que afecta a las posibilidades de limitación del legislador, algo semejante ocurrirá en Gran Bretaña, como también veremos, a partir de la aprobación de la *Human Rights Act* en 1998 y de su posterior entrada en vigor, teniendo en cuenta, en esta comparación, que si en Francia la limitación procede de un Tratado Internacional (el CEDH), en Gran Bretaña será el propio legislador que a través de una ley, la *Human Rights Act*, se autolimita.

Esbozadas ya las líneas maestras de la discusión, adentrémonos, pues, en el desglose de cada uno de los temas propuestos.

2. El control previo en la dinámica del juicio de constitucionalidad.

La idea, en pocas palabras, es la siguiente: si lo que buscamos es el diálogo entre legislador y Tribunal Constitucional, una suerte de control preventivo como el que ejerce el Consejo Constitucional francés constituye un referente obligado al disolver algunos de los problemas con los que nos encontrábamos al estudiar los sistemas basados en el control *a posteriori* como el alemán, el italiano o el español.

Los tribunales constitucionales de estos países recurren a una pluralidad formal de pronunciamientos —que no necesariamente pasan por la declaración de

²⁴⁰ F.SUDRE: “L’influence de la Convention européenne des droits de l’homme sur l’ordre juridique interne”, en *Revue Universel des Droits de l’Homme*, vol 3, n. 7-9, 1991, p.262.

inconstitucionalidad— para orientar o forzar al legislador a adoptar medidas que subsanen una situación inconstitucional o tendencialmente inconstitucional, todo ello en un marco en el que el plazo entre la impugnación y la resolución del respectivo Tribunal Constitucional suele ser bastante amplio (más en España o Alemania, menos en Italia) y en el que, por supuesto, la nueva actuación del legislador corre el peligro de quedar mucho tiempo diferida, incluso en el caso en el que el Tribunal Constitucional establezca plazos concretos puesto que la ulterior reacción del Tribunal Constitucional y los mecanismos de sanción con los que cuenta no están delimitados, como tampoco estaba delimitada ni la vinculación del legislador a las directrices constitucionales señaladas en la sentencia de la jurisdicción constitucional ni tan sólo el poder y la legitimidad de los respectivos tribunales constitucionales para formular tales directrices²⁴¹.

En realidad, recursos como la apelación al legislador sin proceder, por parte del Tribunal Constitucional, a declarar inconstitucional del régimen impugnado, responden precisamente a la inquietud que provoca la posibilidad de un vacío normativo en una materia relevante para la comunidad que el legislador puede tardar mucho tiempo en colmar, si es que algún día llega a poner remedio efectivo al problema²⁴². Obstáculos como el de la situación inconstitucional no corregida durante un largo período — obstáculo típico del control *a posteriori*— quedaría, en contraste, neutralizado a la luz de algunas técnicas presentes en un sistema de control preventivo.

3. Reenvío al Parlamento.

Un conocido ejemplo de interacción fluida e inmediata entre legislador y jurisdicción constitucional en Francia lo ofrecería, aunque no sea sistemáticamente utilizado, el llamado “control a doble vuelta” (*contrôle à double détente*)²⁴³. Antes de examinar este instrumento conviene hacer, no obstante, algunas precisiones adicionales sobre la corta sucesión temporal que en sí media entre los pronunciamientos del legislador y los

²⁴¹ Sobre la inercia endémica del llamado legislador “parapléjico” en los sistemas de control de constitucionalidad *a posteriori* vid. J.ACOSTA SÁNCHEZ: *Formación de la Constitución...*, *op. cit.*, p.298, en relación con las dificultades del poder de reforma constitucional, en los mismos términos, *vid.* p.378.

²⁴² J.ACOSTA SÁNCHEZ: *Formación de la Constitución...*, *op. cit.*, p.288.

pronunciamientos de la Consejo Constitucional según un sistema como el francés, esto con independencia que ambos (legislador y Consejo) ostenten “segundas ocasiones” para pronunciarse —que es, en esencia, lo que subyace en el “control a doble vuelta”—.

El funcionamiento del control preventivo francés ya combate por sí solo el problema del tiempo al asegurar que el plazo entre el sometimiento al Consejo de la ley no promulgada (obligatorio para las leyes orgánicas y opcional para las ordinarias) y la resolución emanada del mismo órgano sea extremadamente corto: el art. 61 de la Constitución Francesa dispone que el Consejo Constitucional deberá pronunciarse en el plazo de un mes con la posibilidad de reducir este lapso a ocho días a petición del Gobierno si hubiese urgencia, de forma que la acumulación de sucesivos pronunciamientos en poco alteraría la promulgación definitiva de la norma que no se extendería más allá de dos o tres meses. Claro está, que la rapidez en la solución del asunto se debe a la poca acumulación de causas en el Consejo Constitucional, propiedad que comparte con aquellos sistemas en los que no existen demasiados procedimientos constitucionales y, sobretodo, no existe recurso de amparo, cosa que por cierto explica que el Recurso Previo de Inconstitucionalidad se acabase eliminando en España²⁴⁴ cuyo Tribunal Constitucional, al estar acechado por una ingente actividad, llegó a tardar casi quince meses en resolver los últimos recursos de esta naturaleza que se presentaron fomentando así la práctica espuria por parte de los actores políticos de utilizar el recurso previo como forma de obstruccionismo parlamentario²⁴⁵.

Dicho esto, veamos cómo se plantea el “control a doble vuelta” desde la perspectiva anunciada. Cuando una parte de la ley es declarada inconstitucional por el Consejo el Presidente de la República puede optar entre promulgar la ley sin las disposiciones inconstitucionales señaladas, o bien (sobre la base del art. 10.2 de la Constitución Francesa y art. 23 de la ordenanza 58-1067 de 7 de noviembre de 1958 por la que se

²⁴³ J.J FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *op. cit.*, pp. 172-174; J.PARDO FALCÓN: *op. cit.*, pp. 207-210.

²⁴⁴ El Recurso Previo de Inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, no previsto en la Constitución, fue introducido por la LOTC y suprimido por la LO 4/1985, de 7 de junio, sobre los pormenores de la corta y accidentada historia de este procedimiento *vid.*, por todos, J.PÉREZ ROYO: “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas”, en *REDC*, n. 17, 1986, pp. 137-170.

²⁴⁵ Sobre la necesidad de que un sistema de control de constitucionalidad preventivo se vea acompañado con unos plazos muy breves para dictar sentencia de acuerdo con el esquema del Consejo Constitucional francés *vid.* también J.PÉREZ ROYO: *Ibidem.*, pp. 159-161.

aprueba la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional) reenviarla al Parlamento para proceder a una segunda deliberación²⁴⁶.

La posibilidad de elegir entre la promulgación “amputando” las disposiciones inconstitucionales y el reenvío presupone una declaración parcial de inconstitucionalidad, ya que si el Consejo estima que la ley es inconstitucional en su totalidad ésta retorna siempre al legislativo.

Que la ley pueda promulgarse o no extirpando aquellas disposiciones declaradas inconstitucionales por el Consejo depende de si los aspectos eliminados se consideran como “separables” o “inseparables” del conjunto de la ley. Puede suceder que la declaración de inconstitucionalidad afecte sólo parcialmente a la ley, pero al ser los preceptos inseparables del conjunto, toda la ley acabe siendo reenviada al Parlamento, lo cual es diferente del caso en que toda la ley es declarada inconstitucional (y no sólo una parte inseparable de la misma)²⁴⁷.

Si el reenvío se ejecuta por estimación parcial, la nueva deliberación impulsada en el Parlamento no culmina en la aprobación de una ley nueva, sino que se limita a conformar la ley con los mandatos constitucionales de acuerdo con la decisión del Consejo. La nueva intervención del proceso parlamentario se entiende como una implementación del proceso legislativo en curso a tenor del control de constitucionalidad efectuado²⁴⁸, creando las condiciones necesarias para asegurar *a)* la sujeción del Parlamento a lo previamente establecido por el Consejo y *b)* refinando la deliberación en aquellos extremos constitucionalmente más polémicos, “perfeccionando”, si se quiere, el contenido constitucional de la ley. Corregida entonces la disposición o disposiciones viciadas, el nuevo proyecto puede ser remitido de nuevo al Consejo Constitucional que fiscalizará por segunda vez la regulación legislativa.

Compárese un instrumento como el “control a doble vuelta” en un sistema *a priori* de control de constitucionalidad de las leyes con el embrollo de dificultades que entrañan

²⁴⁶ L.FAVOREU: “La décision de constitutionnalité”, *op. cit.*, pp. 626-628.

²⁴⁷ D.AMIRANTE: *Giudice costituzionale e funzione legislativa. L'esperienza francese*. CEDAM, Padua, 1991, pp. 165-176.

²⁴⁸ Decisión n. 85-197 DC, de 23 de agosto de 1985 (*Evolution de la Nouvelle-Caledonie*), considerando n. 23. L.FAVOREU y L.PHILIP: *Les grandes décisions...*, *op.cit.*, pp.636-640.

las técnicas de apelación al legislador o los problemas de reparación de inconstitucionalidad en los modelos de control represivo: si el “control a doble vuelta” permite la intervención inmediata del legislador con la supervisión de una no menos rápida fiscalización ulterior por parte del Consejo Constitucional, los sistemas represivos deben hacer malabarismos para asegurar el seguimiento de las decisiones de la jurisdicción constitucional por parte del Parlamento acudiendo a un complicado elenco de modalidades formales de decisión (básicamente para impedir la delicada expulsión de un sector del ordenamiento) y esperar a que el legislador se digne a tener en cuenta las apreciaciones del Tribunal, elemento permanente de suspense que ni la invención de instituciones al efecto (órganos de relación, comisiones constitucionales en el seno del Parlamento, memorias al Parlamento) ni las flácidas invocaciones a la lealtad constitucional logran eliminar por completo.

Pero en todo este balance emerge además un asunto bastante grave para el control represivo. Decíamos antes que instrumentos como el control “a doble vuelta” eran capaces de satisfacer con mayor solvencia los requerimientos de un modelo dialógico Tribunal-Parlamento. La afirmación, como hemos avanzado, redundaba en la inmediatez, en la proximidad entre la deliberación del Parlamento. Después del fallo del Consejo, la nueva deliberación del Parlamento queda mucho más acotada y concentrada en la resolución de la inconstitucionalidad —con la sombra de un nuevo juicio del Consejo— y el entrecruzamiento de argumentos parece más flexible respondiendo, además, a condiciones *actuales*. Por el contrario, uno de los principales problemas de la dilatada secuencia en los controles *a posteriori* es que los actores, y en especial el Parlamento, *no son los mismos*. El intervalo entre la resolución del Tribunal la presentación de un nuevo proyecto de ley, su discusión, su aprobación, la nueva fiscalización, si es que la hay, es tan prolongado y tan arduo (cinco, diez años, tal vez más como ha sucedido en España) que el nuevo legislador ya no tiene nada que ver con quien aprobó la ley inconstitucional, otras son las circunstancias, otros son los intereses y los argumentos, y la cuestión se va adormeciendo hasta perder interés o, lo que es peor, hasta provocar actitudes incongruentes. Apelamos incesantemente al diálogo, a la colaboración entre Parlamento y Tribunal, pero para que exista un diálogo coherente acerca de una misma cuestión (una respuesta estructurada dada una previa declaración de inconstitucionalidad) también debe haber *identidad* sustancial entre los protagonistas

lo que desde luego corre el riesgo de evaporarse cuando hay una renovación en las cámaras y surge una nueva mayoría.

Decidir sobre la constitucionalidad de la ley siempre es una poderosa prerrogativa con independencia de que el control sea *a priori* o *a posteriori*. Pero si de lo que se trata es de facilitar la “réplica” del legislador ante una eventual declaración de inconstitucionalidad, el modelo represivo —tal como ha sido presentado— vendría a agravar esta pretensión. El resultado final es que en un sistema represivo, dada la lejanía de una intervención del legislador, *el peso de la sentencia de inconstitucionalidad queda reforzado*, ésta acaba consolidándose y adquiere mayor resistencia que en un modelo *a priori* con nueva deliberación inmediata.

Lo peor del caso estriba en que la robustez de la sentencia de inconstitucionalidad, en el control *a posteriori*, no se debe a una consecuencia meditada o intencional en la filosofía del sistema, sino a una especie de desidia institucional sobrevenida que acaba encumbrando el papel del Tribunal Constitucional hasta concebirlo como una instancia cuya palabra deviene prácticamente invulnerable sin que quepa intercambios de significado constitucional con otros actores políticos.

Por una parte, esta situación puede provocar que el Tribunal pronuncie, así, menos sentencias de inconstitucionalidad de las necesarias (porque el Tribunal sabe que el legislador tardará a responder) y refuerza los mecanismos colaterales para impedir el fallo estimatorio (con lo que aumenta la dimensión interpretativa y las inseguridades derivadas de su plasmación y de sus efectos al tiempo que éstos mecanismos concebidos como deferencia al legislador acaban en realidad frenado la relación con el mismo²⁴⁹).

²⁴⁹ Un ejemplo bastante ilustrativo en la jurisprudencia constitucional española (al que reiteradamente haremos mención en este trabajo): en la STC 103/1983 relativa a la diferencia de trato entre viudos y viudas en el acceso a la pensión de viudedad, el Tribunal Constitucional entendió que el requisito adicional que se exigía a los viudos (demostrar que se encontraba incapacitado para el trabajo y a cargo de la mujer al tiempo del fallecimiento de ésta) contemplado por el art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social era discriminatorio y contrario a la Constitución. Aunque formalmente la sentencia se presentó como una declaración de inconstitucionalidad a la que se asociaba la sanción de nulidad respecto a un inciso, en realidad se trataba de una anulación “selectiva” que perseguía el cambio de régimen en el acceso a la pensión de viudedad en los viudos equiparándolo al de las viudas (la sentencia, pues, aunque formalmente de nulidad se suele identificar con lo que se conoce por sentencia “aditiva” en tanto que introduce, sin apenas modificación textual, contenidos significativos que no se encontraban previstos por el legislador, en concreto la extensión del mismo régimen a los

Aunque, en otro sentido, bien puede consumarse el efecto contrario, es decir, que el Tribunal Constitucional, consciente de que su pronunciamiento no encontrará réplica en sede legislativa, no encuentre contrapesos institucionales que limiten sus pronunciamientos y aumente la proporción de declaraciones de inconstitucionalidad.

Hasta aquí hemos planteado algunas de las posibles virtudes esgrimidas a favor del “control a doble vuelta”. Parece alegarse, como buena muestra de los beneficios reportados por la introducción de éste mecanismo en Francia que, después de una segunda deliberación del Parlamento y después de un segundo juicio de constitucionalidad, nunca el Consejo Constitucional ha forzado a una tercera deliberación, nunca ha habido, pues “control a triple vuelta” obteniendo la corrección legislativa siempre una decisión de conformidad por respuesta²⁵⁰. Del dato, empero, no cabe extraer automáticamente una valoración positiva de la institución (tal vez sólo en la medida en que ha facilitado el acuerdo entre Parlamento y Consejo sin dilaciones desembocando el diálogo en una especie de “conclusión común”) al tiempo que nos obliga a tener en cuenta una hipotética dosis de inhibición del Consejo a pronunciarse de nuevo en contra sobre algo que en las Cámaras ha sido dos veces deliberado.

Sea como fuere, a nuestro modo de ver, aunque el proyecto de ley se sometiese a nuevas rondas de fiscalización nada de ello se opondría a una valoración positiva del sucesivo reenvío al Parlamento, primero porque, bajo una visión tal vez optimista del vínculo Parlamento-Consejo, ulteriores pronunciamientos no harían más que provocar nuevas deliberaciones que, con mucha probabilidad, contribuirían al mejoramiento de la ley (esto siempre exceptuando el caso en que la ronda de pronunciamientos tuviese su causa en corruptelas o abuso del sistema por razones meramente políticas), y segundo, porque la continuidad del diálogo en posteriores secuencias no tendría un alto coste temporal, por lo menos el Consejo Constitucional continuaría contando sólo con un mes para responder al Parlamento, siendo el tiempo transcurrido de cualquier forma *menor* que el

viudos). Pues bien, para lo que aquí interesa, vale la pena remarcar que, adoptada esta decisión por parte del Tribunal Constitucional (decisión que, como observaron los votos particulares a la sentencia, afectaba al ámbito de decisión del legislador) el legislador en cuestión *tardó más de diez años* en reformar el sistema de la Seguridad Social adaptándolo al juicio del Tribunal. Durante este largo lapso de tiempo se aplicó el precepto enjuiciado con las consideraciones señaladas en la STC 103/1993. El dato se encuentra en F. REY MARTÍNEZ: *El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. McGraw-Hill, Madrid, 1995, p.21.

²⁵⁰ P.BON: *op. cit.*, p.163.

registrado entre sentencia de un Tribunal Constitucional y la aprobación de una nueva ley en los sistemas *a posteriori*.

Se dirá que, en las condiciones apuntadas, *alguna vez debe acabar el diálogo* en esta serie encadenada entre pronunciamiento del Consejo y nuevo proyecto del Parlamento pues de lo contrario, la innovación legislativa quedaría paralizada. A esto cabría contestar que si Parlamento y Consejo llegan a este grado de desencuentro en el que las sucesivas rondas de deliberación y de juicio de constitucionalidad no llevan a nada, la insistencia del Parlamento tal vez podría interpretarse como una buena predisposición a zanjar la polémica reformando la Constitución.

4. Reforma constitucional.

Este paso puede darse evidentemente también en los modelos de control represivo, pero seguramente en esta dialéctica propiciada por el control a rondas sucesivas parece más fácil llegar a la conciencia de la oposición irreconciliable y crear el necesario clima de consenso en el Parlamento para una reforma constitucional al alcance de la mano. Si en un sistema represivo la respuesta del legislador ya tarda en llegar ¡imaginemos la de tiempo que ha de pasar para la réplica del Tribunal la “duplica” del Parlamento y así hasta la percepción que el problema sólo se resuelve en una reforma constitucional!

Como decíamos, para entonces el Parlamento ya habrá cambiado y la necesidad de la reforma habrá caído en el olvido. Sucede además que en Francia, siguiendo la línea de argumentos hasta ahora desplegados, la reforma constitucional casi nunca requiere de una contraposición Parlamento-Consejo Constitucional expresada en rondas sucesivas de deliberación y de control que acaben forzando la decisión final contenida en una ley constitucional. Por lo común, una sola decisión del Consejo Constitucional transmite al legislador el convencimiento de que la Constitución debe ser reformada sin que el proceso desemboque en ninguna tensión entre ambas instituciones y sin que el Parlamento persista en su actitud.

El Parlamento parece consciente de la debilidad constitucional de algunos de sus proyectos y un fallo contrario le confirma en sus reservas: se detecta, entonces, *una especial inclinación en el sistema francés a encadenar una reforma constitucional a*

una decisión del Consejo, propiedad que seguramente se asocia, en general, a cualquier sistema de control de constitucionalidad *a priori*. El control previo, en caso de decisión contraria de la jurisdicción constitucional y de voluntad del Parlamento de imponer su regulación, *parece predisponer a la aprobación de reformas constitucionales en mucho mayor grado que el control a posteriori*, primero porque la nueva intervención del poder de reforma no parte exclusivamente de una iniciativa *motu proprio* —y por tanto de una suplementaria movilización difícilmente presumible en la lentitud del trabajo parlamentario— sino que viene impelida desde las previsiones constitucionales y el diseño institucional por ellas asentado y, segundo, porque la proximidad temporal entre la “acción” del Consejo y la “reacción” de las Cámaras contribuye a la continuidad de los términos de significado en los que la reforma se plantea, mientras que en el control de constitucionalidad *a posteriori* la difusa intervención ulterior del poder de reforma difumina también la plasmación del cambio constitucional tal como se derivaba del debate inicial con el Tribunal.

A todo esto habría que añadir, además, la dificultad de remover *los efectos* que en la realidad pueden generarse en un sistema de control de constitucionalidad *a posteriori* a causa de la decisión del Tribunal Constitucional que el legislador, al impulsar la reforma de la Norma Suprema, pretende rebatir.

En apoyo a esta tesis encontramos que el número de reformas de la Constitución Francesa ha aumentado en la década de los noventa²⁵¹ y *que la mayor parte de ellas son consecuencia de una decisión del Consejo Constitucional*, algunas encuadradas en el juicio de adaptación de un compromiso o tratado internacional al ordenamiento constitucional francés antes de ratificación (recientemente Tratado de Amsterdam²⁵² y Estatuto de la Corte Penal Internacional²⁵³) y algunas, para lo que aquí nos interesa, *derivadas del control de constitucionalidad de las leyes*, así la Ley Constitucional n. 93-

²⁵¹ Mientras que hasta 1992 sólo se habían producido 6 revisiones de la Constitución Francesa de 1958, hasta 8 alcanza el número de las reformas registradas entre 1992 y 1999. Éste dato, así como la jurisprudencia reciente del Consejo Constitucional francés que a continuación comentamos (y las consiguientes reformas constitucionales que ha conllevado) se encuentran en <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

²⁵² Ley constitucional 99-49 de 25 de enero de 1999 que reforma la Constitución Francesa como consecuencia de la Decisión del Consejo Constitucional n.97-394 DC de 31 de diciembre de 1997.

²⁵³ Ley constitucional n.99-568 de 8 de julio de 1999 impulsada a raíz de la Decisión 98-408 DC de 22 de enero de 1999 del Consejo Constitucional.

1.236, de 25 de noviembre de 1993 por la que se inserta el artículo 53-1 en materia de derecho de asilo²⁵⁴ o la reforma de los arts. 3 y 4 de la Constitución Francesa establecida por Ley Constitucional n.569 de 8 de julio de 1999 a fin de neutralizar la declaración de inconstitucionalidad con la que el Consejo Constitucional había rechazado la obligación de los partidos de asegurar la paridad de sexos en las listas de candidatos a las elecciones de los consejos regionales por considerarla contraria al art. 3 de la Constitución Francesa²⁵⁵. (Decisión n.98-407 DC de 14 de enero de 1999)²⁵⁶.

²⁵⁴ En general sobre las reformas constitucionales en Francia y, en particular, sobre esta reforma del año 1993 *vid.* A.J. SÁNCHEZ NAVARRO: "La Reforma Constitucional en Francia", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.1, 1998, pp. 205-203. Sobre la reforma derivada de la decisión de Consejo Constitucional 93-325 DC de 12-13 de agosto de 1993, *vid.* pp. 210-211.

²⁵⁵ El Consejo Constitucional consideró la obligación de paridad de sexos también contraria al art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esto abre la puerta a una espiral de problemas que no estamos en condiciones aquí de hacer frente, pues se imbrican en la complicada cuestión de si es posible una reforma constitucional cuando se considera infringido un artículo de la mencionada declaración o si su contenido opera como una suerte de cláusula de intangibilidad junto con los principios fundamentales de la república y el preámbulo de la Constitución de 1946. La propia reforma de la Constitución n. 569 de 8 de julio de 1999 demuestra que esta hipótesis queda a la práctica eclipsada aunque no por ello debemos dejar de insinuarla. Sobre los límites del poder de reforma, y con especial mención del límite de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 aunque con anterioridad a la decisión sobre la paridad de sexos en las listas a las candidaturas de los consejos regionales *vid.* B.GENOVOIS: "Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant" <http://www.conseil-constitutionnel.fr/quarante/notes/revision.htm>. Sobre la reforma de la Constitución Francesa a raíz de la Decisión del Consejo Constitucional n.98-407, de 14 de enero de 1999 *vid.* M.CARRILLO: "Cuotas e igualdad por razón de sexo: una reforma constitucional y un caso singular" en L.LÓPEZ GUERRA (Coord.) *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. Joaquín García Morillo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp.164-167.

²⁵⁶ En realidad el conflicto entre el derecho de sufragio y el establecimiento de medidas que potencien la presencia de mujeres en las Asambleas de origen electoral ya se arrastraba desde un proyecto de Ley de reforma de las elecciones municipales de 1982, frente al que se presentó una enmienda aprobada por la Asamblea Nacional (la obligación de establecimiento de una cuota del 25 por ciento de mujeres en la lista de cada candidatura) que, posteriormente, fue declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional en la decisión 82-146 DC, de 18 de noviembre de 1982 (*Quotas par sexe*). De hecho, el caso de 1982 [que es sustancialmente diferente al de 1999 por cuanto el primero se inscribe en el contexto de las medidas de acción positiva de carácter transitorio basado en cuotas mientras que el segundo, con la paridad, se pretende establecer definitivamente una representación cuantitativamente igual entre hombre y mujeres] demuestra que la invalidación del Consejo Constitucional y las consecuencias asociadas a este juicio no logró, en aquella circunstancia, ningún efecto de pacificación ya que la controversia continuó viva durante casi dos décadas. Puede presumirse que este efecto de pacificación se consolida cuando la decisión del Consejo Constitucional incita una reforma constitucional que zanja la disputa (como en 1999) o cuando el proyecto se somete a una segunda consideración y, modificadas las disposiciones en el Parlamento, un segundo control por parte de Consejo Constitucional confirma la constitucionalidad de las medida reformulada. Para un comentario sobre la decisión 82-146 DC, de 18 de noviembre de 1982 (*Quotas par sexe*) así como un informe sobre la evolución de la representación política de la mujeres en Francia *vid.* L.FAVOREU: "Principio de igualdad y representación política de las mujeres" en *REDC*, n.50, 1997, pp. 13-28.

El caso de la paridad de sexos en las listas de candidatos a las asambleas representativas es, por otra parte, crucial para insistir en la fluidez del modelo francés de control de constitucionalidad desde un punto de vista dialógico. Con posterioridad a la mencionada reforma de los artículos 3 y 4 de la Constitución Francesa efectuada por la Ley Constitucional de 8 de julio de 1999, el Parlamento aprobó la ley relativa a favorecer el igual acceso de hombres y mujeres a funciones electivas. Dicha ley fue, a su vez, remitida al Consejo Constitucional por 60 senadores y, al término del examen, el Consejo llegó a las siguientes e interesantes conclusiones (Decisión n.2000-429 DC de 30 de mayo de 2000): el Consejo Constitucional admitió, en primer lugar, que el poder constituyente podía modificar la Constitución con el fin de superar los obstáculos constitucionales apreciados en las leyes anteriores; reconoció, en segundo lugar, que la jurisprudencia anterior no era invocable frente a la ley de paridad aprobada después de la reforma constitucional; en tercer lugar, el Consejo Constitucional recalcó que la nueva ley debía respetar aquellos principios constitucionales no afectados por la reforma de 1999 y, por último, estimó que la nueva ley no infringía ninguna de estas otras reglas o principios de valor constitucional.

El vaivén de este ciclo se describiría, pues, del siguiente modo: el legislador aprueba unas medidas para asegurar la paridad que, en un primer juicio, se declaran inconstitucionales (relación legislador-Consejo Constitucional), la remoción de estos obstáculos de constitucionalidad provoca la revisión constitucional (diálogo jurisdicción constitucional/poder de reforma constitucional), la revisión constitucional habilita al legislador a dictar una nueva ley de paridad de acceso a cargos electivos (relación poder de revisión constitucional/legislador) que es de nuevo impugnada ante el Consejo Constitucional (diálogo legislador/Consejo posterior a la reforma constitucional) quien confirma el procedimiento adoptado para asegurar la paridad y reconoce la imposibilidad de invocar la jurisprudencia anterior a la intervención del poder de reforma respecto a los artículos 3 y 4 de la Constitución Francesa pero no respecto al resto de principios constitucionales no reformados. Como resultado final, el Consejo Constitucional declara la conformidad de la nueva ley al resto de principios constitucionales.

El ejemplo demuestra, pues, un alto grado de coherencia entre los problemas de constitucionalidad advertidos, los procedimientos seguidos para subsanarlos, la intervención de todas las instituciones implicadas (legislador/Consejo Constitucional/poder de revisión constitucional) y refleja, asimismo, una estimable celeridad, apenas un lapso de dos años, en la resolución del conflicto (cosa que contribuye a mantener vivo el debate sobre la cuestión en términos similares durante todo el proceso de participación de las tres instituciones implicadas, instituciones, además, en cuya composición se mantiene una identidad sustancial).

5. Objeciones

Después de estas apreciaciones en torno al control previo de constitucionalidad y a la propensión a la reforma constitucional derivada de una decisión del Consejo, queda por añadir, volviendo al “control a doble vuelta” que, hasta el momento, algunas de las características apuntadas sobre el mismo se encontraban impregnadas de una cierta “idealidad” —pese a tomar como punto de referencia el modelo tal como se encuentra configurado en la práctica francesa—.

No esconderemos que, para coincidir con todas las propiedades sugeridas, *el “control a doble vuelta” debería ser una consecuencia automáticamente asociada a la declaración de inconstitucionalidad*. En cambio, en Francia y pese a que el “control a doble vuelta se ha producido en algunas ocasiones, generalmente de amplia resonancia pública²⁵⁷, no debemos omitir que se trata sólo de *una* de las opciones posibles con las que cuenta el presidente de la República, ya que ante una decisión estimativa siempre puede promulgar la ley sin la disposición declarada inconstitucional (*vid. supra.*) bajo el riesgo de enturbiar su aplicación con las innumerables imperfecciones técnicas que pueden surgir de un texto “amputado” en alguno de sus aspectos.

Que el reenvío automático de las disposiciones declaradas inconstitucionales no es meramente una elucubración imputable al teórico perfeccionista, viene corroborado por las tentativas de reforma constitucional que se prodigaron en este sentido en el proyecto de 1993 fruto, a su vez, del estado de opinión favorable existente en círculos jurídicos y

²⁵⁷ *Vid.* decisiones n. 81-132 DC, de 16 de enero de 1982 y n.82-139 DC de 11 de febrero de 1982 (*nationalisations*)

políticos²⁵⁸. Como veremos (*vid. infra.*), la irregularidad, por no decir la excepcionalidad, en el uso del “control a doble vuelta”, tiene su traducción en el proceso de elaboración de las leyes y ayuda a explicar por qué algunos de los principios que justifican la decisión interpretativa en sistemas de control *a posteriori* (principio de conservación de normas, necesidad de evitar el vacío jurídico) también pueden sostenerse en el control *a priori*, o al menos en un control *a priori* como el francés en el que la nueva intervención del legislador, y por tanto la reelaboración de la ley, no queda asegurada.

A través del control *a priori* los puntos de conexión entre jurisdicción constitucional y Parlamento parecen perfilarse con mayor nitidez y consolidan con mayor probabilidad una práctica de influencia recíproca²⁵⁹. Sin embargo, es justamente porque el enlace no es sistemático que se consolidan algunas técnicas de moderación en el juicio Consejo con las que evitar la declaración de inconstitucionalidad de un proyecto de ley en favor de una precisión interpretativa.

Para cerrar estas reflexiones queda sólo hacer una advertencia: no debemos olvidar que en Francia el “control a doble vuelta” requiere sentencia declarativa de inconstitucionalidad. Esto sitúa las cosas en un plano diferente cuando se trata de decisiones del Consejo habitualmente definidas como “interpretativas”. Poco se aparta aquí la cuestión de lo que veíamos en los sistemas de control *a posteriori* pues no se abre de nuevo el reenvío al Parlamento mediante el arbitraje del presidente de la República, dejando vacilante la futura intervención legislativa.

6. Decisiones interpretativas y reconstrucción de normas.

Al estudiar las diversas formas de pronunciamiento en los que desemboca el juicio del Consejo Constitucional afloran dos observaciones de difícil encaje entre sí.

²⁵⁸ Baste mencionar aquí la intervención en 1990 de M.ROCARD ante el Senado —durante su mandato como primer ministro— alentado a reformar este aspecto del control de constitucionalidad. *Vid. Journal officiel de la République française. Débats Sénat*, sesión de 12 de junio de 1990, p.1500.

²⁵⁹ Así J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “...la conexión con el legislador, al menos desde el punto de vista teórico, es mas estrecha que en ningún otro sistema”, J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *op. cit.*, p. 179. También D.AMIRANTE destaca la predisposición “dialógica” a

En primer lugar, la naturaleza previa del control crea las condiciones necesarias para percibir, en mayor medida, el carácter reconstructivo de la actividad del Consejo Constitucional. Si la creación de la ley se encuentra presente en todo juicio de constitucionalidad, la intervención del Consejo antes de la promulgación de la norma y los ya mencionados instrumentos de relación con el legislador, reubican formalmente la función de control a un plano más cercano al de la producción.

Contando, a menudo, con una nueva reelaboración legislativa, la agregación de normas tanto en el plano textual como en el plano abstracto por parte de la jurisdicción constitucional se antoja más flexible, algo que en los sistemas de control *a posteriori*, no hace falta repetirlo, aparece persistentemente como fuente de desequilibrios que reclaman una restricción. La función normativa inherente a la actividad del Consejo deviene, pues, una cuestión menor en el orden de problemas analizado²⁶⁰. En lo que aquí nos incumbe, no es casualidad, por cierto, que en un sistema típicamente caracterizado como de control de constitucionalidad represivo como el español, el ejemplo por excelencia de juicio reconstructivo —tras cuyo pronunciamiento el Tribunal Constitucional fue acusado de desbordar los límites de su actividad²⁶¹— *sea un recurso previo de inconstitucionalidad* (STC 53/1985, de 11 de abril, *despenalización del aborto*) cuando todavía existía en nuestro ordenamiento jurídico esta figura, dato

la que conduce el juicio de constitucionalidad en Francia de acuerdo con algunas de las características de su diseño institucional. D.AMIRANTE: *op. cit.*, p. 163.

²⁶⁰ F.MODERNE, *op. cit.*, pp. 117-118.

²⁶¹ *Vid.* votos particulares a la STC 53/1985, de 11 de abril. En particular los votos de AROZAMENA, TOMÁS Y VALIENTE Y RUBIO LLORENTE, aunque el resto de votos particulares también hicieron alguna mención a la actividad explícitamente reconstructiva del TC. AROZAMENA destacó que la mayoría con su “pronunciamiento traspasa los límites jurídico-funcionales de la potestad jurisdiccional que incumbe al Tribunal Constitucional (...)” pues al TC le está “vedado (...) establecer modificaciones o adiciones al texto impugnado o establecer o adicionar otros preceptos. Esto es lo que hace la sentencia cuando dice al legislador lo que debería hacer para adecuar los preceptos a la Constitución”. Por su parte, TOMÁS Y VALIENTE señaló que “ el juicio de constitucionalidad no es un juicio de calidad o perfectibilidad...”, pues “la jurisdicción constitucional es negativa...” no pudiendo “decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales”. En cuanto a RUBIO LLORENTE, este magistrado declaró que “con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador, vulnera así el principio de separación de poderes inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuera una especie de tercera Cámara con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales.”. Una glosa de los votos particulares tal como aquí transcribimos aparece en J.PÉREZ ROYO: “Crónica de un error...”, *op. cit.*, p.157.

que parece confirmar la predisposición de la juez constitucional a evidenciar una mayor capacidad productiva explícita cuando el objeto del juicio es un proyecto de ley y no una ley ya en vigor²⁶².

En segundo lugar, no obstante, la poca preocupación por la actividad normativa del Consejo Constitucional —en comparación con la crítica despertada en los sistemas de control de constitucionalidad *a posteriori*— se explicaría si el legislador contase *siempre* con una “segunda oportunidad” de intervención que confirmase la inserción de elementos normativos promovida por la jurisdicción constitucional. Hemos visto, por el contrario, que el reenvío al Parlamento con posterioridad al juicio del Consejo era una posibilidad pero no la única ni tampoco la más frecuente. El reenvío se asociaba únicamente a las declaraciones de no conformidad con la Constitución y, dependía además del arbitrio del Presidente de la República que podía decidir promulgar la ley sin las disposiciones declaradas inconstitucionales. En consecuencia, el control de constitucionalidad *a priori* no puede desfigurarse hasta el punto de entenderse como un paso previo a un reexamen legislativo sino que se apoya más bien el dato de que la norma todavía no ha entrado en vigor de modo que las apreciaciones del Consejo no son necesariamente revisadas por el Parlamento mediante nuevas deliberaciones.

En realidad, el surgimiento de formas intermedias de decisión, y en especial, de declaraciones de conformidad “*sous réserve*” responden a la inquietud del Consejo Constitucional por asegurar la eficacia de sus juicios entendiendo que *el legislador no volverá a pronunciarse acerca de la disposición sobre la que recae la reserva*. Ante un texto ambiguo, cuya constitucionalidad textual puede salvarse, es preferible que el Consejo Constitucional estampe su reconstrucción de la norma que exponerse a las intrusiones y desviaciones que, desde el punto de vista constitucional, la ley pueda sufrir

²⁶² La capacidad manipulativa del proyecto de ley por parte del juez de constitucionalidad que actúa en un recurso previo parece mayor aunque, como contra argumento, podría aducirse, que la consolidación de significados a la que desemboca el juicio de constitucionalidad *a posteriori* parece obligar, tal vez en mayor grado, a un Tribunal Constitucional a ser más claro en cuanto a subrayar las transformaciones en el significado de la ley que sus consideraciones y su decisión arrojan. Por otra parte presentar la STC 53/1985, de 11 de abril como ejemplo de la predisposición del juez constitucional a mostrar una mayor capacidad productiva en un juicio previo de constitucionalidad tiene el problema de constatar el palpable ascendente que sobre este pronunciamiento de la jurisdicción española tuvo la *BVerfGE* 39,1, de 25 de febrero de 1975, primera sentencia sobre la interrupción de embarazo del Tribunal Constitucional Federal alemán, Tribunal que actúa *a posteriori*.

por parte de los jueces en el momento de su aplicación²⁶³. El objetivo pasa por hacer explícito un modo de utilización del precepto que sea respaldado por el conjunto de operadores con la misma intensidad *como si hubiese emanado del legislador* pero todo ello sabiendo que el legislador no se ocupará de asentir a las reservas introducidas o de contribuir con nuevas matizaciones y advirtiéndole que el Consejo no podrá ser jamás llamado a conocer de decisiones judiciales que contravengan sus indicaciones. La ausencia de garantías jurídicas formales contra interpretaciones desviadas que suscriban los aplicadores de la ley²⁶⁴ tal vez explica el énfasis con el que la doctrina destaca unánimemente la eficacia de los pronunciamientos del Consejo²⁶⁵. No hay discusión en Francia sobre si las decisiones vinculan sólo en su fallo o si se extiende a los fundamentos de la sentencia: la decisión es obligatoria en su conjunto. Así ha sido declarado por el propio Consejo Constitucional desde 1962²⁶⁶ y posteriormente reiterado²⁶⁷ aunque, por razones de seguridad jurídica y de estabilidad en la interpretación, la práctica en la redacción de la decisión ha impulsado una progresiva concreción de las reservas interpretativas que, si bien no culmina en su incorporación *expresa verbis* en el fallo, si que, al menos, se hace mención en el mismo a la interpretación realizada en los considerandos²⁶⁸ utilizando expresiones como “bajo las estrictas reservas de interpretación enunciadas más arriba, los artículos [...] de la ley no son contrarios a la Constitución” (“*sous les strictes réserves d’interprétation énoncées plus haut [...], les articles de la loi ne sont pas contraires à la Constitution*”) o “en la medida indicada en los motivos de la presente decisión” (“*dans la mesure indiquée dans*

²⁶³ F.MODERNE: *op. cit.*, p.95.

²⁶⁴ Más allá de la vaporosidad con la que el art. 62 de la Constitución Francesa ha previsto que las decisiones del Consejo Constitucional se *impondrán* a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y judiciales, ni la Constitución ni ninguna otra norma detallan instrumentos de sanción en caso de no respetar las decisiones del Consejo. *Vid.* G.DRAGO: *op. cit.*, p. 14 y H.ROUSSILLON: *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, París, 1996, p.74.

²⁶⁵ P.BON: *op. cit.*, p 167; J.J FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *op. cit.*, p.169.

²⁶⁶ En la Decisión 62-18 L, de 16 de enero de 1962 (*Loi d’orientation agricole*) el Consejo Constitucional afirmó que: “la autoridad de las decisiones previstas por esta disposición se atribuye no sólo a su parte dispositiva, sino también a las motivaciones que son sostén necesario y constituyen su fundamento mismo” (considerando 1)

²⁶⁷ 92-312 DC, de 2 de septiembre de 1992 (*Maastricht II*), considerando 4.

²⁶⁸ Sobre la evolución en la concreción de las reservas interpretativas *vid.* F.MODERNE, *op. cit.*, p.100. La necesidad de precisar el contenido de la interpretación se consolida a partir de la Decisión n. 181 DC de 10 y 11 de octubre de 1984 (*Enterprises de presse*) A menudo el Consejo, practicando una reducción de significados del precepto que examina, subraya que cualquier otra interpretación del mismo será contraria a la Constitución con lo que la línea a seguir por parte del resto de aplicadores queda claramente destacada, así 207 DC de 25-26 de junio de 1986 (*privatisations*).

les motifs de la présente décision”) o “bajo el beneficio de las consideraciones precedentes” (“*sous le bénéfice des considérations qui précèdent*”)²⁶⁹.

La uniformidad en la expansión interpretativa ejercida por el Consejo Constitucional ocupa el centro de las justificaciones vertidas desde la aparición de las decisiones intermedias y consagra al Consejo, pese a todas las objeciones, en su papel de colegislador²⁷⁰.

Nos preguntábamos antes por la influencia de otros principios subyacentes y legitimadores de las técnicas de interpretación constitucionalmente conforme asimilables al resto de tradiciones de control de constitucionalidad *a posteriori* y avanzábamos, entonces, la posible vacuidad de recurrir a fórmulas como el principio de conservación de la norma —anclado, a su vez, en la presunción de constitucionalidad de las leyes— al intuir su esterilidad en un sistema en el que la norma todavía no se encuentra promulgada.

En verdad, la doctrina apenas se ocupa de esta observación aunque la inaplicabilidad de estos principios no sea tan evidente a tenor de los matices apuntados: sin reenvío al parlamento, que la norma no se encuentre promulgada por el Presidente de la República no deja de ser un dato *formal* desde la perspectiva del control de constitucionalidad, el control *a priori* alcanza a la idea de incompletitud de la norma enjuiciada, a la posibilidad de reelaboración legislativa, por lo que el sentido del control preventivo se edulcora: es “preventivo” si los vicios de inconstitucionalidad son “reparables” en una fase posterior pero ocurre que después del juicio de constitucionalidad el Presidente de la República puede limitarse a promulgar la ley y que no se añada o no se rectifique *materialmente* nada por parte del legislador.

Al remarcar que la promulgación de la ley no aporta nada a la confección de la misma, cobra de nuevo sentido que algunos de los principios con los que la jurisdicción constitucional modera su actividad (conservación de normas, temor al vacío jurídico)

²⁶⁹ J.J.FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *op. cit.*, p.169.

²⁷⁰ J.PARDO FALCÓN: *op. cit.*, pp. 210-211.

justifiquen el recurso a la decisión interpretativa también en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés²⁷¹.

Sin duda la estipulación planteada —entender que la reelaboración legislativa es una condición necesaria para hablar de un control auténticamente preventivo— es demasiado reductiva y echa tierra sobre algunas otras propiedades nada secundarias en la distinción entre el control *a priori* y el control *a posteriori* como, por ejemplo, que en el control *a priori* la ley no ha generado efectos y que, por tanto, el coste de su anulación es menor que en los modelos de control represivo cuyas declaraciones de inconstitucionalidad se ciernen sobre leyes que a menudo llevan mucho tiempo en vigor y han generado infinidad de situaciones jurídicas más o menos consolidadas²⁷².

Pese a lo que acabamos de afirmar, es al restringir esta idea de control *a priori* en la posibilidad de reelaboración legislativa —al margen de la carga añadida que en un sistema de control de constitucionalidad represivo supone anular una ley y decidir sobre los efectos de esta anulación— y al constatar que en el sistema francés la reelaboración legislativa es una posibilidad pero no una consecuencia ineluctable del control de constitucionalidad, que afloran una serie de tendencias difícilmente compatibles:

Por un lado, la declaración de inconstitucionalidad se entiende como una solución excesivamente drástica sin mecanismos asegurados de reparación, irrumpiendo entonces las decisiones “bajo reserva” como juicios alternativos a la inconstitucionalidad o desarrollando doctrinas como la de *l’erreur manifeste* que limitan la decisión de anulación del Consejo Constitucional sólo a los casos en los que el legislador haya incurrido en un manifiesto error de apreciación en la regulación legislativa provocando una contradicción frontal con los principios constitucionales²⁷³.

²⁷¹ TH. DI MANNO: *Le juge constitutionnel...op. cit.*, pp. 86 y 94-95.

²⁷² Lo que, por cierto, tiene incidencia en el juicio de constitucionalidad que no se ve interferido por la ponderación de las consecuencias que acarrearía una eventual declaración de inconstitucionalidad de la ley enjuiciada

²⁷³ Sobre la doctrina del *erreur manifeste* vid. G.DRAGO: *op. cit.*, p.254; L.HABIB: “La notion d’erreur manifeste d’appréciation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel” en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1986, pp.695-730; J.PARDO FALCÓN: *op. cit.*, pp.198-200. En suma, esta doctrina puede asociarse asimismo a la idea de la presunción de constitucionalidad de la ley de modo que el Consejo Constitucional sólo puede ser revocar esta presunción cuando existen suficientes y manifiestas razones para invalidar la ley. Hay un cierto paralelismo entre la doctrina del *erreur manifeste* y la tesis surgida en el constitucionalismo

Por otro lado, y al mismo tiempo, si la actividad reconstructiva del Consejo se percibe con menos recelo ante la posibilidad de un reenvío legislativo, esta percepción *se prolonga aunque la ley no sea devuelta al legislador*, con lo que el Consejo, mediante las decisiones intermedias, *pasa a completar él mismo la ley* sin ningún tipo de atadura, ni la del legislativo (pues la ley es promulgada en caso de interpretación conforme) ni la de una hipotética reconsideración a la que el mismo Consejo pudiese someterse a raíz de una duda de constitucionalidad planteada por lo jueces ordinarios (al no existir vínculos entre Consejo y el resto de operadores jurídicos una vez la ley está ya en vigor).

En síntesis, aunque la asociación entre interpretación conforme y principio de conservación de las normas (o principio de deferencia hacia el legislador²⁷⁴) no se formule, la carga de estas ideas planea en el juicio de constitucionalidad del consejo al encontrarnos ante un sistema “imperfecto” de control de constitucionalidad *a priori*, entendida esta “imperfección” como la ausencia de sistemática en la nueva intervención correctiva del legislador.

En otro sentido, la “imperfección” de un sistema en el que la norma puede ser de nuevo completada pero sin garantías de que ello ocurra, promueve que sea el mismo Consejo Constitucional quien culmine el proceso de producción normativa cuando el reenvío queda bloqueado al no haber declaración de inconstitucionalidad²⁷⁵.

americano según la cual el juez no debe invalidar todas las leyes que considere inconstitucionales, sino sólo aquellas que lo sean de un modo manifiesto, más allá de toda duda razonable (*so manifest as to leave no room for reasonable doubt*, según la conocida fórmula de J.THAYER, *vid. infra*). *Vid. V.FERRERES COMELLA: Justicia constitucional..., op. cit.*, pp. 141 y ss.

²⁷⁴ TH.DI MANNO: *Le juge constitutionnel... op. cit.*, pp. 94-95 asocia el principio de conservación de normas a nivel constitucional con la presunción de constitucionalidad de las leyes a favor del legislador. Como hemos apuntado, este autor expone claramente, *como la ausencia de ley promulgada no es óbice para que operen estos principios al no asegurarse que el legislador intervenga de nuevo y enmiende los aspectos de la ley viciados de inconstitucionalidad*. En cualquier caso, no obstante, aunque el reenvío al parlamento de las declaraciones de inconstitucionalidad fuese automático, la presunción de constitucionalidad del texto elaborado por el legislativo se podría continuar sosteniendo por razones democráticas, fomentando así la restricción en el juicio de constitucionalidad del Consejo.

²⁷⁵ En general el carácter colegislativo del Consejo Constitucional francés es reconocido por muchos autores, así G.DRAGO: *op. cit.*, pp. 327-329 o M.SHAPIRO, quien califica al Consejo Constitucional, según una expresión célebre, de “tercera Cámara legislativa”. M.SHAPIRO: “Judicial Review in France”, *la Revue Tocqueville*, vol XII, 1990/1991, p. 9. En el mismo sentido, *vid. M.CAPPELLETTI: op. cit.*, p. 661.

7. La decisión de conformidad bajo reserva.

¿Bajo qué formas de decisión se fragua esta actividad interpretativa (normativa) del Consejo Constitucional?

Como sucedía en Italia, la doctrina francesa también ha sido pródiga a la hora de acuñar de diversas clasificaciones. Su enunciación —aunque no sea lo más relevante— puede ser útil para reflejar cómo finalmente se plasman algunas de las cuestiones que hemos examinado en su substrato institucional. Siguiendo a L.FAVOREU²⁷⁶, que en su día formuló la clasificación posteriormente adoptada por muchos autores²⁷⁷, el Consejo Constitucional expresa sus reservas a la constitucionalidad de una ley mediante tres categorías:

- a) la conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante,
- b) la conformidad bajo reserva de interpretación constructiva y,
- c) la conformidad bajo reserva de interpretación directiva.

8. Conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante.

La idea básica de la decisión de conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante es que el Consejo admite la constitucionalidad del precepto pero impone una interpretación constitucionalmente correcta o procede a descartar interpretaciones frontalmente inconstitucionales²⁷⁸. En una extensa monografía, el profesor DI MANNO,

²⁷⁶ L.FAVOREU: “La décision de constitutionnalité”, *op. cit.*, 1986, pp. 622-624. clasificación reproducida en L.FAVOREU y L.PHILIP: *Les grandes décisions...*, *op. cit.*, pp.449-451. Una tipología más simple de decisiones del Consejo Constitucional se encuentra en G.BURDEAU, F-HAMON y M.TROPER: *Droit constitutionnel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1995, pp. 680-681 quienes se limitan a distinguir entre aquellas declaraciones “*oui pur et simple*” de conformidad de la ley a la Constitución sin más precisiones ni comentarios adicionales; aquellas declaraciones “*oui sous réserves*” y “*non mais*” que coinciden con las diversas modalidades de decisión interpretativa que analizaremos a continuación (neutralizantes, directivas y constructivas), y, por último, las declaraciones de inconstitucionalidad “*hon pur et simple*” en cuyo caso el Consejo Constitucional no añade ninguna precisión ni ninguna sugerencia que permita remediar el vicio de inconstitucionalidad.

²⁷⁷ P.BON: *op. cit.*, p.162; J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *op.cit.*, p.167; TH.DI MANNO: *Le juge constitutionnel...*, *op. cit.* p. 131 y ss.; F.MODERNE: *op. cit.*, pp. 104-111.

²⁷⁸ La técnica de conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante había sido empleada frecuentemente desde los años setenta (Decisiones 76-67 DC, de 15 de julio de 1976 (“*dossiers de fonctionnaires*”)); 76-70 DC, de 2 de diciembre de 1976 (“*prévention des accidents de*

se esfuerza en subdividir esta categoría de decisión de conformidad bajo reserva —y también la siguientes— en una detallada diversidad de variantes que no vamos aquí a reproducir en todas sus facetas²⁷⁹. Tan sólo pretendemos señalar cómo en este tipo de decisiones se mantiene —al igual que en otros modelos— *la reducción del contenido normativo* (o, para ser más precisos, la reducción de significado) *sin alteración textual*.

En el derecho constitucional francés, la interpretación neutralizante se arraiga en una lejana tradición procedente de la jurisdicción administrativa cuya finalidad consiste en armonizar por un lado la eliminación de parte de la carga normativa de la disposición

travail”), 79-105 DC, de 25 de julio de 1979 (“*droit de grève à la radio et à la télévision*”) aunque su consolidación llega con la célebre decisión 80-127 DC, de 19 y 20 de enero de 1981 (“*securité et liberté*”). Esta decisión no supone sólo la consagración de la técnica de conformidad bajo reserva neutralizante sino que también integra al resto de decisiones de confirmación “*sous réserve*” (*vid. infra.*). A partir de la decisión “*securité et liberté*” el recurso a la interpretación neutralizante es doctrinalmente teorizado al tiempo que crece su ritmo de adopción por parte del Consejo. Entre otras muchas, podemos destacar la Decisión 82-139 DC, de 11 de febrero de 1982 (“*nationalisations II*”); la Decisión 84-181 DC, de 10 y 11 de octubre de 1984 (“*entreprises de presse*”); la Decisión 86-207 DC, de 25 y 26 de junio de 1986 a la que ya hemos aludido (“*privatizations*”); la Decisión 88-248 DC, de 17 de enero de 1989 (“*Conseil supérieur de l’audiovisuel*”); la Decisión 93-325 DC, de 13 de agosto de 1993 (“*maîtrise de l’immigration*”), la Decisión 94-352 DC de 18 de enero de 1995 (“*Vidéosurveillance*”) o la Decisión 95-371 DC, de 29 de diciembre de 1995 (“*Loi de finances rectificative pour 1995*”) *vid. J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: op. cit.*, pp. 167-168. Algunos datos recientes indican que el recurso a la decisión de conformidad bajo reserva neutralizante se mantiene: de las 18 decisiones que el Consejo Constitucional emitió en 1999, 4 contenían reservas interpretativas: Decisión n.99-410 DC, de 15 de marzo de 1999 (“*Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*”); Decisión n. 99-411 DC de 16 de junio de 1999 (“*Securité routière*”); Decisión n.99-416 DC de 23 de julio de 1999 (“*Couverture maladie universelle*”) y Decisión n.99-419 DC de 9 de noviembre de 1999 (“*Loi relative au pacte civil de solidarité*”)

²⁷⁹ Para empezar TH.DI MANNO insiste en distinguir aquellas decisiones interpretativas *strictu sensu*, de aquellas en las que se produce un vaciamiento total de contenido pese a que el texto sea preservado [incumpléndose pues, una de las finalidades perseguidas por la técnica del “*retirer à un text son verin*” (*vid. infra.*), a saber, que el texto siga desplegando efectos]. De entre las decisiones interpretativas neutralizantes propiamente dichas, el mismo autor señala una diversa gradación en la forma de presentar la interpretación que se descarta, distinguiendo entre el supuesto en el que el Consejo Constitucional reconoce aquellas interpretaciones de la ley que en contraste con la Constitución aparecen como manifiestamente desviadas, de aquellas interpretaciones entendidas simplemente como inexactas, por ejemplo en el caso de las interpretaciones que se desprenden del alegato de los recurrentes y que el Consejo Constitucional pasa a corregir. Además de la distinción entre “interpretación neutralizante positiva” e “interpretación neutralizante negativa” a la que aludiremos posteriormente (*vid. infra.*), el estudio de DI MANNO se complementa con un abanico más extenso de categorías entre las que incluye lo que él denomina “normas consistentes inadecuadas”, entendidas como normas potencialmente contenidas en la ley pero que pueden no ser adaptables a la Constitución o las “normas consistentes lógicas”, expresión utilizada por contraste con las normas derivadas de una interpretación surgida en la *praxis* aplicativa, de menor relevancia (*vid. infra.*), en el sistema francés de control de constitucionalidad de las leyes. *Vid. TH DI MANNO: Le juge constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 131-230.

enjuiciada al tiempo que, por otro lado, se asegura que la disposición continuará desplegando una cierta eficacia al mantenerse como entidad textual dentro del ordenamiento.

La solución, que se proyecta a la jurisprudencia del Consejo Constitucional, se designa gráficamente con la frase “*retirer à un text son verin*”, es decir, extirpar de un texto (en nuestro caso de una disposición legislativa) aquellos significados constitucionalmente “envenenados”. Lo interesante del exhaustivo análisis de DI MANNO, es que se da cuenta de cómo la solución interpretativa, aunque opere siempre en un plano ideal, puede tener, según sea su formulación, consecuencias muy divergentes ya que el juicio de constitucionalidad puede conducir a lo que el mismo autor llama una “interpretación neutralizante positiva”, consistente en que el Consejo Constitucional selecciona *un* contenido normativo constitucionalmente conforme sin mención del resto de interpretaciones posibles. O bien nos podemos encontrar con una decisión bajo reserva de interpretación neutralizante en la que se señala únicamente la norma expulsada (designada como “interpretación neutralizante negativa”) sin descartar que otras interpretaciones sean constitucionalmente asumibles.

El adjetivo “positivo” o “negativo” al calificar la operación interpretativa viene establecido según la decisión del Consejo Constitucional se base en la interpretación constitucional o en la interpretación inconstitucional respectivamente, pero lo cierto es que lo que DI MANNO entiende por “interpretación neutralizante positiva” puede llegar a resultar mucho más reductora del significado al entronizar una única interpretación de la ley, cerrando indirectamente la puerta al resto de significados susceptibles de atribuirse al texto enjuiciado.

La conclusión coincide con algunas de nuestras observaciones ya estimadas al analizar las técnicas de interpretación conforme en Alemania o las sentencias interpretativas de rechazo en Italia: que un Tribunal Constitucional señale qué interpretación de la ley es constitucional puede llegar a ser menos respetuoso con el legislador que cuando se limita a señalar la interpretación inconstitucional. El impacto desde el punto de vista de reducción de significados suele resultar menor.

9. Conformidad bajo reserva de interpretación constructiva.

Por las decisiones de conformidad bajo reserva de interpretación constructiva, el Consejo establece agregaciones (“*adjoctions*”) a la ley señalando generalmente requisitos adicionales a los previstos por el legislador para aceptar la constitucionalidad del texto enjuiciado. Como viene siendo habitual en la doctrina europea (*vid. supra.*), sólo éste tipo de decisiones se identifican con la actividad constructiva de la jurisdicción constitucional, cuando el carácter reconstitutivo (y más con las salvedades apuntadas en torno al control de constitucionalidad *a priori* “imperfecto”) también se extiende al resto de decisiones interpretativas (como las decisiones de conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante), por no decir, como defendíamos en la primera parte del estudio, que en toda “interpretación” aparecen rasgos de “reconstrucción”²⁸⁰.

La injerencia de nuevas condiciones (condiciones textualmente enunciadas) a través de este tipo de reservas no despiertan en Francia el enfervorizado debate que suscitan en Italia o en otros sistemas de control de constitucionalidad, lo que se debe a la influencia del control de constitucionalidad preventivo que permite asumir con menos convulsiones la participación del Consejo en el proceso de elaboración de normas legislativa —aunque lo de control “preventivo”, según hemos dicho, tenga más de excepcional que de regular desde el punto de vista de reelaboración normativa—.

10. Conformidad bajo reserva de interpretación directiva.

Finalmente se distingue la técnica de conformidad bajo reserva de interpretación directiva en la que el Consejo Constitucional llega a dirigir exhortaciones a las autoridades encargadas de aplicar la ley, sea el juez ordinario o sea la Administración.

Sobre esta categoría hay que señalar que se confunde con la interpretación neutralizante en la medida en que se presupone una interpretación constitucionalmente aceptada que es la que el Consejo Constitucional conmina a los aplicadores a que tengan en cuenta. En el fondo, se trata de una interpretación neutralizante “reforzada” con un mandato

²⁸⁰ Sobre el carácter reconstitutivo de las decisiones de conformidad bajo reserva neutralizante *vid. P.AVRIL y J.GICQUEL: op. cit.*, p.126 quienes afirman que “...*en final, la loi est déclarée conforme, mais au prix (...) de sa réécriture.*” El subrayado es de los autores citados.

específico de adopción. Estas precauciones no son ciertamente gratuitas en un sistema que, como hemos repetido varias veces, no cuenta con instrumentos de relación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional.

Entre las llamadas interpretaciones directivas se incluyen las exhortaciones dirigidas al legislador²⁸¹ en las que se ordena al mismo que cambie el contenido de una disposición en un determinado sentido de forma constitucionalmente adecuada²⁸². Aunque este tipo de decisiones aparecen comentadas al tratar de las decisiones de conformidad bajo reserva, en realidad, y como hemos visto, se trata de sentencias de no conformidad²⁸³ en las que, junto con las órdenes dirigidas al legislador se declara la inconstitucionalidad de los preceptos legales, pues de otro modo no puede abrirse el “*contrôle à double détente*” y permitir que el legislador reconsidere su postura a la luz del juicio de constitucionalidad emitido por el Consejo.

A ello hay que recordar que el Presidente de la República tampoco tiene en estos casos la obligación de reenviar la ley inconstitucional al Parlamento con lo que muy podría ser que el texto se promulgase con las disposiciones inconstitucionales amputadas y que las órdenes al legislador tuviesen que surtir efecto en una regulación posterior que desarrollase, complementase o derogase la primera ley²⁸⁴, casi equiparándose en este caso la decisión del Consejo con las “*sentenze monito*” italianas o las *Appellentscheidungen* alemanas.

Como sucede en otros modelos de derecho comparado a menudo a cada decisión del Consejo Constitucional no le corresponde necesariamente una sola categoría de interpretación “*sous réserve*”. En muchos pronunciamientos concurre más de un tipo de decisión de conformidad hasta el extremo de que en la Decisión 80-127 DC, de 19 y 20 de enero de 1981 (“*securté et liberté*”), verdadero punto de inflexión en la implantación

²⁸¹ P.BON: *op. cit.*, p.162; F.MODERNE: *op. cit.*, p.111.

²⁸² Como ejemplos se pueden citar la Decisión 83-164 DC, de 29 de diciembre de 1983 (*perquisitions fiscales*) y la Decisión 84-181 DC, de 10 y 11 de octubre de 1984 (*enterprises de presse*). Ambas recogidas y comentadas en L.FAVOREU y L.PHILIP: *les grandes décisions...*, *op. cit.*, pp. 546-570 y pp.589-612, respectivamente.

²⁸³ F.MODERNE: *op. cit.*, p. 111.

²⁸⁴ Otra modalidad posible es que el legislador desarrolle *motu proprio* y sin exhortación una regulación amparada en una interpretación bajo reserva de conformidad neutralizante que el Consejo Constitucional hubiese señalado al fiscalizar una ley anterior. *Vid.* TH. DI MANNO: “L’influence des réserves ...” *op.cit.*, pp. 262-265.

de decisiones intermedias dentro de la tradición del Consejo Constitucional francés, se pueden aislar reservas de interpretación neutralizante²⁸⁵, de interpretación constructiva²⁸⁶ y de interpretación directiva²⁸⁷.

11. La ejecución de las decisiones del Consejo e instrumentos de sujeción.

Tal como hemos avanzado, una de las características más insólitas del control de constitucionalidad en Francia viene referida a la inexistencia de mecanismos formales que relacionen al Consejo Constitucional con las instancias administrativas, ejecutivas y judiciales encargadas de aplicar la ley.

La plena efectividad de las decisiones del Consejo Constitucional parece no quedar asegurada. El ordenamiento jurídico no prevé ninguna sanción para evitar que el resto de órganos se desvíen del criterio del Consejo y ni tan sólo se contemplan vías adicionales que faciliten, una vez la norma enjuiciada se encuentra ya en vigor y produce plenos efectos, la supervisión de la jurisdicción constitucional de lo que por esta instancia ha sido establecido.

Todos los autores coinciden (*vid. supra.*) en que la falta de conexión formal no ha sido obstáculo para que las decisiones del Consejo Constitucional sean respetadas y que la jurisprudencia constitucional se extienda por todos los sectores del Derecho. La primacía de la Constitución según la interpretación del Consejo queda salvaguardada aunque a la unidad del ordenamiento, como apunta DRAGO, no le corresponda una plena unidad jurisdiccional o, al menos, una relación entre jurisdicciones²⁸⁸.

²⁸⁵ Por ejemplo, el art. 55 de la ley recurrida establecía que el juez de instrucción se sometía a un control general por parte de la “Chambre d’accusation”, control que el Consejo desvirtuó al interpretar que no podía tener por efecto guiar la decisión del juez ni reformarla. *Vid. D.AMIRANTE: op. cit., p.193; L.FAVOREU y L. PHILIP: les grandes décisions..., op. cit.,437; J.J.FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, op. cit., p 167.*

²⁸⁶ Así el Consejo Constitucional, a las obligaciones que recaen sobre el magistrado que autoriza la prolongación de 24 horas de prisión provisional, añadió la obligación de examinar el expediente de la persona detenida y reconoció el derecho del detenido a que se advirtiese al fiscal de cualquier diligencia en materia de control de identidad de aquél. L.FAVOREU y L. PHILIP: *les grandes décisions..., op. cit., pp. 446-449.*

²⁸⁷ Se exhorta al juez a liberar al detenido o a complementar información en caso que no prospere el recurso del fiscal en determinados procedimientos. L.FAVOREU y L. PHILIP: *les grandes décisions..., op. cit., p.437..*

Estamos ante un sistema en el que pocos desequilibrios se aprecian y, siguiendo con la filosofía de los modelos “estructurados”, es consecuente, entonces, que la preocupación por añadir fórmulas de sujeción a los pronunciamientos del Consejo ocupe una posición secundaria. Si estallase un enfrentamiento institucional o se hubiese aventurado la consumación de un conflicto latente, a bien seguro que el mantenimiento del orden constitucional hubiese exigido la introducción de dispositivos de garantía frente a decisiones opuestas al Consejo, o al menos esta cuestión hubiese insuflado el debate político.

Pocas propuestas pueden invocarse en este sentido: sólo a principios de los noventa —y más para asegurar una completa coherencia en cuestiones de derechos fundamentales que por desconfianza en la jurisdicción ordinaria— fueron planteadas algunas iniciativas de revisión constitucional con el fin de establecer un control *a posteriori* bajo fórmulas análogas a la cuestión de inconstitucionalidad, pero semejante proyecto — ya de sí muy restrictivo y concebido con previa filtración del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación dependiendo del orden jurisdiccional de donde partía la cuestión— no prosperó ni en 1990, primero, ni en 1993, cuando las dos cámaras desecharon el examen de este aspecto del proceso constitucional al temer tanto una acumulación de asuntos que saturase la actividad del Consejo Constitucional, como una nueva fuente de control sobre un legislativo ya bastante atezado.

Pese a no haber prácticamente ninguna constancia de enfrentamiento interpretativo entre el Consejo Constitucional y los demás órganos, uno de los únicos puntos sobre el que la doctrina suele alertar afecta, en concreto, a las decisiones de conformidad bajo reserva²⁸⁹. El problema se atenúa (*vid supra.*) porque las decisiones del Consejo obligan

²⁸⁸ G.DRAGO: *op. cit.*, p.289.

²⁸⁹ *Vid.* L.FAVOREU: “La décision de constitutionnalité...”, *op. cit.*, p.630. En general la influencia de las decisiones de conformidad bajo reserva se extiende sin ninguna oposición entre las instancias aplicativas sean administrativas o judiciales. Con todo, TH.DI MANNO señala algunas excepciones en las que la recepción de la reserva por parte de los aplicadores se encuentra alterada. Estas excepciones —que éste autor denomina a modo de Roland Barthes “el grado cero” de la influencia de la reserva—, se agrupan entorno a tres posibilidades: la primera es que la reserva no sea asimilada por los jueces o por la Administración por ignorancia o desconocimiento de la misma. Así por ejemplo en la decisión n.93-323 DC de 5 de agosto de 1993, el Consejo Constitucional admitió la constitucionalidad del artículo 78.2 del código de procedimiento penal relativo a la verificación de la identidad pero con una reserva en la que el Consejo Constitucional subrayaba la obligación de la autoridad judicial de solicitar las razones que habían conducido a la policía a requerir la identificación de una persona. Parece ser que, a

en toda su extensión y no hay diferencia entre sentencias estimativas y desestimativas. Pero sin resortes institucionales esto no es suficiente. ¿Cómo asegurar que administración y jueces observen no sólo lo que el Consejo declara inconstitucional sino *también la interpretación* que el mismo Consejo Constitucional practica sobre una ley que se mantiene en el ordenamiento? Que no haya mecanismos directos de supervisión *a posteriori* de la aprobación de la ley —y de su aplicación realizada por las instituciones— no impide que se promueva la uniformidad en la interpretación de las disposiciones previamente enjuiciadas por el Consejo Constitucional mediante algunas técnicas y usos indirectos.

Para empezar, las circunstancias de sometimiento a la decisión del Consejo Constitucional pueden ser diferentes en el caso del poder ejecutivo y de la administración que en el caso de los órganos judiciales. A menudo las interpretaciones realizadas por el Consejo Constitucional recaen sobre el Gobierno o sobre órganos de la administración con poder normativo que son expresamente incluidos y mencionados en los considerandos de la sentencia.

Dada la autoridad del Consejo Constitucional y la nitidez del emplazamiento (lo que ocurre generalmente en las interpretaciones bajo reserva directiva) muy difícilmente el órgano aludido se apartará de lo indicado. Además, si se requiere una actuación positiva de alguna de estas instancias, por ejemplo, de la elaboración de un reglamento por parte del Gobierno o de un ministro que contemple las condiciones impuestas por el Consejo Constitucional al controlar la ley previa, el Consejo de Estado siempre podrá confirmar que las orientaciones del Consejo Constitucional han sido respetadas (o, por el

la práctica, la autoridad judicial raramente cumple con esta exigencia simplemente por no conocer el contenido de la mencionada decisión. La segunda posibilidad radica en que se prescinda de la reserva interpretativa por omisión, por ejemplo cuando la interpretación, dirigida a una autoridad normativa, requiera de un desarrollo reglamentario que no se produce. Finalmente, el tercero de los supuestos se refiere a la oposición activa a la reserva introducida por el Consejo Constitucional adoptando por parte de la autoridad aplicativa una decisión contraria a la establecida por el juez constitucional. Como avanzábamos, prácticamente no hay ejemplos de una rebelión contra una reserva (a diferencia de lo ocurrido en Italia), lo más que ha podido vislumbrarse han sido reacciones en contra de las apreciaciones interpretativas del Consejo Constitucional vertidas por miembros de alguna institución (por ejemplo del Consejo superior del Audiovisual) pero sin ningún reflejo en la actuación del órgano. *Vid.* TH.DI MANNO: “L’influence des réserves...”, *op. cit.*, pp. 205-219.

contrario, han sido omitidas) en el dictamen al que se someten los decretos o las circulares ministeriales²⁹⁰.

En cuanto a la jurisdicción ordinaria y a la jurisdicción administrativa algunos indicios contribuyen también a afirmar que la interpretación sugerida por el Consejo Constitucional no será eludida ni refutada. Se insiste, en general, en la llamada “teoría de la colaboración” entre la jurisdicción constitucional y los distintos órdenes judiciales con el fin de evitar disfunciones que alteren la unidad del ordenamiento jurídico²⁹¹. La teoría de la colaboración proyecta al ámbito constitucional una estructura que tiene su origen en las relaciones entre los distintos órdenes judiciales: así como un juez administrativo debe respetar la decisión de un juez penal cuando conoce de un proceso en el que ya ha recaído sentencia de éste último, también el conjunto de jueces deben respetar los mandatos del Consejo Constitucional en el momento de aplicar la ley, sean cuales sean las reservas interpretativas que la jurisdicción constitucional haya interpuesto. De hecho, y pese a los augurios pesimistas que antes indicábamos, la irrupción de las reservas de interpretación ha impulsado el conocimiento y el respeto por parte del juez de las decisiones del Consejo Constitucional²⁹² (cuando no ha exigido de una actividad judicial de interpretación complementaria a la ofrecida por aquél).

Otro de los indicios que permiten presumir una cierta uniformidad en la aplicación de la ley por parte de los jueces lo encontramos en las cuestiones que los jueces pueden dirigir a la Corte de Casación en caso de dudas sobre la interpretación de una ley. Esta posibilidad se había apuntado a nivel teórico como vía para articular las relaciones entre los jueces y el Consejo Constitucional [inspirándose en la cuestión prejudicial frente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (actualmente prevista en el art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea)]²⁹³, propuesta que no prosperó en ese ámbito pero sí

²⁹⁰ G.DRAGO: *op. cit.*, p.242.

²⁹¹ J-C ESCARRAS: “ Sur deux études italiennes: de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnalité” en *Annuaire international de justice constitutionnel*, vol. II, 1986, pp. 15-33.

²⁹² Así. T.S.RENOUX: “La jurisdicción ordinaria francesa y la Constitución: ¿indiferencia, convergencia o competencia?”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.7, 1999, pp 67 y 73-72.

²⁹³ G.DRAGO: *op.cit.*, p.289

en el seno de la jurisdicción ordinaria (Art. L 151-1 y ss. del *code de l'organisation judiciaire* introducido por ley de 15 de mayo de 1991)²⁹⁴.

La presencia de esta cuestión interpretativa elevada a la Corte de Casación se extiende a aspectos de legalidad pero no se excluye que allane el terreno para eventuales dudas sobre las reservas a las que el Consejo Constitucional haya sometido a un texto legal garantizándose (mediante la Corte de Casación) su aplicación uniforme por parte de los jueces inferiores. La existencia de este instrumento parece potenciar la idea de coherencia en la recepción de los criterios de interpretación constitucional de la ley.

Hay un aspecto sobre la aplicación judicial que antecede a todas estas observaciones y que debe ser recordado. En Francia, la influencia de la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional sobre otro órgano jurisdiccional viene ensombrecida por el poderoso tabú del rechazo a la eficacia vinculante del precedente: cualquier decisión que se fundamente en referencia exclusiva a lo establecido por otro tribunal queda vedada y las alusiones formales a la “jurisprudencia” son extrañas en el razonamiento del juez²⁹⁵.

Incluso en el caso que acabamos de mencionar sobre la cuestión interpretativa planteada ante la Corte de Casación la respuesta de éste órgano no goza legalmente de eficacia normativa (ni para el juez que formuló la cuestión) aunque de hecho se encuentre dotada de una gran fuerza persuasiva. La situación, no obstante, varía en el caso de las decisiones del Consejo Constitucional al quedar establecido por el art. 62 de la Constitución Francesa que las resoluciones de dicho órgano obligan a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Esta previsión no ha evitado primero, la pretensión teórica de justificar la vinculación a las resoluciones del Consejo Constitucional no sobre la base de la eficacia normativa de una decisión emanada de un órgano jurisdiccional sino entendiendo que al ignorar la interpretación que el Consejo Constitucional hace de la ley se ignora la misma regla legal²⁹⁶, y,

²⁹⁴ X.BACHELLIER y M.-N. JOBARD-BACHELLIER: *La Technique de cassation*, París, Dalloz, 1994, pp.17-18 citado por M.TROPER y C.GRZEGORCZYK: “Precedent in France” en N.MACCORMICK y R.SUMMERS: *Interpretative Precedents. A comparative study*. Ashgate, Hants-Vermont, 1997.

²⁹⁵ M.TROPER y C.GRZEGORCZYK: *op. cit.*, pp. 112 y 115-119.

²⁹⁶ Existe otra variante que consiste en atribuir a la violación de una sentencia del Consejo Constitucional una violación de una regla de orden público general siendo, por tanto, sancionable por la Corte de Casación. G.DRAGO, *op. cit.*, p.315.

segundo, que pese a la influencia de la doctrina del Consejo Constitucional en la jurisprudencia ordinaria los jueces se resistan a mencionar formalmente la decisión del Consejo Constitucional en la motivación de sus sentencias²⁹⁷.

12. ¿Ausencia de “reconstrucción aplicativa”?

Una vez la ley se encuentra en vigor, el Consejo Constitucional no cuenta —dejando a un lado las excepciones ya apuntadas— con ninguna posibilidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley. Carece, además, de instrumentos formales para asegurar la aplicación de la ésta a norma en los términos que él ha establecido en el juicio sucedido antes de la promulgación.

Estos son los dos grandes rasgos que desconciertan al espectador externo y motivan sus interrogantes sobre la idoneidad del modelo para adaptarse a las circunstancias cambiantes que impone la práctica. No faltan autores que han mostrado sus pocas preferencias por esta fórmula de control de constitucionalidad de las leyes, ¿pero en qué se basan sus suspicacias? Sería difícil aunar un haz de críticas comunes aunque tal vez una de las intuiciones es que la ausencia de conexiones entre el Consejo Constitucional y los jueces descuida el control sobre *la experiencia aplicativa que la ley conlleva* con lo que queda sesgado un elemento clave de la interpretación jurídica.

Remontándonos a las primeras fases de este estudio, veíamos como la asignación de significados de una ley dependía de una experiencia aplicativa frente a la cual el intérprete presentaba una reconstrucción de normas. El caso concreto con el que la realidad desafía al intérprete presiona la comprensión y canaliza una nueva respuesta. No es que un control puramente abstracto de la ley como el que podemos imaginar que ejerce el Consejo Constitucional desmienta esta operación, ya que formular significados también depende de un escenario concreto y de una tradición jurídica que los jueces constitucionales intentan armonizar. Lo que sucede es que la concreción (y por tanto la producción de significados) se realiza a otro nivel, pero a un nivel seguramente incompleto para un texto legal cuya reconstrucción debe confrontarse con la realidad

²⁹⁷ TH.DI MANNO: “L’influence des réserves...”, *op. cit.*, p. 246 y pp. 252-253 alude al método de recepción implícita de las reservas del Consejo Constitucional en las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte de Casación.

inmediata a la que se aplica. Es en esta tarea de mediación que un juez, al resolver el conflicto con sus antecedentes de hecho y su apropiación global del ordenamiento jurídico, aporta nuevos elementos de sentido y valor.

Que el Consejo Constitucional sólo intervenga antes de la promulgación de la ley impide que los elementos sobrevenidos de interpretación que surjan del contraste de la ley con la realidad sean tenidos en cuenta, problema que se apacigua cuando la jurisdicción constitucional cuenta con instrumentos que permitan una reconstrucción normativa de la ley (o la revisión de las reconstrucciones elaboradas por las instancias judiciales) estimando las condiciones que proceden de la aplicación al caso concreto.

En esta tesitura, procedimientos constitucionales como la cuestión de inconstitucionalidad muestran todo su potencial, potencial especialmente llamativo cuando existen mecanismos típicamente abstractos de control de constitucionalidad (como el recurso de inconstitucionalidad) conviviendo con la posibilidad de elevar futuras cuestiones de inconstitucionalidad sobre la misma ley que fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad anteriormente desestimado.

¿Pero queda en Francia depurada toda reconstrucción aplicativa de la ley sobre un conflicto planteado en la realidad inmediata? La ausencia de canales entre el Consejo Constitucional y los jueces, una vez la ley está ya promulgada, distorsiona la comunicabilidad de significados en el sentido “ascendente” (es decir, de los tribunales ordinarios a la jurisdicción constitucional) que influyen en la impresión de significados elaborada por la jurisdicción constitucional y, por supuesto, bloquean en parte el margen de revisión que ostenta la jurisdicción constitucional sobre el resultado interpretativo al que los jueces han llegado al aplicar la ley²⁹⁸. Con todo y con ello, suele reconocerse que el uso de conceptos que el Consejo Constitucional puede manejar es producto de una tradición jurídica heredada de las construcciones definidas por el Tribunal de Casación o por el Consejo de Estado. Se habla entonces, al referirse a esta construcción de significados tributaria de la dogmática preexistente, de un “derecho vivo contextual” más endeble que la interacción provocada en los sistemas en los que los jueces han

²⁹⁸ TH. DI MANNO: *Le juge constitutionnel ...*, *op. cit.*, p. 192 y p 468; J.C ESCARRAS: “Sur deux études...”, *op. cit.*, p. 32 y T.S RENOUX: *op. cit.*, p. 75, coinciden en señalar algunos

consolidado una interpretación legal al aplicar la norma con anterioridad al control ejercido por la jurisdicción constitucional. El Consejo Constitucional, pese al “derecho viviente contextual”, depende, pues, *menos de una interpretación aplicativa previa* que en los sistemas de control de constitucionalidad *a posteriori*.

Nada de esto quiere decir que los jueces, al combinar las circunstancias del caso con una “precomprensión” de la ley y del juicio previo de constitucionalidad (si lo hay), no generen nuevos elementos interpretativos que se añadan, maticen y reformulen el contenido significativo del precepto a aplicar. Esto es consustancial a la función judicial, pese a que el prejuicio de la tradición no lo haga consciente.

El caso concreto siempre puede forzar al juez a interpretar, por ejemplo, la propia interpretación bajo reserva con la que el Consejo de Constitucionalidad ha adecuado la ley a la Constitución, con el *handicap* de que no existen, más allá de lo aventurado, mecanismos regulares para controlar esta nueva impostación interpretativa.

En el sistema italiano, la *Corte Costituzionale* debía encajar la interpretación constitucional de la ley que ella misma proponía con la interpretación arrojada por la jurisdicción ordinaria en los avatares de la *praxis*. La interpretación constitucionalmente conforme debía amoldarse en la medida de lo posible al “derecho viviente” con lo que el margen de maniobra de la *Corte Costituzionale* era más estrecho y el equilibrio de bienes a respetar hacía de la tarea hermenéutica una operación más intrincada.

El Consejo Constitucional, en cambio, no encuentra formalmente con ninguna restricción derivada de prácticas interpretativas anteriores²⁹⁹. Esta aparente holgura en la atribución de significados al texto legal no se ha traducido en una facultad interpretativa de alcance ilimitado que se impregne de consideraciones sin relevancia constitucional —así decisión n.91-298 DC de 24 de julio de 1991 en la que el Consejo reconoce su ámbito interpretativo “*dans la mesure où cette interprétation est nécessaire à l’appréciation de sa constitutionnalité*”—, aunque ello ha sido consecuencia de una autorrestricción que no de un contrapeso institucional.

ejemplos de recepción por parte de la jurisdicción constitucional de soluciones judiciales consolidadas en la Corte de Casación o en el Consejo de Estado.

²⁹⁹ TH.DI MANNO: *Le juge constitutionnel...*, op. cit., p. 46

13. Control de convencionalidad de las leyes. Especial referencia al CEDH.

En principio el Consejo Constitucional ejerce el control de constitucionalidad antes de la promulgación de las leyes (con algunas excepciones tasadas en cuestiones de reserva reglamentaria) sin que el resto de autoridades judiciales puedan cuestionar de nuevo la inconstitucionalidad de la ley o inaplicarla en caso de que la consideren contraria a las normas constitucionales, incluyendo los derechos fundamentales en los términos previstos en el preámbulo de la Constitución de 1958.

Ya hemos expuesto cómo influyen las decisiones del Consejo Constitucional en la jurisdicción ordinaria y administrativa y cómo éstos reciben, pese a la ausencia de instrumentos formales de conexión, los criterios y los matices que el Consejo Constitucional incorpora en una decisión bajo reserva.

En materia de derechos humanos, y en paralelo a esta estructura de control de constitucionalidad, en Francia va abriéndose paso lenta, pero decididamente, la idea de situar en manos de la jurisdicción ordinaria el control de conformidad de la ley a los preceptos de CEDH³⁰⁰, entreviéndose, de este modo, una nueva especie de control *a posteriori* sobre la actividad del legislador impregnado de características propias.

³⁰⁰ Sobre el control de conformidad de la ley al contenido del CEDH por parte de los jueces en Francia encontramos una serie de artículos que, tratando en general sobre la influencia del CEDH en el ordenamiento jurídico interno se adentran en algunas consideraciones entorno a la solución de inaplicabilidad de las leyes cuando se oponen al mencionado Convenio. *Vid.* R.ABRAHAM: “L’applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative” en *Revue Universel des Droits de l’Homme*, vol. 3, n. 7-9, 1991, pp. 275-280; M.FABRE y A.GOURON-MAZEL: *Convention européenne des droits de l’homme. Application par le juge français, 10 ans de jurisprudence*, Litec, Paris, 1998; F.FERRAND: “La convention européenne des droits de l’homme et la Cour de Cassation Française” en *Revue internationale de droit comparé*, n.3, 1995, pp. 691-704; J.F. FLAUSS: “Droit Constitutionnel et Convention européenne des droits de l’homme”, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 30, 1996, pp. 377-399; F.SUDRE “L’influence de la Convention européenne des droits de l’homme...”, *op. cit.*, pp.259-274. M.PELLONPÄÄ ofrece un análisis comparado entre la aplicación del CEDH en Francia y en Finlandia muy útil para el lector extranjero al presentar de forma sintética los rasgos principales de los dos sistemas (la simplificación resulta asimismo apropiada para adentrarse en el control francés de convencionalidad de las leyes), *vid.* M.PELLONPÄÄ: “La Convention européenne des droits de l’Homme: quelques réflexions comparatives entre la Finlande et la France”, en *Revue internationale de droit comparé*, n.3, 1995, pp.669-679.

¿Cómo se ha llegado a esta fase en la evolución de la aplicación del CEDH y del papel del juez ante una posible contradicción entre precepto legal y el Convenio?. En primer lugar, hay que destacar el *fundamento constitucional* que inspira esta solución: El artículo 55 de la Constitución Francesa dispone que los tratados y acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, rango superior al de las leyes, si bien a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

Dos son, pues, los aspectos que del artículo 55 CF dimanar: por un lado queda consagrado el sistema monista de incorporación del derecho internacional al ordenamiento francés, exigiendo únicamente la publicación del Tratado para su recepción en Derecho interno³⁰¹ —luego, sin necesidad de acto legislativo interpuesto— y, por otro lado, el mismo precepto *proclama la primacía del tratado sobre la ley francesa* bajo la condición de reciprocidad.

Como consecuencia de esta regulación, y del principio de primacía del tratado internacional, en caso de conflicto entre un tratado en vigor y una ley las autoridades judiciales están obligadas a inaplicar los preceptos legales contrarios al tratado. Los jueces ejercen así un verdadero *control* sobre la actividad legislativa, conocido como control de “convencionalidad” de las leyes (*contrôle de conventionnalité des lois*) cuyo parámetro de enjuiciamiento incluye el conjunto de tratados internacionales ratificados por la República Francesa y ulteriormente publicados que cumplan determinados requisitos. El principio de sujeción de los jueces a las leyes queda, por esta nueva vía, relativizado.

Estas apreciaciones se extienden a textos internacionales aplicables por la jurisdicción francesa (ordinaria y administrativa) que pueden contribuir al desplazamiento de una ley contraria a los mismos. Entre ellos se encuentra el CEDH, uno de los puntales a la hora de abordar la primacía del derecho internacional sobre las leyes en la actividad judicial

³⁰¹ La exigencia de publicación lleva a A.MANGAS MARTÍN a calificar el sistema francés de “monismo moderado” por contraste de lo que sería el “monismo puro” en el que la recepción en el derecho interno se produce desde la misma ratificación del Tratado. *Vid.* A.MANGAS MARTÍN: “La posición de los Ordenamientos Internos respecto al Derecho Internacional” en M.DÍEZ DE VELASCO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, p.191.

de control, pues en el Convenio de Roma de 1950 confluyen todas las condiciones que pueden dar lugar a la inaplicabilidad de la ley. No estamos hablando aquí sólo de cómo el CEDH ha inspirado la interpretación del ordenamiento jurídico francés en los diversos órdenes, sino también, y en particular, de cómo la incompatibilidad del CEDH con la ley exceptúa la sujeción de los jueces a la misma.

El CEDH resulta especialmente idóneo para satisfacer las condiciones que, según indica la doctrina, exige la aplicabilidad de un tratado: presenta el suficiente grado de concreción como para ser invocado ante los tribunales, concreción asociada a su carácter de tratado que genera derechos individuales, y cumple, asimismo —aunque ello haya sido objeto de discusión— con la reserva de la reciprocidad.

Que el Convenio Europeo genera derechos individuales se extrae de su artículo 1 al declarar que “las Altas Partes Contratantes *reconocen a toda persona* dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”, lo que distingue al Convenio de Roma de otras formulaciones contenidas en instrumentos internacionales como, por ejemplo, la Carta Social Europea de 1961 en las que las Partes Contratantes se limitan sólo a reconocer como *objetivo* de su política el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios que se expresan en la Carta sin que la atribución de derechos subjetivos a la persona quede confirmada.

El carácter preciso de algunas disposiciones del CEDH, y en particular de los derechos del Título I, facilitan su alegación directa frente a las autoridades administrativas y judiciales sea como oposición a un acto administrativo, a una norma general (reglamentaria o legal), o a actos de particulares³⁰².

Más controvertido es el cumplimiento de la condición de reciprocidad por parte de los Estados miembros del CEDH. El artículo 55 de la Constitución Francesa parece vincular el rango superior del Tratado sobre la ley —y, por tanto, la posibilidad del control de convencionalidad de las leyes— a la aplicación del instrumento internacional por la otra o las otras partes.

³⁰² R.ABRAHAM: *op. cit.*, p. 276.

Diversas interpretaciones se conjugan entorno a este artículo. Una interpretación muy rigurosa llevaría a condicionar la primacía del Tratado y el desplazamiento de la ley francesa en caso de contradicción, a que en el resto de Estados miembros del Convenio también se ejerciese un control de conformidad del derecho interno al Tratado en condiciones análogas, es decir, que si en Francia se inaplica una ley por contradecir el Tratado, la misma consecuencia sea prevista por el ordenamiento jurídico interno de la otra parte contratante.

Una interpretación más flexible vendría únicamente a observar si el Convenio es de efectiva aplicación en la parte o el resto de partes que lo suscribieron sin atender a cómo queda garantizada la eficacia del tratado en los ordenamientos jurídicos del resto de estados miembros.

Pese a la discusión que podría entablarse a partir de los términos en los que el art. 55 CF está redactado, la tendencia es la de exceptuar este instrumento de la reserva de reciprocidad. Varios son los argumentos reseñados: primero, la inmensa carga de conocer por parte del juez las condiciones de aplicación del CEDH en el resto de Estados que lo ratificaron (dificultad equiparable a la de cualquier tratado multilateral) para proceder al control de convencionalidad. Segundo, la exclusión de la exigencia de reciprocidad en las convenciones relativas a la protección de los derechos del hombre según el derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena de 1969 (art. 60.5) y, tercero, la propia manifestación del TEDH contraria a la verificación por parte de las autoridades internas de las condiciones de aplicación del CEDH en el resto de Estados miembros³⁰³: según el TEDH³⁰⁴, el CEDH se distingue de los tratados internacionales clásicos al desbordar el marco de la simple reciprocidad de las Partes contratantes. El Convenio de Roma crea, en los términos de su preámbulo, obligaciones subjetivas en beneficio de una “garantía colectiva”³⁰⁵.

La aplicación del CEDH por parte de los jueces franceses y su eventual primacía sobre las leyes en caso de discordancia queda, hechas estas precisiones, fuera de dudas. Ahora

³⁰³ P.ROLLAND: “L’interpretation de la Convention” en *Revue Universel des Droits de l’Homme*, vol 3, n. 7-9, 1991, p.285.

³⁰⁴ Caso *Irlanda contra Reino Unido*, de 18 de enero de 1978. Serie A, vol. 25.

bien, ¿cómo se han ido consolidando estas circunstancias en la práctica?. Francia ratifica el CEDH con relativa tardanza (1974) y no aceptará la competencia de la Comisión para reconocer del recurso individual hasta 1981 (según la fórmula facultativa del art. 25 CEDH, antes de la ratificación del Protocolo adicional n.11), lo que tendrá sus repercusiones en la influencia del Convenio sobre los jueces y, en concreto, sobre el juez administrativo.

Por otra parte, ya desde la decisión n. 74-54 de 15 de enero de 1975 (*Interruption volontaire de grossesse*), el Consejo Constitucional confirmó el principio de primacía del tratado en caso de disconformidad con la ley (según el art. 55 de la Constitución Francesa), *al tiempo que se declaró incompetente para controlar la conformidad de la ley al CEDH* recayendo esta competencia sobre los jueces ordinarios³⁰⁶. La inhibición del Consejo Constitucional no es obstáculo para retener dos atribuciones:

La primera, referida al Derecho Internacional general, se encuentra contemplada en el artículo 54 de la misma Constitución Francesa, se trata del juicio de adecuación de los acuerdos internacionales a la Constitución practicado por parte del Consejo Constitucional con carácter previo a la ratificación del tratado. En caso que el Consejo Constitucional aprecie la disconformidad del acuerdo con la Constitución la autorización para la ratificación del tratado no podrá darse sino después que la Constitución haya sido revisada. La diferencia con el control de convencionalidad ejercido por los jueces estriba en el objeto: los jueces controlan la conformidad de la ley al convenio internacional, mientras que en el mecanismo del art. 54 CF el objeto de control es la propia Constitución y el Tratado cuyo juicio conduce a *a)* no apreciar incompatibilidad alguna entre la Constitución y el Tratado, *b)* a revisar la Constitución o bien *c)* a la no ratificación del Tratado.

³⁰⁵ R.ABRAHAM: *op. cit.*, p.279; F.SUDRE: *op. cit.*, p.259.

³⁰⁶ T.S.RENOUX: *op. cit.*, p.72. En discusiones recientes, la doctrina ha apreciado la necesidad de que el Consejo Constitucional abandone la jurisprudencia que estableció en la decisión n.74-54 DC de 15 de enero de 1975 e incluya las Convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos (como el CEDH) como parámetro de control de las leyes. *Vid.* G.CARCASSONNE: “Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n. 74-54 DC du 15 de janvier 1975?” y, con el mismo título, B.GENEVOIS: “Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n. 74-54 DC du 15 de janvier 1975?” ambos en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.7, 1999, pp.93-108.

En segundo lugar, el CEDH puede perfilarse como parámetro de enjuiciamiento en la actividad del Consejo Constitucional al menos en un caso: cuando el Consejo Constitucional actúa como juez ordinario en materia electoral. En ese marco la aplicación de los derechos reconocidos en el art. 3 del Protocolo adicional 1 al CEDH (asociados al derecho al sufragio) sí que podría considerarse por el Consejo Constitucional y apoyar en este precepto un eventual desplazamiento de la ley.

Sentada ya la competencia de la jurisdicción ordinaria y, en última instancia, del Tribunal de Casación y del Consejo de Estado, en el juicio de conformidad de las leyes francesas al CEDH queda por ver cómo a evolucionado esta facultad. En materia civil y penal la primacía del CEDH sobre las leyes francesas es apreciada por la jurisdicción ordinaria poco tiempo después de la ratificación del CEDH (decisiones *Respino* de la Corte de Casación de 3 de junio de 1975 y *Baroum Cherif* de 5 de diciembre de 1978³⁰⁷). Las reticencias en el Consejo de Estado fueron mayores: el reconocimiento francés de la competencia de la Comisión del Consejo de Europa para conocer del recurso individual en 1981 tuvo un peso determinante en la nueva línea jurisprudencial. Después de ocho años en los que el juez administrativo evitó pronunciarse sobre la inaplicación de la ley en casos de contradicción con el CEDH, Francia llegó, por este motivo, a ocupar el segundo lugar en las reclamaciones de particulares ante la Comisión³⁰⁸. Finalmente, el impacto (seguramente exagerado) de la decisión *Nicolo* de 20 de octubre de 1989 por la que se consideró incompatible la ley de 7 de julio de 1977 relativa a la elección de los representantes de la Asamblea de Comunidades Europeas con el entonces artículo 227-1 de Tratado de la Comunidad Económica Europea, repercutió en la apreciación de que el CEDH (como sucedía con el TCEE, a raíz del asunto *Nicolo*) era un tratado cuya contradicción con una ley francesa podía conllevar la inaplicación de ésta última. Si bien hasta entonces el Consejo de Estado había estimado que los jueces administrativos podían inaplicar por contradecir el CEDH las disposiciones legislativas promulgadas *con anterioridad* a la entrada en vigor del Convenio Europeo, a partir de 1989 el Consejo de Estado entiende que *también las*

³⁰⁷ F.FERRAND, *op. cit.*, p.691.

³⁰⁸ F.SUDRE: *op. cit.*, p.266.

leyes posteriores a la entrada en vigor del CEDH se encuentran sometidas al control de convencionalidad³⁰⁹.

A lo largo de la pasada década, los tribunales franceses muestran una especial sensibilidad en la aplicación del CEDH³¹⁰, hasta el punto que muy frecuentemente practican, en todos los estratos de la jurisdicción, interpretaciones adecuadas a los derechos del Convenio Europeo de la ley que resulta aplicable al caso. Más insólita es la inaplicación de una ley francesa por contradicción con el CEDH —como sucedió en los antecedentes que acabamos de mencionar— aunque existen un puñado de ejemplos destacables³¹¹ que incluso afectan a tribunales inferiores en casos no susceptibles de casación³¹².

14. Criterios interpretativos.

Una vez impulsado el control de convencionalidad de las leyes en todos los órdenes con la consecuencia de inaplicabilidad de la ley en caso de contradicción con el CEDH —término éste, “inaplicabilidad”, utilizado para evitar referirse a lo que tal vez sea una

³⁰⁹ Vid. R.ABRAHAM: *op. cit.*, p.278; J.BOULOIS: “A propos de l’arret Nicolo”, en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 94, n. 1, 1990, pp. 91-102.; M.PELLONPÁÁ: *op.cit.*, p. 671

³¹⁰ Sobre las condiciones del control de convencionalidad de las leyes por el Consejo de Estado vid. J.P.MARKUS: “Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d’Etat” en *L’Actualité juridique-Droit administratif*, 20 de febrero de 1999, pp. 99-112, quien se muestra muy crítico con la consecuencia de la inaplicabilidad de la ley para el caso de contradicción con el CEDH y aboga por un modelo de interpretación conforme inspirado en el sistema británico, sistema que veremos a continuación.

³¹¹ La Corte de Casación en materia procesal penal apreció la incompatibilidad del art. 546 del Código de procedimiento penal con el art. 6 del CEDH al vulnerar el derecho a un proceso equitativo (sentencias de la Corte de casación de 6 y de 21 de mayo de 1997) así como la incompatibilidad de los artículos. 114.4 y 197 del mismo Código de Procedimiento Penal por contradecir el art. 6 b) CEDH al vulnerar el derecho a disponer de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa.

³¹² La incompatibilidad del art. 374.1 del código civil que atribuye automáticamente a la madre la custodia del hijo natural en caso de separación de la pareja fue considerada contraria a los arts. 8 y 14 CEDH (derecho a la vida privada prohibición de distinción por razón de sexo respectivamente) por el *TGI* de Rochefort-sur-mer, sentencia de 27 de marzo de 1992. Existen otros casos en los que los tribunales inferiores constatan la incompatibilidad de una ley anterior a la ratificación por Francia del CEDH, así las sentencias del *CA* de Poitiers, de 10 de enero de 1992 y del *CA* de Montpellier de 20 de enero de 1992 que señalan la incompatibilidad de la Ley de 10 de julio de 1964 con el art. 11 del Convenio Europeo (libertad de asociación).

abrogación implícita del precepto opuesto al Convenio³¹³— conviene detenerse en el examen de algunas peculiaridades que incorpora el control de conformidad de la ley al CEDH y de los criterios interpretativos que se barajan en esta operación.

El símil con un control de constitucionalidad de las leyes, en este caso control *a posteriori*, no resulta completamente disfuncional para una primera orientación. Estamos ante una ley aprobada por un Parlamento cuyo contraste con el CEDH exige de cautelas análogas al contraste con la Constitución. También en esta sede es invocable una presunción de “convencionalidad” a favor del legislador democrático, un principio de conservación de actos normativos que, por otra parte, ya han producido efectos al encontrarse en vigor, así como la incidencia de técnicas de elisión —correlato de los anteriores principios— que tiendan a evitar la inaplicabilidad de la ley a favor de una interpretación “convencionalmente” conforme.

Pero lo anterior se complementa, de acuerdo con la especificidad del CEDH, con diversas aclaraciones. A este respecto es importante destacar que el control de convencionalidad que eventualmente ejerce el juez francés no se desarrolla aisladamente, sino que por lo común viene precedido de formulaciones interpretativas emanadas del TEDH. Ahora bien, la interpretación de la norma que ofrece el TEDH (sea la disposición que sirve como parámetro de control, sea la disposición objeto de control) se inserta en el *seno de una controversia concreta*. En las instancias de Consejo de Europa, el juicio de convencionalidad no es general y abstracto. En el ordenamiento jurídico interno (en nuestro caso el francés) tampoco. Luego la incidencia del CEDH en el control de las leyes por parte de la jurisdicción ordinaria, provoca *la concreción del juicio de adecuación*, con lo que los efectos tanto de la interpretación “convencionalmente conforme” como de una declaración de incompatibilidad con el CEDH se encuentran más restringidos que el control de constitucionalidad que pueda ejercer en abstracto el Consejo Constitucional. He aquí, pues, como uno de los sistemas de control de constitucionalidad considerados como más generales y abstractos (hasta el punto de asociarse a una implementación de la actividad legislativa) *convive con un control difuso de las leyes practicado por la jurisdicción ordinaria y administrativa*

³¹³ Así, R.ABRAHAM: *op.cit.*, p.278 acerca de la abrogación de leyes anteriores a la entrada en vigor del CEDH, aunque extendible, en el actual estado de cosas, a las leyes posteriores.

sobre la base de un texto internacional³¹⁴ (y de ahí, por ejemplo, la solución de inaplicabilidad).

El ejemplo de Francia no es el primero que abordamos en el que el CEDH tiene repercusiones en el control de la producción legislativa realizado por parte de los jueces del estado respectivo. Recordemos que en Suiza la inaplicabilidad de las leyes federales sólo era declarada por el Tribunal Federal cuando las disposiciones legislativas vulneraban el CEDH. Sin embargo, en Suiza la estructura difusa del control se amoldaba a las condiciones del control de convencionalidad asociado a una controversia concreta. En cambio lo desconcertante del modelo francés es la presencia de un control difuso de convencionalidad de las leyes en manos de los jueces junto a un control abstracto de constitucionalidad en manos del Consejo Constitucional en un ámbito coincidente cómo es el de los derechos. En verdad, las condiciones actuales del control de convencionalidad de las leyes le auguran un futuro prometedor: cómo apunta F.COCOZZA y L.FAVOREU³¹⁵, la evanescencia del sistema francés de derechos fundamentales (con la remisión del preámbulo de la Constitución de 1958 a la Declaración de 1789 y a la Constitución de 1946) junto con el control de constitucionalidad de las leyes retenido en manos del Consejo Constitucional, provoca que los abogados franceses, para favorecer sus pretensiones, invoquen directamente los artículos del CEDH (y no los preceptos constitucionales) forzando el juicio de adecuación de la ley aplicable al litigio a las disposiciones del Convenio de Roma.

En esta serie de observaciones acerca de la interpretación de la ley francesa conforme al CEDH queda por introducir un factor adicional. En la jurisprudencia del TEDH ha venido consolidándose la llamada doctrina del “margen nacional de apreciación” entendida como el reconocimiento a los Estados de un espacio de decisión, no fiscalizable por el TEDH³¹⁶, en el que se admite la introducción de medidas que aún

³¹⁴ F.COCOZZA: “Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle «transfrontière» de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d’une relation structurée.” En *Revue Française de Droit constitutionnel*, n.28, 1996, p. 716; J.F FLAUSS: “Droit constitutionnel et Convention...”, *op. cit.*, 381;

³¹⁵ F.COCOZZA: *op. cit.*, 714.

³¹⁶ Sobre la doctrina del margen de apreciación *vid.*, por todos, H.CH.YOUROW: *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Martinus Nijhoff, La Haya, 1996.

afectando al derecho individualmente protegido no lo lesionen de forma desproporcionada³¹⁷.

Aunque el TEDH haya declarado que el margen de apreciación no es ilimitado y que se encuentra sometida a una interpretación restrictiva, lo cierto es que su alcance no está plenamente perfilado y varía en función de los intereses alegados por el Estado y del derecho que se invoca³¹⁸. En los casos concernientes a la compatibilidad entre el derecho de propiedad y las nacionalizaciones o, en general, la política económica el Estado suele contar con un amplio margen de decisión en el que el TEDH no incide³¹⁹. Los casos referentes a la seguridad nacional también suelen ser tratados de forma parecida³²⁰. En aspectos relativos a la libertad de expresión (Art. 10 CEDH) aunque la doctrina del margen de apreciación es en ocasiones contemplada, su influencia es más variable³²¹.

Bien es verdad que la doctrina del “margen de apreciación” se inscribe en el marco de una corte internacional, cuya actuación es subsidiaria a la de las autoridades nacionales, y cuya posición no es la más indicada —como el propio TEDH ha reconocido³²²— para valorar la oportunidad de aquellas medidas adoptadas por las instancias nacionales en las que se entremezclan cuestiones económicas, sociales y políticas sobre las que sólo los Estados deben decidir. Hechas estas precisiones no parece, con todo, rechazable que en el control de convencionalidad de las leyes ejercido por el juez nacional se aplique una doctrina análoga a la del “margen de apreciación” que maneja el TEDH. La idea, en suma, es que de la misma forma que el TEDH reconoce que no le compete entrar a valorar determinadas medidas que el Estado establece por razones económicas, sociales,

³¹⁷ R.BEDDARD: *Human Rights and Europe*, Grotius Publications, Cambridge, 1993, p. 183.

³¹⁸ R.BEDDARD: *Ibidem*. p.184. En referencia a la diversa aplicación de la doctrina en función del derecho invocado *vid.* P.MAHONEY: "Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin", *57 Human Rights Law Journal* 79 (1990).

³¹⁹ *Vid.* caso *Lithgow y otros* de 8 de julio de 1986, Serie A, vol. 102; caso *Fredin* 18 de febrero de 1991, Serie A, vol. 192.

³²⁰ De hecho, la doctrina del margen de apreciación tiene su origen en la posibilidad de derogación de las obligaciones previstas en el CEDH que el artículo 15 del mismo reconoce a las Partes Contratantes "en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación". *Vid.* H.CH.YOUROW: *The Margin of Appreciation...*, *op. cit.*, pp. 15-21.

³²¹ *Vid.* caso *Handyside* de 7 de diciembre de 1971, Serie A, n.24; caso *Müller y otros*, 24 de mayo de 1988, Serie A, vol 133.

³²² Caso *Buckley* de 25 de septiembre de 1996, en *Judgments, Reports and Decisions...*, vol. 1996-IV, n.16.

políticas, de seguridad, de interés público o de estabilidad de una sociedad democrática, tampoco el juez nacional se encuentra en la posición idónea para incidir en un campo de discrecionalidad que corresponde al legislador aunque eventualmente la acción legislativa afecte a un derecho del CEDH.

Se pensará que esta adaptación de la doctrina del “margen de apreciación” no se aleja demasiado de la clásica deferencia que el juez constitucional debe mostrar hacia la norma aprobada por el Parlamento absteniéndose de incluir en sus razonamientos apreciaciones políticamente sesgadas. Pero aquí la cuestión consiste en determinar justamente si el margen de apreciación que el juez nacional (en nuestro caso el juez ordinario o administrativo³²³) debe respetar *coincide* con la deferencia hacia el legislador que muestra la jurisdicción constitucional o si, en otro sentido, debe ser más prudente y, por tanto, se encuentra menos capacitado para valorar la oportunidad de una medida legislativa aunque afecte a un derecho del CEDH.

En el Reino Unido, cuyo modelo pasaremos a exponer en las páginas siguientes, algunos autores se inclinan por reconocer que una doctrina similar a la del margen de apreciación sostenida por el TEDH debe ser proyectada sobre los jueces nacionales, ello tal vez admitiendo un *test* más estricto para algunos derechos y bajo determinadas circunstancias, pero reconociendo un amplio espacio de discrecionalidad al resto de poderes (legislativo y ejecutivo) cuya corrección las cortes judiciales no pueden entrar a considerar³²⁴.

³²³ H.CH.YOUROW en *The Margin of Appreciation Doctrine...*, *op. cit.*, pp.14-15 demuestra la inequívoca filiación de la doctrina del margen de apreciación manejada por el TEDH con la tradición continental de derecho administrativo y, en particular, con la jurisprudencia del Consejo de Estado francés en lo que concierne al reconocimiento de un ámbito de discrecionalidad al órgano administrativo cuyo acto es enjuiciado.

³²⁴ H.FENWICK: “The Right to protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation” en *The Modern Law Review*, 491 (1999) pp.500-505; D.PANNICK: “Principles of interpretation of Convention rights under the Human Rights Act and the discretionary area of judgment” en *Public Law*, 545 (1999) pp. 548-549. Como destaca H.FENWICK, durante la tramitación de la *Human Rights Act* los conservadores intentaron introducir una enmienda que contemplase la vinculación del juez nacional a la doctrina del margen de apreciación. Aunque la enmienda fue rechazada, no por ello se descarta la aplicación de una versión nacional de dicha doctrina. *vid.* H.FENWICK: *op. cit.*, pp. 501-502. *Vid.* asimismo R.SING, M.HUNT y M.DEMETRION: “Is there a Role for the «Margin of Appretiation» in National Law after the Human Rights Act?”, en *European Human Rights Law Review*, 1 (1999) p. 15 y ss.

En Francia, la posición del Corte de Casación o del Consejo de Estado es más incierta en este punto. Precisamente por el hecho de que el examen de las leyes se encuentra ceñido al parámetro del CEDH no parece que su grado de intervención sea el mismo que el del juez constitucional. Más bien se intuye que sus posibilidades de incidencia sobre la decisión del legislador son menores y tendencialmente próximas a las predicadas por el TEDH.

Si se hubiese perseguido una mayor adecuación de la ley a un sistema de derechos por parte de los jueces en la que el peso de determinadas directrices políticas o económicas fuese menor para asegurar una mayor eficacia del derecho individual no se mantendría el diseño del control de “convencionalidad” con el incierto margen de apreciación que comporta sino que se habría abierto la puerta a un control de constitucionalidad de las leyes sea totalmente difuso o sea incidental en el que los jueces contasen con un mayor abanico de posibilidades para estimar si la actuación legislativa afectaba proporcionalmente al derecho invocado o si desbordaba su contenido *constitucionalmente* reconocido.

Se trataría, pues, de resolver, si el juez actúa frente a una ley como “comisionado” de aplicación del CEDH (con un mayor margen de apreciación para el resto de autoridades) o de si los jueces son, en términos del TEDH, la “autoridad nacional” en cuyas manos se estima plenamente la oportunidad de la disposición legislativa cuando infrinja un derecho CEDH (plano en el que la doctrina del “margen de apreciación” pierde parte de su sentido).

Si se diese ésta última situación sería difícil sostener que el parámetro de control sea sólo el CEDH —ya que en la adopción de éste parámetro se tiene en cuenta el desarrollo doctrinal del TEDH, “margen de apreciación” incluido— sino que habría un claro indicio para creer que en el control instado por los jueces ordinarios también la Constitución se encuentra implicada tanto en su referencia a los derechos fundamentales como en el desarrollo que los mismos derechos han experimentado en las decisiones del Consejo Constitucional.

Considerar al juez nacional francés como un “comisionado” del CEDH resulta, desde el otro cuerno del dilema, también exagerado: para empezar porque el control de

convencionalidad de las leyes se predica de *todo* el Derecho Internacional y deriva de la propia Constitución Francesa. La solución, como suele ocurrir ante cualquier disyuntiva de esta naturaleza, se encuentra en un inaprensible término medio: tal vez no resulte aplicable por el juez francés una doctrina coincidente con la sostenida por el TEDH aunque el grado de deferencia que debe mantener hacia el legislador nacional sea mayor que el exigido a una jurisdicción constitucional.

VII.- NOTAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONFORME AL *CEDH* EN REINO UNIDO Y LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE INCOMPATIBILIDAD PREVISTA EN LA *HUMAN RIGHTS ACT* DE 1998.

Con la referencia al Reino Unido, a la vez que incorporamos a nuestro estudio uno de los sistemas constitucionales más incomprensiblemente abandonados por el derecho constitucional comparado, pretendemos cerrar algunas de las tramas que habíamos alternativamente recorrido a lo largo de nuestro viaje por el panorama europeo de la interpretación constitucional y de las técnicas de decisión que ésta interpretación motiva.

La primera de las evidencias que ha despuntado a lo largo del camino recorrido, nos ha permitido aventurar cómo el proceso de integración europea, entendido en sentido amplio, impulsa en algunos ordenamientos internos la recepción (y, en algunos casos, la constitucionalización) del sistema de derechos del CEDH. El escenario que conduce a la recepción del CEDH presenta muchas similitudes en los diferentes países: ratificación del CEDH (el Reino Unido lo hizo en 1951), aceptación del recurso individual frente a la Comisión (art. 25 CEDH, al que el Reino Unido queda vinculado a partir de 1966) y creciente número de condenas ante el TEDH que obligan a la adopción de medidas en derecho interno³²⁵.

³²⁵ En la polémica que precedió a la incorporación del CEDH mediante la *Human Rights Act* se sucedió un enconado debate entre los partidarios y los detractores de esta medida una de cuyos puntos de enfrentamiento fue el número de condenas del CEDH que había recaído sobre Gran Bretaña, pues los defensores de la *Human Rights Act* veían en el alto número de condenas un argumento definitivo a favor de la integración del CEDH mientras que sus oponentes alegaban que en proporción al índice de población y en función del año de aceptación del recurso individual (1966) el número de condenas no era tan elevado. Bajo este punto de vista el número de condenas recibidas por pequeños países (Suiza, Bélgica) era superior, eso sin contar con estados de dimensiones similares como Italia que superaba a Gran Bretaña en términos absolutos, o como Francia cuya aceptación del recurso individual había sido posterior (1981, *vid. supra.*) pero cuyo número de condenas había sido proporcionalmente mayor al de Gran Bretaña desde entonces. *Vid.* D.J. HARRIS, M.O'BOYLE y C.WARBRICK: *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworth, Londres, 1995, p. 23-24; H.C KRUGER: "Does the Convention machinery distinguish between states which have and have not incorporated it?" en J.P.GARDNER: *Aspects of Incorporation of the European Convention on*

Este proceso, en especial la sombra de una sentencia condenatoria del TEDH, y, al mismo tiempo, la insuficiencia de la Corte de Estrasburgo para garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos en el CEDH cuando el CEDH ni se integra en el derecho interno ni los órganos judiciales del estado miembro se apoyan en los mandatos de la Convención para controlar la actividad de los poderes públicos, constituyen factores de permanente inestabilidad que inducen primero, a la reconsideración y, después, a la instauración de un control “convencional” de las leyes generalmente acompañado de técnicas de decisión (interpretación conforme, decisiones interpretativas) equiparables a las fórmulas utilizadas por las jurisdicciones constitucionales que desde nuestra perspectiva pueden parecer “ortodoxas”, es decir, aquellas que revisan la adecuación de las leyes a las tablas de derechos contenidas en sus respectivas Constituciones.

La luz del CEDH se propaga, así, tanto en los ordenamientos que no contaban con control de constitucionalidad de las leyes (Gran Bretaña y, en cuanto a las leyes federales, Suiza) como en un sistema, como el británico, que hasta el momento incluso carece de Constitución codificada³²⁶.

Human Rights into Domestic Law, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 1993, p.26.

³²⁶ Sólo unas breves alusiones entorno al carácter de la Constitución británica: no es infrecuente caer en el error de pensar que Gran Bretaña cuenta con Constitución pero con una Constitución no escrita. En realidad, la importancia de las convenciones constitucionales no pueden desmerecer el hecho que la estructura constitucional de este sistema descansa primordialmente sobre textos escritos, escritos aunque dispersos. Como *corpus* principal de éstos textos constitucionales británicos suelen citarse la Magna Carta de 15 de junio de 1215, la *Petition of Rights* de 7 de junio de 1628; la *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689; la *Act of Settlement* de 1701, las *Parliament Acts* de 1911 y de 1949, la *European Communities Act* (1972) y, recientemente, la *Human Rights Act* de 1998 de la que nos ocuparemos posteriormente. La dispersión de textos a lo que sí a conducido ha sido a la incertidumbre sobre la identificación del contenido constitucional material, cosa que viene agravada porqué los textos enunciados no ostentan un rango formalmente superior al del resto de leyes sino que son modificables como cualquier otra ley ordinaria. El contenido constitucional de las normas sólo es reconocido así con criterios materiales básicamente vinculados a la estructura institucional y las libertades civiles. En general, y para concluir, no es que Gran Bretaña no tenga constitución escrita sino que es más correcto señalar que carece de Constitución codificada, en el sentido que el conjunto principal de normas constitucionales no se encuentra ceñido a un único texto. Sobre ello *vid.* E.BARENDT: *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 26-34; M.MÉNDEZ LAGO y E.ANDUIZA PEREA: "Sistema político del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte" en M.ALCÁNTARA SÁEZ (Editor): *Sistemas políticos de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp.455-457. Aunque se consumase en Gran Bretaña esta codificación, el sistema de Constitución flexible continuaría contribuyendo a la

El segundo de los elementos que hemos tenido en cuenta de forma persistente en este trabajo es el de encarar el fenómeno de decisiones interpretativas sobre la Constitucionalidad de la ley desde su compatibilidad con el legislador democrático. Para ello *qué mejor que sacar a colación aquellos sistemas en los que el control de constitucionalidad en manos de una jurisdicción que emite juicios interpretativos ha sido, precisamente por razones democráticas, visto con reservas.*

A nuestro juicio, como ya hemos sugerido repetidamente, los estudios constitucionales en España suelen conceder una excesiva importancia a sistemas surgidos de la ruptura con un pasado totalitario no muy lejano (Alemania, Austria, Italia) muy preocupados por la protección de los derechos fundamentales aún a costa de minusvalorar las objeciones democráticas que estas garantías puedan conllevar. Nuestra intuición es que, sin desatender aquellos modelos de control de constitucionalidad con los que, por razones obvias España comparte afinidades, una teoría del juicio interpretativo de constitucionalidad y de su plasmación institucional no puede ser ciega a los sistemas constitucionales de larga tradición democrática precisamente porque en ellos tal vez encontramos los problemas y las preguntas propias de un modelo constitucional equilibrado al que presumiblemente tenderán en un futuro el conjunto de estados europeos.

Bajo esta perspectiva habíamos tratado el ejemplo de Suiza, habíamos aludido al ejemplo francés —cuya estable democracia no ha estado en este siglo, no obstante, exenta de rupturas y de crisis— y quedaba por invocar el modelo británico, justificado además a causa de los desarrollos recientes que dicho sistema ha experimentado.

Cuando al abordar la cuestiones relacionadas con el control de constitucionalidad de las leyes se descarta a Gran Bretaña por carecer de control *judicial* de constitucionalidad que invalide o inaplique disposiciones legislativas, se olvida que en este sistema las cuestiones constitucionales, como las relativas a los derechos civiles, han ocupado

dificultad en la identificación de las normas materialmente constitucionales, ya que el procedimiento agravado de reforma en los sistemas de Constitución rígida no sólo actúan como dispositivos de defensa de la misma sino que parecen agilizar (aunque ello no esté exento de discusiones) el reconocimiento de su contenido

siempre un lugar preeminente *pero en el Parlamento y en el debate político*³²⁷. La resistencia a asignar a los jueces el poder de decidir sobre la constitucionalidad de una ley no es un resultado que aflora espontáneamente y sin discusión sino que, como en Suiza, encarna la extensión del debate sobre la difícil compatibilidad entre la aprobación de la ley por parte del legislador y la posibilidad de invalidar esa misma ley mediante una decisión judicial.

La interpretación de la Constitución y las decisiones que ello pueda acarrear se adoptan en última instancia por el cuerpo representativo. Esta es la idea básica que, hasta la fecha, perdura y que resulta plenamente coherente con el dogma de la soberanía parlamentaria³²⁸. El legislador podría excederse y atentar contra determinadas libertades individuales, pero en un sistema que no se ve amenazado en sus fundamentos siempre queda la presión de la oposición, el castigo electoral, el rechazo de la opinión pública. En verdad el Parlamento no es inmune al error, pero ello no impide que los resortes institucionales faciliten la corrección de ese error.

Esta es, como veremos, la filosofía que persigue el diseño previsto en la *Human Rights Act*: se incrementa el poder de los jueces porque pueden apreciar la incompatibilidad entre la ley y el CEDH, pero las consecuencias de esta declaración (y la corrección de la ley contraria al CEDH) se proponen por el Ministro competente cuyas medidas deben ser respaldadas por el Parlamento.

³²⁷ Vid. sobre este aspecto Lord HOFFMANN: “Human Rights and the House of Lords” en *The Modern Law Review*, 159 (1999) 161. Sobre la opinión pública en Inglaterra como elemento de contención del poder del Parlamento y como expresión de ideas sobre el ordenamiento constitucional vid. P.DE VEGA: *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1995. p.51.

³²⁸ El dogma de la soberanía parlamentaria se fragua en el seno de la tradición constitucional británica, aunque en el caso de la *Human Rights Act* se mezclan otras influencias que desembocan en la misma convicción. Sabido es que la *Human Rights Act* es una consecuencia más en el camino de reforma constitucional manifestada por el laborismo antes y después de su acceso al gobierno en 1997, reforma caracterizada esencialmente por el refuerzo de las libertades individuales y por la recomposición de la organización territorial. En cuanto a las libertades individuales, no debemos olvidar, no obstante, que en el laborismo, junto con la preocupación por asegurar un *status* de libertad ciudadana, persiste la confianza en el Parlamento como institución central en la defensa e interpretación de estos derechos, confianza que comparte con una vieja rama de la izquierda europea que ya habíamos identificado en la segunda parte de esta investigación. Mientras que las desastrosas experiencias totalitarias sufridas en el continente han fomentado la adhesión de la socialdemocracia al modelo de jurisdicción constitucional, en la isla el protagonismo del Parlamento como foro de reconocimiento y protección de derechos individuales ha permanecido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.

El esquema impone entonces —y esta sería la tercera de las constantes que presiden nuestro estudio— una relación entre el legislativo y los jueces a través del ejecutivo (en concreto, a través del ministro competente). El dogma de la soberanía parlamentaria condiciona a que, al menos *ex ante*, las previsiones de la *Human Rights Act* conduzcan a una *colaboración* entre jueces y Parlamento³²⁹, algo que en otros modelos quedaba en el aire y, en ausencia de previsiones al respecto, dependía de prácticas informales. Los jueces, en su interpretación de la ley, pueden estimar la incompatibilidad entre la ley con el Convenio pero la confirmación de esta incompatibilidad y su reparación se traslada al resto de instituciones.

Aunque aprobada el 1998 la *Human Rights Act* no entra en vigor hasta el 2 de octubre del año 2000³³⁰. Debe advertirse, antes de proseguir la investigación, que la experiencia aplicativa que contamos sobre este instrumento en el momento de elaboración de este trabajo es todavía escasa. No obstante, incluso antes de octubre de 2000 ya se registran decisiones de la Cámara de los Lores en las que se planteó el problema de la compatibilidad entre una ley y los derechos del CEDH en los términos reconocidos por la HRA³³¹.

³²⁹ Así lo expresó el Ministro JACK STRAW en la Cámara de los Comunes en el debate precedente a la aprobación de la HRA: “*Parliament and the judiciary must engage in a serious dialogue about the operation and development of the rights in the Bill...this dialog is the only way in which we can ensure the legislation is a living development that assits our citizens*”. Citado por F.KLUG: “The Human Rights Act 1998, *Pepper v.Hart* and All That” en *Public Law*, 246 (1999) p.248.

³³⁰ R.ALONSO GARCÍA e I.TORRES MURO: “La ley británica de derechos humanos (*Human Rights Act* 1998) una evolución a conciencia.” en *REDA*, n.105, 2000, p.14.

³³¹ Tal vez uno de los primeros casos en los que se plantea el conflicto entre una ley y la protección de derechos tal como viene configurada en la HRA de 1998 es la decisión de la Cámara de los Lores *Regina v. Director of Public Prosecutors Ex parte Kebeline and Others* de 28 de octubre de 1999. En esta ocasión un tribunal de instancia ya planteó ante la Cámara de los Lores la incompatibilidad entre el artículo 16(A) de la Ley de Prevención del Terrorismo de 1989 con el artículo 6.2 CEDH en lo que se refiere a la posible violación del principio de presunción de inocencia (el citado artículo de la Ley de Prevención del Terrorismo trasladaba al acusado la carga de probar que la posesión de determinados artefactos idóneos para cometer un acto terrorista no respondía al intento de perpetrar esta especie de delitos). El tribunal inferior (*Divisional Court*) estimaba que existía una contradicción radical entre el artículo 16(A) de la Ley de Prevención del Terrorismo y el CEDH en los términos reconocidos por la HRA 1998. Ante estas alegaciones cuatro de los cinco Lores que participaron en la decisión (Lord STEYN, Lord THORNDON, Lord HOPE OF CRAIGHEAD y Lord HOBHOUSE OF WOODBOROUGH) se ocuparon extensamente de analizar la demanda de *judicial review* formulada desde la *Divisional Court* (aún cuando la HRA no había entrado en vigor) llegando a la mayoritaria conclusión de que, en primer lugar, frente al criterio del tribunal de instancia la

1. Breve mención a la protección de derechos civiles e influencia del CEDH antes de la aprobación de la *Human Rights Act*.

Desde la distancia, para el investigador ajeno al sistema, escribir sobre cómo se encuentran reconocidos y protegidos los derechos civiles en Gran Bretaña supone transitar por una senda difícilmente franqueable. No es ahora necesario ahondar en este aspecto que, por otro lado, requeriría de toda una exposición monográfica. Nos contentamos con señalar, ya con anterioridad a la *Human Rights Act*, la existencia de múltiples fuentes de reconocimiento de derechos y libertades: desde los derechos aportados por los textos considerados como materialmente constitucionales por la tradición [*Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), *Bill of Rights* (1689)], hasta los derechos reconocidos de forma dispersa a lo largo de otros textos legislativos. Se incluyen asimismo los derechos desarrollados por el *Common Law* y, en el trasfondo de toda esta amalgama, la llamada concepción de la libertad

colisión entre el precepto de la Ley de Prevención Terrorista y el artículo 6.2 del CEDH no era directa sino que cabía la posibilidad de interpretación conforme cumpliendo con el mandato del artículo 3.1 de la *HRA* (que analizaremos posteriormente *vid. infra.*), interpretación conforme destinada, por otra parte, a practicarse en fases posteriores del juicio todavía inconcluso en instancia. En segundo lugar, los Lores recordaron que aún constatándose la incompatibilidad entre los preceptos contrastados la solución no era la inaplicabilidad de la ley contraria a los derechos asumidos por la *HRA* sino la formulación de una declaración de *incompatibilidad sin ningún efecto respecto a las partes del sumario* con lo que, frente al problema concreto planteado, la discusión sobre la aplicación o no de la *HRA* aún en fecha anterior a octubre de 2000 era irrelevante. En general el pronunciamiento *Regina v. Director of Public Prosecutions Ex Parte Kebeline y otros* sienta las bases de lo que presumiblemente serán las líneas maestras de la doctrina sobre la aplicación de la *HRA*. Sobre otros pronunciamientos de la Cámara de los Lores anteriores a octubre de 2000 en los que se plantea la posible incompatibilidad de un precepto legal con los derechos del CEDH y la posibilidad de interpretación conforme a los mismos de acuerdo con las directrices de la *HRA* *vid. Regina v. Governor of Her Majesty's Prison Brockhill Ex Parte Evans* de 27 de julio de 2000 y *Holland v. Lampen-Wolfe* de 21 de julio de 2000. Con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la *HRA*, la Cámara de los Lores ha considerado la aplicación de la *HRA* (aunque para desestimar la declaración de incompatibilidad) al menos en dos ocasiones: en *Turkington and Others v. Times Newspapers Limited* de 2 de noviembre de 2000 en la que se plantea la interpretación conforme de un ley de 1955 a la luz del derecho a la libertad de expresión tal como aparece configurado en el artículo 12.1 *HRA* en relación con el artículo 10 CEDH y en *Regina v. Leeds Crown Court Ex Parte Wardle* de 8 de marzo de 2001 en la que se rechaza la aplicación del artículo 3.1 *HRA*. Estos pronunciamientos pueden encontrarse en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld/ldjudinf.htm>

“residual”, por la que, en principio, los individuos ostentan un núcleo primario de libertad del que disponen plenamente en ausencia de legislación restrictiva³³².

Este último detalle, el principio general de libertad hasta que el legislador no disponga lo contrario, condiciona una aproximación del *status* ciudadano considerablemente diferente de aquél al que nos tiene acostumbrados nuestra lógica continental. En muchos sistemas constitucionales de nuestro entorno, el devenir histórico y la desconfianza hacia el poder público como agente especialmente proclive a vulnerar derechos fundamentales han fraguado una cultura constitucional basada en el reconocimiento *explícito* de libertades resistentes a la acción cotidiana del Estado y, por supuesto, a la del legislador. La presencia del *texto* constitucional se configura así como la primera garantía. Sin embargo, en un contexto de generalizado respeto hacia los derechos civiles por el aparato del gobierno la libertad no requiere necesariamente de ninguna configuración textual y se sobreentiende de la costumbre.

Reconocer un Derecho fundamental por una Constitución podría leerse como un hito si no fuese porque en el texto presente se encuentra la evidencia de la barbarie pasada. Sin precedentes siniestros no hay nada de negativo en el vacío textual, más bien lo contrario: la naturalidad de la práctica asentada muestra toda su fortaleza. Y, ello, retomando algunas de las cuestiones que nos ocupan, no carece por cierto de efectos relevantes, a saber, una restricción al principio general de libertad *sólo opera cuando se encuentra claramente reconocida por el texto de la ley*, en caso de duda o de ambigüedad, la interpretación judicial juega siempre a favor de los derechos ciudadanos. La discusión, en estos términos, se centra más en el alcance del límite a la libertad que la ley promueve, que en el contenido de la libertad en sí misma³³³.

Este sería, muy a grandes rasgos, el marco general admitido en el Reino Unido hasta los últimos treinta años. A lo largo de este período la necesidad de una codificación ha ido sugiriéndose hasta acabar prevaleciendo. En este proceso el contraste con los instrumentos de derecho internacional surgidos en el ámbito europeo ha sido decisivo. Primero, el propio CEDH, cuya recepción en el derecho inglés ha sido reclamada desde

³³² E.BARENDT: *op. cit.*, pp. 46-48; Lord IRVINE OF LAIRG: “The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights”, en *Public Law* 221 (1998) p.224.

los años setenta en al menos 25 iniciativas parlamentarias fallidas hasta cristalizar en la *Human Rights Act*. La ausencia de codificación global no ha impedido, pese a todo, que la influencia de alguna decisión del TEDH se incorporase al ordenamiento interno mediante legislación fragmentaria: así sucedió con la *Interception of Communications Act* de 1985 promulgada con posterioridad al caso *Malone contra Reino Unido* en el que el TEDH apreció la vulneración del art. 8 del CEDH por parte de las autoridades británicas³³⁴.

Algo similar podría decirse, en segundo lugar, de la influencia del derecho del Comunidad Europea. La incidencia del derecho comunitario sobre el derecho del Reino Unido en lo que afecta a los derechos humanos fluye principalmente por dos vías: por un lado, la configuración autónoma, aunque escasa, de algunos derechos en el ámbito comunitario —de ahí algunas medidas para impedir la discriminación de la mujer en las relaciones laborales contenida en la *Sex Discrimination Act* de 1975— y, por otro lado, *la penetración del propio CEDH* bajo el ropaje del derecho comunitario en tanto que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea puede controlar el sometimiento de las Instituciones comunitarias a los derechos fundamentales inspirándose en el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de acuerdo con la metodología incorporada en el art. 46 TUE, según la redacción conferida por el Tratado de Amsterdam³³⁵. La influencia del Derecho Comunitario constituye, pues, el principal antecedente en la recepción de un derecho supranacional cuya primacía limita al legislador británico y resulta directamente aplicable para los jueces. No es extraño, por tanto, que su desarrollo se haya tenido en cuenta en el momento de impulsar la adaptación del CEDH a la legislación interna del Reino Unido.

³³³ E.BARENDT: *op. cit.*, p. 47.

³³⁴ Caso *Malone* de 2 de agosto de 1984, Serie A, vol. 82.

³³⁵ La incorporación del Reino Unido a las instituciones europeas como factor determinante de recepción del CEDH viene apreciada por R.ALONSO GARCÍA e I.TORRES MURO: *op.cit.*, pp.10 y ss. y por Lord IRVINE OF LAIRG: *op. cit.*, pp. 229-231. De hecho algunas técnicas que quedan plasmadas en la *HRA*, como la previa interpretación conforme de una disposición legislativa antes de proceder a su declaración de incompatibilidad, ya se practicaban por los jueces ingleses al contrastar el contenido de una ley con el derecho comunitario (*Vid.* N.GRIEF: "The Domestic Impact of the European Convention on Human Rights as mediated through Community Law" en *Public Law*, 1991, pp. 555-567) Un ejemplo reciente de penetración de razonamientos relativos a derechos humanos bajo la aplicación de normas de Derecho Comunitario lo encontramos en la decisión de la Cámara de los Loes *Regina v.Hertfordshire County Ex Parte Green Environmental Industries Ltd.* de 7 de marzo de 2000.

Junto con la inercia derivada de la integración europea, el espíritu codificador ha venido sedimentándose en el transcurso de este período también como resultado de las graves crisis provocadas por el terrorismo y la insuficiencia del esquema tradicional para ponderar el conflicto entre las libertades individuales y la represión de las organizaciones armadas. No es casualidad que de las anteriormente mencionadas tentativas parlamentarias de codificación de derechos, al menos cuatro, estuviesen dedicadas a promulgar una *Bill of Rights* para Irlanda del Norte³³⁶.

Sea como fuere, la necesidad de una tabla de derechos, que a la postre ha sido concretada en la recepción del CEDH, ha cambiado la situación anterior cimentada en un sistema de derechos dispersos y en la teoría de la libertad “residual”: el peso de las libertades individuales se coloca ahora en la *configuración positiva y sistemática* de las mismas aunque este contenido no resista la eventual acción de un legislador futuro. El carácter flexible que mantiene una regulación materialmente constitucional contribuye precisamente a, mostrar, bajo esta nueva perspectiva, que recoger los derechos en una formulación escrita es en sí central para la consolidación de un modelo de protección, provocando una considerable fisura con el anterior esquema de funcionamiento al indirectamente debilitar la confianza en una estructura de libertades previas e ilimitadas mientras no exista legislación restrictiva.

En lo que concierne a la influencia del CEDH en las decisiones de los jueces ingleses antes de la adaptación del mismo en 1998 podría afirmarse que era más bien incierta. El principio constitucional general es que aquel tratado no adoptado por el legislador no forma parte del derecho inglés (*an unenacted treaty is no part of English Law*) y no genera derechos ni obligaciones para los ciudadanos. Frente a esta evidencia había dos posiciones, una, que los tribunales del Reino Unido no tomaban como parámetro de control de las actuaciones de los poderes públicos el CEDH al no integrarse en el derecho inglés y que, a pesar del incremento de alegaciones fundadas en el CEDH, los jueces se limitaban, como mucho, a admitir su influencia sólo indirectamente cuando se detectaba una ambigüedad legislativa y cuando podía recurrirse a un cierto grado de discreción judicial. Con todo, esta tímida apertura no se insinúa hasta la década de los noventa después de veinticinco años de casi total desconocimiento del CEDH por parte

³³⁶ Vid. M.BABER: “Research Paper 98/24” de 13 de febrero de 1998, apéndice III, en <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp98/rp89-024.pdf>, p.65.

de los tribunales ingleses³³⁷. En este escenario, la paradoja era que el individuo, aunque podía elevar un recurso individual frente a la Comisión Europea de Derechos Humanos (pues el Reino Unido había aceptado el recurso individual del art. 25 CEDH) no recababa ninguna protección en los términos del Convenio ante las jueces de su país. Era el fenómeno conocido como el lavar la ropa sucia en el extranjero (*to wash the “dirty laundry” abroad*)³³⁸ que provocaba el correspondiente retraso en la adopción de una resolución definitiva y el encarecimiento de un arduo proceso que acababa por disuadir al recurrente.

La segunda posición defendía, por el contrario, que los jueces del Reino Unido se encontraban vinculados al Convenio aunque no hubiese sido adoptado por el legislador. La idea consistía en argüir primero, que algunos tratados internacionales podían generar una *costumbre internacional*³³⁹. Segundo, que, en general, los tratados de Derechos Humanos —como en el caso del CEDH— arrojan costumbres de derecho internacional bajo la forma de costumbre de derecho internacional *regional* admitida, como es sabido, por el Tribunal Internacional de Justicia³⁴⁰. Y tercero, que la costumbre de derecho internacional formaba parte del *Common Law* inglés resultando, en conclusión, aplicable por el juez³⁴¹.

Así las cosas, algunos autores³⁴² encontraban indicios de incorporación de reglas del CEDH mediante el *Common Law* hasta llegar a hablar de *una presunción de conformidad al CEDH*. El CEDH se había introducido en el razonamiento judicial y había desplegado su eficacia “por la puerta de atrás” (*the “backdoor incorporation” of*

³³⁷ En general esta posición venía caracterizada por F.KLUG y K.STARMER. Aunque consideraban que una visión más receptiva a incorporar reglas en materia de derechos humanos inspiradas en el CEDH no había todavía tenido lugar entre los jueces del Reino Unido, reconocían algunas excepciones a esta situación (*vid. infra*): F.KLUG y K.STARMER: “Incorporation through the back door” en *Public Law* 223 (1997), p.232.

³³⁸ *Vid.*, sobre ello, los argumentos manejados a favor de la adopción de la HRA en M.BABER: “Research Paper 98/24...”, *op. cit.*, 16.

³³⁹ A.J.CUNNINGHAM: “The European Convention on Human Rights, Customary International Law and the Constitution” en 43 *International and Comparative Law Quarterly* 537 (1994), p.538.

³⁴⁰ Tribunal Internacional de Justicia, *Asunto del derecho de Asilo*, *vid. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonances de la Cour Internationale de Justice*, 1950, p.276.

³⁴¹ A.J.CUNNINGHAM, *op. cit.*, p.537.

³⁴² M.J.BELOFF y H.MOUNTFIELD: “Unconventional Behaviour? Judicial Uses of the European Convention in England and Wales”, en 5 *European Human Rights Law Review* (1996), p. 467-495.

the European Convention on Human Rights) sin que su ámbito de influencia se limitase tan sólo a aquellas situaciones en que la ley fuese poco clara: las reglas inspiradas en el CEDH ofrecían mucho juego frente a actuaciones discrecionales del ejecutivo e informaban al propio *Common Law* cuando también sus principios eran inciertos.

2. Algunos aspectos de la regulación contenida en la *Human Rights Act* de 1998.

La polémica sobre la vinculación de las autoridades del Reino Unido —y, en concreto, de las autoridades judiciales— queda zanjada con la aprobación de la *Human Rights Act* en 1998 (en adelante *HRA*). Ya el art. 6 de la *HRA* declara que es ilegal la actuación de toda autoridad pública incompatible con el CEDH así como la obligación por parte de Cortes y Tribunales de enjuiciar las cuestiones referidas al CEDH teniendo en cuenta (aunque no de forma vinculante), además de las disposiciones del mismo, *a*) las decisiones, declaraciones y opiniones consultivas del TEDH; *b*) las opiniones emanadas de la Comisión tanto en aspectos de fondo como de procedimiento; y *c*) la interpretación que pueda inferirse de las decisiones del Comité de Ministros según el art. 46 CEDH (Art. 2.1 *HRA*).

A grandes rasgos, podría afirmarse que la *HRA* no sólo contiene la mera recepción de los derechos previstos en el CEDH³⁴³ —recepción por la que formalmente se produce la integración de este instrumento en el derecho inglés—, sino que los derechos vienen además acompañados de detalladas previsiones institucionales que facilitan la adaptación y que aseguren la eficacia de las previsiones del Convenio.

En este sentido, las previsiones dedicadas a la interpretación conforme de la legislación al CEDH, la constatación de la incompatibilidad de la misma legislación cuando la interpretación conforme ya no es posible y las medidas institucionales tendentes a la reparación de la incompatibilidad de la legislación con el CEDH, ocupan una posición preeminente en el conjunto de disposiciones de la *HRA*.

³⁴³ A efectos de la *HRA* se entienden por derechos y libertades fundamentales del CEDH las previsiones que van del art. 2 al 12 y el 14 del CEDH, los arts. que van del 1 al 3 del Primer Protocolo al CEDH y los arts. 1 y 2 del Sexto Protocolo, todos ellos entendidos en función de las previsiones contenidas en los arts. que van de 16 al 18 CEDH. (Art. 1.1 *HRA*).

No es seguramente exagerado afirmar que el entramado de relaciones contempladas por la *HRA* para coordinar la acción de jueces y de Parlamento en la enmienda de disposiciones legislativas contrarias al *CEDH* es una de las más completas de Europa, comparación que se mantiene incluso si contrastamos el modelo de la *HRA* con los sistemas que toman como parámetro de control de las leyes no los derechos del *CEDH* sino los derechos previstos en una Constitución. Basta por ver si estas previsiones tendrán su reflejo en la práctica y si los trámites de consideración y corrección por parte del Gobierno y del Parlamento, a raíz de una apreciación judicial, se encadenarán de forma fluida o si, de lo contrario, caerán en el anquilosamiento.

3. Interpretación conforme al *CEDH*.

La *HRA* consagra en su artículo 3 el principio de interpretación conforme tanto de la legislación primaria (*primary legislation*) como de la legislación subordinada (*subordinate legislation*)³⁴⁴ a los derechos del *CEDH*. En concreto, el párrafo primero del mencionado precepto, en una redacción poco pacífica, establece que:

So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

En un comentario sobre este aspecto de la *HRA*, G.MARSHALL, distingue entre las diferentes implicaciones del “*reading*” y del “*giving effect*” en la interpretación de la ley³⁴⁵. Para este autor, una cosa es proponer una interpretación acorde con el *CEDH* y la otra, muy distinta, es que la ley produzca efectos bajo la interpretación propuesta. Mientras que la búsqueda de una interpretación compatible puede favorecer la preservación del derecho invocado, mantener los efectos previstos por la ley es algo que incumbe *a las excepciones que perjudican* al derecho y que, en combinación con los márgenes de apreciación del *CEDH*, pueden ser toleradas por el juicio de adecuación³⁴⁶.

³⁴⁴ El art. 21 *HRA* ofrece una cláusula interpretativa acerca de lo que se entiende a efectos de la propia ley como “*primary legislation*” y “*subordinate legislation*” con la mención de una exhaustiva lista de disposiciones normativa incluidas en ambas categorías.

³⁴⁵ G.MARSHALL: “Two kinds of compatibility: more about section 3 of the Human Rights Act 1998” en *Public Law* 377 (1999) 379.

³⁴⁶ El mismo autor ya había advertido, en un artículo anterior, que cuantas más interpretaciones forzadas pueda admitir la interpretación conforme más quedará afectado, bajo el mandato de preservar los efectos de la ley examinada, el derecho que el recurrente invoque. *Vid.*

Como veremos, la posibilidad de “leer” una ley de acuerdo con el CEDH tiene su trascendencia en un sistema en que la declaración de incompatibilidad se encuentra supeditada a la decisión del Parlamento: los recurrentes intentarían ofrecer interpretaciones del derecho que les sean favorables, que restrinjan en lo posible los efectos de la ley y que, al mismo tiempo, no desemboquen en una declaración de incompatibilidad que deje todas sus pretensiones en suspenso.

En otro sentido, y como ya hemos indicado, con anterioridad al mandato de interpretar la legislación y de proporcionarle efectos en consonancia con el CEDH, la *HRA*, en su artículo 2, había ofrecido directrices interpretativas de la misma Convención: junto con los artículos del CEDH, los jueces podían considerar el acervo interpretativo generado por el TEDH, la Comisión Europea de Derechos Humanos y las decisiones del Consejo de Ministros adoptadas bajo el art. 46 del CEDH.

La observación no es superflua, ya que en esta sistemática de la *HRA* encontramos una buena muestra de “metodología” de la interpretación conforme al sugerir la doble necesidad de interpretar la ley (primaria o subordinada) y *también de interpretar el CEDH* para completar la tarea hermenéutica³⁴⁷ —aunque las orientaciones interpretativas derivadas de los órganos previstos por el CEDH, con la jurisprudencia del TEDH a la cabeza, no se impongan a los jueces británicos al contar éstos con un margen de maniobra propio a efectos de interpretación del Convenio³⁴⁸—.

La interpretación de la ley no queda sólo pendiente de las disposiciones abstractas del CEDH en cuanto éste reconoce un número determinado de derechos, sino que debe al mismo tiempo atender a cómo éstas disposiciones abstractas han sido concretadas por las instituciones del Consejo de Europa. La interpretación conforme al CEDH, en

G.MARSHALL: “Interpreting interpretation in the Human Rights Bill” en *Public Law* 167 (1998) 170.

³⁴⁷ F.BENNION: “What interpretation is “possible” under section 3(1) of the Human Rights Act 1998?” en *Public Law* 77 (2000) p. 86. F.BENNION defiende asimismo cómo la diferente concepción de los derechos que se deriva del CEDH (por ejemplo, la garantía absoluta del art. 3 CEDH frente a la posibilidad de excepción en otros derechos, por ejemplo, art. 8.2 CEDH) puede modificar la apreciación de compatibilidad con el Convenio de la ley examinada. F.BENNION: *Ibidem.*, p. 87.

³⁴⁸ Así se deriva del rechazo que sufrió, durante la tramitación parlamentaria, de una enmienda a la *HRA* dirigida a imponer a los tribunales británicos la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. F.KLUG: “The Human Rights Act...” *op.cit.*, p. 250; R.ALONSO GARCÍA y I.TORRES MURO: *op. cit.*, p. 29.

conclusión, es posible siempre que las normas emanadas de la interpretación del CEDH sean compatibles con alguna de las normas emanadas de la interpretación de la ley.

La ambigüedad en el texto de la ley confrontada no constituye el único requisito para activar la interpretación conforme del art. 3 *HRA*. La ambigüedad era una de las grietas por las que los jueces podían inspirarse en el CEDH pero *antes* de su adaptación al derecho interno³⁴⁹ —y siempre que el *Common Law* no ofreciese respuestas a la duda suscitada por la oscuridad del texto (*vid. supra.*)—. Para algunos autores como Lord IRVINE OF LAIRG, la obligación de reconstruir interpretativamente la ley según el CEDH se extiende más allá de los supuestos en los que las disposiciones legales son ambiguas. En principio la interpretación conforme a los derechos del Convenio se impone *siempre* excepto que la contradicción se plasme claramente en las disposiciones legislativas en cuyo caso sólo cabe la declaración de incompatibilidad³⁵⁰. Como demuestran algunos ejemplos en la incipiente práctica de aplicación de la *HRA*³⁵¹, aún cuando la colisión entre la ley y el derecho del Convenio sea flagrante, los jueces tienden a siempre a reconocer que siempre cabe una *construction* de la ley adecuada al derecho cuya infracción se denuncia, interpretación conforme que se amolda a las circunstancias concretas de cada caso. De ahí que pueda pronosticarse un muy limitado uso de la declaración de incompatibilidad por parte de los Tribunales habilitados para formularla a favor de una aplicación extensiva de la interpretación conforme (con amplias repercusiones, como veremos, sobre la naturaleza de dicha institución).

En la redacción del art. 3.2 b *HRA* se plasma otro de los detalles interesantes que surge al analizar la obligación de interpretar las disposiciones legales a la luz del CEDH. Como veremos, la declaración de incompatibilidad de la legislación con el CEDH

³⁴⁹ Sobre la ambigüedad como requisito para proceder a la interpretación conforme *vid.* la decisión de la Cámara de los Lores *Regina v. Secretary of State for Environment, Transport and the Regions, Ex Parte Spath Holme* de 7 de diciembre de 2000 y jurisprudencia allí citada.

³⁵⁰ Lord IRVINE OF LAIRG: *op.cit.*, pp.228-229. En contra, G.MARSHALL: “Interpreting interpretation...”, *op.cit.*, p.167 y G.MARSHALL: “Two Kinds of compatibility...”, *op. cit.*, p.380.

³⁵¹ Esto es lo que muy marcadamente se reflejó en la ya citada decisión de la Cámara de los Lores *Regina versus Director of public Prosecutions Ex Parte Kebeline* y otros de 28 de octubre de 1999. Pese a que el tribunal de instancia estimaba que el precepto legal examinado era radicalmente contrario al derecho a la presunción de inocencia tal como aparecía reconocido en el artículo 6.2 del CEDH, la mayoría de los Lores llegaron a la conclusión que, frente al criterio de los jueces inferiores, cabía también en este caso una interpretación conforme según el artículo 3.1 de la *HRA*.

apreciada por las diversas cortes habilitadas *no afectan ni a la validez de la ley declarada incompatible, ni al hecho de que ésta ley continúe produciendo efectos* (Art. 4.6 HRA). Pues bien, también en el mandato de la interpretación conforme (Art. 3.2.b HRA) se advierte que ninguna interpretación podrá afectar a la validez ni a la efectividad de la ley interpretada de acuerdo con el Convenio, con lo que parece señalarse que *también por vía interpretativa el recorte de significados a los que puede someterse la disposición legal puede ser de tanta intensidad que su eficacia se vea comprometida*. Se trata de evitar que los jueces se abstengan de formular una declaración de incompatibilidad pero vaciando hasta tal punto el contenido normativo de la disposición atendiendo a la obligación de interpretación conforme que logren *de facto* la inaplicabilidad de la ley.

Sobre el art. 3 HRA, queda por último recordar que la obligación de interpretación conforme al CEDH se extiende a toda la legislación sea cual fuere el momento de su aprobación [art.3.2 a) HRA], luego afecta a la legislación aprobada con posterioridad a la HRA (introduciendo así un tinte de rigidez sobre la actividad futura del Parlamento) y también a la legislación aprobada con anterioridad cuya adaptación puede provocar un cambio en la interpretación anteriormente desplegada por los jueces.

4. Declaración de incompatibilidad de la disposición legislativa con el CEDH.

Ante la imposibilidad de adecuación de la legislación al contenido del CEDH la corte judicial debe declarar la incompatibilidad de la disposición legislativa con el derecho previsto por la Convención (Art. 4.2 HRA). Ahora bien, ¿cómo se articula ésta declaración de incompatibilidad y qué efectos propugna?.

En primer lugar, no es superfluo recordar que la declaración de incompatibilidad se encuentra condicionada a un previo intento de conformar la ley a la CEDH, reproduciéndose así el esquema continental de evitar toda declaración de inconstitucionalidad siempre que pueda ofrecerse, alternativamente, una interpretación constitucionalmente adecuada del precepto legislativo enjuiciado.

La declaración de incompatibilidad aparece como última *ratio* e impone a la corte que revisa la “convencionalidad” de la disposición la carga de argumentar suficientemente, y con poco margen de duda, la oposición frontal entre la ley y el Convenio.

En segundo lugar, pese a que todo juez tiene la obligación de interpretar las leyes de acuerdo con los derechos del CEDH (Art.2.2 *HRA*) la facultad de declarar la incompatibilidad de las leyes con el Convenio se encuentra atribuida a unos pocos órganos judiciales. El modelo de control de “convencionalidad” de las leyes —si es que nos hallamos frente a un auténtico “control” aunque esta es otra cuestión— presenta, pues, unos rasgos marcadamente *centralizados*. Según el art. 4.5 *HRA* sólo corresponde declarar la incompatibilidad de la ley a la Cámara de los Lores (*House of Lords*), al *Judicial Committee of the Privy Council*, a la *Courts-Martial Appeal Court*, a la *High Court of Justiciary* y a la *Court of Session* en Escocia y a la *High Court* o a la *Court of Appeal* en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.

En cuanto a las consecuencias de esta declaración la *HRA* deja bien claro que constatar la incompatibilidad de una disposición legal con el Convenio no afecta a la validez de la ley y además continua produciendo efectos hasta que el legislador no modifique la disposición declarada incompatible. Se añade, además, que la declaración ni tan sólo vincula a las partes que actúan en el proceso en el que se aprecia la incompatibilidad (art. 4.6 *HRA*). Sobre este punto se plantean algunas cuestiones.

La primera pasa, como ya habíamos sugerido, por preguntarse si nos encontramos ante un verdadero control de “convencionalidad” de las leyes, en la medida en que la declaración de incompatibilidad no conduce ni a la nulidad ni a la inaplicabilidad de la ley. ¿Qué duda cabe, por otro lado, que alrededor de esta previsión entorno a los efectos se manifiesta todo el intento de armonizar la adecuación de la legislación al Convenio Europeo con el dogma de la soberanía parlamentaria al impedir que las cortes judiciales puedan decidir sobre la validez de la ley³⁵² y dejar tanto el juicio definitivo como el

³⁵² Con la intención de integrar el CEDH al sistema constitucional del Reino Unido, con el acceso del Partido Laborista al Gobierno, el *Home Office* promovió la redacción de una serie de estudios en los que se proponían los medios y las soluciones para perfilar la nueva regulación en materia de derechos y las relaciones institucionales que de la misma surgirían, de entre éstos textos destaca el “white paper” *Rights Brought Home* en el que directamente se inspiraría la futura *HRA*. En *Rights Brought Home* se aprecian los modelos que influyeron a la hora de

poder de modificación de la ley en manos de un ministro competente que actúa con el respaldo del legislador³⁵³?. Sin entrar en complejas disquisiciones acerca de la naturaleza del “control” y de si éste concepto debe necesariamente asociarse a la introducción de medidas obstativas que neutralicen la eficacia del acto normativo³⁵⁴, parece inevitable que, para dar respuesta a nuestras dudas, debamos esperar a ver lo que nos depara la puesta en escena del mecanismo de relaciones institucionales que perfila la *HRA*³⁵⁵.

En efecto, en principio, las cortes y los tribunales no pueden decidir sobre la validez de la ley y tal vez el legislador reciba con indiferencia las consideraciones de los jueces acerca de la contradicción entre las previsiones legales y los derechos del CEDH, pero puede muy bien ocurrir que la *HRA genere la practica constitucional de acatar siempre las decisiones de los jueces por parte del Ministro Competente y del Parlamento*³⁵⁶, en cuyo caso sería difícilmente rebatible que el juicio de “convencionalidad” de las leyes ejercido por las mencionadas cortes de justicia no sólo sea un auténtico control de

determinar los efectos que debería tener el control de “convencionalidad” de las leyes por parte de los jueces y dos fueron los sistemas—curiosamente no europeos—a tener en cuenta por los mentores de la *HRA*: uno fue el canadiense, en el que se habilita a los jueces a que inapliquen aquellas leyes contrarias a la *Charter of Rights and Freedoms* de 1982 (no se hace, por cierto, ninguna mención a la *judicial review* en Estados Unidos) y el otro fue el modelo neozelandés. En Nueva Zelanda se había aprobado una *Bill of Rights Act* en 1990 bajo cuyo parámetro los jueces debían interpretar las leyes pasadas y futuras de forma consistente sin contar, no obstante, con ningún poder de invalidación ni de inaplicación. La *Bill of Rights* neozelandesa imponía, por tanto, sólo un deber de interpretación conforme pero sin establecer medidas en caso de contradicción. La *HRA* pretendía situarse en un término medio entre ambos modelos: las cortes y tribunales deberían interpretar las leyes conforme la *HRA* pero en caso de contradicción estarían habilitados para formular una declaración de incompatibilidad de la ley (a diferencia de los jueces neozelandeses) sin pronunciarse sobre su invalidez y sin que la ley dejase de producir efectos (a diferencia del modelo canadiense). Sólo el Parlamento podría modificar o derogar la ley contraria al CEDH. *Vid. Rights Brough Home* según el extracto contenido en M.BABER: *op.cit.*, p.61.

³⁵³ Sobre la coherencia entre el dogma de la soberanía parlamentaria y la declaración de incompatibilidad sin atribuir a los jueces la posibilidad de invalidar la ley *vid.* K.D EWING: “The Human Rights Act and Parliamentary Democracy”, en 62 *The Modern Law Review*, 79 (1999), p.91.

³⁵⁴ Sobre los problemas conceptuales del control *vid.* por todos el ya citado artículo de M.ARAGÓN: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *op.cit.*, pp. 85-100.

³⁵⁵ Sobre las inciertas consecuencias de la declaración de incompatibilidad *vid.* S.GREER: “A Guide to the Human Rights Act 1998”, en 3 *European Law Review* (1999), p.17 y p.20.

³⁵⁶ K.D EWING, *op.cit.*, p.92. El uso de *remedial orders* como convención constitucional derivada de una declaración de incompatibilidad es también una posibilidad explorada por S.GREER para asegurar la corrección de la legislación contraria a los derechos reconocidos por al *HRA*. *Vid.* S.GREER: *op.cit.*, p.17.

“convencionalidad” de las leyes, sino que resulte ser (comparándolo con el control de constitucionalidad de las leyes sobre Derechos Fundamentales) uno de los más efectivos de Europa en lo que a la reparación normativa se refiere.

Otro problema es el de cómo la declaración de incompatibilidad vincula a las partes en el proceso judicial. Desde el punto de vista de los recurrentes la propuesta que finalmente ha cuajado en la *HRA* es bastante descorazonadora: las partes no se encuentran en ningún caso vinculadas a la declaración de incompatibilidad y no parecen sugerirse instrumentos claros para impedir que soporten la aplicación de la ley contraria al CEDH. Aunque el legislador acabe modificando la disposición legislativa infractora del derecho con carácter retroactivo para reparar la situación de los sujetos afectados, esta posibilidad ni se encuentra garantizada ni es probable que se aplique sistemáticamente³⁵⁷.

La ausencia de medidas para remediar la infracción de un derecho del CEDH por aplicación de la ley incompatible ha sido bastante criticada³⁵⁸, primero porque si la declaración de incompatibilidad no tiene efectos sobre el proceso inmediato en que se suscita, las partes no cuentan con ningún incentivo para impugnar la ley alegando una contradicción con el CEDH y, segundo, y más importante, es que en los casos en los que infracción al derecho del recurrente proceda de la aplicación de una ley incompatible con el CEDH —no así del resto de actos procedentes de los poderes públicos— la aprobación de la *HRA* no evitará que a la parte perjudicada sólo le quede la vía de recurrir al TEDH para que se constate la violación *ad casum* de un Derecho del Convenio por parte del Reino Unido y se inste a la correspondiente reparación. La “ropa sucia” continuará, pues en este caso, lavándose en el extranjero.

En tales condiciones, la estructura institucional dibujada por la *HRA* estimulará a los recurrentes no a alegar la incompatibilidad de la ley con la *HRA*, cuyo pronunciamiento definitivo incumbe al Parlamento y no incide en su situación, sino que *sólo se*

³⁵⁷ R.ALONSO GARCÍA e I.TORRES MURO: *op. cit.*, p.26, nota 86.

³⁵⁸ K.D.EWING: *op.cit.*, p.88. En la decisión de la Cámara de los Lores *Regina v. Governor of Her Majesty's Prison Brockhill Ex Parte Evans* de 27 de julio de 2000 Lord COOK OF THORNDON insinúa que si, en relación con las partes litigantes, la *HRA* no establece ninguna consecuencia asociada a la declaración de incompatibilidad, ello se debe a que la remoción de lo

*preocuparan por encontrar una interpretación compatible de la ley con el derecho previsto en el CEDH que sea favorable a sus intereses (vid. supra.)*³⁵⁹. La insistencia en esta interpretación adecuada que mitigue los perjuicios sufridos por las partes (una extraña *judicial review of legislation* que tiende a buscar la compatibilidad sin atisbar la supresión del precepto contrario al CEDH) puede llegar a degenerar en una práctica de deformación interpretativa que lleve a retorcer el enunciado de la ley hasta extremos desproporcionados³⁶⁰.

Este conjunto de detalles son de suma relevancia porque sitúan la idea de la interpretación conforme a un plano totalmente diferente al que estábamos acostumbrados. Mientras que en otros sistemas el litigante encuentra un beneficio en la declaración de nulidad de la ley, en el sistema de la *Human Rights Act* la declaración de incompatibilidad deviene una consecuencia estéril para los intereses de las partes. Por ello los afectados por la aplicación de la ley deben esforzarse en buscar una interpretación conforme a la *HRA* lo que significa que esta técnica interpretativa, más que tender a la protección de la ley y a la preservación de su contenido en los términos en los que fue aprobada aparece, ella misma, como instrumento de protección de derechos. Desde el punto de vista individual (o, por decirlo en términos continentales, desde el punto de vista "subjetivo") la protección de derechos se instrumenta prioritariamente a través de la interpretación conforme y no de la declaración de incompatibilidad.

En otro sentido, vale la pena remarcar que estas consideraciones sobre la declaración judicial de incompatibilidad de disposiciones legislativas y posterior reparación a través de un proceso sumario de reforma de la ley afectan a la llamada legislación primaria (*primary legislation*) aprobada por las Cámaras. La legislación subordinada (*subordinate legislation*) —en general aquella aprobada por otras autoridades con autorización del Parlamento en el marco de la *primary legislation*— puede ser, excepto que se trate de reglamentos de ejecución directa de la ley, invalidada por los jueces con

efectos creados por la ley incompatible con la *HRA* es una cuestión que corresponde decidir en exclusiva a los órganos políticos.

³⁵⁹ G.MARSHALL: *op.cit.*, p.382. A una conclusión similar llega S.GREER, quien vaticina que las pocas repercusiones que la declaración de incompatibilidad tiene entre los litigantes provocará que la declaración de incompatibilidad sea poco frecuente. *Vid. S.GREER: op. cit.*, p.14.

el mismo apoyo con el que se invalidan determinadas actuaciones administrativas, lo que ocurre si la *subordinate legislation* excede los límites establecidos por la legislación primaria.

Si la regulación subordinada vulnera un derecho del CEDH en desarrollo de un vicio ya contenido en la legislación primaria entonces el juez debe abstenerse de anular la norma superior y proceder a la declaración de incompatibilidad según la fórmula ya esbozada. A efectos de la *HRA* la propia ley precisa, en su artículo 21, qué se entiende por *primary legislation* y qué se entiende por *subordinate legislation*. Lo interesante de la definición es que entre las disposiciones incluidas en el conjunto de la *subordinate legislation* se encuentran las leyes del Parlamento Escocés y de la Asamblea de Irlanda del Norte, abriéndose la puerta a que los tribunales invaliden las leyes de estos parlamentos por contradecir un derecho del Convenio³⁶¹.

5. Medidas preventivas en la tramitación parlamentaria de la ley y modificación de la legislación en caso de declaración de incompatibilidad judicialmente establecida.

Tal como la hemos perfilado, la tarea de asegurar la conformidad de las leyes al contenido del CEDH en el Reino Unido no recae tan sólo en los jueces. Gobierno y Parlamento se encuentran fuertemente implicados en esta misión, protagonismo que se exhibe al menos en dos fases³⁶².

La primera de estas fases es aquella que podríamos denominar como “preventiva”: durante la tramitación parlamentaria de la ley, y con anterioridad a la segunda lectura de la misma en cada una de las Cámaras, el Ministro del ámbito al que se asigna el proyecto debe formular —de acuerdo con el art. 19 *HRA*— una declaración en la que manifiesta que, bajo su punto de vista, las disposiciones de la ley son compatibles con el

³⁶⁰ G.MARSHALL: *Ibidem.*, p.379

³⁶¹ F.KLUG: “The Human Rights Act 1998,...”, *op. cit.*, p.255.

³⁶² El Gobierno, a través de un Ministro —así como los miembros de los ejecutivos de los gobiernos autónomos— se pueden encontrar también implicados durante el procedimiento judicial en el que se discute la incompatibilidad de la ley con los derechos reconocidos en el CEDH. Según el art.5 *HRA*, si la corte judicial considera la posibilidad de apreciar esta incompatibilidad, debe notificarlo a las autoridades mencionadas con el fin de que se constituyan como parte en el proceso y formulen las alegaciones que crean convenientes.

CEDH³⁶³. Con esta medida se pretende introducir un dispositivo adicional por el que, antes de la aprobación de la ley, se consigan neutralizar aquellos preceptos contrarios al CEDH sin necesidad de intervención judicial *ex post*.

El art. 19 *HRA* puede operar como una especie de advertencia que debe influir a lo largo del proceso de elaboración de la ley: si se impone un trámite en el que explícitamente una autoridad, en este caso un Ministro, debe formular una declaración de compatibilidad con el CEDH, tal vez ello contribuya a que los agentes implicados en la aprobación de la norma sean más cautos a la hora de valorar las disposiciones redactadas en función de los derechos previstos en el Convenio. Parece que con esta técnica se busca un cierto efecto disuasorio y, al mismo tiempo, consolidar una práctica que fomente *la argumentación* ante cualquier duda sobre la compatibilidad de la regulación legal con el CEDH. De ahí que el Ministro pueda rehusar a formular la declaración de compatibilidad [Art.19.1 (*b HRA*)] alegando que el gobierno desea, no obstante, que la Cámara correspondiente continúe con la tramitación de la ley o que la declaración de compatibilidad deba publicarse y que incorpore aquellas consideraciones que el Ministro crea conveniente [Art. 19.2 *HRA*]. Nada obsta a que estas consideraciones sean, más propiamente, aclaraciones o *justificaciones* en aquellos casos en los que, aún habiendo declarado la adecuación de la ley al CEDH, persista algún resquicio de duda. Tal vez los comentarios añadidos a la declaración pueden ulteriormente operar como guías que faciliten la consolidación de una interpretación “convencionalmente” conforme de la ley.

La segunda fase de intervención de Gobierno (a través del Ministro competente) y del Parlamento sería la propiamente “reparativa”, es decir, aquella que sucede a la declaración judicial de incompatibilidad.

Como ya habíamos advertido, constatada la incompatibilidad, el poder de reparación queda en manos del Ministro competente, con supervisión parlamentaria. Para que se active esta acción de reparación (*remedial action*), no obstante, no es imprescindible el previo pronunciamiento judicial, aunque es difícil que el Ministro proponga *motu*

³⁶³ Sobre la intervención ministerial con carácter previo a la aprobación de la ley *vid.* N.BAMFORTH: “Parliamentary sovereignty and The Human Rights Act 1998” en *Public Law* 572 (1999) 575.

propio la adopción de enmiendas legislativas puesto que si tenía alguna objeción ésta podría haberse manifestado con anterioridad a la aprobación de la ley por el trámite parlamentario que hemos expuesto. La actuación del Ministro, en otro sentido, puede venir compelida no sólo por una declaración de incompatibilidad formulada por un corte judicial inglesa sino que puede derivar directamente de una decisión del TEDH [art. 10.1 b) HRA].

Tal como parece desprenderse del redactado de la *HRA* (art. 10 *HRA* y Anexo 2 *HRA*) el Ministro cuenta con una amplia discreción para decidir si insta al Parlamento a introducir las enmiendas necesarias para asegurar la compatibilidad de la ley con la legislación primaria³⁶⁴. Vale la pena subrayar, de nuevo, que lo interesante del proceso es que Ministro y Parlamento deciden acerca de las medidas de reparación, *sin encontrarse vinculados a lo establecido por los jueces* (aunque la *HRA* proporcione un marco de relación) y *que, entretanto, la ley continua produciendo efectos* de modo que *desaparece toda la polémica* (tan cara para muchos modelos europeos de control de la actividad legislativa) *en torno a los límites de la acción judicial al topar con una disposición legislativa contraria al contenido del CEDH*.

En este sistema el juicio de incompatibilidad al CEDH formulado por las cortes y los tribunales no viene asociado *a ninguna* consecuencia más que la remisión al Parlamento a través del ministro competente.

La reserva más evidente a esta solución consiste en la dificultad de aceptar que una ley incompatible con el CEDH continúe aplicándose, cosa que ocurrirá siempre mientras Ministro y Parlamento no enmienden la ley y que se mantendrá si permanecen inactivos. Preservar la supremacía del Parlamento y las connotaciones democráticas

³⁶⁴ Según el anexo 2 de la *HRA*, el Ministro competente puede aceptar la declaración judicial de incompatibilidad e iniciar el proceso de reforma de la ley mediante la presentación al Parlamento de un expediente que comprenda una explicación acerca de la incompatibilidad de la ley con el CEDH que el proyecto de *remedial order* pretende corregir, la motivación para corregir la ley a través de *una remedial order* en los términos propuestos y, finalmente, el mismo texto del proyecto de enmienda. Transcurridos sesenta días desde la presentación del expediente, el ministro competente presenta formalmente ante el Parlamento el proyecto de *remedial order* acompañado de un resumen de los informes presentados acerca de la reforma y de las posibles alteraciones introducidas en el proyecto como consecuencia de esos informes. En el plazo de otros sesenta días es preciso que el proyecto de corrección de la ley obtenga la

asociadas a esta idea no está exento de costes. Ahora bien, el mayor o el menor sacrificio desde el punto de vista de los derechos individuales dependerá, otra vez, de cómo se materialice la influencia de las decisiones de las cortes judiciales en la actividad de enmienda que el ministro impulse y que las Cámaras respalden. Tiene sobre esto razón E.BARENDT, en su breve alusión al sistema de protección de derechos civiles en el Reino Unido³⁶⁵, al señalar que si la ley declarada incompatible con el CEDH afecta a determinadas minorías y restringe sus facultades de participación en el conjunto del orden político, el Gobierno y la mayoría parlamentaria que le sostiene tendrán pocos incentivos para corregir una situación que electoralmente no les perjudica ni les puede apartar del poder.

Además de la elaboración del proyecto enmienda encauzado por el Ministro competente y de su posterior aprobación siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, la *HRA* permite también al Ministro, si concurren especiales circunstancias de urgencia, a aprobar por sí mismo modificaciones a la legislación declarada incompatible. En este caso el Ministro debe presentar ante el Parlamento la causa de incompatibilidad que se pretende corregir, la motivación que persigue la enmienda por la vía urgente y el texto de la *remedial order* por el que se modifica la ley. La intervención del Parlamento continua también en este caso respetándose puesto que la corrección del Ministro necesita ser respaldada por ambas Cámaras decayendo, si no recibe el respaldo de las mismas, en el plazo de ciento veinte días desde su adopción³⁶⁶.

Cabe preguntarse si el excesivo protagonismo que exhibe el Ministro competente en el proceso de corrección de la ley declarada incompatible desmerece la intervención de las Cámaras y si, hasta cierto punto, no resulta inconsistente con el dogma de la soberanía parlamentaria que, a primera vista, la *HRA* pretendía contemplar³⁶⁷.

Sobre esto, lo primero que hay que decir es que la actuación (o la inactividad) del ministro no impide que el Parlamento intervenga en cualquier momento para remediar la incompatibilidad percibida por los jueces ya que, en puridad, el Parlamento no se

aprobación de ambas Cámaras. R.ALONSO GARCÍA e I.TORRES MURO: “La ley británica...”, *op. cit.*, p. 31; S.GREER: *op. cit.*, pp.16-17.

³⁶⁵ E.BARENDT, *op. cit.*, p.50.

³⁶⁶ Anexo 2 *HRA*; R.ALONSO GARCÍA e I.TORRES MURO: *op. cit.*, p.31.

³⁶⁷ N.BAMFORTH: “Parliamentary sovereignty...”, *op. cit.*, p. 572.

encuentra vinculado ni por la propia *HRA* ni por los procesos que en la misma se prescriben.

La mediación del Ministro, tanto cuando presenta el proyecto de *remedial order* como cuando él mismo —en el *fast-track procedure*— activa los poderes de modificación legislativa delegados en su favor por la *HRA*, más que eclipsar a las Cámaras introduce elementos de *flexibilización* en las relaciones entre los tribunales y el legislativo. Si la modificación de la ley quedase confiada a la plena decisión del Parlamento, el esquema, en términos pragmáticos, no variaría demasiado en relación con lo expuesto respecto a otros sistemas de control *a posteriori* de constitucionalidad (excepto, claro está, en la cuestión de la invalidez de la ley y de los efectos de la misma). Tendríamos una declaración de incompatibilidad cuya remoción podría no ser abordada, ni en el sentido de expresar la oposición a la misma, por unas Cámaras “atascadas” en su propia inercia de producción normativa.

Con las *remedial orders* presentadas por el Ministro, en cambio, el debate sobre reforma de la ley (insistimos, aunque sea para rechazarla) cobra inmediatez. El vicio de incompatibilidad puede subsanarse con cierta diligencia (a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de sistemas de control de constitucionalidad *ex post*) sin que el debate se coarte ni en el Parlamento —que, a raíz de las actuaciones ministeriales, tenderá a pronunciarse al respecto—, ni, probablemente, en la opinión pública (piénsese, de nuevo, en el efecto que desde el punto de vista de la opinión pública puede causar una negativa tanto del Ministro como del Parlamento a responder a una declaración de incompatibilidad percibida por los jueces). Para valorar estas cuestiones habrá que estar, pues, atentos a la evolución que la *HRA* nos depare con su entrada en vigor.

6. Reserva de derechos, ¿menor margen de restricción?

De indudable interés ha de calificarse también la reserva contenida en el art. 11 *HRA*, por la que la aplicación de los derechos del CEDH *no pueden restringir aquellas otras libertades conferidas por el derecho vigente en el Reino Unido* ni los derechos procesales que las garantizan. Ya habíamos destacado que el sistema de derechos y libertades en el Reino Unido se encontraba disperso y, a menudo, se integraba en el *Common Law* sin legislación expresa.

La *HRA* aprovecha para codificar al menos dos de estos derechos clásicos: la libertad de expresión (Art. 12 *HRA*)³⁶⁸ y la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 13 *HRA*). El legislador podría haberse contentado simplemente con adaptar los derechos reconocidos por la CEDH *reproduciendo su articulado* tal como sucede con el resto de libertades. ¿Por qué entonces regular expresamente estos dos derechos en la *HRA* más allá de las previsiones del Convenio? Parece que la peculiar regulación responde a la fuerte presión que ejercieron dos sectores concretos (la prensa y las diversas confesiones religiosas) durante la tramitación parlamentaria de la ley, aunque este dato no impida aventurar que, con la integración del CEDH al derecho inglés, se abría una fisura por la que restringir dos libertades básicas de generoso reconocimiento por el derecho tradicional ya que, justamente, la regulación contenida en los arts. 9 y 10 del CEDH prevé en su mismo redactado que éstas libertades, mediante ley, puedan ser objeto de limitación por determinadas causas (seguridad pública, protección del orden, moral pública...).

Con la mención expresa de la libertad de expresión y la libertad religiosa, el legislador quería enfatizar el mayor alcance de estos derechos en comparación con el CEDH y evitar la excesiva preponderancia de las excepciones señaladas por el mismo³⁶⁹. La mera adaptación del CEDH podría haber desembocado, paradójicamente, en una mayor facultad por parte del juez de limitar el derecho individual al no declarar la incompatibilidad de una ley por contener medidas restrictivas amparadas por el Convenio.

Obviamente el carácter expansivo de los derechos de libertad de expresión y de libertad de conciencia establecido por la *HRA debe tener su traducción interpretativa*: así la ley que afecte a estos derechos deberá pasar un examen mucho más riguroso en sede judicial y menores serán las posibilidades de practicar una interpretación conforme, no una interpretación “conforme al Convenio Europeo”, sino “conforme a la *HRA*”.

³⁶⁸ Sobre libertad de expresión en los términos del artículo 12 *HRA* *vid.* decisión de la Cámara de los *Lores Turkington and Others v. Times Newspapers Limited (Northern Ireland)* de 2 de noviembre de 2000 (ya vigente, por tanto, la *HRA*).

³⁶⁹ F.KLUG: “The Human Rights Act 1998...”, *op.cit.*, p. 268.

El tema se mezcla, no sólo frente a los derechos de libertad de expresión sino frente a cualquier derecho del *CEDH* incorporado por la *HRA*, con la pregunta de si el juez inglés, al valorar la compatibilidad de la ley con el *CEDH*, debe atender a la doctrina del “margen de apreciación” según ha sido perfilada por la jurisprudencia del *TEDH*. Tal como hemos expuesto al analizar el caso francés (*vid. supra.*) la doctrina del “margen de apreciación” se asocia con el carácter subsidiario del *TEDH* y con la deferencia del mismo *TEDH* hacia las decisiones adoptadas por las autoridades de un estado soberano circunstancias que, obviamente, no concurren en el caso del control judicial ejercido por los tribunales nacionales. No obstante, no se descarta la posible incidencia de doctrinas análogas en derecho interno que persigan la moderación en el control judicial con el fin de asegurar el respeto a un espacio discrecional de decisión política atribuida al Parlamento³⁷⁰.

La discusión, en este punto y desde la perspectiva de la aplicación judicial, permanece, por el momento, abierta. En principio, la mayoría de autores reconocen (y así parece haberse confirmado en algunos pronunciamientos de Cámara de los Lores³⁷¹) que la doctrina del margen de apreciación no es aplicable por los jueces del Reino Unido tal como el *TEDH* la plantea respecto a cada derecho en particular. Sin embargo, existe una clara tendencia "minimalista" por parte de los jueces británicos que consiste en importar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo de forma automática sin advertir que, en el plano interno, el *standard* para valorar la pertinencia de los límites admisibles al ejercicio de los derechos es diferente³⁷². El resultado de esta actitud es que acaba imponiéndose un sistema de protección subsidiario de derechos (como el que encarna la doctrina del margen de apreciación) a un sistema principal de garantías en el que las restricciones acordadas por un poder público deberían estar sujetas a un escrutinio más severo.

³⁷⁰ S.GREER: *op. cit.*, p.15.

³⁷¹ Así en *Regina v. Director of Public Prosecutors Ex Parte Kebeline y otros* (*vid. supra.*) Lord HOPE OF CRAIGHEAD, refiriéndose a la doctrina del margen de apreciación, declara que: "[the doctrine] is not available to the national courts".

³⁷² *Vid.* H.FENWICK y G.PHILLIPSON: "Public Protest, the Human Rights Acts and Judicial Responses to Political Expression" en *627 Public Law* 644 (2000). El estudio se refiere a las limitaciones introducidas al derecho de reunión pacífica (con abundante jurisprudencia) y ahonda en la polémica sobre la influencia de la doctrina del margen de apreciación a nivel interno.

Junto a la opción "minimalista" continua presente la llamada posición "tradicionalista" que defiende una versión doméstica de la doctrina del "margen de apreciación" en la que la deferencia que el TEDH reconocía a las autoridades de cada estado se estructura en términos de deferencia hacia un órgano interno³⁷³. Se trata de una versión más meditada que la tendencia "minimalista" (que importa la doctrina del TEDH sin adaptaciones) pero con resultados, desde el punto de vista de la limitación de derechos, que pueden llegar a ser equivalentes.

Finalmente, como tercera opción más allá de los enfoques "minimalista" y "tradicionalista", algunos autores defienden una aproximación "activista" en la recepción del CEDH mediante la *HRA* de la que se seguiría un nuevo canon³⁷⁴, mucho más estricto, en el control de las medidas introducidas por el poder público con incidencia sobre el ámbito de eficacia de los derechos fundamentales. Restricciones admitidas bajo la doctrina del margen de apreciación (sea en su versión doméstica o sea en su subrepticia importación al apelar a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sin las necesarias adaptaciones) quedarían descartadas bajo el standard "activista". Una vez apreciada la infracción, se abriría entonces el camino de la reinterpretación del precepto legal que daba soporte a las medidas irrazonablemente limitadoras o bien de la declaración de incompatibilidad del mismo y del traslado de la cuestión a los órganos políticos.

³⁷³ H.FENWICK y G.PHILLIPSON: *Ibidem.*, p. 644.

³⁷⁴ H.FENWICK y G.PHILLIPSON: *Ibidem.*, p. 645.

VIII.- LA DECISIÓN EN LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS O CÓMO EVITAR PRONUNCIARSE SOBRE CUESTIONES CONSTITUCIONALMENTE CONTROVERTIDAS.

1. Características generales y diferencias con las decisiones interpretativas en algunos modelos europeos.

Nos llegan noticias de los acalorados debates que, sobre aspectos substantivos de constitucionalidad, se desatan a remolque de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos (aborto, límites de la libertad de expresión, *affirmative action*...); conocemos las agrias disputas y las elaboradas teorías que se ofrecen en el panorama norteamericano para justificar el papel de la Corte Suprema en su relación con el legislador democrático; importamos, con cierta irregularidad, algunas de las preguntas y de las propuestas acerca de los límites de la interpretación constitucional que se encadenan en este contexto [¿hasta qué punto se encuentra legitimada la Corte Suprema para determinar el contenido de uno u otro derecho?, ¿cómo la intervención de la Corte Suprema contribuye a promover (o a bloquear) la deliberación pública sobre un aspecto constitucionalmente polémico?, ¿qué criterios de deferencia debe mantener la Corte Suprema hacia lo decidido en el Congreso?, ¿en qué actuaciones del Congreso el escrutinio del juez constitucional resulta más severo, cómo contrarrestar una decisión de inconstitucionalidad cuando contrasta por lo decidido por la mayoría parlamentaria...?]; sin embargo, más allá del bullicio al que remiten este crisol de cuestiones, los detalles y principios del proceso constitucional norteamericano que condicionan las formas de decisión de la Corte Suprema y que complementan el despliegue de doctrinas materiales quedan bastante descuidados tanto en las descripciones del modelo americano

presentado para espectadores ajenos al mismo³⁷⁵, como por las fuentes autóctonas más ocupadas en resolver alguno de los problemas reseñados.

Una explicación a esta actitud, que encontrará su confirmación en nuestros comentarios posteriores, descansa en la tendencia connatural en la doctrina norteamericana a asociar los aspectos formales del proceso constitucional a teorías completas sobre la función de la jurisdicción constitucional que, a su vez, se concretan en la valoración de conflictos en los que la interpretación del contenido de la Constitución ha generado una enconada controversia.

Lo primero que hay que indicar es que, con la ojeada a control de constitucionalidad de las leyes en Norteamérica, el tema de la decisión interpretativa se desplaza a una dimensión muy diferente a la que está acostumbrada el jurista europeo continental (caso aparte, con todas las incertidumbres de un modelo recién activado, el del Reino Unido). En general puede afirmarse que las preocupaciones continentales entorno a la decisión interpretativa *no son trasladables al panorama americano* y que, contra lo que podría suponerse, resultan allí bastante irrelevantes. En Estados Unidos *el problema no es que la Corte Suprema proceda a la reconstrucción de la ley enjuiciada por vía interpretativa, sino que lo decisivo continua siendo la legitimidad de la Corte para establecer lo que dice la Constitución*. El marco jurídico-cultural explica, naturalmente, esta inversión en el orden de los factores controvertidos, aunque la diferencia de trasfondo no puede presentarse como excusa para desentenderse del referente, ya que de la comparación lo primero que tal vez resulta debilitado son los prejuicios que enmohecen *nuestro propio trasfondo* cultural. ¿A qué se debe, entonces, que las dificultades asociadas al fenómeno de las sentencias interpretativas, tal como las conocemos en Europa, carezcan de interés para el jurista americano? Sobre ello podemos plantear algunas hipótesis:

1) *Stare Decisis*. El sistema del precedente, al admitir que el texto legal se complementa con los significados normativos que los jueces introducen al aplicar la ley, diluye las objeciones entorno a la capacidad de reconstrucción normativa

³⁷⁵ Una notable excepción en España es el artículo de M.A AHUMADA RUIZ sobre el “*writ of certiorari*” al que posteriormente haremos referencia. *Vid.* M.A.AHUMADA RUIZ: “El

ejercida por los mismos. El recelo hacia el “legislador positivo” resulta incomprensible porque se da por supuesto que los jueces integran los *statutes* con reglas propias cuya uniformidad viene asegurada por el criterio vinculante de los tribunales superiores: se trata de un sistema de derecho en el que tradicionalmente se requiere la colaboración entre legislador y juez para la efectiva enunciación de normas jurídicas. El monopolio legislativo de la mutación del Derecho queda atenuado. El conflicto, por tanto, se plantea sólo cuando de esta reconstrucción normativa derivan reglas y principios que el juez *extrae de la Constitución*, cuyo caso extremo es el de la inaplicación de la ley por considerar que contradice un derecho constitucional según la interpretación que el juez efectúa de éste³⁷⁶. El ejemplo americano nos permite distinguir entre el problema del mayor o menor activismo judicial, que se traduce en el mayor o menor control sobre la actividad legislativa que ejercen los tribunales apelando a razones constitucionales y que es común tanto en Europa como en Estados Unidos, del problema vinculado a si un tribunal actúa como “legislador positivo” o como “legislador negativo”, es decir, si introduce con mayor o menor grado significados normativos que modifican el contenido de la ley, cuestión bastante indiferente en Estados Unidos pero muy en boga en Europa tal como hemos ido desgranando en los capítulos anteriores.

- 2) "*Construction*" versus *interpretación*. En directa relación con lo apuntado, ya el clásico iuspublicista E.LAMBERT en los años veinte había señalado la diferencia entre la interpretación de la ley, tal como la entendemos en el continente y la "*construction*" anglosajona (y específicamente norteamericana) entendida como

«certiorari» ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por le Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en *REDC*, n.41, 1994, pp. 89-136.

³⁷⁶ Ello justifica la crítica a la aplicación del precedente en materia constitucional. La Corte Suprema no sólo cuenta con la facultad de invalidar leyes estatales o federales al constatar la contradicción entre la ley y la Constitución sino que la interpretación constitucional que la Corte *extrae* y sobre la que fundamenta su razonamiento goza, gracias al *stare decisis*, de efectos prospectivos vinculantes que sólo pueden contrarrestarse mediante la reforma constitucional (cuya consecución, como es sabido, se encuentra con requisitos difíciles de superar: propuesta de enmienda aprobada por dos terceras partes de ambas Cámaras del Congreso Federal y ratificación por parte de tres cuartas partes de las Asambleas Legislativas de los Estados). Contra la dimensión constitucional de la doctrina del *stare decisis* y la posibilidad del Congreso y asambleas legislativas estatales de cancelar el pronunciamiento de la Corte sin recurrir a la reforma constitucional *vid.* M.STOKES PAULSEN: “Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of *Roe* and *Casey*?” en 109 *The Yale Law Journal*, 1535 (2000).

manipulación del contenido de la ley por parte de los jueces³⁷⁷. Si en el ámbito anglosajón la capacidad de innovación de la ley es menor que en los sistemas continentales (LAMBERT hacía la comparación con el sistema francés) ello se debe a que los *statutes* se integran en un acervo de cultura jurisprudencial que limitan su capacidad transformadora del ordenamiento jurídico y quedan condicionados a las reglas de aplicación concretas inferidas por los jueces. En otras palabras, la *construction* es diferente a la interpretación continental porque el papel de las leyes es diferente: en el *common law* la ley queda modulada por el armazón de las reglas jurisprudenciales mientras que, en el *civil law*, de la promulgación de una nueva ley se extrae ante todo una voluntad de cambio en la materia no sujeta a ninguna condición jurisprudencial previa (y, por supuesto, poco susceptible de modulación por parte de los futuros actos de aplicación judicial). En el sistema americano en particular, opina LAMBERT, la introducción de la *judicial review of legislation* además de conceder a los jueces el poder de invalidación de las leyes, les reconoce (a raíz de la tradición mencionada) un poder superior de alteración de las leyes como vía intermedia entre la aceptación del *statute* y su rechazo.

- 3) *Control concreto de constitucionalidad*. Los profesores SHAPIRO y STONE destacan, en un artículo de comparación entre las jurisdicciones constitucionales europeas y el modelo americano de justicia constitucional³⁷⁸ que el hecho de que las dudas sobre la inconstitucionalidad de una ley se planteen *en una litigio concreto* provoca que la importancia de cómo la ley puede ser reinterpretada por la Corte Suprema con efectos *pro futuro* sea secundaria. Es la invalidación (la inaplicación de la ley inconstitucional) lo que determina a los ojos de las partes contendientes — y a los ojos de los observadores que siguen el proceso— quien vence en la apelación. Cómo la ley supera el juicio de constitucionalidad resulta menos relevante, entre otras cosas, porque las circunstancias que los juicios futuros contengan pueden conducir a una distinción relevante que altere la forma de

³⁷⁷ E.LAMBERT: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Marcel Giard & Cie. Paris, 1921. Ante la imposibilidad de acceder a la edición francesa de 1921, en este estudio hemos consultado la traducción italiana de la obra de E.LAMBERT: *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*. (Trad.R.D'Orazio). Giuffrè, Milán, 1996. Sobre la *construction* en el control de constitucionalidad de las leyes *vid.* pp. 117-157.

interpretar la ley una vez el problema de su constitucionalidad se encuentra ya despejado.

- 4) *La doctrina de la evitación* (“*avoidance doctrine*”). En coherencia con lo que hasta aquí hemos dicho las técnicas de interpretación conforme, así como un conjunto de principios de jurisdicción que pasamos a exponer y que informan la práctica de los tribunales, se perciben, en el modelo que examinamos, *justamente como instrumentos para evitar entrar a decidir sobre temas constitucionalmente controvertidos.*

2. Las reglas BRANDEIS.

En un célebre voto particular concurrente a la decisión de la Corte Suprema *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*³⁷⁹, el juez BRANDEIS (contando con la adhesión de los jueces STONE, ROBERTS y CARDOZO) plasmó con carácter sistemático una serie de reglas que a su juicio debían orientar la actuación de la Corte Suprema con el fin de moderar el alcance tanto de su jurisdicción como de sus pronunciamientos. No es que estas reglas sean insertadas por primera vez en el mencionado voto particular, pues algunas (entre ellas el mandato de interpretación constitucionalmente conforme) contaban con una larga tradición en el seno de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el mérito de BRANDEIS consiste en el rigor de su exposición cuya impronta marcará el desarrollo futuro de las diversas técnicas anunciadas e impulsará ciertos sectores doctrinales (hasta el día de hoy) a desarrollar un conjunto de teorías inspiradas en el

³⁷⁸ M.SHAPIRO y A.STONE: “The new constitutional politics of Europe” en 26 *Comparative Political Studies*, 397 (1994) p.403.

³⁷⁹ Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento de la Corte remitían a la compra por parte de la *Tennessee Valley Authority*, de un conjunto de propiedades y de líneas de transmisión de energía que hasta entonces habían pertenecido a la compañía eléctrica *Alabama Power*. *Ashwander*, como otros recurrentes, gozaba de derechos de adquisición preferente sobre las acciones de la *Alabama Power* que no habían podido ejercer al cambiar la mencionada compañía de propietario, en este caso, una agencia pública. Los afectados acuden a la Corte, después de superar el resto de instancias, entendiendo que el contrato era ilegal y que la ley de creación de la *Tennessee Valley Authority* era, a su vez, inconstitucional. La Corte no estima la pretensión de *Ashwander* y los suyos arguyendo que de la Constitución no se sigue ningún derecho de protección para quienes ostentan derechos de adquisición preferente. BRANDEIS, como veremos, secundará el fallo de la Corte aunque entendió que el rechazo de las alegaciones debería haberse producido sin entrar en el fondo de la cuestión. *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288; *vid.* también A.BICKEL: *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962, p.119.

enfoque de *Ashwander* en defensa de una mínima intervención de la Corte Suprema en asuntos constitucionales³⁸⁰.

Otra característica de las reglas perfiladas en el voto concurrente de BRANDEIS es su aparente heterogeneidad, como ya hemos comentado, y como tendremos ocasión de comprobar, aspectos eminentemente sustanciales, cómo es eludir el juicio de constitucionalidad de la ley aún contando con serias dudas sobre su constitucionalidad, se combinan con cuestiones puramente procesales³⁸¹. Ahora bien, en el horizonte en el que las tesis de BRANDEIS son mencionadas, incluso las condiciones y las cautelas más aparentemente formales, aparecen como las diferentes compuertas de una presa cuya misión principal consiste en detener esa corriente que desemboca, superadas todos los obstáculos, en el juicio de constitucionalidad de la ley³⁸².

En primer lugar, nos dice BRANDEIS, la Corte Suprema no entrará a valorar la constitucionalidad de la ley si no existe una controversia auténtica y actual entre dos partes. En este primer apartado, en coherencia con lo que el propio BRANDEIS había apuntado con anterioridad, quedan bloqueados aquellos análisis de constitucionalidad que se planteen con carácter consultivo, buscando en el pronunciamiento de la Corte una confirmación o un rechazo de una interpretación constitucional previa. Ante la incertidumbre sobre la constitucionalidad de la ley, el legislativo no puede acudir a la Corte Suprema para que ésta emita, antes o después de la aprobación del *statute*, una valoración acerca de las posibles infracciones constitucionales detectadas en el mismo. De ahí la segunda regla, íntimamente ligada a la presencia de un conflicto real, genuino y vital (“*real, earnest, and vital controversy*”) que *prohíbe la anticipación* del juicio de constitucionalidad. Primero debe detectarse la necesidad de acudir a la Constitución para resolver una disputa, sin que quepa la intervención judicial ante meras hipótesis previas a la aplicación de la ley.

³⁸⁰ Entre ellas (*vid. infra.*) las aproximaciones defendidas por A.BICKEL, *op. cit.*; y, recientemente, por C.SUNSTEIN: *The minimalist Constitution. One case at time*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

³⁸¹ Un extenso comentario acerca de las reglas BRANDEIS en el que se manifiesta esta heterogeneidad se encuentra en L.A.KLOPPENBERG: “Avoiding Constitutional Questions” en *35 Boston College Law Review*, 1003 (1994), pp. 1011-1025.

Por supuesto, dadas estas dos primeras reglas, ningún acomodo encontraría en el sistema americano un control de constitucionalidad abstracto de las leyes (sea anterior a la aprobación de las mismas por el legislativo, como en Francia, o sea posterior, como en Alemania, España o Italia) que opere sin la experiencia aplicativa que deriva de un litigio concreto. Para BRANDEIS, instrumentos como un recurso de inconstitucionalidad, tan caros a la tradición europea, serían expresión de una disputa que no ha alcanzado un suficiente grado de madurez y que no podría, por tanto, plantearse en términos de constitucionalidad ante la Corte Suprema.

En tercer lugar, dentro de este esquema en el que el juicio de constitucionalidad de la ley se encuentra ligado al caso concreto, BRANDEIS postula que la Corte Suprema no puede formular ninguna regla de derecho constitucional que se extienda más allá de los hechos precisos a los que debe aplicarse. Nos encontramos aquí en un estadio en el que, sin que se logre evitar el juicio de constitucionalidad, al menos la eficacia de las reglas de él derivadas se encuentra restringida. No se cuestiona que la Corte Suprema elabore reglas que complementan las disposiciones legislativas, lo que resulta problemático, es que estas reglas sean de contenido constitucional, en cuyo caso se enfatiza que su alcance queda limitado a la disputa que las suscitan.

La mínima extensión de la regla constitucional judicialmente elaborada se encuentra, asimismo, asociada a la cultura del precedente: el alto grado de vinculación de los tribunales inferiores a los tribunales superiores y —a la Corte Suprema como cúspide del sistema— condiciona que la regla judicial (en la que se condensa tanto una interpretación de la Constitución como una interpretación de la ley) quede ceñida a un caso definido en términos específicos bajo el riesgo, de lo contrario, 1) de primar la visión judicial de la Constitución por encima de la concreción promovida por el resto de agentes políticos y 2) de potenciar la arbitrariedad *en los tribunales inferiores* (puesto que una regla abstracta desvinculada del caso permite mayor margen de maniobra y, en el peor de los escenarios, mayor campo de aplicación a casos que no son equiparables).

³⁸² Como comentario general al conjunto de cautelas procesales mencionadas y su repercusión en decisiones posteriores *vid.* G.GUNTHER: *Constitutional Law*. Foundation Press. Westbury, 1991, pp.1640-1643.

Por otro lado, como suele destacarse, la fuerte dependencia entre la regla judicial y un supuesto de hecho definido en términos muy específicos constituye un rasgo estructural del sistema del precedente en los países del *common law*. Lo único que recalca BRANDEIS en *Ashwander* es que, cuando la solución jurídica adoptada por la Corte se adereza con elementos constitucionales, la sensibilidad de la regla del precedente para con los hechos debe ser mayor.

En la cuarta regla la doctrina de la evitación encuentra una de sus más tangibles expresiones. Más que proponer vías indirectas para eludir el juicio de constitucionalidad, en este párrafo BRANDEIS expone, sin más rodeos, la idea principal: *la Corte no entrará a valorar aspectos de constitucionalidad siempre que pueda basarse en otros fundamentos*. En principio parece sugerirse un mandato objetivo dirigido a la Corte Suprema para que, en la medida de lo posible, se abstenga de acudir a la Constitución para resolver el litigio. La redacción del voto sugiere, sin embargo, que la actuación de la Corte también depende de cómo el conflicto sea presentado por el recurrente: al establecer que la mencionada regla sólo encontrará su excepción cuando los aspectos de constitucionalidad se desprendan claramente de los antecedentes, parece que redundan en el particular la carga de exponer la necesidad de acudir a la Constitución para enfrentarse al caso planteado (algo que también rezuma en las reglas cinco y seis del voto concurrente). Uno de los ejemplos en los que la cuarta regla encuentra aplicación nos remite, como se ocupa de indicar el juez BRANDEIS, al caso en el que la decisión pueda implicar bien una interpretación constitucional bien una interpretación de la ley y de derecho común. Dada esta coyuntura, la Corte Suprema resolverá sobre la base de la interpretación legal sin responder a las cuestiones constitucionales que se mezclen en el asunto.

Como avanzábamos, la quinta y la sexta regla entran a valorar la posición del recurrente como factor que abre o que cierra la compuerta al planteamiento de la invalidez de la ley. Para que la Corte Suprema entre a estudiar la posible contradicción de la ley con los mandatos constitucionales, nos dice el juez, el recurrente debe demostrar que se encuentra perjudicado por los preceptos legales cuya constitucionalidad se cuestiona. En sentido inverso, la Corte Suprema no revisará la constitucionalidad de una ley a instancias de alguien que se haya beneficiado con la aprobación de la misma.

Finalmente, es la séptima de las reglas la que BRANDEIS dedica a lo que en se suele identificar como principio de interpretación conforme a la Constitución, aunque la apreciación no sea del todo exacta. En éste párrafo del voto particular, el juez establece que cuando sea puesta en cuestión la validez de una ley del Congreso, aun cuando se presente una seria duda sobre su constitucionalidad, es principio cardinal de la Corte, decidir, en primer lugar si es posible una interpretación de la ley mediante la que puedan ser evitadas las cuestiones de constitucionalidad³⁸³.

Nótese, en primer lugar, que cuando aparece este fragmento como paradigma de la regla de interpretación constitucionalmente conforme en Estados Unidos se presenta aisladamente³⁸⁴, con lo que se olvida que su formulación se inserta en un entramado más amplio de reglas todas ellas, en sus diversas fases, tendentes a liberar a la Corte de Suprema de la carga de pronunciarse sobre aspectos de constitucionalidad en relación una ley.

En segundo lugar, repetimos, no se trata tanto de un mandato por el que se imponga a la Corte Suprema la obligación de seleccionar, de entre las diversas interpretaciones que la ley arroja, aquélla interpretación constitucionalmente correcta a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad. *Se trata, más bien, de que la Corte Suprema, en la medida de lo posible, sortee el espinoso problema de juzgar la validez de la ley según su forma de entender el contenido de los preceptos Constitucionales*³⁸⁵.

³⁸³ “When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided”. *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 348. R.K CARR: *The Supreme Court and the Judicial Review, op. cit.*, 187-188. Sobre las razones en las que se apoya la *Avoidance Doctrine* *vid.*, asimismo, *Army v. Municipal Court of Los Angeles*, 331 U.S. 549, 571 (1947).

³⁸⁴ Así, J.BRAGE CAMAZANO: *La acción de inconstitucionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1998, p.235.

³⁸⁵ La doctrina queda claramente formalizada por BRANDEIS en *Ashwander* aunque cuenta con precedentes en sentencias de la primera década del siglo XX (*vid.infra*). El uso de técnicas interpretativas con el fin de evitar pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley enjuiciada ha sido, por otra parte, repetida en numerosas ocasiones hasta la actualidad *vid. DeBartolo Corp.v.Florida Gulf Coast Building and Construction Trades Council* 485 U.S. 568, 575 (1988) donde se declara que: “Where an otherwise acceptable construction of a statute would raise serious constitutional problems, the Court will construe the statute to avoid such problems unless such construction is plainly contrary to the intent of Congress” [sobre este último inciso *vid. infra*.], *Rust v. Sullivan*, 111 S.Ct. 1759, 1771 (1991); *Miller v.Johnson*, 115 S.Ct. 2475, 2491 (1995); *United States v. X-Citement Video*, 115 S.Ct. 464, 472 (1994); *Jones v. United States*, 526 U.S. 227, 239 (1999). En verdad, la selección de una interpretación constitucional cuando emergen diversas interpretaciones de la ley —en el caso en que se planteen dudas sobre

A nuestro juicio, este es uno de los malentendidos más frecuentes (especialmente para el jurista europeo que se asoma al sistema norteamericano de control de constitucionalidad de la ley) que conviene superar: la séptima regla BRANDEIS *no señala ninguna preferencia por una lectura constitucionalmente compatible de la ley frente a interpretaciones que no encuentran acomodo en el texto constitucional, sino que impone al juez la obligación de rehuir aquellas interpretaciones legales de las que puedan emerger aspectos cuya resolución requiera de un juicio de constitucionalidad.* La confusión, no obstante, puede justificarse al comprobar, como demuestra W.K.KELLEY en un reciente estudio³⁸⁶, que la doctrina de la *avoidance* ha evolucionado de modo que si, a lo largo del siglo XIX, el mencionado canon se entendía como una preferencia por una lectura constitucional de la ley de entre otras difícilmente compatibles con la Constitución³⁸⁷ (una doctrina cercana a la interpretación constitucionalmente conforme europea actual), a partir de la primera década del siglo XX, la perspectiva cambió con dos decisiones³⁸⁸ en las que se consolidó la idea de la *avoidance* como selección de interpretaciones legales en las que las cuestiones de constitucionalidad no fuesen abordadas³⁸⁹. Esta fue la versión que recibió BRANDEIS, que posteriormente asumió el juez FRANKFURTER [*vid. Schapiro v. United States* 335 U.S. 1, 37 (1948)] y que perdura hasta nuestros días.

la constiucionalidad de la misma— no es una técnica ajena al control de constitucionalidad norteamericano de las leyes. Esta idea, más cercana a lo que en Europa entendemos por “interpretación conforme” también fue postulada por el propio juez BRANDEIS, pero no en el voto particular concurrente de *Ashwander* sino en el voto particular discrepante de *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22, 302 (1932). Con todo, la regla de *Crowell* debe entenderse con los matices apuntados, es decir, en el horizonte de eludir el juicio de constitucionalidad de las leyes por parte de la Corte Suprema que, posteriormente, BRANDEIS sistematizará en *Ashwander*. Así en *Crowell* se declara que “*where a statute is equally susceptible of two constructions, under one of which it is clearly valid and under the other of which it may be unconstitutional, the court will adopt the former construction*”. Obsérvese que el juez no entiende que al seleccionar la interpretación claramente válida la Corte eluda la declaración de inconstitucionalidad, lo que elude es entrar a valorar la constitucionalidad de una interpretación de la ley que *puede* (“*may*”) ser inconstitucional (inconstitucionalidad que no se admite con certeza puesto que no ha sido examinada).

³⁸⁶ W.K.KELLEY: “Avoiding constitutional Questions as a Three-Branch Problem”, 86 *Cornell Law Review* 831 (2001), pp. 836-843.

³⁸⁷ W.K.KELLEY: *Ibidem*. p. 839.

³⁸⁸ *Harriman v. Interstate Commerce Commission* [211 U.S. 407 (1908)] y *United States ex.rel. Attorney General v. Delaware & Hudson Co* [213 U.S. 366 (1909)]

Evitar la cuestión de constitucionalidad, según la séptima —y última— regla BRANDEIS, por otro lado, se impone incluso ante una seria duda de constitucionalidad de la ley (“*even if a serious doubt of constitutionality is raised*”). No es difícil intuir cómo detrás de esta reserva en el planteamiento de aspectos de constitucionalidad resuenan los ecos de doctrinas que, en la tradición del constitucionalismo americano, predicán una restricción en el control ejercido por los jueces, cuyo punto culminante, una vez pasados todos los filtros del enjuiciamiento, consiste en declarar la inconstitucionalidad de la ley.

Esta declaración tan sólo se produce cuando la violación de la Constitución haya sido clara y patente y no se abrigue ninguna duda sobre la actuación incorrecta del legislador. Como es harto sabido, tal vez en el ensayo más célebre sobre Derecho Constitucional americano de todos los tiempos, el profesor J.THAYER³⁹⁰, expuso la tesis — extraída de puntos comunes a una serie de decisiones judiciales de la Suprema Corte federal y de cortes estatales³⁹¹— según la cual el juez sólo puede invalidar aquellas leyes que considere manifiestamente inconstitucionales, más allá de toda duda razonable (“*beyond a reasonable doubt*”³⁹²). La cautela que BRANDEIS maneja parece asimilarse a las mismas fórmulas restrictivas expresadas por THAYER mediante estándares que ayudan a calibrar la pertinencia de una actuación judicial en un sentido u en otro³⁹³. Sin embargo, la regla BRANDEIS se sitúa en un *eslabón previo*, a la aplicación del test THAYER: THAYER se encuentra en una fase en la que las cuestiones de constitucionalidad ya han emergido, de forma que el juez sólo puede invalidar la ley cuando claramente contradiga la Constitución. En cambio en BRANDEIS lo que se plantea es *si el juez pasa a valorar los posibles vicios de inconstitucionalidad de la ley*, es decir, si pasa al estadio en el que, posteriormente, se

³⁸⁹ Sobre el cambio de canon, también designado como el cambio del “*unconstitutionality canon*” al “*doubts canon*” vid. J.COPELAND NAGLE: “*Delaware & Hudson revisited*” en 72 Notre Dame Law Review 1495 (1997), p.1496.

³⁹⁰ J.B.THAYER: “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review*, 129 (1893). Sobre la tesis de THAYER vid. V.FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, *op. cit.*, pp. 144-150.

³⁹¹ J.B THAYER: *op. cit.*, p. 140, cita a tal efecto reglas formuladas por el Chief Justice Tilghman de Pennsylvania en 1811 o de la General Court de Virginia ya en 1793. Sobre los fallos de la Corte Suprema Federal, vid. J.B THAYER: *ibidem*. nota pp. 142-143.

³⁹² J.B.THAYER: *ibidem.*, p.151.

³⁹³ Las relaciones entre ambas estrategias de contención viene sugerida por F.H. EASTERBROOK: “The demand for judicial review” en 88 *Northwestern University Law Review* 372 (1993), p. 372.

aplicarán las cautelas de THAYER. En THAYER el juez ya ha interpretado la Constitución y ha decidido si la ley era compatible con la misma o si, por el contrario, la ley era irracional, clara e inequívocamente errónea.

En BRANDEIS lo que hay que ponderar es si los indicios de inconstitucionalidad de la ley son suficientes para proceder, propiamente, al juicio de constitucionalidad. No es suficiente, de acuerdo con BRANDEIS, con que exista una seria duda de constitucionalidad, debe haber una “preponderancia” de elementos de duda para juzgar la constitucionalidad de la ley, pero, de acuerdo con THAYER, ésta será sólo declarada inconstitucional si el juez no tiene ninguna duda sobre la infracción.

3. Colisiones con los fundamentos de la *judicial review*.

Como tarde o temprano tienden a reconocer todos los defensores de las técnicas de elisión del juicio de constitucionalidad, la consolidación de estas reglas, al perseguir la restricción de los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre aspectos substantivos y limitar la su capacidad para inaplicar leyes estatales o federales, contradice los propios orígenes y fundamentos de la *judicial review* tal como fueron concebidos en la época del juez MARSHALL.

No faltan quienes siempre han considerado la jurisprudencia expansiva de la Corte MARSHALL como un error histórico que las mencionadas técnicas contribuyen a paliar. De ahí las precauciones adoptadas que reducen al mínimo los casos en los que la Corte interviene y decide para permitir que el debate fluya en otras instancias de mayor representatividad ciudadana. Esta era la idea de la ya clásica valoración de BICKEL³⁹⁴ sobre el problema de la *judicial review of legislation*, pero también de versiones más recientes, como las de C.SUNSTEIN cuyo “minimalismo” judicial³⁹⁵ rechaza, asimismo, un examen innecesario y prematuro de la Corte que coarte la deliberación pública. Si hay acuerdo en la sociedad sobre un aspecto de constitucionalidad sustantiva es difícilmente justificable que la Corte entre y revoque lo establecido por el legislador y si, por el contrario, la fractura social generada por diversos temas trascendentales es inconciliable, la decisión de la Corte no puede, como sucedió en *Dred Scott* (decisión de

³⁹⁴ Vid. nota *supra*.

³⁹⁵ C.SUNSTEIN: *The minimalist Constitution. op. cit., vid. nota supra., p.4*

la Corte Suprema en favor de la esclavitud y precedente directo de la Guerra de Secesión³⁹⁶) ensanchar todavía más las diferencias.

En sus propuestas SUNSTEIN también recela de una Corte Suprema que se pronuncie sobre cuestiones poco maduras, que ofrezca opiniones consultivas, que entre en el fondo del asunto cuando puede evitarlo o que establezca principios generales más allá del caso enjuiciado. En definitiva, acude a reglas asimilables a las ya anticipadas por BRANDEIS. De hecho, la *Avoidance Doctrine* tal como queda plasmada por jueces como BRANDEIS se explica como reacción de los entonces jueces “liberales” frente a la activista *Supreme Court* de los años 30, mayoritariamente conservadora, que había intentado bloquear las reformas del *New Deal*³⁹⁷.

El problema, como avanzábamos, es que estas cautelas chocan con una determinada lectura de la Constitución: la que hizo el juez MARSHALL de la misma que permitió la instauración de la *judicial review of legislation*. La discusión se centra en los casos en los que la Corte puede declinar su jurisdicción ante un determinado asunto, situación excepcional si atendemos a que el art. III de la Constitución de los Estados Unidos se refiere a que los jueces conocerán de “*todos los casos (“all cases”)* en Derecho y Equidad que se susciten bajo esta Constitución”, lo que parece llevar a justo a la solución contraria a la propuesta por BRANDEIS y sus sucesores. En caso de duda la Corte debe entrar a conocer el asunto y decidir en toda su extensión. Los asuntos en los que la Corte se inhibe deben ser excepcionales, ya que, de otro modo, la disposición constitucional acerca de la función judicial sería contradecida. Así lo entendió MARSHALL y así quedó solemnemente establecido, primero en *Marbury v. Madison*³⁹⁸ y más rotundamente, en *Cohens v. Virginia*³⁹⁹ :

“It is most true that this Court will not take jurisdiction if it should not; but it is equally true, that it must take jurisdiction if it should. The judiciary cannot, as the legislature may, avoid a measure because it approaches the confines of the constitution. We cannot pass it by because it is doubtful. With whatever doubts,

³⁹⁶ A.BICKEL: *op. cit.*, p. 66.

³⁹⁷ L.A. KLOPPENBERG: *op. cit.*, p. 1012. Nota 45.

³⁹⁸ “Judicial Power of the United States is extended to all cases arising under the Constitution”. *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

with whatever difficulties, a case may be attended, we must decide it, if it be brought before us. We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given. The one or the other would be a treason to the constitution.”

En realidad, las tesis que pretenden rebatir la visión expansiva de MARSHALL, no se han centrado tanto en encontrar fisuras en su razonamiento (por donde sujetar el caballo de la jurisdicción cuando valora la constitucionalidad de las leyes) sino en señalar un conjunto de reglas acorde con un modelo distinto de jurisdicción constitucional al que MARSHALL tenía en mente⁴⁰⁰.

Estas visiones alternativas se han ido conjurando en relación dialéctica a lo largo de la historia del constitucionalismo americano, con más o menos aportaciones, con más o menos matices, siempre con la duda sobre justificación de la *judicial review of legislation* en el nudo de la discusión. De ahí otra de las diferencias radicales con Europa cuyas jurisdicciones constitucionales no se encuentran tan constantemente asediadas ni criticadas hasta el punto de cuestionar su propia existencia. Intuitivamente, parecería un absurdo que en Europa hubiésemos establecido nuestros Tribunales “Constitucionales” (explícitamente previstos en las constituciones) *para luego evitar que se pronuncien sobre cuestiones de constitucionalidad en las que la validez de la ley se encuentre en tela de juicio*. Las limitaciones a su jurisdicción parten de otros presupuestos pero no principalmente de una duda originaria de legitimidad.

Decíamos que la construcción de este “sistema de filtros” que limita el juicio de constitucionalidad sólo a casos extremos responde a una idea diferente al control concebido por MARSHALL. Sin embargo, cuando un autor como BICKEL explora posibles vías de contención en la actividad de la Corte Suprema, empieza por señalar

³⁹⁹ *Cohens v. Virginia* 6 Wheaton 264, 404 (1821). Vid. A.BICKEL: *op. cit.*, pp. 116-117; GUNTHER: *op. cit.*, p.1641.

⁴⁰⁰ No obstante, la compatibilidad ente el modelo de jurisdicción constitucional perfilado por MARSHALL y las doctrinas favorables a limitar el alcance del juicio de constitucionalidad suele reconocerse en una opinión del propio MARSHALL formulada en 1833 (30 años después de *Marbury v. Madison*) en la que expresamente se ocupa de eludir aquellas decisiones constitucionales innecesarias con el fin de fortalecer la credibilidad de los tribunales federales inferiores y considerando, asimismo, el carácter delicado en el ejercicio de la *judicial review of legislation*. Vid. *Ex parte Randolph*, 20 F.Cas. 242, 254 (1833) (No. 11,558) citado por L.A. KLOPPENBERG, *op. cit.*, pp.1004 y 1029.

aquellas situaciones de ausencia de jurisdicción que podrían ser compatibles con el pronunciamiento de *Cohens v. Virginia*. Nos recuerda, por ejemplo, que el propio MARSHALL aceptaría la inhibición de la Corte si no hubiese un auténtico “caso justiciable”⁴⁰¹, es decir —como también destacaban las primeras reglas BRANDEIS—, si no hubiese un interés subjetivo personal en juego (*personal stake*), si no existiese perjuicio (*injury in fact*) como consecuencia de la acción que se impugna (*causation*), si este perjuicio no pudiese ser evitado, reparado y compensado por la decisión judicial (*redressability*), si la controversia hubiese dejado de estar “viva” (*standing*) o, si la disputa no se encontrase suficientemente madura (*ripeness*) al pronosticarse que acontecimientos futuros cambiarán los términos de la controversia⁴⁰². En otro sentido, arguye BICKEL, nada obsta a entender que los jueces conocerán de “todos los casos” que se susciten bajo esta Constitución (según la dicción del art. III de la Constitución de los Estados Unidos) siempre que sean casos judiciales *por el poder judicial* (a fin de cuentas el art. III de la Constitución de los Estados Unidos se refiere al ámbito de actuación de los jueces en contraste con las facultades atribuidas por otros artículos al legislativo y al ejecutivo), lo que evita, por ejemplo, que la Corte Suprema pueda conocer de aquellos aspectos comprendidos por el círculo de las llamadas *political questions*⁴⁰³. Nada más controvertido que adentrarse en el tema de las *political questions* y tratar de señalar los asuntos que entran dentro de ésta categoría. No vamos a ocuparnos de un problema en el que la Corte no ha seguido ninguna línea inteligible y más bien ha tendido a apropiarse de este concepto para desembarazarse de casos delicados⁴⁰⁴. Tan sólo resaltar que también las *political questions* representan una excepción mediante la que se puede evitar el juicio de constitucionalidad, excepción asumible pese a una interpretación amplia del art. III de la Constitución.

4. Técnicas de evitación en algunas de sus fases.

Hasta aquí quedan apuntadas algunas de las técnicas, compatibles o no con MARSHALL, que restringen las facultades de la Corte Suprema. Llama la atención,

⁴⁰¹ A.BICKEL: *op. cit.*, p. 118. L.BRILMAYER: “The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the “Case or Controversy” Requirement”, en 93 *Harvard Law Review*, 297 (1979) pp. 302-303.

⁴⁰² M.A. AHUMADA RUIZ: “El «certiorari»...”, *op. cit.*, pp.129-130.

⁴⁰³ A.BICKEL: *op. cit.*, p. 118; R.K.CARR: *op. cit.*, pp.197-199.

como insinuábamos, la disparidad y la mezcolanza de los instrumentos empleados para domeñar un juicio de constitucionalidad de la ley y, en su caso, abordar este tipo de cuestiones. De entre estas técnicas, unas son excepciones a la jurisdicción (inexistencia de “caso”, incidencia sobre cuestiones políticas...), otras, más propiamente las últimas propuestas de BRANDEIS, són reglas de razonamiento y de fundamentación una vez aceptada la jurisdicción.

En un término medio, existen también instrumentos que aún reconociendo la jurisdicción de la Corte (como en el *writ of certiorari*), se descarta el ejercicio de la misma de manera discrecional por el propio tribunal. Sea como fuere, lo interesante es que todos estos recursos *pueden ser interpretados*, en el sentido de BICKEL y de SUNSTEIN, *como esclusas procesales que frenan el alcance material del juicio de constitucionalidad de la ley*

El modelo nos muestra como, en un escenario muy diferente al nuestro, se produce el intento de sistematizar estas propuestas de contención a las que la Corte se debe someter a fin de evitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley y como, al menos desde determinadas posiciones, el *restraint* de la Corte Suprema al valorar la constitucionalidad de las leyes *se proyecta a cada uno de los diversos niveles de conocimiento del litigio* de forma que un canon como el de BRANDEIS en la séptima regla *Ashwander* se entiende como un paso más dentro de un conjunto de orientaciones tendentes a moderar el alcance del juicio de constitucionalidad sobre normas aprobadas por el legislador democrático. Otra cosa es que el “sistema de filtros” sea coherente y funcione con un mínimo de previsión, es decir, que la práctica se corresponda con la depurada elaboración teórica que presentan algunos autores. Si esto no sucede no es sólo por la indefinición de algunas de las reglas mencionadas, también es por un desacuerdo nuclear entorno al papel de la Corte Suprema en su relación con el Congreso que sigue persistiendo tanto entre los *scholars* como entre los agentes que inciden en la práctica política y jurídica⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ A.BICKEL: *op. cit.*, pp. 183-198; R.K.CARR: *op.cit.* y la crítica a *Coleman v. Miller* 307 U.S. 433 (1939).

⁴⁰⁵ M.SHAPIRO y A.STONE: *op. cit.*, p.401.

5. Evitación y *writ of certiorari*.

En un plano mucho más concreto, uno de los ejemplos en los que la proyección del sistema de *restraint* a todos los eslabones del juicio de constitucionalidad de la ley puede entrar en contradicción se halla en la institución del *writ of certiorari* configurado como la admisión discrecional por parte de la Corte Suprema de las apelaciones planteadas contra las decisiones de los tribunales de última instancia estatal o de los tribunales de circuito.

El trámite de admisión mediante *certiorari* podría diseñarse como un poderoso filtro en esta política de contención de la Corte Suprema contra las apelaciones que cuestionasen la constitucionalidad de la ley, si no fuese porque, como suele reconocerse, prácticamente no existe ninguna regla que permita atisbar alguna certidumbre en el éxito de la apelación: M.A AHUMADA, en un exhaustivo estudio sobre la institución, reconoce que ni la existencia de un conflicto entre los precedentes de tribunales del mismo rango, ni tan sólo la existencia de un conflicto con el precedente de la Suprema Corte garantiza la admisión de la apelación y que, en la práctica, la decisión del otorgamiento de *certiorari* si depende de algo es, remotamente, de que la apelación se integre en un conjunto de casos que deban resolverse atendida la “importancia de las cuestiones implicadas” o la “importancia para el público en general”⁴⁰⁶.

Pero lo que aquí nos interesa es la idea siguiente: tal vez lo único que se reconoce dentro de este caos es que una alegación tiene cierta garantía de éxito en la concesión del *certiorari* cuando se remarcan las “cuestiones constitucionales” que se encuentra implicadas en el sentido de la discusión entorno a la constitucionalidad de una ley⁴⁰⁷, con lo que el único indicio de criterio de concesión del *certiorari* se activaría *justo en el sentido contrario al que propone el mandato general de evitación de las discusiones constitucionales*.

⁴⁰⁶ M.A. AHUMADA, *op. cit.*, p.126. Sobre el *writ of certiorari*, *vid.* el estudio de H.W PERRY, H.W PERRY: *Deciding to decide. Agenda Setting in the United States Supreme Court*. Harvard University Press, Cambridge, 1991. Aunque contiene un impresionante caudal de información, el estudio de PERRY está apegado a una minuciosa descripción de la organización y funcionamiento de la Corte Suprema (así como a indicaciones dirigidas al jurista práctico norteamericano) que hacen de su lectura un tanto tediosa para el observador externo.

Esta tergiversación del *restraint* judicial sobre el control de constitucionalidad de las leyes que se detectaría en la fase de *writ of certiorari* queda mitigado por la circunstancia de que la “cuestión constitucional” (*constitutional question*) susceptible de superar el trámite de admisión en la Corte suprema se introduce en relación con una solicitud de *certiorari contra una sentencia del tribunal de apelación que declara inconstitucional una ley federal o estatal*⁴⁰⁸, de modo que una de las situaciones en las que aumentan las probabilidades de concesión se circunscribe al escenario en el que el ejercicio de la *judicial review of legislation* por parte de un tribunal inferior puede llegar a revocarse, recuperándose entonces, aunque la discusión sobre los aspectos de constitucionalidad no sean evitada, la deferencia hacia el legislador.

A pesar de lo dicho, el esquema se vuelve a trastocar cuando la *constitutional question* se plantea contra una interpretación distorsionada que el tribunal inferior realiza para salvar la constitucionalidad de una ley. Dejando aparte que el *writ of certiorari* potencia en este contexto que salgan de nuevo a colación aspectos de constitucionalidad referentes a la validez de una ley, es probable que, de admitirse la apelación, el juicio en la Corte Suprema evolucione hacia la revocación de la interpretación conforme practicada por el tribunal inferior y, en fin, hacia la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

6. La séptima regla de BRANDEIS como regla de “último recurso”.

Hechas algunas consideraciones sobre el *certiorari* visto desde la doctrina de la evitación, y sin volver a entrar en las reglas de jurisdicción del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos u otras reglas complementarias (exigencia de daño actual, ausencia de beneficio en la aplicación de la ley por parte del recurrente que la impugna...*vid. supra.*), debemos, todavía, aportar datos más precisos sobre la justificación, sobre los límites y sobre algunas de las críticas que ha recibido la fórmula de interpretación de la ley como técnica para eludir las cuestiones de constitucionalidad.

⁴⁰⁷M.A. AHUMADA, *op.cit.*, pp. 126-127.

⁴⁰⁸M.A. AHUMADA, *op. cit.*, p.127. Así también H.W.PERRY: *op. cit.*, pp. 245-265, afirmando que la declaración de inconstitucionalidad de una ley federal por parte de un juez inferior tiene prácticamente garantizada la concesión del *certiorari*.

L.A.KLOPPENBERG⁴⁰⁹ ofrece un resumen de los fundamentos en los que se asienta la doctrina general de la evitación tal como se expresa desde *Ashwander* en la séptima regla del voto particular concurrente de BRANDEIS. Según KLOPPENBERG, las raíces de esta regla que exige, aún existiendo dudas de constitucionalidad de la ley, interpretar la ley de forma que las dudas sobre su constitucionalidad puedan eludirse, encuentra cuatro resortes principales:

En primer lugar, la caracterización, incluso desde la propia Corte de la *judicial review of legislation* como la más relevante y delicada de sus atribuciones⁴¹⁰. La idea de la enorme responsabilidad con la que la Corte Suprema encara el juicio de constitucionalidad de la ley se enraíza en las dificultades que encuentran el resto de órganos políticos si pretenden contrarrestar una decisión invalidatoria. En determinadas condiciones, el fallo de la Corte Suprema fundado en aspectos de constitucionalidad sólo es rebatible mediante reforma constitucional cuya materialización, dado el procedimiento de reforma previsto por la propia Constitución, es extremadamente difícil (*vid. supra.*). El temor a caer en la dinámica de superar las decisiones de la Corte mediante el procedimiento de enmienda constitucional subyace en esta y en todas las justificaciones de la doctrina de la evitación aunque como veremos, el esquema, muy influyente en el constitucionalismo americano, se encuentra actualmente en crisis al constatar, sencillamente, que la consecuencia de una decisión invalidatoria de la Corte Suprema *no conduce necesariamente al proceso de reforma constitucional* si los preceptos invalidados se siguen sosteniendo desde los órganos de representación popular. Además la regla BRANDEIS se sitúa en una fase previa en la que se intenta, mediante interpretación de la ley controvertida, no ocuparse de cuestiones que afecten a la Constitución; pero de ahí a que la decisión de la Corte Suprema declare la inconstitucionalidad de la ley hay todavía un largo trecho. Que la Corte valore la constitucionalidad de la ley no equivale *per se* a que desafíe al legislador invalidando la ley y paralizando el debate constitucional al menos hasta que no se promueva la siempre ardua reforma de la Constitución.

⁴⁰⁹ L.A.KLOPPENBERG: *op. cit.*, pp. 1035-1055.

⁴¹⁰ *Chicago & Grand Trunk Ry. v. Wellman*, 143 U.S. 339, 345 (1892); *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 509 (1961).

En segundo lugar, como ya señalara también BICKEL, la Corte Suprema —y ya lo demostró la experiencia del *New Deal*— cuenta con muchas limitaciones a la hora de imponer su decisión. De hecho, la famosa dificultad contramayoritaria (“*countermajoritarian difficulty*”) por la que resulta tan difícil justificar que una decisión de la Corte coarte la voluntad de los representantes del pueblo, se desdobra por un lado, en las limitaciones que subyacen al resultado alcanzado por la Corte desde el punto de vista epistémico —al no incluir un mayor número de puntos de vista como los representados en las decisiones que adopta un órgano con variables democráticas— pero por el otro, la Corte se expone a una crisis de legitimidad cada vez que pretende imponer sus decisiones por encima de lo aprobado en el Congreso, de ahí la trascendencia de doctrinas como las de la evitación, puesto que la credibilidad de la Corte queda preservada si se extiende entre los órganos representativos (y entre el pueblo) la convicción de que los jueces sólo invalidan una ley en decisiones meditadas y después de adoptar múltiples cautelas que pongan freno a la precipitación y a la temeridad.

En tercer lugar, conectado con lo anterior, la *avoidance doctrine* se encuentra vinculada a la idea que la interpretación constitucional no es monopolio de la Corte Suprema sino que es una tarea compartida por el resto de las ramas del gobierno, por lo que la interpretación constitucional ofrecida desde el legislativo (otra cosa es desde el ejecutivo, *vid. infra.*) debe examinarse con prudencia tal que incluso es preferible que no se ofrezcan interpretaciones constitucionales alternativas por los jueces.

Finalmente, el mandato de abstención sobre cuestiones constitucionales se sustenta en una apelación general a importancia de la interpretación constitucional (“*the paramount importance of constitutional adjudication in our system*”⁴¹¹) que exige una cautela general por parte de los jueces tanto en la adjudicación de significado al texto constitucional, como a las consecuencias de esa adjudicación en valoración de la constitucionalidad de las leyes. No obstante, esta “importancia” en la tarea de dilucidar los significados contenidos en las disposiciones constitucionales juega también en sentido contrario al de la *avoidance*: puesto que algunas de las cuestiones implicadas en

⁴¹¹ *Rescue Army v. Municipal Court of L.A.*, 331 U.S. 549,571 (1947).

la interpretación constitucional son cruciales, resulta difícil entender por qué, en presencia de una de estas cuestiones, los jueces deben enmudecer.

Un emblemático caso de celo excesivo en la aplicación de la *avoidance doctrine* —en el que la prudencia y la renuncia a entrar a valorar la constitucionalidad de la ley edulcoró la política legislativa sin, por otra parte, clarificar el alcance de protección de los derechos implicados— viene representado por la secuencia de decisiones *United States v. Seeger*⁴¹² y *Welsh v. United States*⁴¹³.

En ambos juicios⁴¹⁴ la discusión se centraba en determinar si los recurrentes (*Seeger* y *Welsh*, respectivamente) cumplían las condiciones para ser reconocidos objetores de conciencia y eximirse, de acuerdo con la Ley de Servicio y Preparación Militar Universal de 1948, de las correspondientes prestaciones militares. La ley reconocía la exención de prestar servicio de armas a quienes por razones de educación y creencia religiosa se opusiesen a participar en un conflicto armado bajo cualquier circunstancia. La noción de creencia religiosa que permitía la exención, según el artículo 6 de la ley, incluía sólo aquellas creencias individuales en relación con un Ser Supremo, de las que se derivasen deberes superiores a los que resultan de las relaciones humanas, sin reconocer expresamente el mismo beneficio a quienes opusiesen cualquier otra razón de carácter filosófico, sociológico, político o de código moral personal para eludir las obligaciones militares.

En *United States v. Seeger* se trataba de dilucidar si la creencia en una religión no teísta como la profesada por *Seeger* se apartaba de la necesaria relación "con un Ser Supremo" que exigía la ley para identificar una "creencia religiosa" a efectos de la exención militar. La Corte Suprema (y el voto concurrente del juez DOUGLAS, con largas referencias a religiones no teístas⁴¹⁵) estimó que la mención de la ley a la "relación con un Ser Supremo" no debía interpretarse en el sentido de que sólo quienes rechazasen la guerra bajo orientaciones teístas entraban dentro del ámbito de protección de la precepto, sino que el test del reconocimiento de la exención debía calibrarse a partir *de*

⁴¹² *United States v. Seeger*, 380 U.S.163 (1965).

⁴¹³ *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970).

⁴¹⁴ Sobre ambos *vid* el comentario de G.GUNTHER en G.GUNTHER: *Constitutional Law*, *op. cit.*, pp.1586-1588.

⁴¹⁵ *United States v. Seeger* 380 U.S. 163, 188 (1965).

la sinceridad de la creencia que el objetor decía sostener, al margen de que su vínculo religioso no se encontrase presidido por un "Dios" en el sentido ortodoxo. Una interpretación de la ley centrada en la mención al "Ser Supremo" coartaría el libre ejercicio de la libertad religiosa (reconocida en la Primera Enmienda de la Constitución Americana) y significaría una discriminación entre diferentes formas de expresión religiosa que violaría el derecho a la igual protección y la cláusula del proceso debido. La Corte Suprema eludió entrar en cuestiones de constitucionalidad (a las que sólo alude brevemente) decantándose, sin más problemas, por una *construction* que difuminase la distinción legal entre religiones teístas de las no teístas en lo que a exención de prestaciones militares se refería.

Pero el problema vino en *Welsh v. United States*, porque mientras las creencias de Seeger mantenían un cierto halo de religiosidad, los motivos de Welsh para solicitar la exención eran de carácter puramente morales, sin ningún ápice de contenido religioso, actitud que el legislador había buscado expresamente excluir del círculo de beneficiados. Con todo, la Corte Suprema, *sin entrar a valorar la constitucionalidad de la ley y sin ninguna mención a la incompatibilidad entre la ley y la enmiendas constitucionales*, reconoció que los motivos de carácter moral aducidos por Welsh eran también merecedores de la exención, puesto que, como si fuese una lectura acorde con *Seeger*, lo importante era la profundidad de las convicciones (en el caso de Welsh, hartamente demostradas en las sucesivas instancias) más allá de pretextos pragmáticos o coyunturales para evitar la formación militar y la participación en combate. La decisión adoptada por la mayoría en *Welsh v. United States* fue criticada por el juez HARLAN quien, aunque conforme con el resultado, alegó *que la Corte Suprema no tenía otro camino que invalidar la ley y que la doctrina de reinterpretar los preceptos legales para evitar los posibles vicios de constitucionalidad había ido demasiado lejos*.

Según HARLAN el legislador había explícitamente distinguido entre los motivos religiosos merecedores de la exención de las razones políticas, filosóficas, sociológicas o de moral privada que quedaban excluidas de dicho privilegio. Al admitir que también Welsh podía eximirse del servicio militar la Corte Suprema había desconocido frontalmente la previsión del legislador, presentando, además, la interpretación judicial como si fuese producto de la voluntad legislativa cuando era, exactamente, su

contrario⁴¹⁶. Si bien HARLAN, en su opinión concurrente a *Welsh v. United States*, reconoció su adhesión a la *avoidance doctrine* con el fin de evitar pronunciarse innecesariamente sobre aspectos de constitucionalidad (y cita la doctrina BRANDEIS en *Ashwander*) entiende que su extensión no puede llegar al extremo de deformar completamente el sentido de la ley⁴¹⁷ para negar lo que es una colisión en toda regla entre el precepto legal y la Constitución⁴¹⁸.

A juicio de HARLAN —en lo que a aspectos sustantivos se refiere— el legislador podía, o bien no reconocer la posibilidad de exención del servicio militar a nadie, o bien reconocer dicha condición sin distinguir entre creencias religiosas y razones seculares para oponerse al servicio de armas. En su opinión, la diferencia de trato no era compatible con la Primera Enmienda en la medida que atentaba contra el principio de neutralidad del Estado en materia religiosa, privilegiando a quienes mantienen actitudes religiosas respecto de aquellos que sostienen las mismas convicciones pero por otros motivos.

⁴¹⁶ "The prevailing opinion today, however, in the name of interpreting the will of Congress, has performed a lobotomy and completely transformed the statute by reading out of it any distinction between religiously acquired beliefs and those deriving from "essentially political, sociological, or philosophical views or a merely personal moral code". *Welsh v. United States* 398 U.S. 333, 351 (1970).

⁴¹⁷ El enunciado meridiano de la ley como límite a la *construction* se acerca aquí al límite europeo de la literalidad del precepto como extremo que la interpretación constitucionalmente conforme no puede rebasar. Sin embargo, mientras que en Europa la propia adjudicación judicial de significados a los preceptos legales deviene problemática en muchas de sus fases, para la tradición norteamericana, en este punto, lo relevante no es que se altere el significado de la ley por la interpretación judicial sino que la *construction* judicial (que tiene por misión eludir la pregunta sobre la constitucionalidad del precepto enjuiciado) *desemboque en el resultado exactamente contrario a aquello estipulado por el legislador*. Vid., sobre este aspecto, *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957) y *Aptheker v. Secretary of State*, 378 U.S. 500, 515 (1964).

⁴¹⁸ Para subrayar la necesidad de enjuiciar la constitucionalidad de la ley aún cuando exista la posibilidad de formular una *construction* del precepto constitucionalmente problemático HARLAN cita un pasaje del juez CARDOZO en *Moore Ice Cream Co. V. Rose*, 289 U.S. 373, 379 (1933) quien afirmó: "A statute must be construed, if fairly possible, so as to avoid not only the conclusion that it is unconstitutional, but also grave doubts upon that score. But avoidance of difficulty will not be pressed to the point of disingenuous evasion. Here the intention of the Congress is revealed too distinctly to permit us to ignore it because of mere misgivings as to power. The problem must be faced and answered".

7. Críticas a la *avoidance doctrine*.

No es extraño, después de lo visto, que durante la última década una batería de críticas hayan sido orquestadas entorno a la doctrina de la evitación en tanto que último recurso antes de cuestionar la validez de la ley por razones constitucionales.

Uno de los más sólidos frentes de refutación procede del cambio de paradigma en cuanto a las consecuencias del juicio de constitucionalidad de la ley: antes veíamos la notable influencia del modelo enmienda constitucional para contrarrestar el juicio negativo de la Corte Suprema. Esta estructura viene superándose, desde hace tiempo, por un modelo en el que la determinación del significado constitucional no viene presidido por una confrontación entre los diferentes poderes sino por una *colaboración* que se expresa en un *diálogo* entre los jueces (y la Corte Suprema en la cima de la pirámide judicial) el legislativo (*vid. supra.*)⁴¹⁹ y, eventualmente, el ejecutivo.

Un buen ejemplo de esta dinámica se traduce en que la declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte del poder judicial no conlleva necesariamente la exigencia de activar el “supermayoritario” procedimiento de reforma constitucional para el caso en el que los órganos representativos de la ciudadanía decidan rebatir el fallo de la Corte. Pueden optar, en otro sentido, por revisar la legislación distinguiendo los casos decididos por los jueces o preocupándose, sencillamente, de que los elementos significativos arrojados desde el fallo de inconstitucionalidad *no coincidan exactamente* con las diversas interpretaciones que contengan los preceptos de las nuevas leyes aprobadas⁴²⁰. Si de lo que se trata, en suma, es que, a través del diálogo entre poderes (principalmente entre Corte Suprema y Congreso), se tienda a *la mejor solución constitucional* derivada *de una previa interpretación compartida*, la doctrina de la evitación queda huérfana de fundamento ya que se restringe sobremanera las posibilidades de interpretación constitucional atribuidas a los jueces hasta casi excluir su aportación en este intercambio paritario de significados.

⁴¹⁹ Un versión ya clásica de este paradigma: B.FRIEDMAN: “Dialogue and Judicial Review”, 91 *Michigan Law Review*, 577 (1993). También A.BICKEL (aunque en defensa de la doctrina de la evitación) afirma que: “*The Court thus interacts with other institutions, with whom it is engaged in an endlessly renewed educational conversation. It is a conversation that takes place when statutes are construed, when jurisdiction is defined and perhaps declined...and also when large "constitutional issues" are decided*”. Citado por L.A.KLOPPENBERG, *op. cit.*, p.1039.

Sin dos que opinen el diálogo pasa de nuevo a convertirse en un monólogo pero no en favor de la Corte Suprema, como sucedía en las Cortes activistas, sino esta vez, en favor del legislativo. De nuevo, no podemos omitir el dato según el cual las fórmulas de contención (las reglas BRANDEIS incluidas) se conciben durante o después de épocas de crisis y de enfrentamiento entre la Corte y el resto de órganos políticos.

Si la lógica que sustituye a este resquemor es la de la mutua interacción en la tarea de asignar significados a los textos constitucionales y la de aceptar las consecuencias de esta asignación en la valoración de las leyes, las modalidades de *restraint* impiden que los jueces se comprometan plenamente en la gestión conjunta del Estado Constitucional de modo que el diálogo entre las instituciones queda también obstaculizado.

Esta sería una crítica de principio en función de un sistema de jurisdicción constitucional cuya realización no ha alcanzado un pleno desarrollo y que sólo cuenta con el apoyo de una determinada reinterpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de sus relaciones con el resto de poderes. Se trata de una crítica de la *avoidance doctrine* si se aceptase previamente el modelo dialógico sobre el que hay opiniones en todos los sentidos. La segunda crítica, en cambio, parte de la evidencia sobre las contradicciones en las que, descriptivamente, la Corte incurre cuando se enfrenta al supuesto en que la *avoidance doctrine* puede ser aplicada.

La objeción siempre aparece un horizonte más general de problemas que puede expresarse del siguiente modo: cuando la Corte desarrolla una regla de actuación sujeta a un canon para conocer la oportunidad de su aplicación⁴²¹ *siempre puede oponerse un canon contrario que mantiene el equilibrio de la balanza* y, por tanto, la incertidumbre. Como destacan ESKRIDGE y FRICKEY en un artículo sobre los cánones de interpretación, para cada canon existe un contra-canon (*for every canon there is a*

⁴²⁰ M.TUSHNET: *Taking the Constitution away...*, *op. cit.*, p.18. (*vid. supra.*)

⁴²¹ Hay una diferencia entre la *regla* que prescribe evitar los asuntos constitucionales siempre que la controversia pueda fundarse en otras razones (mediante una reinterpretación de la ley, por ejemplo) y el *canon* que calibra las condiciones en las que la regla encuentra su aplicación. No obstante, como reconoce KLOPPENBERG (*op. cit.*, p.1024) la Corte identifica el “canon” con la “regla” hasta el extremo que ambas nociones son intercambiables.

counter-canon”)⁴²² de forma que la opción por uno u otro depende de una alta dosis de arbitrarismo. El canon cuya aplicación desemboca en la regla de la evitación es especialmente sensible a esta aporía: la Corte Suprema debe abstenerse de entrar a conocer una disputa en términos de derecho constitucional aún existiendo serias dudas sobre la constitucionalidad de la ley, pero por otro lado (contra-canon), tiene la obligación de fundamentar su decisión desde la perspectiva constitucional si en la controversia se encuentran implicados derechos de minorías. ¿Qué prevalece?

No hay que ser muy avisado para ver que el enredo nos traslada a un problema de mayor magnitud: si entendemos que en la disputa se encuentran derechos de las minorías implicados (luego el canon de evitación debe ser rechazado), es porque *previamente hemos valorado la disputa desde la perspectiva constitucional*. En el mismo sentido, para decir que existen serias dudas de constitucionalidad de la ley sin que estas dudas sean suficientes para entrar a calibrar la validez de la misma (lo que induce a aplicar la *avoidance doctrine*) *primero debe examinarse la controversia en términos constitucionales*. El canon de evitación depende, en definitiva, del juicio de constitucionalidad que él mismo pretende reprimir, lo que ocurre es que la regla de evitación se aplica después de un juicio de constitucionalidad *encubierto*, estrategia ciertamente opuesta a lo que debería ser el modelo dialógico que antes vislumbrábamos en el que la primera condición para entablar relaciones de colaboración entre la Corte y el legislativo es que, al menos, los argumentos que han llevado a decidir en un sentido o en otro sean explícitos.

La incidencia de “contra-cánones” como el que se refiere a la afectación a derechos de las minorías es una de las contradicciones que resaltan en el devenir de la jurisprudencia de la Corte. Podrían añadirse una lista de razonamientos inconsecuentes no tan flagrantes aunque de suficiente entidad. En *Zobrest v. Catalina Foothills School District*⁴²³ la Corte afirmó de forma un tanto desconcertante que la regla de la evitación como último recurso para no entrar en cuestiones constitucionales no se aplicaba si los litigantes fracasaban a la hora de fundamentar el conflicto en términos infraconstitucionales. Consecuencia: la regla de la evitación no era un mandato de

⁴²² W.N.ESKRIDGE y P.FRICKY: “Quasi-Constitutional Law: Clear Statement Rules as Constitutional Lawmaking” en 45 *Vanderbilt Law Review* 593 (1992) p. 595.

⁴²³ *Zobrest v. Catalina Foothills School District* 113 S.Ct. 2462 (1993).

prudencia dirigido a orientar el funcionamiento de la Corte sino que dependía de la mayor o menor habilidad de las partes para fundar sus pretensiones en términos de legalidad. Si lo que se perseguía con la *avoidance doctrine* parecía ser construir un escudo contra la hiperinflación de demandas de inconstitucionalidad (que desde el punto de vista del abogado representa una de las más punzantes y, por tanto la más recurrida de las armas) e impedir que el debate sobre la Constitución saliese a relucir en cualquier tipo de disputa hasta caer en la frivolidad, la declaración de la Corte en *Zobrest* logró difuminar buena parte de estas intenciones. La existencia del *writ of certiorari*, por suerte, contribuye a que estos extraños devaneos de la Corte no desemboquen en una catástrofe sino más bien en una anécdota sin apenas trascendencia.

La tercera de las críticas a la que se somete el canon de la *avoidance* se asimila a una de las principales objeciones que en Europa encuentra la interpretación conforme: la elección de interpretaciones legales que no susciten dudas de constitucionalidad no puede entenderse como acto de deferencia hacia el legislativo porque lo que en realidad sucede es que la reconstrucción de la ley para evitar cuestiones de constitucionalidad *se opone* a lo que el Congreso había previsto. No sólo es que la Corte colme algún aspecto de la ley mediante una interpretación que eluda el juicio de constitucionalidad (lo que no sería demasiado problemático para un sistema de *common law*) sino que el juez de constitucionalidad reconstruya la ley en frontal colisión con la intención legislativa que motivó su aprobación (aunque siempre quepa un alto grado de determinación contrafáctica a la hora de identificar la “verdadera intención” del Congreso)⁴²⁴. El ejemplo lo encontramos en un caso siempre citado de *avoidance* como es *NLRB v. Catholic Bishop*⁴²⁵. Analizando un cuerpo de legislación laboral, la Corte se percató en de la difícil compatibilidad entre dicha regulación y la Primera Enmienda si se entendía que las leyes examinadas se aplicaban a empresas de carácter religioso. Los jueces concluyeron que la mejor interpretación para evitar dudas acerca de la constitucionalidad de la ley pasaba por entender que la *National Labor Relations Act* no se extendía a las asociaciones religiosas, ello pese a que de los antecedentes legislativos se deducía la voluntad de incluir bajo el término “empresario” a dichas asociaciones. Bajo el pretexto de la *avoidance* la Corte había, pues, desnaturalizado uno de los elementos clave en los que el legislador parecía haber querido insistir; la técnica no

⁴²⁴ W.K.KELLEY: “Avoiding constitutional questions...”, *op. cit.*, pp. 846 y ss.

⁴²⁵ *NLRB v. Catholic Bishop*, 440 U.S. 490 (1979).

aparece pues como muestra de respeto hacia la supremacía legislativa sino más bien lo todo lo contrario.

Por lo demás, y pese a las críticas mencionadas (e incluso frente a fallos como *Zobrest* o *NLRB v. Catholic Bishop*), la Corte continúa recurriendo a la séptima regla BRANDEIS en su formulación originaria⁴²⁶.

8. Influencia de la *avoidance doctrine* en las normas administrativas.

El control de constitucionalidad de las normas infralegales (*agency rules, executives orders* o *actions*) es otro de los escenarios en los que la doctrina de la evitación se ha revelado como especialmente fructífera.

En un artículo revelador, M.ADLER⁴²⁷ denuncia que todo el andamio teórico acerca de la *judicial review* en defensa de un alcance moderado del juicio de la Corte Suprema en cuestiones constitucionales —desde THAYER, pasando por BICKEL, hasta la actualidad— sólo apunta a resolver el eterno problema del control de constitucionalidad de las leyes y de la congénita objeción contramayoritaria suscitada por el mismo. Por el contrario, el análisis sobre si el control de constitucionalidad de las leyes es aplicable a las normas administrativas —o si el juego de presunciones que deben limitar el alcance de la *judicial review* resulta alterado en el caso de las normas infralegales— ha quedado completamente al margen de la reflexión⁴²⁸.

La idea es que una de las expresiones de la doctrina de la evitación *consiste en invalidar determinadas agency rules, orders o actions por razones constitucionales sin entrar a preguntarse sobre la constitucionalidad de la ley en que se amparan*. Esta opción, que ADLER demuestra como una práctica consolidada en la jurisprudencia de la *Suprem Court*⁴²⁹, permite concluir que el *test* manejado por los jueces para invalidar una norma

⁴²⁶ *Jones v. United States*, 526 U.S. 227, 239 (1999).

⁴²⁷ M.D.ADLER: “Judicial restraint in the administrative state: beyond the countermajoritarian difficulty” en 145 *University of Pennsylvania Law Review* 759 (1997).

⁴²⁸ También en el artículo de W.K.KELLEY: “Avoiding constitutional questions...”, *op. cit.*, pp. 867-898, se expresa el renovado interés por el examen de la *avoidance* doctrine en las relaciones entre la Corte Suprema y el Ejecutivo.

⁴²⁹ ADLER, *Ibidem*. p. 864 ve en *Kent v. Dulles* 357 U.S. 116 (1958) —en el que la Corte Suprema se limita a valorar sólo la constitucionalidad de la retirada de pasaporte de un

administrativa es más laxo que el establecido para entrar a valorar la constitucionalidad de la ley, consecuencia que se mantiene constante sea cual sea la relación de significados entre la ley y las normas ejecutivas. Este último inciso se entiende mejor si desglosamos los siguientes presupuestos:

- a) Puede ser que una norma constitutiva de una agencia o una orden ejecutiva mantenga una continuidad de significados con lo dispuesto por la ley. Pero como el alcance de la jurisdicción constitucional es diferente en el control de la norma administrativa que en el control de la ley, las dudas de constitucionalidad son suficientemente poderosas para invalidar la norma administrativa pero no lo son para inaplicar la disposición legislativa.
- b) Otra posibilidad es que no se contemple una plena conexión de significados entre la norma administrativa y la ley, de modo que la invalidación de la norma administrativa *equivale a practicar una interpretación conforme de la ley*. Eliminando una regla administrativa, se reconoce que la ley contiene otras interpretaciones alternativas válidas desde un punto de vista constitucional. Al mismo tiempo, con esta técnica se satisface uno de los principales requisitos en el uso de la interpretación conforme en sentido americano, a saber, la interpretación conforme no sólo como selección de una interpretación constitucionalmente adecuada (expresada, en este caso, en una norma infralegal) sino también como mecanismo, en el sentido de BRANDEIS, que impide entrar a cuestionarse la constitucionalidad de la norma legislativa.
- c) La *action* o la *order* no supera el *test* de constitucionalidad y resulta invalidada por el juez en un supuesto de completa desconexión de significados entre la ley y la regla administrativa. Ésta última se considera una distorsión en la interpretación de la ley por las autoridades ejecutivas y no se percibe como aplicación de la misma.

El resultado, en conclusión es, en las tres variantes, el mismo. El diverso espectro de mayor o menor proximidad entre la ley y la norma infralegal desde el punto de vista interpretativo, no incide en el efecto del canon de evitación (*avoidance*) que actúa invalidando la norma administrativa sin plantearse el problema de la constitucionalidad

sospechoso de pertenencia al partido comunista sin entrar a valorar la constitucionalidad de la ley— el *leading case* de esta tendencia que se reproduce en *Green v McElroy* 360 U.S. 474

de la ley sea porque la valoración del juicio de constitucionalidad y el alcance de la decisión de la Corte es diferente para la ley que para las *agency rules, orders* o *actions*, sea porque el canon de la evitación conduce a una interpretación conforme de la ley expresada en términos de inconstitucionalidad de la norma infralegal o sea, en fin, porque la norma infralegal es, además de inconstitucional, una interpretación distorsionada de la ley.

¿Pero cual es el *test* que, según ADLER, permite afirmar que el juez actúa con un *differential restraint* cuando controla la constitucionalidad de una norma administrativa que cuando controla la constitucionalidad de la ley? No exploraremos aquí los fundamentos de esta diferencia que ADLER sugiere, ni la razón del alcance de la actuación judicial en el control de constitucionalidad de normas administrativas que ADLER cree *limitado* (aunque no por razones democráticas, como en la *judicial review of legislation*, sino por razones epistémicas⁴³⁰). El *standard* en el que el mencionado autor sitúa la invalidación de las reglas administrativas es, en resumidas cuentas, el *standard que en el control de las leyes conduce al canon de evitación*. Para BRANDEIS (*vid. supra.*) la aparición de dudas constitucionales razonables (“*serious constitutional doubts*”) en el control de constitucionalidad de las leyes era un presupuesto para practicar una interpretación de la ley que evitase el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la misma [sin ser, por tanto, una condición suficiente para cuestionar su validez —recordemos que en THAYER, una vez planteado el conflicto en términos de derecho constitucional, el juez sólo podía declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando la colisión se produjese más allá de cualquier duda razonable—]. Pues bien, en el esquema bosquejado por ADLER, la existencia de dudas razonables de constitucionalidad (en consonancia con BRANDEIS y con el razonamiento anterior) es *suficiente para proceder a la invalidación de la norma administrativa*, algo que, bajo una determinada perspectiva, puede entenderse como una forma de no preguntarse sobre los vicios de constitucionalidad que se advierten en la propia norma legislativa.

(1959); *Schneider v. Smith*, 390 U.S. 17, 26-27 (1968) y *Chevron U.S.A Inc. v Natural Resources Defense Council* 467 U.S. 837 (1984).

⁴³⁰ M.A. ADLER: *Ibidem.*, pp. 874-892.

IX.- FORMAS DESARROLLADAS DE DIÁLOGO JUECES-LEGISLADOR EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: UNA ALUSIÓN A LA CLÁUSULA "NOTWITHSTANDING" EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CANADIENSE.

1. Un modelo singular de relaciones entre la jurisdicción constitucional y el legislativo.

Para concluir este inventario de modelos de relación entre asambleas representativas y jurisdicción constitucional a través del juicio de constitucionalidad de la ley, queda por abordar un sistema innovador para la teoría del derecho constitucional comparado y de profunda influencia a la hora de proponer una estructura dialógica en el proceso de interpretación constitucional de las leyes: se trata del sistema canadiense de control de constitucionalidad, situado a medio camino entre la tradición de la soberanía parlamentaria británica (y, por tanto, de la ausencia control de constitucionalidad por parte de los jueces) y la tradición norteamericana de la *judicial review*. En este escenario, como en algunos de los anteriores, la lejanía geográfica y jurídico-cultural del material recabado no puede traducirse en indiferencia hacia las soluciones adoptadas. Su consideración, como inevitablemente sucedía también en referencia a otros sistemas, proporciona un conjunto de datos que complementan nuestra perspectiva para enfrentarnos a algunos de los asuntos que no son más cercanos.

En 1982, con la aprobación de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (incorporada a la Constitución canadiense de 1982) se insertó un mecanismo llamado a transformar la idea del control de constitucionalidad de la ley. En el artículo 33 de dicha Carta se encontraba la llamada cláusula "notwithstanding" (cláusula *no obstante*) por la que se permitía al Parlamento Federal o a las asambleas legislativas de las provincias la aprobación de leyes contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en la propia Carta siempre que la asamblea legislativa declarase, expresamente, que la ley tendría

efecto no obstante las previsiones constitucionales⁴³¹. La declaración por la que se confirma la vigencia de la ley —pese a su incompatibilidad con el sistema de derechos— se prolonga durante un plazo de 5 años a cuyo término puede renovarse siempre que se establezca expresamente.

El uso de la cláusula, tal como se percibe de la lectura del precepto citado, está únicamente sujeto a restricciones de carácter formal (la declaración debe ser expresa, limitada a cinco años excepto renovación) sin que, en principio, se distingan límites sustantivos que condicionen las posibilidades del legislador.

Las repercusiones que conlleva la introducción del mecanismo "notwithstanding" son, ni qué decir tiene, enormes. El concepto de supremacía constitucional desde el punto de vista de los derechos queda trastocado ya que estos derechos no se encuentran completamente sustraídos al juego de las mayorías parlamentarias, el rol de la *judicial review of legislation* cambia completamente, dado que su interpretación constitucional en el enjuiciamiento de la ley puede quedar neutralizada por la voluntad del legislativo; la reforma constitucional desaparece como réplica de los órganos políticos a la decisión judicial lo que, de paso, revoluciona las relaciones entre la jurisdicción constitucional y Parlamento, quien puede revocar la interpretación judicialmente adoptada mediante la aprobación de una ley (cláusula no obstante añadida) por *mayoría simple*⁴³². Y, en fin, aunque el catálogo de consecuencias puede ampliarse mucho más, cabría destacar el impacto que la cláusula "notwithstanding" ejerce sobre la teoría de derechos en la cual, frente a las limitaciones justificadas de derechos bajo la égida de los principios de necesidad y proporcionalidad, el sistema canadiense nos ofrece un ejemplo de

⁴³¹ Sobre la cláusula "notwithstanding" la obra más completa a la que hemos podido acceder (con amplia documentación sobre su práctica) es el texto de T.KAHANA: *The Partnership Model of the Canadian Notwithstanding Mechanism: Failure and Hope*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (2000).

⁴³² En un iluminador artículo K.ROACH minimiza el impacto de la aprobación de la Carta y del mecanismo "notwithstanding" en las relaciones Corte Suprema-Parlamento al demostrar que, antes de 1982, las asambleas legislativas ya respondían a las decisiones de los jueces sobre disputas relativas a derechos de *common law* y a la interpretación de determinadas leyes. De ahí la ascendencia de lo que K.ROACH percibe como la tradición dialógica canadiense más allá de la nueva organización constitucional. El sustrato de esta tradición puede en parte explicar que el debate entre jueces y parlamentos se haya prioritariamente desarrollado sin aplicación del artículo 33 de la Carta, decantándose hacia una reconstrucción compartida de significados tanto en la interpretación de los derechos constitucionales como en la exégesis de las leyes sujetas a control. *Vid.* K.ROACH: "Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures" en 80 *The Canadian Bar Review* 481 (2001).

limitación no justificada de derechos fundamentales *constitucionalmente admitida* a través del "cheque en blanco" (a salvo las cautelas formales) que el artículo 33 de la Carta proporciona a las asambleas legislativas.

El sistema de la cláusula "notwithstanding" emerge en un contexto político-cultural muy concreto, el de la imposibilidad de llegar a un consenso sobre la adopción de una Carta de Derechos durante el denominado proceso de repatriación en el que Canadá dejó de depender formalmente del Parlamento Británico para reformar la Constitución (lo que ocurre con la aprobación de la *Constitution Act* de 1982 cuyo parte primera viene integrada por la mencionada Carta de Derechos). La cláusula "notwithstanding" se advierte como un punto de compromiso entre quienes se oponían a la repatriación y no deseaban la instauración de ninguna Carta de Derechos (en la estela del modelo británico de soberanía parlamentaria) y quienes apoyaban la independencia formal del Parlamento Británico abogando por la aprobación de una rígida Carta de Derechos que limitase al legislador. La fórmula tenía también su lectura transaccional desde el prisma del federalismo, ya que las Provincias temían que la adopción de una tabla federal de derechos se convirtiese en un instrumento de intromisión de la Federación en su ámbito de competencias⁴³³. Como punto medio de todas estas demandas, en la fase final de las negociaciones precedentes a las reformas constitucionales se fraguó la idea de aprobar una declaración de derechos cuyas disposiciones pudiesen ser exceptuadas tanto por el legislativo federal como por las asambleas provinciales siempre que éstos hiciesen constar expresamente en la ley adoptada la suspensión del derecho constitucionalmente reconocido⁴³⁴.

⁴³³ Sobre la génesis del artículo 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades *Vid.* P.C.WEILER: "Rights and judges in a Democracy: A new Canadian Version" 18 *University of Michigan Journal of Law Reform* 51, 64-65 (1984).

⁴³⁴ La idea procedía del primer ministro de Saskatchewan, un socialdemócrata pro británico muy influido por una tradición de cerrada defensa de la soberanía parlamentaria frente a restricciones procedentes de una Carta de Derechos. El primer ministro de la Federación, P.TRUDEAU, aceptó la fórmula con el compromiso según el cual la excepción del artículo 33 de la Carta tendría, en caso de oponerse, un plazo de vigencia no superior a cinco años (aunque con posibilidad de renovación expresa). *Vid.* M.MANDEL: *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Thompson Educational Publishing, Toronto, 1989, p.75; L.E.WEINRIB: "The Supreme Court of Canada in the Age of Rights" 80 *The Canadian Bar Review* 699 (2001), pp.724-726.

Las particularidades de la fase fundacional canadiense⁴³⁵ ayudan a explicar la génesis de este mecanismo concreto, entonces sin parangón en el derecho constitucional comparado. Sin embargo, puede afirmarse que, con la evolución de la institución, la caracterización de la cláusula y el análisis de su uso se acaban desgajando de las circunstancias concretas, de "contexto de descubrimiento", en que dicha institución se concibió, de donde se sigue que su teorización y los juicios acerca del artículo 33 de la Carta de derechos canadiense trascienden la coyuntura del pasado para proyectarse sobre las cuestiones de la teoría constitucional del presente y, tal vez, para propagarse en el horizonte de otras culturas jurídicas como así efectivamente ha sucedido con la instauración de un sistema similar, aunque con diferencias significativas, en Israel⁴³⁶.

A lo largo de estas dos últimas décadas, la activación de la cláusula "notwithstanding" canadiense ha venido, asimismo, acompañada de importantes transformaciones en la justificación teórica de la figura. Si antes se entendía que la cláusula "no obstante" era una manifestación *sui generis* del principio de *checks and balances* por el que el poder legislativo contaba con un instrumento para supervisar la actividad de los jueces cuando éstos se pronunciaban sobre la adecuación de la ley a los preceptos constitucionales, las tesis subsiguientes planteadas al respecto apuntan hacia una visión de la cláusula "no obstante" como un *instrumento de colaboración* entre jurisdicción constitucional y Parlamento en la tarea de la interpretación constitucional. La Corte Suprema continuaría ocupando así, una posición preeminente en la deliberación acerca de la interpretación constitucional y de la adecuación de la ley al contenido de los Derechos Fundamentales previstos por la Carta, pero sería el legislador quien, en última instancia, *decidiría* sobre la interpretación constitucional emanada de los jueces.

Este circuito cerrado de funciones complementarias es lo que algunos autores han pasado a denominar el Nuevo Paradigma Institucional (*New Institutional Paradigm*, *NIP*) basado en la participación decisoria del legislador en la interpretación

⁴³⁵ Sobre la evolución de la Federación canadiense y, en particular, sobre las reformas constitucionales acaecidas en 1982 *vid.*: A.SAIZ ARNAIZ: "Asimetría y Estado Federal en Canadá" en *RVAP*, 47 (II), 1997, pp. 199-238.

⁴³⁶ Una de las relevantes diferencias que separan el sistema Canadiense del modelo de cláusula "no obstante" previsto en Israel (introducida por la reforma, en 1994, de la carta israelí de derechos de 1992) es que en Canadá la declaración que conforma la vigencia de la ley pese a su incompatibilidad con el contenido de los derechos fundamentales se adopta *por mayoría simple*

constitucional sobre cuestiones vinculadas a derechos y, en general, en un esquema de relación dialógica que suture el conflicto entre jurisdicción constitucional y democracia. La cláusula "notwithstanding" no se percibe así como un remedio a los hipotéticos errores que la Corte Suprema pueda cometer (como un escudo del legislador frente al desorbitado ejercicio de la supremacía judicial en aspectos constitucionales) sino que, en general, el diseño institucional fomenta un *modus operandi* en el que el debate sobre las cuestiones constitucionalmente controvertidas no se vea coartado y en el que las asambleas legislativas (y la ciudadanía que en ellas se encuentra representada) se sientan implicadas. De hecho, se afirma, el uso del mecanismo "notwithstanding" tiene como uno de sus principales objetivos el llamar la atención sobre la controversia constitucional⁴³⁷, actuaría como caja de resonancia en el foro público.

De todas formas, y vale la pena anunciarlo desde el inicio, aún bajo el trasfondo de la cláusula "no obstante" la actuación del legislativo, pese a su poder de decisión, continua siendo exigua en términos de interpretación de la Constitución. El peso de la misma continua recayendo en la deliberación judicial y el Parlamento simplemente se limita a consentir o a rechazar el sentido constitucional que la Corte Suprema extrae y sus repercusiones en el juicio de constitucionalidad de la ley.

Al introducir la excepción "notwithstanding", en puridad, no se argumenta nada. Ninguna razón es necesariamente aducida. Simplemente se trata de un acto de autoridad de la mayoría parlamentaria que no quiere ver sustraído su poder de decisión ni tan sólo en cuestiones de derechos fundamentales (detalle este, importante, a saber: el sistema "notwithstanding" sólo se opone por contradicción de la ley con la declaración de derechos pero no se extiende al resto de previsiones constitucionales). Las ventajas deliberativas que se extraigan de un sistema dotado con cláusula "no obstante" se asocian al mayor número de oportunidades para el debate público que genera la respuesta legislativa (por ejemplo, la necesidad del Parlamento de justificar ante la opinión pública la oposición al juicio de la Corte) pero no de la respuesta legislativa en sí, que puede impulsarse sin una nueva discusión sobre el problema constitucional afrontado.

mientras que en Israel se requiere *la mayoría absoluta* de cámara legislativa, la Kneset. Vid. T.KAHANA: *op. cit.*, p.17.

⁴³⁷ T.KAHANA: *op. cit.*, p.26.

El efecto contrario al diálogo que el *New Institutional Paradigm*, con la cláusula "no obstante" al frente, parece perseguir queda, por otra parte, seriamente dañado cuando la invocación "notwithstanding" se consuma *antes del juicio de constitucionalidad de la ley*, es decir, no como réplica a la Corte Suprema, sino como efecto preventivo frente a una futura declaración de invalidez de la ley⁴³⁸. A todas luces, en este caso, el artículo 33 de la Carta de derechos canadiense más que presentarse como un recurso que potencia el diálogo entre instituciones puede provocar la voladura en pedazos del mismo.

Y no sólo eso. La recurrente invocación de la cláusula "notwithstanding" por parte del legislador puede conducir a una vulneración sistemática de derechos fundamentales hasta el punto de transformar un régimen aparentemente basado en la limitación del poder, en un régimen extremadamente hostil hacia las minorías. Sin autorrestricciones, toda la arquitectura constitucional basada en la protección de derechos corre el riesgo de derrumbarse. En esta hipótesis, el artículo 33 de la Carta no cumpliría una función dialógica, de cooperación entre instituciones que mantienen diversos puntos de vista sobre los bienes constitucionales enfrentados (de participación legislativa en una interpretación constitucional). La cláusula "no obstante", en manos de un aparato de gobierno irresponsable, de un legislador tiránico, sería veneno puro en el corazón del sistema.

Semejantes afirmaciones, claro está, también se predicarían de los modelos que encomienden la protección de derechos con carácter definitivo a los jueces; si se confía en un último resorte que cuenta con poderosas prerrogativas, siempre existe el riesgo de una actuación arbitraria y abusiva que atente contra los pilares del Estado Constitucional. No obstante, dado un sistema de garantías que precisamente busca sustraer un ámbito de libertad del vaivén de las mayorías, en un panorama de crisis, el artículo 33 de la Carta canadiense podría convertirse, no en un obstáculo, sino en la

⁴³⁸ El autor estadounidense M.J.PERRY, quien también se ha ocupado del análisis de la cláusula "notwithstanding", es partidario de aplicar el artículo 33 de la Carta canadiense de Derechos Fundamentales sólo con *posterioridad* al juicio de constitucionalidad de la Corte Suprema y después de que los preceptos de la ley enjuiciada hayan sido invalidados por los jueces. *Vid. M.J.PERRY: The Constitution in the Courts. Law or Politics?*. Oxford University Press, New York, 1994, p.200.

medida idónea que allanase el camino para que el despotismo de la mayoría impusiese su voluntad (máxime cuando no se requiere ninguna mayoría cualificada para mantener la vigencia de la ley incompatible con el derecho de la Carta). Sería como entregar el cuidado de la presa desvalida a la propia manada de lobos que buscan devorarla.

Los elementos positivos que de la cláusula "no obstante" despuntan desde la dimensión de las relaciones entre jueces y Parlamento exigen, en verdad, unas condiciones de normalidad y de estabilidad del sistema constitucional que disuelvan el riesgo de abusos, lo que coincide con muchas de nuestras apreciaciones al analizar las líneas de diálogo que, en cuestiones de interpretación constitucional, presentan otras democracias consolidadas.

Como un círculo que se retroalimenta, debe mantenerse un flujo constante de respeto a variables de participación democrática y de defensa de libertades individuales (lo que en algunos derechos coincide) para evitar la quiebra sistemática (y tal vez definitiva) de los bienes que la Constitución aspira a preservar. Todo indica, en este sentido, que en Canadá se mantiene una red esencial de compromiso con los derechos fundamentales (que en algunos casos, como signo de normalidad democrática, se expresa en una firme actitud entre la propia ciudadanía, *vid. infra.*) que ha tenido su reflejo en un uso muy moderado de la cláusula "no obstante", tan moderado que, de hecho, podemos caer en la tentación de preguntarnos sobre su razón de ser.

Hasta el año 2000, el artículo 33 de la Carta canadiense ha sido esgrimido sólo en 15 ocasiones (e incluso en una de ellas el proyecto de ley no llegó ni tan sólo a ser aprobado) y siempre en el marco de la legislación provincial (recuérdese que el artículo 33 reconocía también el privilegio a las asambleas de las provincias). Nunca, por tanto, el Parlamento Federal ha aprobado una ley incorporando la cláusula "no obstante"⁴³⁹.

De estas quince experiencias, doce se registran en el Quebec, de donde se desprende que el gran foco de inestabilidad del sistema constitucional canadiense⁴⁴⁰ también encuentra su reflejo en el recurso a la cláusula "notwithstanding". Ya desde el inicio del régimen

⁴³⁹ Los datos se encuentran en T.KAHANA, *op. cit.*, p. 293-294.

⁴⁴⁰ *Vid.* C.CHACÓN PIQUERAS y A.RUIZ ROBLEDO: *El dictamen sobre la secesión de Quebec: un comentario*. Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 1999.

constitucional de 1982, el Parlamento quebequés se aferró al artículo 33 de la Carta con la intención reiterar su rechazo a un sistema de Derechos incluido en un pacto constitucional que, en su conjunto, el Quebec no había aceptado y al que continuaría oponiéndose⁴⁴¹. La tensión entre el Quebec y el resto de la Federación, expresada en el uso de la cláusula "notwithstanding", ha venido reproduciéndose hasta la actualidad con puntos álgidos como, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema de Canadá *Ford v. A.G. Quebec*⁴⁴² de invalidar las disposiciones de la legislación lingüística de esta Provincia en la medida que imponían la obligación utilizar el francés en toda forma de comunicación comercial (incluida la rotulación de los establecimientos abiertos al público). La Corte Suprema estimó que la legislación quebequesa contradecía el derecho a la libertad de expresión del artículo 2 b) de la Carta de Derechos lo que mereció la reprobación de la ley invalidada por la asamblea legislativa provincial con cláusula "no obstante" vigente hasta 1993.

Además de Quebec, leyes de Yukon, de Saskatchewan y de Alberta respectivamente han introducido la excepción a algún derecho de la Carta canadiense. De todos ellos, el caso más interesante para calibrar el grado de normalidad democrática y de compromiso con los derechos fundamentales como contrapeso ante un uso extralimitado de la cláusula "no obstante" es el de Alberta. Ante la avalancha de recursos planteados por personas que fueron involuntariamente esterilizadas como consecuencia de la aplicación de la Ley de Esterilización Sexual (vigente entre 1928 y 1972), el Gobierno de Alberta, para frenar la concesión de indemnizaciones millonarias que mermaban la Hacienda provincial, se planteó la promulgación de una ley que limitase el acceso a los Tribunales de las personas esterilizadas con expresa excepción, entre otros, del artículo 7 de la Carta de Derechos referente al derecho a la integridad personal. La reacción de la ciudadanía ante este uso abusivo de la "notwithstanding" (artículos en prensa, miles de quejas ante las instituciones y ante los diputados conservadores que apoyaban la llamada *Institutional Confinement and Sexual Sterilization Compensation Act*) fue tan contundente que el Gobierno se vio obligado, finalmente, a retirar el proyecto de ley. El ejemplo, en la línea de lo que señalábamos, revela que la cláusula "no obstante" acaba

⁴⁴¹ Sobre el fracaso de los sucesivos intentos de acuerdo entre el Quebec y el resto de la Federación (Conferencias del Lago Meech de 1987 y de Charlottetown en 1992) C.CHACÓN PIQUERAS y A.RUIZ ROBLEDO: *Ibidem.*, p.10.

⁴⁴² *Vid. Ford v. Quebec (A.G.)*, [1988] 2 S.C.R. 712. A los pronunciamientos de la Corte Suprema del Canadá puede accederse en la página <http://www.lexum.unmontreal.ca>

siendo manejada con prudencia cuando el tejido ciudadano encuentra canales de participación para expresar su repulsa frente a cualquier exceso por parte de la asamblea legislativa.

Junto con el marco socio-político canadiense —que puede erigirse como dique de contención frente un uso desmesurado de la cláusula—, el mecanismo cuenta, como veíamos, con límites de carácter formal que de por sí introducen un mínimo nivel de garantías frente a actitudes del legislativo abusivamente contrarias a la Carta de Derechos. Recordemos: primero, la cláusula "notwithstanding" debe oponerse expresamente, no cabe una invocación tácita a la misma y, segundo, la adopción de la cláusula tiene una vigencia temporal limitada a cinco años a cuyo fin cesan sus efectos excepto que el Parlamento decida renovarla.

Es de señalar, que los dos elementos, la declaración expresa y la vigencia temporal limitada, presentan *per se* unas mínimas propiedades favorables al diálogo y a la apertura del debate público⁴⁴³. Bien es verdad que la invocación expresa no equivale a justificación de la medida, a una obligación jurídica de motivar, pero ello no excluye que, según en qué circunstancias, se instituya la práctica *política* por parte del legislativo de explicar las razones que le han llevado a oponer la cláusula⁴⁴⁴. Además, aunque se obvio, la declaración expresa de no sujetarse al contenido reconocido por un determinado derecho de la Carta permite circunscribir la discusión a términos lo suficientemente concretos como para refinar los argumentos que se intercambian en el foro público.

⁴⁴³ Sobre las propiedades dialógicas del sistema canadiense y, en especial, sobre el papel del artículo 33 de la Carta canadiense de Derechos como instrumento que, al implicar de nuevo al legislativo, aminora las dificultades que la *judicial review* encuentra desde el punto de vista democrático *vid.* el estudio de derecho comparado elaborado por el estadounidense M.TUSHNET: "Policy Distortion and Democratic Debilitation: comparative illumination of the Counter-majoritarian Difficulty" en 245 *Michigan Law Review*, 275-299, (1995).

⁴⁴⁴ Es en la justificación legislativa del desacuerdo con una previa decisión judicial que M.TUSHNET ve una de las más principales virtudes, desde el punto de vista democrático, de la cláusula "notwithstanding". Para TUSHNET someter el conflicto constitucional al juicio final de una Corte Suprema tiene como principal riesgo desincentivar a la ciudadanía a implicarse en el debate constitucional, lo que ocurre en menor grado si la decisión final recae sobre una asamblea legislativa cuya justificación puede ser valorada positiva o negativamente por el electorado en las siguiente convocatoria electoral. *Vid.* M.TUSHNET: "Policy Distortion and Democratic Debilitation...", *op. cit.*, p.275 y p.282.

En cuanto al límite temporal, la automática pérdida de vigencia, conlleva, al menos, una renovación del debate en el momento en que se plantea la posibilidad de prorrogar la vigencia de la cláusula. Como indican algunos observadores⁴⁴⁵, en el interludio de los cinco años en los que la cláusula se mantiene, es de esperar que al menos el Parlamento se disuelva una vez y se convoquen elecciones en las que, sin ser ajeno a la filosofía del sistema, la prórroga de la cláusula en relación con una o varias leyes se convirtiese en tema de disputa electoral. En refuerzo de esta idea existe la opinión de que la vigencia de la cláusula debería cesar automáticamente con la disolución parlamentaria (y no al cabo de cinco años), justamente para favorecer un ámbito de intervención de la ciudadanía en la controversia sobre la excepción al derecho fundamental⁴⁴⁶.

2. Técnicas de control abstracto en el marco de un control concreto.

Antes de comentar la influencia de la cláusula "notwithstanding" en el ámbito concreto de la decisión de la *Supreme Court* sobre la constitucionalidad de la ley, conviene hacer dos precisiones en torno al control judicial de constitucionalidad canadiense en general.

En primer lugar, como en Estados Unidos, el problema central de la *judicial review* canadiense no es que los jueces manipulen el significado de la ley para acomodar sus preceptos a la Carta de Derechos, no es que los jueces realicen una *construction*, cuestión menor para la tradición del *common law*, sino que el punto crucial de la disputa sigue siendo que la visión judicial de la Constitución derive en la invalidación de una disposición aprobada por un parlamento democrático.

La cuestión se sigue debatiendo en términos de quién se encuentra en mayor grado legitimado para interpretar la Constitución, si los jueces o el legislador, y no de las consecuencias, desde el punto de vista de modificación de la ley, que del juicio de constitucionalidad pueda resultar. La invalidación continua siendo la piedra angular del conflicto entre poderes, y es de algunas de las consecuencias asociadas a la declaración

⁴⁴⁵ T.KAHANA: *op. cit.*, p. 49; C.P. MANFREDI: *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, McClelland & Stewart, Toronto, 1993, pp. 203-204.

⁴⁴⁶ C.P.MANFREDI: *Ibidem.*, pp. 203-204.

judicial de inconstitucionalidad de una ley que la cláusula "no obstante" busca salvaguardarse. Como veremos, el problema de la diferencia interpretativa no se plantea (o se plantea en menor grado) mientras no entre en juego la colisión directa entre la ley y el derecho reconocido en la Carta, no así sucede con la cuestión, recurrente en nuestro estudio, del diálogo. Es en el diálogo que el mecanismo de la "notwithstanding" muestra toda su relevancia.

Sentado esto, hay que tener en cuenta un segundo aspecto importante. Pese a que el debate sobre el poder judicial de invalidación de las leyes se encuentre impregnado de una áurea estadounidense, existen palpables diferencias auspiciadas por la cláusula, y no sólo que la fórmula "no obstante" facilita que sea el legislador y no el juez quien tenga la última palabra sobre la interpretación de derechos (o sobre su eventual suspensión). En particular, cabría mencionar que la cláusula "no obstante" introduce elementos de cuño abstracto que alteran la lógica de un control concreto a la estadounidense⁴⁴⁷.

En Canadá, como en todo el horizonte del *common law*, los jueces intervienen ante una disputa de constitucionalidad concreta, pero si también interviene el Parlamento, sea *a priori*, bloqueando la intervención judicial al exceptuar una determinada disposición del control de los tribunales, o sea *a posteriori*, rebatiendo la solución decidida por la *Supreme Court*, la cuestión se desvincula de la controversia que enzarza a los litigantes y adopta un carácter general que, algunos autores, identifican con una "politización" del juicio de constitucionalidad (hasta el punto que se considera a la cláusula "no obstante" como una compuerta privilegiada de acceso a consideraciones políticas que priman sobre el discurso de los derechos).

En cualquier caso, lo cierto es que, si recordamos las primeras reglas BRANDEIS, para un jurista estadounidense resultaría incomprensible que se abriera el debate sobre la constitucionalidad de la ley antes de la aplicación de la misma a un litigio concreto, se tildaría la controversia de *immatura (ripeness)*, de precipitar una solución que no respondía a un perjuicio concreto.

⁴⁴⁷ Abstracción en el control de constitucionalidad canadiense también reflejada en la posibilidad, por parte de los órganos políticos federales, de plantear una opinión consultiva a la

Por otra parte, de la nueva aprobación parlamentaria de un precepto declarado inconstitucional por el juez, no se extraen consecuencias unívocas respecto a la posición de las partes enfrentadas ante los tribunales ni del carácter retroactivo de la excepción "no obstante" en relación con los hechos que motivaron la disputa. Esta incertidumbre sobre la eficacia de la nueva intervención legislativa al litigio concreto y a las circunstancias fácticas que la ley propició con su aplicación aproxima al modelo canadiense con algunas de las disfunciones que se adivinaban en el recién instaurado modelo británico de declaración judicial de incompatibilidad con la *Human Rights Act*. Aunque también hemos visto cómo la indeterminación en las consecuencias asociadas al juicio de constitucionalidad de la ley (y a la invalidez de la misma) asediaba, en muchos casos, a las jurisdicciones constitucionales europeas.

3. La cláusula "notwithstanding": ¿excepción al derecho o réplica constitucionalmente conforme a la interpretación judicial?

La misma estructura de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades y de los derechos que en ella se reconocen suscita preguntas insoslayables en torno al papel que la cláusula "notwithstanding".

El artículo primero de la Carta, como frontispicio general del sistema de derechos, contempla la posibilidad de que las libertades reconocidas en los artículos posteriores del texto sean limitadas siempre que tales límites se encuentren legalmente consignados y que sean justificables en el seno de una sociedad libre y democrática⁴⁴⁸ [lo que, aunque sea en otro ámbito, recuerda vagamente a la admisión de ciertas restricciones a derechos reconocidas por CEDH siempre que tales restricciones sean necesarias para la preservación de una sociedad democrática, previsión que, en parte, desencadena la ya comentada doctrina del "margen de apreciación", *vid. supra.*] . En principio, pues, los derechos de la Carta se encuentran sujetos a límites —especialmente en caso de conflicto entre ellos— límites que el legislador establece y que los jueces pueden entrar a supervisar.

Corte Suprema. La función consultiva, por el contrario, es ajena al conjunto de atribuciones asumidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

⁴⁴⁸ L.E. WEINRIB: "The Supreme Court of Canada in the Age of Rights", *op. cit.*, p.726.

Nos encontramos, por lo pronto, ante límites *constitucionales* a los derechos de la Carta, límites cuya apreciación puede ser variable en el Parlamento y en la *Supreme Court* siendo esta diferente interpretación sobre las restricciones constitucionales una causa de enfrentamiento entre ambas instituciones.

Esto permite armar una hipótesis diferente en el uso de la cláusula "no obstante" que no parecía desprenderse directamente de su anterior descripción: antes veíamos que el legislador podía exceptuar del control de constitucionalidad de la ley algunos preceptos legales que infringiesen determinados derechos de la Carta, con esta actitud el Parlamento (antes o después del fallo judicial) estaba imponiendo su regulación en conflicto directo con las previsiones constitucionales; actuaba, de hecho, de forma *inconstitucional* o, si se prefiere, enmendando temporalmente la Constitución hasta que los efectos de la cláusula perdiesen vigencia.

En el escenario que ahora planteamos la situación es distinta: la cláusula "notwithstanding" se estaría utilizando en los márgenes constitucionalmente tolerados por el artículo 1 de la Carta, la regulación legislativa entraría dentro de los límites admisibles y justificables en el seno de una sociedad democrática. En este caso, el legislador haría prevalecer su particular interpretación del límite a los derechos afectados *por encima* de la interpretación judicial al mismo. La secuencia podría describirse así: el Parlamento aprueba una ley restringiendo algunos derechos con una finalidad constitucional (por ejemplo, para salvaguardar otros derechos de la Carta), los jueces invalidan algún precepto de la ley, porque entienden que el límite establecido por el legislador no se encuentra justificado⁴⁴⁹ y, con posterioridad, el legislador invoca la cláusula "no obstante" *para rebatir la interpretación judicial del límite a los derechos*

⁴⁴⁹ Incumple, algunos de los puntos del *test* en los que se apoya la constitucionalidad de la limitación, a saber: debe tratarse de un objetivo "sustancial" para la preservación de la sociedad libre y democrática, la afectación al derecho debe ser mínima para lograr el objetivo constitucional propuesto y, en cualquier caso, debe haber proporcionalidad entre el límite al derecho y el beneficio social admitido. *Vid. R. v Oakes* [1986] 1 S.C.R 1986 sentencia donde aparece por vez primera la doctrina del límite de los derechos según el artículo 1 de la Carta desarrollado por la *Supreme Court* canadiense. Sobre los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima afectación del Derecho Fundamental limitado *Vid. D.BEATTY: "The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments"* en 481 *The Modern Law Review* vol. 60, n.4, pp.482-483 (1997). Sobre las restricciones admisibles y justificables en el seno de una sociedad democrática *vid. D.BEATTY: Ibidem.*, 489-492.

por la interpretación parlamentaria que es la interpretación considerada *constitucional* por el propio Parlamento.

Insistimos: no se trata aquí de recurrir a la cláusula "no obstante" para imponer una regulación contraria a la Carta, sino para imponer la interpretación legislativa del Constitución frente a la interpretación judicial. Nos encontraríamos, tal vez, cerca de la hipótesis de una interpretación judicial desviada, de un error, del rechazo de una interpretación legislativa que era constitucionalmente viable al tiempo que necesaria para la realización de determinadas políticas que el Parlamento estimaba valiosas.

Esta aplicación, que podríamos llamar aplicación " estrictamente constitucional" de la cláusula "notwithstanding" sería la más plausible a los ojos de algunos comentaristas que aprecian en esta posibilidad la manera de garantizar la prevalencia de la interpretación legislativa de la Carta sin incurrir en ninguna infracción de la misma, minimizando, todavía más por tanto, los riesgos de abuso⁴⁵⁰. Sin embargo, claro está, para acabar predicando este uso de la problemática cláusula no hacía falta cláusula propiamente dicha, si de lo que se trata es de ofrecer una interpretación *constitucional* en la regulación y límites de un derecho bastaría con la subsiguiente aprobación de un ley ordinaria; la interpretación constitucional del Parlamento acabaría concretándose sin necesidad de "notwithstanding" alguno.

Claramente nos encontraríamos ante un supuesto de estas características cuando, frente a una invalidación de la *Supreme Court* por entender que la regulación legislativa rebasaba los límites constitucionalmente permitidos según el artículo 1 de la Carta, el legislador, sin mediar enfrentamiento interpretativo alguno con los jueces, aprobase una nueva ley amoldándose a los criterios apuntados en la decisión de constitucionalidad. Aquí no habría "discrepancias" interpretativas sobre los límites a los derechos aunque sí habría una respuesta legislativa que no exigiría cláusula "no obstante". Nótese que, dado un juicio de inaplicación de determinados preceptos, la reacción legislativa tendría un significado tangible: aprobar nuevamente el precepto legal (respetando las reservas judiciales en cuanto a la constitucionalidad de los límites previstos) con el fin de asegurar la vigencia del mismo.

⁴⁵⁰ C.P.MANFREDI: *op. cit.*, p.208.

Esto sucedió en el caso *R. v. Seaboyer*⁴⁵¹ en el que la Corte Suprema invalidó el artículo 276 del Código Penal que, en delitos contra la libertad sexual, limitaba la admisión de pruebas que tenían por finalidad demostrar la existencia de una previa conducta de consentimiento sexual por parte de la víctima. La mayoría del tribunal estimó que el precepto vulneraba el artículo 7 de la Carta de Derechos (por el que se garantiza que sólo se privará a una persona de libertad de acuerdo con los principios de justicia) y el artículo 11(d) del mismo texto por el que se reconoce la presunción de inocencia. Después de la decisión judicial el Parlamento modificó el artículo 276 Código penal en el sentido indicado por la Corte, es decir, abriendo la admisión de pruebas sobre la previa conducta de la víctima, sin mediación de cláusula "no obstante" dado el acuerdo sustancial entre la sentencia y la reforma legislativa⁴⁵².

La otra variante de la actuación legislativa sin "notwithstanding" (en la que a diferencia de la anterior, no hay acuerdo con la interpretación judicial) se hallaría en el supuesto de una nueva aprobación del precepto invalidado que expresase una interpretación no contemplada por el juicio de la *Supreme Court*. Una regulación que, si bien referida a misma materia al mismo derecho, se apartase de los términos plasmados en la primera regulación y de la declaración de inconstitucionalidad que dicha regulación mereció a los ojos de los jueces.

El legislador había aprobado A, la jurisdicción constitucional entiende que A es una interpretación que transgrede los límites constitucionalmente admisibles y que, por tanto, es inconstitucional y, en un tercer momento, el legislador aprueba un nuevo precepto con el contenido B que, referido a las mismas circunstancias, no contradice la inconstitucionalidad de A percibida por la *Supreme Court*.

Este moverse en el espacio no previsto por la decisión judicial era una de las posibilidades dialógicas de la que ya habíamos dado cuenta al abordar el modelo estadounidense y que se erigía como vía intermedia para acatar la decisión judicial y, al mismo tiempo, admitir una nueva intervención judicial sin tener que convocar el poder de reforma de la Constitución (*vid. supra.*).

⁴⁵¹ *R. v. Seaboyer* [1991] 2 S.C.R. 577

Por último cabe mencionar una solución igualmente factible y, en cambio, profundamente perjudicial tanto para la protección de derechos como para el establecimiento de vínculos dialógicos entre la Suprema Corte y el Parlamento, a saber, que la Corte Suprema invalide una disposición legislativa y el legislador *no responda*, que permanezca inactivo.

Semejante posibilidad, que nos acercaría a algunas de las disfunciones propias de modelos de control de constitucionalidad *a posteriori* sin cláusula "notwithstanding", alienta nuevas sombras de escepticismo sobre toda formalización de mecanismos sobre los que estructurar un diálogo institucional, mecanismos que pueden quedar en nada si no vienen apoyados por una cultura de la relación y del debate constitucional que busque integrar todos los puntos de vista implicados.

La inactividad legislativa, aunque muy ocasional, no ha sido ajena en la historia reciente del constitucionalismo canadiense, el estadounidense M.TUSHNET, en su estudio de derecho comparado sobre la cláusula el artículo 33 de la carta canadiense de Derechos⁴⁵³, nos previene de esta posible fractura en el sistema, recuerda como, al menos un sonado caso, el juicio invalidatorio de la Corte no generó sino apatía en el legislador: en 1988, la Corte Suprema Canadiense sostuvo que la regulación legislativa sobre el aborto vulneraba la Carta de Derechos en la medida en que el procedimiento previsto para que la mujer accediese al aborto legal era de tal complejidad que causaba un desproporcional e innecesario retraso⁴⁵⁴. El Parlamento podría haber reelaborado las disposiciones legislativas en función de las indicaciones señaladas por los jueces, o, rechazando la solución judicial, podría haber aprobado de nuevo la ley del aborto con cláusula "notwithstanding", pero, en vez de eso, la mayoría del Parlamento prefirió abstenerse. No hizo nada, con lo que el procedimiento de acceso al aborto legal quedó, en parte, desregularizado⁴⁵⁵.

⁴⁵² Vid. K.ROACH: "Constitutional and common law...", *op. cit.*, pp. 519-530. El comentario a *Seaboyer* viene acompañado de la cita de otros casos en materia penal en los que el Parlamento se adecuó a la interpretación formulada por la Corte.

⁴⁵³ M.TUSHNET: "Policy Distortion and Democratic Debilitation...", *op.cit.*, pp. 266-267.

⁴⁵⁴ *R. v. Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30

⁴⁵⁵ M.TUSHNET: "Polic y Distortion and Democratic Debilitation...", *op.cit.*, p.267.

4. Respuesta legislativa frente a decisiones interpretativas.

Todo este conjunto de respuestas a la decisión sobre la constitucionalidad de la ley ("notwithstanding" como excepción del derecho, "notwithstanding" como respuesta a la interpretación judicial acerca de los límites constitucionales al derecho, reforma legislativa conforme a la decisión judicial o alternativa a la misma...) se encuentran siempre vinculadas, hay que decirlo, a decisiones de la Supreme Court que *invalidan* el precepto legal enjuiciado.

La invalidación (inaplicación del precepto, según la fórmula inspirada en la *judicial review* norteamericana) es la consecuencia alrededor de la cual se concreta la utilidad de la cláusula "notwithstanding" y la viabilidad de las posteriores intervenciones del legislativo. De hecho, como demuestra el caso *Seaboyer*, puede darse incluso el supuesto en el que, aún aprobando una disposición legislativa que la Corte Suprema ha declarado inconstitucional, al reformar la ley según lo indicado por los jueces, la ulterior intervención legislativa no tenga por qué recurrir a ninguna excepción de derechos.

Siempre, en definitiva, procedemos de una interpretación judicial de la Carta que culmina con la inconstitucionalidad del precepto legal; el problema, habitual en estas latitudes, es el del poder judicial de invalidación de las leyes y, en el mismo cuadro, el de la interpretación judicial de la Constitución que, en su grado extremo, desemboca en la pérdida de vigencia de una disposición aprobada por el Parlamento, dejando en un plano muy secundario la cuestión, plenamente interiorizada en los sistemas de *common law*, de una modificación en el significado de la ley producto de la adecuación del precepto a los derechos reconocidos en la Carta.

Al margen de la dinámica que aquí hemos expuesto, pues, *quedan las decisiones en las que la Corte condiciona interpretativamente la constitucionalidad de la ley sin llegar a constatar su inconstitucionalidad*, uno de cuyos ejemplos bien podría ser la preservación del precepto legal en función de una determinada interpretación que, sobre los límites al derecho afectado, la jurisdicción constitucional perfilase. Nótese que la decisión recogida en *R. v. Seaboyer* podría haberse planteado en términos interpretativos y no en términos de invalidación, estimando, por ejemplo, que el artículo 276 del Código Penal era conforme a la Carta siempre que se entendiese abierta la

posibilidad de presentar pruebas que demostrasen una previa actitud de consentimiento sexual por parte de la víctima. ¿Cómo hubiese podido el legislador responder a un pronunciamiento de estas características? En un sistema que reconoce la reactivación de una ley declarada inconstitucional mediante cláusula "no obstante" cuando el legislador así lo estime conveniente, es evidente que el legislador también cuenta con instrumentos que, a otro nivel, le permitan bloquear las condiciones interpretativas a las que la *Supreme Court* sujeta la constitucionalidad de la ley.

Lo que ocurre es que, en la línea de los ejemplos anteriormente mencionados, frente a una decisión meramente interpretativa y no invalidatoria la cláusula "no obstante" no tiene que intervenir para nada, *bastaría una mera reforma legislativa* para que el Parlamento se enfrentase a una alteración del significado legal propiciada por los jueces. Si la respuesta legislativa cayese, entonces sí, en el centro de lo constitucionalmente inadmisibles, una segunda impugnación de la ley reformada podría ya traducirse en una decisión invalidatoria a merced siempre, de una tercera operación legislativa dispuesta a interponer la excepción "notwithstanding" y a suspender las consecuencias del último juicio de constitucionalidad.

Sobre este punto, confirmando que frente a decisiones de carácter interpretativo la cláusula "notwithstanding" deviene superflua y simplemente puede oponerse una reforma legislativa tenemos el ejemplo, del caso *R. v. Daviault*⁴⁵⁶, en el que la Corte Suprema había establecido una interpretación (en sentido estricto, una regla de *common law*) sobre determinados delitos contra la salud conforme a los artículos 7 y 11(d) (presunción de inocencia) de la Carta (los mismos afectados en *Seaboyer*) que el legislador posteriormente modificó, en sentido contrario a lo judicialmente establecido, sin recurrir a la cláusula "notwithstanding". En juicios posteriores, la Corte Suprema se amoldó a la nueva interpretación propiciada por la reforma de las leyes penales sin advertir su inconstitucionalidad, tal vez dando a entender que la visión legislativa sobre los límites introducidos a los artículos 7 y 11(d) de la Carta se encontraban constitucionalmente justificados.

⁴⁵⁶ *R. v. Daviault* [1994] 3 S.C.R. 63, 79-93.

Sobre la potencialidad de la cláusula "no obstante" en el contexto de las decisiones interpretativas, tal vez su invocación sólo sería adecuada en el caso de que el legislador quisiera recalcar su oposición radical al juicio interpretativo de la Corte, utilizando para ello medios propios de una contradicción expresada en términos de invalidez. Este sería el único escenario en el que la cláusula "notwithstanding" puede concebirse como réplica a un juicio interpretativo en el que la ley mantiene su vigencia, pero ello significaría entonces que el Parlamento habría dejado a un margen consideraciones de técnica constitucional (pues podría limitarse a reformar la ley) para entrar de lleno en el terreno de lo simbólico. Con semejante actuación, sin embargo, ganaría fuerza la idea de que el uso de la cláusula "no obstante" sólo es de recibo en situaciones excepcionales en las que la decisión judicial debe superarse mediante la reapertura del debate público.

5. Cláusula "no obstante" y contribución al diálogo.

En lo que se refiere a las virtudes dialógicas de la cláusula, ya habíamos constatado que el modelo de colaboración institucional Corte Suprema-Parlamento en principio despunta cuando la nueva aprobación de la ley deriva de una previa decisión judicial, pero no cuando el Parlamento, precaviéndose de cualquier decisión que les sea desfavorable, se escuda en la excepción "no obstante" antes de que la ley sea examinada por la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, conviene aclarar que también sería dialógicamente aceptable que el Parlamento opusiese la cláusula, atendiendo a la jurisprudencia anterior de la *Supreme Court* y sin que, por tanto, se diese el ciclo Ley aprobada por el Parlamento/Declaración de inconstitucionalidad por los jueces/Reprobación del precepto con cláusula "no obstante". Si el legislador prevé aprobar una disposición antitética a lo dispuesto por las reglas judiciales, en el recurso a la cláusula "no obstante" continua manteniéndose una suerte de diálogo con la jurisdicción constitucional aunque sea a través de su confrontación con los anteriores precedentes.

La oposición entre la regla judicial y la disposición legislativa, con todo, debería ser frontal y no conciliable por vía interpretativa ya que en este caso, en la línea de lo que venimos comentando, la solución "notwithstanding" se antojaría demasiado drástica cortando *a radice*, incluso la posibilidad de una evolución jurisprudencial.

X.- ENSAYO SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL AVANZADO.

1. Un modelo alternativo: las formas interpretativas de decisión en la constitución abierta.

Nos proponemos, en esta sección, encadenar un conjunto de reflexiones en torno al juicio de constitucionalidad de la ley en el que la decisión interpretativa ocupa una posición central. En coherencia con nuestro esquema, no se trata de contemplar la decisión interpretativa como una disfunción, una patología o una categoría residual de un sistema cuyo discurso básicamente se cimenta en la declaración de inconstitucionalidad y la sanción de nulidad como punto de arranque de sus afirmaciones. Se trata más bien de pensar la actuación de las jurisdicciones constitucionales desde el protagonismo *real* que las técnicas interpretativas han adquirido en las jurisdicciones constitucionales de los estados constitucionales avanzados, relevancia como mínimo equiparable a la que el discurso tradicional, en algunos sistemas, concede a las decisiones de nulidad. Conocidos ya los rasgos principales que caracterizan al pronunciamiento de constitucionalidad en algunos modelos de Derecho Comparado, esbozaremos, en esta fase, algunos comentarios sobre el sistema español que nos introducirán ya a la tercera y última parte del estudio.

Que la reflexión se impregne de una cierta idealidad no debe impedir que ésta no deba ser planteada. No se trata de una mera construcción en el vacío, sino que parte de una experiencia comparada que avala la mayoría de las afirmaciones —estudio comparado que se advierte como premisa insoslayable en los tiempos de una integración en la que ya no hay sistemas completamente ajenos—.

La transformación de las instituciones, por otra parte, depende de un previo discurso ideal que las cuestione. Frente a la objeción de que las siguientes observaciones son “inaplicables” es suficiente contestar que la primera condición de su hipotética aplicabilidad es que exista un conjunto de premisas teóricas en las que dichas observaciones se formulen. Además, las sugerencias, las correcciones, las propuestas, en la mayoría de las ocasiones, no requieren siquiera una reforma estructural para su recepción puesto que, para alterar el curso de la práctica, basta con que la esta práctica sea “reinterpretada”, que los agentes que participen de ella la asimilen con “nuevos ojos”.

2. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de preceptos legales como soluciones singulares. Primeras aproximaciones al sistema español en el marco de Derecho Comparado.

Para empezar, y como primera de las consideraciones a tener en cuenta al aproximarnos al sistema español, cabe relativizar la idea de que la sanción de nulidad es la que nuestro Derecho aplica, de manera típica, a la ley contraria a la Constitución⁴⁵⁷ y de que planteamientos en el sentido de otorgar primacía teórica y práctica al control de constitucionalidad de la ley ejercido mediante decisión interpretativa se encuentran más allá de lo absorbible por un modelo que parece tener el dogma de la nulidad como irrefutable.

Dejando aparte que la nulidad como sanción de inconstitucionalidad no se encuentra mencionada en la Constitución Española (sólo en el art. 39.1 LOTC), lo cierto es que, contra la opinión comúnmente admitida, puede dudarse estadísticamente que la sanción de nulidad sea el resultado “típico” al que recurre el juez de constitucionalidad. Es “típico” en la medida en que el art. 39.1 LOTC no vislumbra otra alternativa, aunque si algo debe afirmarse es que *la nulidad de un precepto legal como consecuencia del juicio de constitucionalidad es, al menos en el ámbito de los Derechos (otra cosa sucede en cuestiones de distribución territorial del poder) una solución no muy habitual en España o, al menos, tan habitual como el recurso a formas interpretativas de decisión.* Aunque nos ocuparemos del análisis de la jurisprudencia española con posterioridad

⁴⁵⁷ J.JIMÉNEZ CAMPO: “¿Qué hacer con la ley inconstitucional?”, *op. cit.*, p.34.

(*vid.infra*) y será entonces el momento de exponer el resultado de las soluciones de inconstitucionalidad en términos porcentuales, parece apropiado avanzar ahora al menos un dato: hasta febrero de 2002, en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha declarado sólo en *65 ocasiones* la inconstitucionalidad de alguno de los incisos o de los preceptos legales impugnados. Pues bien, en 32 de estos pronunciamientos, la declaración de inconstitucionalidad aparece *combinada* con alguna forma interpretativa de decisión, lo que supone que las formas interpretativas de decisión tienen presencia en casi el 50 % de las sentencias mencionadas.

Con ello se da la paradoja de que la normalidad sobre la que se edifica todo el metadiscurso acerca de la jurisdicción constitucional, de su justificación, e incluso de la crítica a la misma, resulta ser no tanto una normalidad *como un fenómeno paritario a otros resultados de corte netamente interpretativo presentes en el juicio de constitucionalidad de las leyes*. Todo esto, en un marco, como decimos, en el que los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes son escasos en comparación con la protección de derechos suscitada frente a sentencias o actos administrativos lesivos, y, en el que dentro del control de leyes, las declaraciones de inconstitucionalidad por contradicción con el sistema de distribución de competencias o por contradicción con el esquema de fuentes y de distribución del poder diseñado por la Constitución, ocupan una ostentosa mayoría (casi el 70%) frente a los juicios negativos que la ley merece por infringir algún derecho fundamental. En las decisiones sobre la constitucionalidad de la ley en el ámbito autonómico, por otra parte, la decisión interpretativa ocupa un lugar predominante como fórmula de resolución de litigios competenciales que tienen como objeto disposiciones legislativas: la tendencia persiste en pronunciamientos recientes, en los que junto con eventuales declaraciones de contradicción frontal con el sistema de distribución de competencias, los pronunciamientos registran numerosas disposiciones que permanecen en el ordenamiento jurídico bajo determinadas premisas interpretativas, piénsese en la STC 159/2001, de 5 de julio (*Decreto legislativo catalán en materia urbanística*), en la 164/2001, de 11 de julio (*Ley estatal de régimen del suelo y valoraciones*) o en la STC 206/2001, de 22 de octubre (*Ley estatal de Cámaras de Comercio*).

Abundan, por otra parte, pronunciamientos en los que la interpretación constitucionalmente conforme aparece *sin ninguna declaración de inconstitucionalidad*

en cuanto al texto de la ley (alrededor de un 26 % en relación al *conjunto* de los pronunciamientos de inconstitucionalidad referentes a derechos).

En el ámbito comparado, tenemos el ejemplo francés del Consejo Constitucional cuyos procedimientos de control de constitucionalidad de la ley acaban, en un 54% de los casos [periodo 1981-2000], en alguna forma de nulidad⁴⁵⁸ (lo que, por cierto, dice bastante acerca del papel de la sanción de nulidad en un sistema máximamente abstracto, de reacción reparativa inmediata del Parlamento, que puede revisar, en una nueva oportunidad, la ley declarada inconstitucional).

Sin embargo, en contraste, tenemos un sistema de control de constitucionalidad de la ley *a posteriori* afín al nuestro, como el alemán, en el que la jurisdicción constitucional sólo declara nulas el 4.6 % de las leyes federales que supervisa⁴⁵⁹, dato que parece explicarse mediante la existencia de filtros políticos y legislativos previos (como el veto del *Bundesrat* sobre leyes que afectan a los *Länder*) que impulsan la negociación y la "adecuación constitucional" en una fase anterior a la intervención del Tribunal Constitucional Federal (reduciéndose, a niveles exigüos, la impugnación mediante procedimientos de control abstracto de leyes)⁴⁶⁰.

Si bien la cantidad de leyes declaradas inconstitucionales y nulas en el caso español es superior al alemán, sobre todo en la primera etapa de implantación del modelo de control de constitucionalidad [1981-1990], debe tenerse en cuenta (dejando de lado la circunstancia de tratarse de una fase de transición hacia un escenario constitucional estable) que gran parte de las impugnaciones (y también de las declaraciones de nulidad) se registran, como advertíamos, en el marco de procesos conflictuales entre el Estado y las CCAA, algo coherente con la estadística alemana, ya que refleja como la ausencia de instituciones políticas de negociación y cooperación en la organización del Estado Autonómico y en el ejercicio de competencias a nivel legislativo, desemboca en un mayor número de impugnaciones ante la jurisdicción constitucional y en un porcentaje mayor de declaraciones de inconstitucionalidad. Tal vez en presencia de estos mecanismos de "adecuación previa" de la actuación legislativa estatal y

⁴⁵⁸ Los datos se encuentran en A. STONE SWEET: *Governing with judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, Oxford, 2000, p.63.

⁴⁵⁹ A.STONE SWEET: *Ibidem.*, p.64.

autonómica al orden competencial —como un veto en un Senado representativo de Comunidades Autónomas en la elaboración de leyes que afecten a materias competenciales—, reduciría el nivel de intervención del Tribunal Constitucional y la aplicación de la sanción de nulidad a porcentajes similares al que presenta el modelo alemán.

3. Decisión interpretativa *versus* declaración de inconstitucionalidad y nulidad: narración, reparación, diálogo y deferencia.

De nuestros comentarios anteriores tal vez parecería deducirse que, junto con la importancia *numérica* en el uso de estas formas alternativas de decisión (no del todo calibrada por el análisis convencional), nosotros mostramos *una preferencia* por la adopción de estas formas interpretativas frente al juicio de validez de preceptos legales que culmina con la declaración de inconstitucionalidad y con la expulsión de los incisos textuales de la ley considerados contrarios a la Norma Suprema. Esto, sin embargo, además de desconocer una realidad constitucional, no daría cuenta de nuestras propias ideas ya que, según nuestro criterio, la valoración de una u otra forma de decisión depende de la función que se persiga potenciar o, si se prefiere, del “bien” con el que nos comprometemos. Así, creemos que la virtualidad de la decisión interpretativa *versus* la decisión que incorpora en su fallo la sanción de nulidad merece ponderarse desde, al menos, cuatro puntos de vista que, en esencia, son:

- a) el de la narratividad,
- b) el de la reparación de la inconstitucionalidad detectada,
- c) el del fomento del diálogo institucional y
- d) el de la deferencia con el legislador.

Veremos como la idea de narratividad queda en mayor medida implementada si revisamos la jurisprudencia constitucional como forma de decisión interpretativa y no como juicio sobre el mantenimiento o la expulsión del texto de la ley enjuiciada: en el discurso ordinario sobre la constitucionalidad de la ley, discernir si el Tribunal Constitucional ha declarado o no una disposición inconstitucional aporta una

⁴⁶⁰ A.STONE SWEET: *Ibidem.*, p.64.

información banal si la comparamos con el cúmulo de observaciones que nos proporciona el preguntarse por *las condiciones* con las que el Tribunal jalona su juicio sobre la disposición constitucional.

Un embudo de premisas, de cautelas, de circunstancias que *integran* la decisión misma, porque de ella depende su *coherencia* y su *comprensión* por parte del resto de agentes. La narratividad que se entretreje en la lectura completa de una sentencia densifica un discurso que aparece plano y excesivamente simplificado cuando se volca en la apreciación sobre una sola de sus consecuencias, como sucede con la invalidez. Más que la disposición enjuiciada "es o no constitucional" importa saber "como" ha devenido el juicio sobre la constitucionalidad de la misma.

Si decisiones interpretativas dan cuenta de una narratividad constitucional compleja y pueden resolver, en mayor medida, el problema de la reparación constitucional, es dudoso, en cambio, que las técnicas interpretativas sean instrumentos de fomento del diálogo institucional y de ahí que su uso, aunque pueda parecer deferente con el legislador (principio sobre el que habitualmente se justifica su adopción) no sólo distorsione el contenido de los preceptos legales enjuiciados sino que propicie que la respuesta legislativa a la decisión judicial quede bloqueada.

4. Narración.

Las circunstancias y las restricciones que rodean el juicio sobre la constitucionalidad de la ley provocan que, con carácter general, la decisión de constitucionalidad presente una estructura compleja. La sentencia, así, es un cuadro en el que se perfilan una *pluralidad* de matices y, sobretodo, de *condiciones* a las que subordinar el discurso sobre la constitucionalidad de la ley (y que la declaración de inconstitucionalidad asociada a la sanción de nulidad y al poder de expulsión de preceptos legales puede contribuir a difuminar).

La adaptabilidad de una manera de entender las decisiones de constitucionalidad a los vericuetos de la narración se identifica, en otros términos, con la mayor o menor capacidad de proyectar el juicio de constitucionalidad al caso concreto que, desde el

inicio de esta investigación, hemos calificado con la propiedad de dar respuesta a las necesidades del "casuismo" constitucional.

Algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional español que hemos seleccionado y cuyo comentario abordaremos posteriormente (STC 72/1983, de 29 de julio; STC 108/1986, de 29 de julio y STC 36/1991, de 14 de febrero, *vid. infra.*) muestran como, con independencia de que algún juicio de validez sobre la constitucionalidad de la ley culmine con una declaración de inconstitucionalidad y de nulidad, el razonamiento viene acompañado de una extensa trama de orientaciones, de asociaciones entre las normas enjuiciadas y su contexto, en definitiva de detalles o, si se prefiere, de “detalles argumentales” a los que la interpretación de los preceptos legales queda sujeta. No obstante, esta *dilatada narración* con la que el Tribunal Constitucional acompaña sus resoluciones, pese a ser relevante para posteriores aplicaciones de los preceptos enjuiciados y para su comprensión por parte del resto de intérpretes⁴⁶¹, queda eclipsada o, a lo más, sintéticamente resumida en la pregunta sobre el mantenimiento o no del precepto enjuiciado. En términos deconstructivistas, se diría que el discurso sobre ejercicio del poder de sanción (declarando la nulidad o el mantenimiento del precepto) domina y prevalece sobre la pluralidad de detalles que discurren en la narración sobre la interpretación de la ley a la luz de la Constitución.

Los detalles que aporta la percepción de la sentencia como un todo tiene, al menos, un reflejo positivo en cuanto al diálogo institucional: el incremento de datos que de la decisión se desprenden enriquece los términos de la posible discusión. A pesar de que las posiciones entre la jurisdicción constitucional y el resto de agentes sean difíciles de conciliar y que la controversia sobre algunos de los principios en juego sea insoluble, atender a todos los puntos que el Tribunal Constitucional desarrolla en sus fundamentos (independientemente de la solución final que al final se adopte) puede suponer de por sí contar con más información de la hasta entonces disponible. Este incremento de información que en su haber tiene la decisión entendida en su globalidad equivale, en

⁴⁶¹ El valor narrativo de la decisión interpretativa explica por qué a veces se ha recurrido a esta técnica no tanto con el fin de condicionar la constitucionalidad de la ley sino para hacer pedagogía constitucional, para concretar conceptos que consoliden la futura comprensión del precepto. Esto no era infrecuente en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente en decisiones cuya remisión a los fundamentos evocaba a consideraciones tan

términos jurídicos, a hablar *de precisión en las razones argumentativas* que influirán sobre futuros razonamientos del mismo juez de constitucionalidad o del resto de operadores jurídicos vinculados no sólo al fallo sino a la fundamentación de la sentencia de constitucionalidad⁴⁶². De ahí que se afirme que el impacto de la decisión del Tribunal Constitucional sobre el ordenamiento jurídico está más en lo que tiene de interpretación de normas (de transformación, adición y delimitación de significados) que de declaración abstracta sobre la constitucionalidad de la ley⁴⁶³.

Nuevos puntos de vista y nuevas implicaciones se abren al debate constitucional y, con ello, aunque no se alcance una solución definitiva, o ni siquiera satisfactoria, al menos se percibe un *avance* en el marco de la controversia. Ello no oculta, empero, que un exceso de información, una elaboración minuciosamente técnica de las resoluciones judiciales, aunque aporte nuevos datos, acabe empañando la capacidad de respuesta del resto de instituciones.

El diálogo constitucional, en esta hipótesis, quedaría perjudicado por los "detalles argumentales". Las dificultades en la comunicación y la incompreensión que la complejidad narrativa imbuiría a las otras instituciones se podrían concretar en una profunda indiferencia hacia toda la textura de argumentos desplegados en el examen de constitucionalidad de la ley.

5. Reparación de la inconstitucionalidad detectada.

La pluralidad discursiva sobre el juicio de validez de la ley se extiende a la asignación de consecuencias a este juicio. De hecho, la propia nulidad, es una técnica de declaración de invalidez que presenta una articulación compuesta (¿se proyecta *ex tunc* o *ex nunc*?, ¿Hasta qué punto alcanza la retroacción del fallo anulatorio, qué tratamiento merecen las situaciones jurídicas consolidadas? ¿Y si factores de dinámica política o

genéricas que difícilmente se podían desentrañar de las mismas las condiciones tasadas a las que sujeta la constitucionalidad de la norma. (sobre ello, *vid. infra*.)

⁴⁶² F.RUBIO LLORENTE: "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", *op. cit.*, p.33.

⁴⁶³ L.PRIETO SANCHÍS: "Notas sobre la interpretación Constitucional" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.9, 1991, p.179.

económica aconsejan diferir la eficacia de la nulidad a un tiempo futuro? [¿A qué tiempo en ese caso? ¿es un período reglado, o varía también según las circunstancias?].

El discurso unidimensional sobre la sanción de nulidad asociada a la inconstitucionalidad ha impedido ver que una cosa es el juicio de constitucionalidad sustancial de la ley y la otra *la aplicación a la realidad de este juicio de constitucionalidad*, para lo cual se exige un nuevo elenco de valoraciones también, por supuesto, constitucionalmente conformes⁴⁶⁴.

Esta aplicación de la decisión de constitucionalidad desembocaría en otro juicio de constitucionalidad accesorio al juicio de constitucionalidad principal (susceptible de desatar una nueva discusión), si bien ambos serían interdependientes, e incluso, en un movimiento retráctil, podría ocurrir que las consideraciones en el juicio accesorio *condicionasen* el juicio principal. No sería raro ver en la sentencia interpretativa el reflejo de esta circunstancia. En cualquier caso, en las formas interpretativas de decisión, sea en juicio principal o en juicio accesorio, o como irradiación del juicio accesorio sobre el principal, se acuñan con mayor precisión esta pluralidad de técnicas acorde con la pluralidad de escenarios reales en los que el juicio de constitucionalidad busca su efectividad.

La decisión puede ser de invalidez y, con todo, la adaptación de este juicio a la realidad, puede requerir de un pronunciamiento interpretativo que modifique contenidos normativos sin incidencia textual.

6. Formas interpretativas de decisión y diálogo.

A diferencia de lo que sucede en el caso de la adaptación a una estructura compleja (narratividad) y de la funcionalidad en cuanto a la reparación de la inconstitucionalidad, las formas interpretativas de decisión *pueden llegar a menoscabar el diálogo institucional*. La idea se encuentra en España poco explorada, debido principalmente a

⁴⁶⁴ Sobre la distinción entre declaración de inconstitucionalidad y declaración de nulidad y de las relaciones entre ambos pronunciamientos *vid.* J.J. INIESTA DELGADO y M.FERNÁNDEZ SALMERÓN: “Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional”, en *REDC*, n.59, 2000, pp.163-164.

la ausencia de enfoques dialógicos que caracteriza la teoría sobre nuestro Tribunal Constitucional, aunque parece latente en la reflexión sobre los límites de la interpretación constitucionalmente conforme.

En un sentido parece que las decisiones interpretativas (entendidas esquemáticamente, como introducción de condiciones por parte del Tribunal Constitucional para admitir la constitucionalidad del precepto), actúan como filtro protector de la actividad legislativa en tanto que evita precipitados pronunciamientos de inconstitucionalidad sobre disposiciones con rango de ley.

La jurisdicción constitucional se autorestringe así, en casos dudosos, decantándose por el mantenimiento del precepto bajo las condiciones que ella sugiere. Pero, en lo que ahora nos importa, parece claro que en esta operación *se dificulta que el legislador vuelva a pronunciarse sobre la cuestión* porque, a la postre, el precepto se mantiene en el ordenamiento jurídico (con la reformulación insertada por el Tribunal Constitucional) de modo que desaparecen los principales incentivos (por ejemplo, la existencia de un vacío en el ordenamiento o la presencia de una sanción explícita) para impulsar una réplica por parte de las Cámaras que contrarreste la decisión de la jurisdicción constitucional⁴⁶⁵. Nótese, que uno de los riesgos del exceso en la interpretación conforme —como forzar el significado de la norma legal examinada haciendo decir al legislador lo que no dice— implica, además de una alteración de significados propiciada por el Tribunal Constitucional, *una reducción de oportunidades para que el legislador se pronuncie de nuevo*.

Los límites a la interpretación conforme y, en general a las formas interpretativas de decisión, pueden leerse así *como límites políticos cuyo fin consiste en forzar una nueva intervención legislativa y potenciar el diálogo institucional*. La expulsión de preceptos del ordenamiento jurídico, visto bajo esta perspectiva, busca que el legislador "hable" de nuevo dictando, dentro de su libertad de configuración, una normativa acorde con las

⁴⁶⁵ Nuestras apreciaciones coinciden, en este sentido, con la idea formulada por A.STONE en su estudio sobre el control de constitucionalidad en Europa según la cual el legislador se encuentra en mayor medida vinculado al juicio emitido por un Tribunal Constitucional cuando la decisión de éste es de nulidad que cuando la sentencia se limita a declarar que la ley es conforme a los mandatos constitucionales bajo determinadas condiciones. *Vid. A. STONE SWEET: Governing with judges..., op. cit., p. 73.*

consideraciones de la jurisdicción constitucional o, ante una eventual diferencia de criterio, activando el poder de reforma de la Constitución. De otro modo, al utilizar la técnica de las decisiones interpretativas —y pensando, en particular, en casos de profunda alteración en el significado de las disposiciones— lo que resulta es la pervivencia del precepto legal, sujeto a una o varias reservas, transformado en su sentido, precepto que el legislador no viene ni a confirmar ni a desmentir *en relación* con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional ya que, eso sí, nada empece a que en el futuro el legislador derogue o sustituya la disposición legal (disposición que se entiende *según* la interpretación del Tribunal Constitucional) como deroga o modifica cualquier otra ley.

Esto último es importante porque, desde el punto de vista dialógico, las modificaciones legislativas operadas según un criterio intrínseco al del legislador (por las necesidades políticas o de adaptación a una realidad cambiante que se tercién) no pueden equipararse a las reformas de las disposiciones legales *que tienen conexión directa con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional*, es decir, vinculadas a un criterio extrínseco al del Parlamento.

La modificación de una ley sujeta a interpretación conforme, aunque sobre ella haya recaído una decisión del Tribunal, se aproximaría más a la primera situación que no a la segunda, básicamente porque con estas formas de decisión interpretativa *no se persigue modificar textualmente nada*, sólo condicionar la comprensión del precepto en su fase de aplicación.

El caso del Consejo Constitucional francés es emblemático a este respecto, veíamos que el sistema presentaba un interesante tejido de relaciones entre el Parlamento y la jurisdicción constitucional (sistema más potencial que efectivo en la práctica, pero este es otro tema) en el que la fluidez y el diálogo entre ambas instituciones se percibía en los casos de declaración de inconstitucionalidad. En cambio, ¿qué sucedía cuando el Consejo Constitucional dictaba una decisión de conformidad bajo reserva? Pues que, como mínimo en los casos de "conformidad bajo reserva de interpretación neutralizante", *la ley no retornaba al legislador para que éste se pronunciase de nuevo sobre disposiciones afectadas por reserva (vid. supra.)*. La disposición quedaba tal cual

el Consejo Constitucional la había interpretado y así debía ser aplicada por el resto de operadores.

En otro marco totalmente distinto, veíamos como en el Reino Unido la declaración de incompatibilidad de una ley con la *Human Rights Act* por parte de determinados tribunales abría la puerta a una intervención reparativa instada por el Ministro competente y confirmada por el Parlamento con lo que, al menos desde las previsiones de la *HRA*, parecía fomentarse un estructura que facilitase la relación dialógica entre instituciones. Sin embargo, los tribunales pueden optar en caso que no haya contradicción manifiesta por practicar una interpretación conforme a la *HRA* (lo que consagra la propia *HRA*) impidiendo la ejecución del mecanismo que sucede a la declaración de incompatibilidad, o sea, cerrando el canal de intervención del Ministro y del Parlamento y obstruyendo el diálogo. Es presumible, de hecho, que los tribunales británicos recurran a un holgado uso de la interpretación conforme a la *HRA* en detrimento de la declaración de incompatibilidad, pensando, especialmente, que la declaración de incompatibilidad no reporta ningún beneficio para los litigantes y que sus intereses quedan en la práctica mejor garantizados, incluso en caso de difícil acomodo de la ley a la *HRA*, con una interpretación adecuada a la *HRA* (interpretación que, con seguridad, los mismos litigantes tenderán a estimular). En esta coyuntura, no es impensable que la concreta protección de los derechos acabe imponiendo una práctica de constante deformación interpretativa que provoque la suspensión del diálogo institucional.

Por otra parte, en un sistema de corte muy casuístico como el norteamericano, el riesgo de paralización del diálogo mediante una interpretación constitucionalmente conforme parece ser menor porque la interpretación constitucional de la ley se encuentra ceñida a un caso concreto y el intercambio de opiniones acerca *de la controversia constitucional en general* puede mantenerse. Este sería el enfoque de una teoría dialógica como la de B.FRIEDMAN quien, frente al viejo resquemor que ve en la actividad de los jueces un concluyente y definitivo poder decisión acerca de una controversia constitucional, nos recuerda que los jueces deciden acerca de un *caso específico* y no de un tema constitucional en toda su amplitud⁴⁶⁶. Los jueces intervienen en esa discusión más

⁴⁶⁶ B.FRIEDMAN: "Dialogue and Judicial Review", *op. cit.*, p.644.

completa, pero su decisión estaría, en estos términos, lejos de convertirse en la solución última del conflicto. Su aportación sería sólo un pronunciamiento más dentro de un denso ciclo de opiniones en el que el debate en los órganos políticos y en la opinión pública ostentarían una mayor relevancia.

Con todo, a nadie se le escapa que la interpretación de la ley en un caso concreto *también limita el debate* en su conjunto, y que el juicio de conformidad de la misma, aunque sea en una controversia acotada, puede afectar a la continuidad de la discusión en otros poderes. El casuismo en el sistema de interpretación y aplicación de normas sujetas al juicio de constitucionalidad, no evita que un cierto desinterés impregne al legislador en el momento de responder a la posiciones de la Corte cuando ésta, sin declaración de inconstitucionalidad, se ha limitado a adaptar el enunciado de la ley a las condiciones que según ella la Constitución impone.

Debe hacerse notar, en otro orden de ideas, que un modelo casuista como el norteamericano no resulta propenso al diálogo Corte Suprema-legislador pero por otra razón: como ya habíamos sugerido, el excesivo detallismo y las abundantes digresiones que sobre temas especializados ofrece la *Supreme Court* entorpecen el reconocimiento de las cuestiones constitucionalmente controvertidas y los argumentos a los que el legislador debe en un futuro hacer frente.

Por último, en lo referente a estas cuestiones, cabría tal vez preguntarse si un modelo de control de constitucionalidad difuso que parte de la inaplicación de una ley a un caso concreto incrementa las posibilidades de estimar la inconstitucionalidad de una ley precisamente porque el efecto de su juicio es menor que en un sistema abstracto de control de constitucionalidad. La pregunta sobre la constitucionalidad de la ley en un caso concreto encuentra más datos para su respuesta en el marco de un procedimiento específico de aplicación, algo que se diluye en un sistema abstracto en el que la declaración de inconstitucionalidad de una ley puede eliminar potenciales aplicaciones constitucionales de la misma a casos concretos no previstos. Ahí encontraríamos, quizás, otro factor que explicaría la proliferación de las decisiones interpretativas en modelos de control de constitucionalidad de la ley concentrados y abstractos: el temor a eliminar la ley cuya aplicación a un determinado caso concreto podría ser constitucionalmente aceptable justifica que *prima facie* la jurisdicción constitucional se

decante por una decisión interpretativa y no por una declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la disposición examinada.

7. Deferencia hacia el legislador.

Hechas estas precisiones, se entiende que la apelación a las formas de decisión interpretativa como técnicas de deferencia hacia la actividad del legislador sea, cuanto menos, ambivalente. No deja de ser cierto que, mediante las decisiones interpretativas, el producto de la actividad legislativa se conserva a nivel textual y que ello trasluce un grado nada despreciable de contención en el juicio de constitucionalidad por parte de las jurisdicciones constitucionales. Pero este respeto aparente hacia la decisión del Parlamento se quiebra no sólo por la alteración de significados que la decisión interpretativa inyecta, sino sobretodo, en lo que aquí estamos viendo, *porque puede interrumpir la capacidad de respuesta del legislador* en el diálogo sobre la interpretación constitucional de la ley.

En el sentido formal, el legislador no encuentra motivos para replicar la decisión de un Tribunal Constitucional porque los jueces, para promover la compatibilidad del texto legal con los mandatos constitucionales, han extraído uno o varios significados de la ley con los que el legislador no puede sino estar conforme puesto que se trata de una interpretación derivada, en teoría, de las disposiciones legislativamente acordadas. Con esta ingeniosa estrategia, los jueces de constitucionalidad *imputan al legislador* su propia interpretación de la ley constitucionalmente adecuada y ¿cómo va el legislador a contradecir sus propios actos? Los Tribunales vienen a decir: “esta es la interpretación de los preceptos legales que el legislador estima al tener en cuenta los mandatos constitucionales, cuya exégesis nos corresponde a nosotros con carácter supremo”, pero podría ser que el legislador no coincidiese con la interpretación legal que la jurisdicción constitucional plantea, incluso que no coincidiese con dicha interpretación legal teniendo en cuenta *su percepción* de las disposiciones constitucionales.

No obstante, el Parlamento se encuentra maniatado. No puede ofrecer una alternativa a la interpretación del Tribunal porque éste ha actuado como si dicha interpretación procediese mismo Parlamento y él sólo se hubiese limitado a identificarla o a aislarla de entre otras interpretaciones posibles. Justamente porque las técnicas interpretativas de

decisión se entienden como técnicas de deferencia hacia la actividad legislativa que esta deferencia, en cuanto a la capacidad de contradicción del Parlamento, se encuentra más en entredicho.

Reflexionar sobre las decisiones interpretativas como obstáculo al diálogo institucional no acaba de desmentir, pese a todo, una cierta percepción de la sentencia interpretativa como técnica de reconstrucción compartida de significados, sobretudo si comparamos esta modalidad de decisión con las declaraciones de inconstitucionalidad asociadas a la sanción de nulidad. Es verdad que el legislador encuentra difuminadas sus alternativas de respuesta (básicamente porque el vicio de inconstitucionalidad no queda palpablemente delimitado y expulsado) y que, en ausencia de vacío normativo su intervención parece en mayor medida prescindible, pero, al menos, en la decisión interpretativa el juicio del Tribunal ha ofrecido una primera aportación de significados que contribuye a moldear y a concretizar —de acuerdo con la Constitución y las circunstancias que concurren en el juicio—, la interpretación de las disposiciones legislativas aprobadas por las Cámaras.

Esto es ya bastante, sobretudo en el plano simbólico, en la oposición entre decisión interpretativa y decisión de inconstitucionalidad con sanción de nulidad: si en la primera se impulsa la depuración del sentido por parte de un órgano especializado, en la segunda, con la mutilación del texto, además de reprender la actividad del legislador se desgaja toda posibilidad *de reinterpretación* de las disposiciones legales expulsadas (*vid. infra.*). El legislador podrá aprobar un nuevo texto, pero ya no contará con la posibilidad de reelaborar el significado de unos preceptos sobre los que el Tribunal había hecho recaer todo su poder sancionador.

Esto nos lleva a pensar que las amenazas al diálogo latentes en la sentencia interpretativa pueden venir por una parte compensadas por la capacidad de concretización propias de estas modalidades de decisión, por el respeto simbólico con el que la actividad legislativa resulta valorada y por la posibilidad de reinterpretación que, en términos de teoría interpretativa, se plantea sobre las disposiciones legales que se mantienen en el ordenamiento jurídico (*vid. infra.*).

Por otra parte, siempre queda, invocando argumentos de ciencia política positiva, el argumento económico: *condicionar el contenido constitucional de una ley mediante una sentencia siempre resulta menos costoso que movilizar al legislador para que se pronuncie de nuevo*. La forma interpretativa de decisión es, a corto plazo, más “eficiente”⁴⁶⁷, aunque, visto en perspectiva, las disfunciones que pueda introducir en la aplicación del Derecho pueda multiplicar los costes.

8. Conexión interpretativa y preservación del diálogo.

Las observaciones que acabamos de apuntar, nos permiten renovar la idea de la preferencia por las formas interpretativas de decisión a las formas asociadas a la sanción de nulidad aun cuando ello sea a costa de una cierta obturación en el diálogo, problema, éste, que se produce por cuestiones circunstanciales pero no, seguramente, por razones sustantivas.

En efecto, si el coloquio queda en suspenso cuando una jurisdicción constitucional, a fin de lograr el acomodo constitucional, introduce condicionantes a la ley que alteran el contenido de la misma, ello se debe a que *no hay mecanismos institucionales que posibiliten la reinterpretación de la disposición legislativa* en otras instancias y, en particular, en el Parlamento.

Tan sólo cabría buscar *un canal de conexión que asegurase la respuesta legislativa en caso de desacuerdo interpretativo con la jurisdicción constitucional* (desacuerdo interpretativo que podría ser constitucional, pero también, y tal vez únicamente, legal) para subsanar este defecto. Se dirá que si los instrumentos son inexistentes (o si son existentes, son insatisfactorios) para reparar la inconstitucionalidad de la ley en el caso de la aplicación de la sanción de nulidad, pedir mecanismos de relación Tribunal-Parlamento en el caso de las decisiones interpretativas (sin necesidad de que el Parlamento recurra a la modificación formal de la ley a través del procedimiento

⁴⁶⁷ El argumento sobre el menor coste del pronunciamiento judicial (que nosotros adaptamos a la decisión interpretativa de acomodo de la ley a los mandatos constitucionales) se encuentra sugerida por P.SALVADOR CODERCH en P.SALVADOR CODERCH y otros: “Libertad de expresión y luchas de poder entre Tribunales” en *InDret* www.indret.com, junio 2001 siguiendo la estela de los modelos analíticos de ciencia política positiva (*Positive Political Theory*). Sobre

legislativo ordinario) es un *desiderátum* sin ninguna esperanza de realización. El argumento económico antes apuntado ahonda, por otra parte, en esta pesimista impresión, ya que si, con la decisión interpretativa, se pretendían ahorrar (a corto plazo) los costes que suponía movilizar de nuevo al Parlamento, estos costes continúan reproduciéndose si el Parlamento debe intervenir igualmente aunque el pronunciamiento judicial no sea de invalidez.

Al margen de estos obstáculos, no fácilmente superables por cierto, podemos no obstante imaginar los rasgos de una supuesta “conexión interpretativa” entre jueces y Parlamento. Como venimos defendiendo, no se trataría necesariamente de que estas técnicas fuesen formalmente adoptadas en un texto constitucional o en un régimen legal que estructurase las relaciones entre Tribunal y Parlamento, sino que serían fuertemente tributarias de *una práctica* que implicase a ambos agentes interpretativos y que contase con el apoyo de otros sectores del aparato estatal y de la sociedad (partidos políticos, opinión pública...). Esta posibilidad de apertura de reinterpretaciones respecto a un juicio interpretativo sería sin duda coherente con un modelo abierto de interpretación constitucional en el que el diseño institucional ha de fomentar (y no cancelar) la actualización de juicios interpretativos plurales.

Otra de las preguntas de relevancia nada despreciable que puede hacerse sería: la reinterpretación por parte de los órganos políticos propiciada por una previa interpretación constitucionalmente conforme de la ley practicada desde la jurisdicción constitucional, *¿qué forma debería adoptar?* ¿Cómo contrarrestar el *juicio interpretativo* del juez de constitucionalidad? En un sistema de control de constitucionalidad en el que ya el Tribunal Constitucional ofrece interpretaciones que no tienen reflejo en el texto de la ley, es lógico pensar que la “voluntad de réplica” del Parlamento —por llamarla así— adquiriese forma de plasmación textual en la ley, es decir, *de reforma legislativa* aunque, insistimos, siempre teniendo en cuenta la diferencia entre una reforma legislativa derivada de factores circunstanciales no anclados en un pronunciamiento de la jurisdicción constitucional, de la reforma legislativa *en el diálogo* con dicha jurisdicción (para lo que, en concreto, no sería rechazable un proceso de tramitación parlamentaria urgente siempre que esta fórmula

la ciencia política positiva aplicada a la interpretación constitucional, *vid.* R.D. COOTER: *The Strategic Constitution*. Princeton University Press, Princeton, 2000, pp. 231 y ss.

fuese efectiva en el sentido de adscribirse a una dinámica de deliberación parlamentaria sobre el juicio interpretativo del Tribunal).

En cualquier caso, la cuestión sobre la forma con la que responder a la interpretación del juez de constitucionalidad debe, a renglón seguido, complementarse con otra duda: ¿sería suficiente con una reforma legal o, por el contrario se necesitaría *una reforma constitucional* que contrarrestase la posición del Tribunal? La completa respuesta a este interrogante no puede sino darse *ad casum*, frente a cada juicio interpretativo del Tribunal Constitucional, y según el tipo de decisión por el que se incline, debería anillarse una forma constitucionalmente idónea de respuesta correspondiente a los órganos políticos. De entre las distintas posibilidades podemos, sin embargo, escoger algunas orientaciones que encuadren los extremos de la actuación legislativa o, eventualmente, del poder de revisión constitucional:

1) *La respuesta en interpretaciones declaradas inconstitucionales.* Parece más o menos claro, que si una jurisdicción constitucional preserva un precepto legal pero *señala la interpretación inconstitucional* en cuyos términos el precepto no podrá aplicarse y, frente a esta decisión, el legislador pretende hacer prevalecer justamente la interpretación de la ley que el Tribunal Constitucional ha descartado por contradecir la Norma Suprema, no habrá más remedio que imponer esta interpretación mediante reforma constitucional. En cambio, si el Tribunal Constitucional señala el sentido inconstitucional de un precepto pero, por cualquier motivo, el legislador decide apuntar, mediante reforma textual, un nuevo sentido a la ley que no coincide con el declarado inconstitucional, no podría afirmarse plenamente que, para esta operación, se necesitase acudir al poder de revisión del texto constitucional; bastaría con reforma legislativa y, en su caso, que el Tribunal Constitucional, si estuviese en desacuerdo, se volviese a pronunciar sobre la nueva o nuevas interpretaciones surgidas con la reforma de la ley.

2) *La respuesta más allá de las condiciones de constitucionalidad señaladas por el TC.* Otro caso sería el de la introducción, por parte del Tribunal constitucional, de condicionantes a la constitucionalidad de un precepto legal (que, atención, el Parlamento podría o no convalidar textualmente) sin perjuicio de que el mismo legislador desarrollase, sobre el precepto controvertido, extremos sobre los que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado. Aquí tampoco parece pertinente la

reforma constitucional porque se refiere a cuestiones sobre las que el juicio de constitucionalidad todavía no ha sido vertido.

3) *Rechazo expreso a condiciones interpretativas enunciadas por el TC.* Más incierto sería el caso en el que el Parlamento intentase contrarrestar una condición explicitada por el Tribunal Constitucional a la que sujetar la comprensión de la norma. Una eventual reforma legislativa podría omitir la condición en la medida en que el precepto ha sido hasta tal grado transformado que, en los nuevos términos, el requisito de constitucionalidad introducido por el Tribunal deviene irrelevante. Cosa distinta del supuesto en el que el precepto se mantuviese en esencia contraviniendo la condición percibida desde la jurisdicción constitucional, tal vez en esta circunstancia estaríamos más cerca de una necesidad de reforma constitucional.

En un sistema de estas características, con un poder de réplica del Parlamento respecto a la interpretación de la ley ofrecida por el Tribunal Constitucional, descuella la pregunta de si las interpretaciones jurisdiccionales deberían encontrarse sujetas *siempre a convalidación textual* por parte del Parlamento. La respuesta, seguramente, es que la convalidación sería conveniente en modelos muy abstractos de control de constitucionalidad en los que el juicio de constitucionalidad es previo a la aplicación de la ley pero, por el contrario, perdería su sentido, en modelos en los que la interpretación constitucional de la ley depende, en gran medida, de su aplicación a circunstancias concretas. Y es sabido que lo que abunda en Derecho comparado, entre ellos en el caso español, más que modelos puros (pureza a la que tan sólo, en la categoría del juicio abstracto, tan sólo el sistema francés se acercaría), son sistemas mixtos.

De todas formas, desde el momento en que se acepta una jurisdicción constitucional y, por ende, se acepta su autoridad en el juicio interpretativo de constitucionalidad de la ley, lo que si que parece difícilmente defendible es que en caso de silencio del legislador (siempre en un sistema de relación fluida entre poderes a nivel interpretativo) decaiga la interpretación constitucional judicialmente ofrecida.

El precepto legal (incluso en casos de rendimiento del sistema de conexión, de habitualidad en la réplica del Parlamento, de habitualidad en la deliberación que los órganos políticos impulsan a raíz del juicio constitucional) quedaría transformado por la

decisión judicial de constitucionalidad, se consolidaría en el ordenamiento jurídico hasta un cambio legislativo o un cambio de jurisprudencia siempre que el sistema (como el español, respecto a la relación recurso de inconstitucionalidad-cuestión de inconstitucionalidad) permitiese un nuevo juicio sobre el mismo precepto. Esto no vendría sino a remarcar la evidencia del poder de configuración de la ley del que dispone un Tribunal Constitucional, poder que se sobreentendería ejercido siempre en colaboración con los órganos políticos.

9. La respuesta “interpretativa” del legislador en el caso español.

Quedaría, para finalizar con estas reflexiones sobre la "conexión interpretativa" jurisdicción constitucional-Parlamento que aquí hemos ponderado, contrastar el modelo hipotético con una coyuntura de doctrina jurisprudencial concreta como la que ofrece el Tribunal Constitucional español.

Tras una primera impresión, podría pensarse que una férreo obstáculo a la capacidad de "respuesta interpretativa" por parte del legislador en el sistema constitucional español procedería de la conocida doctrina del Tribunal Constitucional por la que —dicho de forma simplificada— el legislador *debe abstenerse de dictar normas de naturaleza meramente interpretativa* en el ejercicio de sus facultades. Así entendida, sin más, no cabe duda de que esta desmonta cualquier intento de alentar al legislador a plasmar su posición interpretativa respecto a un juicio previamente emanado de la jurisdicción constitucional (incluso cuando se trata de ofrecer una interpretación constitucionalmente conforme de la ley complementaria o compatible con las condiciones dictadas por los jueces).

Si bien por parte del Tribunal Constitucional parece percibirse, al menos en sus inicios, un cierto recelo hacia las normas de carácter interpretativo (lo que tal vez sea acorde, en otro sentido, con el rotundo rechazo a impugnaciones de carácter interpretativo al que aludiremos posteriormente) vale la pena remarcar que este límite a las facultades legislativas se entiende como rechazo de preceptos meramente interpretativos que, bajo la apariencia de la aclaración o de la "concreción", tiendan a sustituir la voluntad constituyente.

Por tanto, la línea jurisprudencial señalada desde la STC 7/1983 de 5 de agosto (caso LOAPA) únicamente viene a decir que al legislador se le impide dictar preceptos interpretativos contrarios a la Constitución (cuya contradicción corresponde apreciar al Tribunal Constitucional) pero no, lo que es obvio, que el legislador no pueda dictar preceptos que concreten y aclaren el alcance de sus propias leyes, de otras fuentes (como las normas del bloque de la Constitucionalidad) e incluso de la Constitución en el margen de libertad de configuración que esta permite. Cuando el TC en la STC 7/1983 de 5 de agosto llegó a declarar que "el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado precepto de la Constitución"⁴⁶⁸ estaba cayendo en una notoria incorrección, puesto que lo que precisamente lo que corresponde al legislador es decantarse, en función del juego de mayorías que democráticamente se determina en una fase u otra del desarrollo del estado Constitucional, por una u otra opción de entre las varias que la Constitución deja abiertas, sin perjuicio de que el cambio de mayorías en una asamblea representativa, redunde en un cambio de sentido dentro de las posibilidades que ofrece el texto constitucional. El problema se reduce, en síntesis, a que el legislador promueva una interpretación *inconstitucional* de la ley y no a que pueda concretar la Constitución mediante una interpretación legal de sus conceptos⁴⁶⁹ (lo que se produce, por otra parte, siempre que se dicta, por ejemplo, una ley orgánica de desarrollo de un derecho fundamental).

Para entender este extraño giro que adoptó el TC en los albores de su actividad podrían apuntarse dos causas. La primera sería la necesidad de afianzar el propio papel de la institución frente a la actividad del legislador en el inicio del régimen constitucional y, por tanto, en una fase de consolidación del Tribunal. La contundencia de estos primeros

⁴⁶⁸ STC 7/1983, de 5 de agosto (Fundamento jurídico 4). La doctrina se repite, en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, en el enjuiciamiento del artículo 5 de la Ley de Bases del Régimen Local que establecía un orden de prelación de fuentes en materia de Administración Local. El artículo 5 LBRL fue declarado inconstitucional al entender que "es esta naturaleza de norma meramente interpretativa, sin contenido material alguno, la que hace al precepto constitucionalmente ilegítimo". (STC 214/1984, de 21 de diciembre, Fundamento Jurídico 5).

⁴⁶⁹ Críticos con esta jurisprudencia que desautoriza las normas legislativas meramente interpretativas que arranca con la STC 76/1983, de 5 de agosto *vid.* P.CRUZ VILLALÓN: "¿Reserva de constitución?" en *La curiosidad del jurista persa...*, *op. cit.*, pp.159-162; M.ARAGÓN REYES: "Del Tribunal Constitucional. Comentario introductorio al título IX" en

pronunciamientos vendría a remarcar sus funciones de intérprete supremo de la Constitución (según lo dispuesto en el artículo 1 LOTC) y de celador del poder constituyente. La segunda causa de esta doctrina, se encontraría en el particular escenario en el que se desarrolla: las disputas en torno al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA⁴⁷⁰. En verdad, y dentro de la especial dinámica que impregna al juicio de constitucionalidad de la ley referente al Estado Autónomico (*vid. infra.*), el establecimiento de normas interpretativas por parte del legislador tenía como reverso el peligro de menoscabar el marco de competencias reconocido a las CCAA por el bloque de la constitucionalidad. Por supuesto, la interpretación *ex legis* propuesta por el Estado del bloque de la constitucionalidad no equivalía ni equivale a la vulneración del mismo, aunque pueda justificarse, que en plena construcción del Estado Autónomico y en fase de definición de los marcos competenciales de las CCAA por parte de una instancia arbitral como el TC, planease una especie de "presunción" contraria a dejar en manos del mismo Estado el entendimiento, con carácter general y mediante el subterfugio de los preceptos interpretativos, de las reglas de distribución de competencias.

En cualquier caso, y dejando aparte los acontecimientos que podrían explicar la posición inicial del TC sobre el límite a las facultades interpretativas del legislador, el giro hacia una doctrina menos estricta se presiente en la STC 227/1988, de 29 de noviembre, al resolver los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto de Aguas, y parece mantenerse en la STC 40/1998, de 19 de febrero, sobre los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante [aunque en ocasiones, como en la STC 214/1989, de 21 de diciembre (*vid. nota supra.*) el TC había recuperado el tono más vehemente y más contrario a los preceptos legislativos interpretativos propio de la sentencia LOAPA].

O.ALZAGA VILLAAMIL (coord.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomo XII, Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, p. 39.

⁴⁷⁰ Así la misma STC 214/1989, de 21 de diciembre (fundamento jurídico 5): "El orden de fuentes en un ordenamiento compuesto es el establecido por el bloque de la constitucionalidad, sin que uno de los elementos de esta realidad compuesta, en este caso el legislador estatal, pueda imponer a todos los demás, como única interpretación posible la que él mismo hace".

La preocupación, en el razonamiento medular que preside estas sentencias, consiste en evitar que, mediante precepto interpretativo, el legislador estatal no promueva bajo el pretexto de un entendimiento de la Constitución una interpretación que en realidad es inconstitucional, lo que sería lo mismo que forzar una mutación constitucional: reformar la constitución sin seguir los cauces formalmente previstos, en este caso, mediante el proceso legislativo ordinario que culmina en una disposición interpretativa. Nada de esto, es, en consecuencia, comparable al hecho de que el legislador se decante por una opción hermenéutica dentro del elenco permitido por la Constitución (y, tratándose de distribución de competencias, por el bloque de la constitucionalidad). Según la STC 227/1988, de 29 de noviembre:

"una cosa es que el legislador estatal realice, con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, subrogándose en el ejercicio del poder constituyente sin una expresa previsión constitucional o estatutaria (...) y, otra muy distinta que ejercite las potestades normativas que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen específicamente para la regulación de un sector material del ordenamiento. El desarrollo de esa actividad requiere, como presupuesto lógico, una interpretación del alcance y los límites de la competencia legislativa del Estado, definidos en la Constitución y los Estatutos. Semejante operación interpretativa, que es común al ejercicio de toda potestad pública, no sólo no está vedada, sino que resulta imprescindible en el "iter" de elaboración de toda norma o acto de los poderes públicos...⁴⁷¹"

⁴⁷¹ STC 227/1988, de 29 de noviembre (fundamento jurídico 3). La idea se ha repetido en la STC 15/2000, de 20 de enero, pero esta vez tratándose de preceptos de carácter interpretativo de un legislador autonómico en relación con el poder estatuyente. En este último caso se enjuiciaba, mediante recurso de inconstitucionalidad, una disposición legal por la que se modificaba la Ley Foral de Navarra 23/1983, reguladora del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Foral en lo que se refería al procedimiento de investidura del Presidente del Gobierno de Navarra. La disposición esclarecía lo que venía a entenderse por "partido" de acuerdo con el concepto del estatuto, a efectos de designación de Presidente del Gobierno Foral en el procedimiento de designación automática (ya que se designaba presidente al candidato del "partido" que tenga mayor número de escaños). La ley entendía que el término "partido" en el estatuto se refería no sólo a un partido político en sentido estricto sino a una federación de partidos, agrupación o coalición electoral. El abogado del Estado alegó la incompetencia del legislador autonómico, siguiendo la doctrina LOAPA, para dictar normas que se limitasen a interpretar o precisar el alcance de las palabras o conceptos utilizados, en ese caso, en el Estatuto de Autonomía. El TC recupera la jurisprudencia de las SSTC 227/1988 y 40/1998 [que

Sentado entonces que cabe (y que de hecho resulta imprescindible) la disposición interpretativa promulgada por el legislador, no es impensable, como hemos sugerido, articular en estos términos la "respuesta interpretativa" a un eventual juicio interpretativo del TC. La validez de la réplica legislativa se encontraría en función del pronunciamiento judicial dentro del esquema anunciado: si el legislador pretende imponer una interpretación declarada inconstitucional entra dentro del campo indudablemente prohibido por todas las sentencias mencionadas y sólo le queda la vía de la reforma constitucional. En muchos otros casos, sin embargo, es suficiente recurrir al procedimiento legislativo ordinario. Esto es así porque, al señalar la interpretación constitucional de una disposición legislativa (que no necesariamente es la única), al sujetar el precepto legislativo a unas condiciones constitucionalmente conformes, lo que también está haciendo el TC es, naturalmente, *modificar la ley sin procedimiento legislativo alguno*. No sería el legislador quien, mediante precepto interpretativo, intentase arrebatar el lugar que le corresponde al constituyente (o, en puridad, al poder de revisión constitucional) sino que se limitaría a *recuperar* su lugar cuando una decisión interpretativa (dadas distintas posibilidades de constitucionalidad de la ley) hubiese, de hecho, bloqueado la respuesta de las Cámaras y los atributos dialógicos que le son propios.

10. Las formas de decisión interpretativa en "El Estado Constitucional Avanzado". Consideraciones sobre el Estado Social y el Estado Democrático.

Sobre el Estado Social.

A estas alturas, si en algún punto el desplome del modelo clásico inconstitucionalidad/sanción de nulidad se encuentra mayoritariamente percibido, es en el acomodo del juicio de constitucionalidad de la ley a las condiciones derivadas del Estado Social. El desajuste entre la implementación del Estado Social y las formas de control de constitucionalidad planea a distintos niveles.

Uno sería el nivel propiamente interpretativo, el de la extracción de significados asociados al texto constitucional que modula la comprensión de la ley. Sin necesidad de

el Tribunal entiende como mera precisión de la sentencia 76/1983 (LOAPA) y no como variación jurisprudencial] para desestimar el recurso.

entrar en el pantanoso problema del grado de vinculabilidad de los principios constitucionales que deben orientar la política social y económica de los poderes públicos —y teniendo en cuenta que algunos aspectos del Estado Social se encuentran también cristalizados en forma de derechos constitucionales subjetivos judicialmente reclamables como el caso de los derechos del ámbito laboral, educativo o económico— lo que parece inevitable subrayar, es que justamente *a causa de la controversia sobre la eficacia de estos mandatos constitucionales* (y de su conversión o no en mandatos que permitan a la jurisdicción constitucional censurar la acción del legislador dadas unas condiciones socio-económicas concretas) la operación de contraste entre la Constitución y la ley enjuiciada adquiere una estructura *de creciente complejidad* frente a la que una solución —tan simplificada como radical— basada en el binomio constitucionalidad/inconstitucionalidad parece poco apropiada⁴⁷².

Piénsese en un juicio de constitucionalidad de la ley en el que se jalonan, además de derechos fundamentales, principios cuya capacidad de orientación sobre la actividad legislativa *puede ser más o menos intensa*, capacidad que viene determinada en parte por las condiciones socio-económicas reales y, en parte, por la misma actividad legislativa previa que ha desarrollado los principios constitucionalmente consignados [sobre esto se dirá que la limitación del legislador presente a la actividad de desarrollo de principios socio-económicos constitucionales llevada a cabo por el legislador pasado introduce un factor de petrificación del ordenamiento incompatible con el principio democrático y que, por tanto, el legislador presente es completamente libre de derogar y modificar la legislación anterior aún en dirección socialmente regresiva, pero, con todo, *alguna incidencia tendrá* la presencia de estos principios constitucionales que “informarán la legislación positiva”, en la dicción del artículo 53.3 CE, y, a efectos del control de constitucionalidad de la ley, *algún grado de resistencia pasiva introducirán* estos principios constitucionales en la legislación que, a partir de los mismos, reconozca derechos subjetivos a los ciudadanos].

La acumulación de esta miríada de circunstancias de hecho y de derecho (incluso de valoración de la eficacia del propio texto constitucional) congregadas entorno a la consolidación del Estado Social, reclama, en resumen, el uso de formas de decisión en

⁴⁷² Vid. P.GARRIDO GUTIÉRREZ: “El valor constitucional de los principios rectores (comentario a la STC 222/1992, de 11 de diciembre)”. *RVAP*, n.40, 1994, pp.215-233.

las que se incluyan estos extremos *como aspectos todos ellos relevantes* en el razonamiento sobre la constitucionalidad de la ley y que así sean captados, en todo su detalle, por los sujetos receptores de la sentencia. De ahí las ventajas del poder narrativo (o casuístico) que nosotros hemos asociado a las decisiones interpretativas de constitucionalidad de la ley por encima del reduccionismo que imbuye el esquema constitucionalidad/inconstitucionalidad-nulidad sobre la propia fundamentación jurídica. Si, por poner ejemplo, la eficacia de los principios rectores es una discutida cuestión de grado, *¿cómo expresar esta cuestión de grado en una solución binaria del tipo A, $\neg A$?*

En la misma línea, de la ausencia de acuerdo sobre la eficacia que la red principios-derechos constitucionales imprime sobre la actividad legislativa, probablemente no resulte desacertado derivar en éste ámbito una preferencia en el uso de formas de decisión que, en vez de expresar una oposición frontal a la actuación del Parlamento declarando inconstitucional algunas de sus manifestaciones y extirpando parte del texto donde el legislador acuña su particular visión de dichos principios, el Tribunal Constitucional se limite a introducir *condiciones* que maticen las disposiciones legislativas controvertidas.

En este escenario y así entendidas las formas interpretativas de decisión, el papel de la jurisdicción constitucional estaría más cerca de una contribución al debate sobre la intensidad de los preceptos constitucionales asociados al desarrollo del Estado Social — a lo que vendremos a denominar la “construcción compartida de significados” entre juez y legislador—, que a la censura sobre lo que éste último pueda decidir.

El segundo nivel en el que se evidencia las carencias del esquema binario [constitucionalidad/inconstitucionalidad con sanción de nulidad] es *en la fase propiamente reparatoria de inconstitucionalidad detectada* cuando algunas menciones u omisiones legislativas relativas provocan una situación inconstitucional a la luz de principios derivados del Estado Social. Para encontrarnos en esta coyuntura, es preciso que aminore el debate sobre la influencia de los principios socio-económicos constitucionalizados y de su capacidad para limitar la actividad legislativa. Ello sucede claramente cuando la presencia de los principios rectores converge en la reivindicación *de al menos un derecho fundamental*, cuyo estatus de derecho subjetivo judicialmente tutelado se encuentra fuera de toda duda.

El ejemplo por excelencia viene proporcionado, en el sistema español y en otros modelos de derecho comparado (*vid. supra.*) en relación con el derecho de igualdad cuando éste aparece vinculado a aspectos prestacionales que, al mismo tiempo, descuellan de algún principio de política económica y social (protección de la familia, asistencias y prestaciones del régimen público de la Seguridad Social⁴⁷³, derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada...). Aquí la inconstitucionalidad es clara, el precepto legal incurre en una contradicción con un derecho fundamental interpretado de acuerdo con los principios socio-económicos, pero ocurre que *la sanción de nulidad del precepto*, la expulsión del texto de la ley, se advierte como una consecuencia inadecuada (e incluso contraproducente) para superar la inconstitucionalidad señalada. El problema, en esencia, es que la amputación textual provoca la total supresión del beneficio que de forma discriminatoria había sido reconocido a un grupo —en detrimento de otros grupos que tenían derecho al mismo—, cuando lo que se persigue, y lo que resulta constitucionalmente procedente, es la extensión del reconocimiento de la misma prestación a todos los grupos implicados. La virtualidad de las formas interpretativas de decisión se estima, en estas circunstancias, no tanto porque se amolde a la complejidad del juicio de constitucionalidad de la ley sino por su capacidad de implementación inmediata de significados legales constitucionalmente adecuados que aseguren la eficacia del propio juicio emitido⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Ya el magistrado AROZAMENA SIERRA, en el voto particular a la STC 103/1983, de 22 de noviembre, reconoció que las técnicas de inconstitucionalidad que conducen al pronunciamiento que establece el artículo 39 de la LOTC no son el instrumento adecuado para tratar de acomodar a los principios constitucionales el sistema de la Seguridad Social. No obstante, el magistrado parece contradecir nuestras intuiciones al remarcar que las técnicas del artículo 39 LOTC son inidóneas “aun con las variantes de las que algunos han llamado sentencias interpretativas”. Ahora bien, como réplica a AROZAMENA SIERRA debemos apuntar lo siguiente: ¿es que las “sentencias interpretativas” pueden ser consideradas una “variante” del artículo 39 LOTC que vincula inextricablemente la declaración de inconstitucionalidad a la sanción de nulidad?. Así, que las previsiones del artículo 39 LOTC sean inadecuadas en el acomodo a los principios constitucionales del régimen de la Seguridad Social no nos dice nada acerca de otras consecuencias asociadas al juicio de constitucionalidad de la ley.

⁴⁷⁴ No es extraño que ya un autor como VILLAVERDE MENÉNDEZ haya encontrado en la sentencia interpretativa (en concreto, dentro del esquema conceptual que él maneja, las sentencias parcialmente desestimatorias genéricas) el mecanismo adecuado para enfrentarse a la inconstitucionalidad por omisión de la ley. Esta omisión, añadimos nosotros, es la que a menudo resulta de la obligación de regulación que la Constitución, en su sistema de derechos y principios vinculados al Estado Social, impone al legislador. “Por tanto” afirma VILLAVERDE “parece que la fórmula más adecuada para declarar la inconstitucionalidad por omisión de la ley es la técnica de las sentencias parcialmente desestimatorias genéricas, que únicamente señalen

Formas interpretativas de decisión en el Estado Democrático. Algunas consideraciones sobre la División de Poderes.

La estructura sobre las formas de decisión que aquí exploramos se inspira y, al mismo, tiempo, repercute, en una visión institucional que, como ya podía deducirse de nuestras anteriores sugerencias, va a relativizar algunos de los presupuestos acerca de la distribución constitucional de funciones entre el legislador y Tribunal Constitucional. Al conjurar el efecto transformador que el juicio de constitucionalidad tiene sobre el significado de la ley (lo que no se evita con la decisión interpretativa), es inevitable que algunos estereotipos entorno a la División de Poderes se estremezcan. De ahí, no es de extrañar, que en algunos de los modelos en los que se aboga por una dinámica de colaboración entre jueces y legislativo que supere la lógica del enfrentamiento (como en Canadá o en el Reino Unido) *la teoría de la División de Poderes nunca haya encontrado arraigo* ni bajo la forma en la que dicha teoría se percibe en la Europa continental ni bajo la modalidad de *checks and balances* estadounidense⁴⁷⁵. Llevar el razonamiento hasta sus consecuencias finales requeriría una investigación mucho más completa que aquí sólo podemos rozar, si bien podemos dejar apuntadas algunas afirmaciones que, por otra parte, no nos hemos ahorrado en otras fases del estudio.

El eje del proyecto es, en definitiva, pensar un modelo de jurisdicción constitucional en un Estado cuyos fundamentos se encuentran consolidados, un Estado en el que el legislador no pretenda burlar habitualmente los mandatos constitucionales —lo que, dicho sea de paso, se expresa, por ejemplo, en la presunción de confianza hacia el legislador democrático—, en el que exista *comunicabilidad* entre las instituciones cuando se produzca alguna diferencia en la comprensión del sentido constitucionalmente adecuado y, por fin, un Estado en el que existan pocas disonancias en la aplicación de los significados constitucionalmente compartidos. Un Estado así, lo

en sus fundamentos que el enunciado legal es constitucional siempre que no se deduzca de su silencio la norma implícita contraria a la Constitución” Vid. I.VILLAVARDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad por omisión*. McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 200.

⁴⁷⁵ Sobre Canadá KAHANA afirma que *"the principles of separation of powers is not a formal part of Canadian constitutionalism"*, Vid. T.KAHANA: *The Partnership Model...*, op. cit., p.153; Sobre el Reino Unido y la "fusión de poderes" coherente con el principio de soberanía parlamentaria vid. E.BARENDT: *An Introduction to Constitutional Law...*, op. cit., pp. 34-40.

que hemos venido a llamar como “Estado Constitucional avanzado”, se aparta bastante del modelo en el que se alumbró, en Europa, la jurisdicción constitucional.

Concebido en el período de entreguerras y puesto en práctica —sin contar con las conocidas excepciones— durante la segunda mitad del siglo XX, el diseño institucional de las democracias occidentales tenía todavía las experiencias totalitarias en el recuerdo inmediato y, sin que el entorno fuese completamente hostil y de crisis permanente (como en el período de entreguerras), si que se percibía el encargo, especialmente en las instituciones de nuevo cuño como los Tribunales Constitucionales, de asentar un conjunto de valores que en ocasiones podían verse comprometidos, sea por el resurgir de fuerzas contrarias al nuevo régimen o sea, simplemente, por inexperiencia. En el “Estado Constitucional avanzado” en cambio, en el que estas sombras han quedado mitigadas (aunque, bien es verdad, no erradicadas) y en el que se percibe un equilibrio entre los diferentes poderes del Estado de modo que sus relaciones vienen presididas por el principio de confianza, que se relativicen algunas premisas de los “Estado constitucionales surgidos de la crisis” no debe ser motivo de escándalo. Al desfigurarse, en ese “Estado Constitucional avanzado”, el protagonismo del Tribunal Constitucional a la hora de erigirse como defensor de la Constitución con sus instrumentos típicos de reacción (la sanción de nulidad de las leyes) no estamos tan lejos de aquella aguda afirmación de C.SCHMITT quien abría su estudio sobre la defensa de la Constitución recordando que la demanda de un protector de la Constitución era indicio de situaciones críticas para la Constitución⁴⁷⁶, situaciones que, seguramente por fortuna, han sido actualmente superadas en la Europa occidental.

Al hilo de estas ideas, la cuestión más importante que queremos destacar es *que la comunicabilidad y la fluidez entre Poderes relativiza la objeción democrática con la que cargan las intervenciones de las jurisdicciones constitucionales*. Que un Tribunal introduzca significados normativos en el juicio de constitucionalidad de las leyes (incluso asumiendo, que esta reconstrucción transforma profundamente tanto la ley enjuiciada como la decisión política que la sustenta) no es una actuación que deba reprimirse siempre que exista *diálogo* entre la jurisdicción constitucional y el poder legislativo.

⁴⁷⁶ C. SCHMITT: *La Defensa de la Constitución*, op. cit., p. 27.

Lo que precisamente pervierte los sistemas de control de constitucionalidad *a posteriori* del tipo alemán, italiano o español es que, como creemos haber demostrado, al estar concebidos desde la lógica del enfrentamiento han conducido a una situación de incomunicabilidad (y por tanto de ausencia de diálogo) con las respectivas asambleas. Ya lo hemos visto: el juicio de constitucionalidad llega cuando a menudo el legislativo ya ha sido renovado, los instrumentos explícitos de relación entre ambas instancias son endebles e inusuales, los grados de vinculabilidad de los juicios de la jurisdicción constitucional son a la práctica tan diversos que el mensaje que se emite al legislador queda difuminado, el examen de una eventual respuesta del legislador a un previo juicio de constitucionalidad todavía se extiende más en el tiempo, por no decir que la posibilidad de reforma constitucional en caso de desacuerdo definitivo resulta difícilmente practicable. De hecho, el peligro de alteraciones normativas sustanciales por un Tribunal Constitucional es profundamente inquietante en nuestros sistemas debido a un diseño institucional que *restringe* la capacidad de reacción legislativa, *pero ello no quiere decir que dichas alteraciones sean en sí perjudiciales para todo Estado Constitucional*.

Seguramente, apostillamos, la aparición de las sentencias interpretativas que en las últimas décadas han proliferado en las jurisdicciones constitucionales aludidas, es la muestra de los difíciles equilibrios que han realizado los jueces para superar el problema de la incomunicabilidad entre instituciones, el riesgo de una declaración de inconstitucionalidad era, por así decirlo, doble: riesgo de que un tribunal anulase una ley, pero riesgo también de que el legislador no reparase la inconstitucionalidad detectada según lo establecido por los Tribunales y, lo peor, esto último no por desobediencia consciente de las asambleas sino por mera inercia (y dejadez) en la dinámica de producción normativa.

Se dirá que el tema no se resuelve colocando en el lugar preeminente a las decisiones interpretativas el lugar (que al menos teóricamente) ocupaban las decisiones anulatorias, ya que primero, la sentencia interpretativa, vista desde esta perspectiva, no es más que el precario remedio de una enfermedad mal curada, de donde se sigue, en segundo lugar, que para adentrarse en el meollo del problema hay que reconocer la necesidad de la reforma institucional. Sólo podrá predicarse la superación de la enfermedad cuando

las instituciones se ajusten a esta visión de equilibrio y de confianza recíproca en la que la dialéctica de la crisis estructural o, mejor dicho, de las primeras andaduras de la democracia, quede ya lejana en el tiempo y en la sensibilidad.

Este diagnóstico, aunque a primera vista parezca contradictorio, coincide con nuestra idea de que las transformaciones ejercidas sobre las leyes por una decisión interpretativa o por una decisión anulatoria no se encuentran, en términos de significado, tan alejadas. Incluso, a tenor de lo dicho, el diálogo tiene más posibilidades de quedar bloqueado en una decisión de corte interpretativo (¿Si se da la incomunicabilidad cuando el rechazo se materializa en la nulidad, cómo no va a reproducirse y a agravarse esta incomunicabilidad cuando el rechazo y la alteración de significados normativos quedan encubiertos formalmente mediante la “desestimación” de la impugnación?). Lo que ocurre es que, si admitimos la facultad de reinterpretación de la ley en otras instancias, o sea, la posibilidad de reconstrucción compartida de sentido y por tanto la reconstrucción del diálogo, las formas interpretativas de decisión se muestran más efectivas en términos de narratividad y de reparación de la inconstitucionalidad detectada que la decisión de nulidad asociada a la inconstitucionalidad. La sanción de nulidad, en los términos apuntados (complejidad del juicio de constitucionalidad, y reparación) se ha visto hasta el momento impotente para enfrentarse a los verdaderos retos del Estado Constitucional contemporáneo, esto es, a los retos derivados de la efectiva implantación del Estado Social o, desde otro enfoque, a la conciliación de una protección extensiva de derechos con procesos de decisión abiertos y susceptibles de renovarse.

¿Qué ocurre entonces con la transformación institucional que debe acompañar la articulación entre poder legislativo y jurisdicción constitucional? Es tan necesaria como difícil en sistemas que dificultan la reforma explícita (o textual) de las relaciones de poder lo que no excluye —punto básico— que la conexión entre instancias dependa, a su vez, de una práctica derivada de un cambio interpretativo, es decir, *que la visión interpretativa se aplique sobre la propia reforma institucional*. El fenómeno no es desconocido en nuestro sistema. Se ha manifestado y es en sus expresiones que las decisiones interpretativas pueden adquirir un papel preponderante o que, al menos, pueden contribuir a demostrar que la superación de algunas disfunciones propiciadas por dicho encorsetamiento institucional sólo procederá de instrumentos análogos.

11. Un proceso en fase de construcción.

La invocación de los “Estados Constitucionales Avanzados” como trasfondo en el que bordar una propuesta renovadora a la altura de las aspiraciones que una democracia consolidada debe exigirse se enquistaba en una curiosa paradoja: las democracias tradicionales reseñadas en la segunda parte del estudio (principalmente Suiza y Reino Unido) continúan firmemente ancladas en el dogma de la soberanía del legislador, dogma que se expresa sea en cuestiones centrales de sus respectivos modelos sea en detalles aparentemente menores que, valorados en conjunto, ofrecen mucha información sobre sus estructuras fundamentales. ¿Será el rechazo del control de constitucionalidad de las leyes el invariable horizonte del Estado Constitucional Avanzado que, por lo demás, vendría a coincidir con la decimonónica senda ya trazada por algunas democracias liberales? Si alguna cosa se desprende de los datos aquí vertidos, es que, en la práctica, la inercia de las democracias tradicionales citadas desmiente este resultado: tanto en Suiza como en el Reino Unido (y éste último claramente a partir de la aprobación de la *Human Rights Act*) el repudio tajante al control de las leyes se supera, precisamente, bajo formas en las que los Tribunales supervisan la actividad legislativa bien mediante resoluciones de corte interpretativo, bien mediante resoluciones (como en el Reino Unido) en las que se acaba implicando a otros órganos constitucionales.

Como ya hemos indicado, el problema de las variantes excesivamente escoradas hacia la interpretación conforme (en la que estas democracias se encuentran) es que el diálogo institucional para precisar el sentido constitucionalmente compartido de la ley quede sofocado. El ejemplo británico es, sobre ello, concluyente: se inscribe en una tradición en la que la reconstrucción normativa por parte de los jueces no es reprochable sino más bien condición de aplicabilidad, de ahí que parezca que la declaración de incompatibilidad se reserve para situaciones verdaderamente excepcionales, aquéllas en las que el texto no soporta la presión de las condiciones a las que sujetar su conformidad con la *HRA*. Sólo entonces se abre la puerta a que discurra el diálogo, a que los frentes argumentales se posicionen (no hay diálogo sin diferencia) y a que este intercambio se consuma en un medio de reacción rápida, pues el carácter decisivo de la intervención de los órganos políticos (Ministro, Parlamento...) sólo puede sostenerse si los instrumentos con los que rebatir y contrarrestar el pronunciamiento dictado por los jueces son fluidos.

Junto con el sistema británico o con el suizo en el que la privilegiada posición del legislador queda matizada por la admisión de decisiones interpretativas en sede judicial (o incluso por decisiones negativas necesariamente condicionadas a la posterior intervención del Ejecutivo y del Parlamento, como en Gran Bretaña), conviven en la propia Europa occidental, y en una línea afín de soberanía parlamentaria, otros modelos constitucionales cuya existencia revelan un mosaico mucho más rico y diverso del que habitualmente se esgrime en los discursos sobre la jurisdicción constitucional. Podemos llegar a distinguir las siguientes cuatro variantes en las que encaja, al menos, el modelo de algún Estado europeo:

- a) En primer lugar destacan aquellos sistemas en los que, en principio, no se admite el control de constitucionalidad de las leyes o se admite de forma extremadamente restringida. Tal es el caso de los Países Bajos cuya Ley Fundamental —según la revisión total de 1983— declara, en su artículo 120, que “no podrán los jueces entrar en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes y de los tratados”. Otro ejemplo sería el de Suecia donde no hay jurisdicción constitucional y sólo si el precepto de una ley presenta un “manifiesto defecto” de inconstitucionalidad puede un juez dejar de aplicarla⁴⁷⁷.
- b) En segundo lugar, nos encontramos con situaciones en las que se admite el control de constitucionalidad de las leyes (en general, para supuestos, vinculados al federalismo⁴⁷⁸) pero se mantiene la prohibición de interpretación constitucionalmente conforme que no proceda del legislador. Esta ardua combinación se presenta en el complejo sistema de control de constitucionalidad previsto por la Constitución Belga de 1994. El artículo 84 de la misma, que procede de la antigua de constitución belga de 1831⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Artículo 14 *in fine* de la Ley de 24 de noviembre de 1994, por la que se reforma el Instrumento de Gobierno.

⁴⁷⁸ Huelga decir, no obstante que la *Cour d'Arbitrage* ha experimentado en los últimos años un ensanchamiento del parámetro de constitucionalidad y que, ya antes de la Constitución de 1994 (desde 1988) se había ocupado de aspectos relativos al principio de igualdad, a los derechos de las minorías y a la libertad de enseñanza. *Vid.* L.PEGORARO: *Nuevo Derecho Constitucional Comparado...*, *op. cit.*, p.438.

⁴⁷⁹ *Vid.* F.RUBIO LLORENTE y M.DARANAS PELÁEZ: *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 371, nota 26. Existían ejemplos en los que, sin admitirse el control de constitucionalidad de las leyes se imponía, adicionalmente y en la tradición del *référé*, una prohibición general de interpretación de las leyes por parte de cualquier otro órgano que no sea el legislador. Este era el ejemplo de Luxemburgo hasta que la reforma

c) Y, finalmente, podemos mencionar algún Estado en el que existe control de constitucionalidad de las leyes en términos equiparables a los modelos de control de constitucionalidad *ex post*, y en el que, a la práctica, se niega la posibilidad de dictar sentencias interpretativas aunque normativamente se atisbe un espacio para esta especie de pronunciamientos. Esta es la situación en Andorra cuyo Tribunal Constitucional ha declarado en ocasiones que su ley reguladora “prohíbe de manera explícita las llamadas sentencias interpretativas, y por ello el Tribunal no pronuncia ni puede pronunciar este tipo de decisiones” (Sentencia del Tribunal Constitucional de Andorra de 22 de junio de 2001, fundamento jurídico 3) aunque si se consulta dicha ley reguladora, la Ley Cualificada del Tribunal Constitucional de Andorra, se observará que en su artículo 8.2 se reconoce al Tribunal Constitucional, a propósito de los pronunciamientos de constitucionalidad de las normas impugnadas, la posibilidad de distinguir entre interpretaciones de la norma acordes con la Constitución e interpretaciones contrarias a la misma. Al declarar la inconstitucionalidad de una interpretación, nos dice el mencionado artículo, el Tribunal Constitucional declarará la inaplicabilidad provisional de la norma interpretada hasta que el órgano que la haya dictado repare los sentidos inconstitucionales (tratándose de una ley, la reparación corresponderá al legislativo, esto es, al Consejo General). El principio de inaplicabilidad provisional de las sentencias interpretativas queda, sin embargo, exceptuado del proceso incidental de constitucionalidad iniciado por los Tribunales ordinarios que, en el momento de dictar sentencia en la causa principal (y conocido el fallo del Tribunal Constitucional) deben entender la norma impugnada en el sentido interpretativo fijado por el Tribunal Constitucional. (Art. 57.2 de la Ley Cualificada del Tribunal Constitucional). Es de señalar, el rastro dialógico (incluso a nivel interpretativo) que parece relumbrar de la estructura del 8.2 de la Ley Cualificada del Tribunal andorrano, ofreciendo la oportunidad al legislador (bajo suspensión de aplicación del precepto) la posibilidad de corregir la ley y adecuarla al sentido constitucionalmente determinado por el Tribunal.

El rechazo tajante al control de constitucionalidad, arropado por el consabido respeto hacia el legislador democrático, pasará en algunos de estos estados europeos (si no

constitucional de 1998, introdujo un modelo de control de constitucionalidad de tipo concentrado.

sucede ya) a convertirse en una ficción. Su negativa formal (tal vez constitucionalmente consagrada) evolucionará, en el más previsible de los casos, hacia una especie de control difuso que, como mínimo, adoptará al CEDH como parámetro de enjuiciamiento⁴⁸⁰. Junto con esta evolución —o con carácter substitutivo a la misma— no sería descartable que se acabe instaurando un canal de relación entre los tribunales (o tribunal superior) y los respectivos Parlamentos a la zaga del modelo ya anticipado por el Reino Unido.

En cuanto a los modelos de remisión interpretativa de la ley habría que separar aquellos sistemas herederos del viejo soberanismo parlamentario decimonónico y de la idea del *référé* (como el artículo 84 de la Constitución belga de 1994 que reproduce el artículo 77 de la Constitución de 1831) de aquellos sistemas (como el andorrano) que perfilaron su sistema constitucional vigente durante la década de los noventa⁴⁸¹, de donde tal vez se pueda deducir que sus redactores se hicieron eco de las críticas que la doctrina europea en general había extremado en los años anteriores en tanto que en ellas se veía una de las principales fuentes de tensión entre el legislador y las jurisdicciones constitucionales. Probablemente, detrás de regulaciones como la andorrana se agita una mezcla de celos que combina, por un lado, el poder de alteración normativa en el que las sentencias interpretativas inevitablemente incurrirán y, por el otro, el descontrol en cuanto a la efectividad y al grado de vinculación que despiertan estos pronunciamientos tanto en el resto de aplicadores jurídicos como en el legislador cuya facultad de respuesta, en un modelo clásico de jurisdicción constitucional *a posteriori*, no se encuentra calibrada.

Sobre las restricciones a decisiones interpretativas que puedan derivarse de los modelos empañados por la tradición del soberanismo y del *référé* clásico ni qué decir tiene que la imposición normativa prefigurada en una Constitución no logrará limitar el desarrollo

⁴⁸⁰ Así se confirma tanto en los Países Bajos como en Suecia cuyas constituciones prevén o bien la inaplicación de las normas legales contrarias a los Tratados Internacionales, entre los que se encuentra la Convención Europea de los Derechos Humanos, (*vid.* art. 94 de la Constitución de los Países Bajos) o bien la prohibición de promulgar normas incompatibles con la Convención (*vid.* capítulo II, artículo 23 del Instrumento de Gobierno sueco). *Vid.* F.RUBIO LLORENTE “El Constitucionalismo de los Estados integrados de Europa” en F.RUBIO LLORENTE y M.DARANAS PELÁEZ: *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, *op. cit.*, p.XVI, nota 19.

⁴⁸¹ Tanto la Constitución del Principado de Andorra como Ley Cualificada del Tribunal Constitucional se aprobaron el año 1993.

de un fenómeno que es connatural al establecimiento de un órgano y de un proceso por el que supervisar la conformidad de la actividad legislativa a los mandatos constitucionales. En todo caso, lo único que se logrará con este enroque, será retrasar, el nivel del debate teórico apropiado a una realidad incontenible, una realidad, hay que subrayar, en la que las prohibiciones de este tipo serán eludidas aprovechando la propia estructura de los pronunciamientos: añadiendo condicionantes interpretativos en partes no vinculantes de la sentencia (cosa que incrementará la inseguridad jurídica), estableciendo criterios de vinculabilidad de dichos condicionantes según se consignen en determinadas partes de la decisión, o, en un sentido diferente, forzando una práctica institucional con el resto de aplicadores y con el legislador mismo para que éstos tengan en cuenta las observaciones apuntadas por la jurisdicción constitucional. Parece que la reflexión abierta sobre estas cuestiones (y sobre las ventajas de asumir la concurrencia de los pronunciamientos interpretativos) es mucho más coherente que acallar su presencia mediante un tosco acto de restricción *ex Constitutione*. En cualquier caso, al prohibir las decisiones en las que la validez de la ley se sujeta a una determinada interpretación, existe el riesgo de que la jurisdicción constitucional, en un espacio en el que podría moderar su juicio, se vea compelida a declarar la inconstitucionalidad del enunciado legal incrementándose, irrazonablemente, el número de decisiones de nulidad. En un sentido opuesto, la ausencia de condicionantes en el juicio de conformidad puede contribuir, en el caso de que la ley se mantenga en ordenamiento jurídico, a la pervivencia de interpretaciones inconstitucionales que el resto de operadores continuaran aplicando sin que ningún otro órgano llegue a reprimirlas.

12. Más allá de la sanción de nulidad.

Que en el discurso sobre la decisión de inconstitucionalidad y sus consecuencias prácticamente nadie haya cuestionado el uso de la sanción de nulidad como categoría central es, cuanto menos, motivo de perplejidad. No vamos a negar que el primer paso ha sido descubrir, al menos, la importancia de otras soluciones que sea porque se muestran más idóneas o sea porque se muestran inevitables, acaban siendo preferidas a la nulidad aunque su efectividad quede circunscrita a situaciones consideradas como especiales⁴⁸².

⁴⁸² Entre quienes han denunciado estas deficiencias se cuentan R.PUNSET BLANCO: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible

En rigor, hemos visto que, sometida a la prueba de la realidad, la sanción de nulidad adopta en España un papel anómalo: a ella le corresponde una posición cuantitativamente y cualitativamente secundaria, algo muy diferente de lo que trasluce la impresión general que de la jurisdicción constitucional se tiene.

Cuantitativamente, porque el juicio negativo de constitucionalidad que culmina con la expulsión de un precepto legal agrupa un círculo de casos numéricamente bastante exiguo. El grueso de resoluciones en las que, con seguridad, predomina la solución de nulidad de un enunciado legal recae sobre el control de constitucionalidad de las leyes de las Comunidades Autónomas cuando contradicen el sistema de distribución de competencias. Las leyes del Estado en las que concurre este vicio quedan, al menos hasta la reelaboración de la teoría de la supletoriedad del Derecho del Estado a partir de 1996, exentas de esta censura. En lo que afecta a las contradicciones con otra parte de la Constitución, en particular la contradicción entre las leyes y los Derechos Fundamentales, la cantidad de pronunciamientos en los que el TC declara la inconstitucionalidad de un precepto legal es todavía más reducida, cantidad a la que hay que descontar el control de constitucionalidad sobre leyes preconstitucionales que, más que anuladas, en puridad son derogadas, aunque sea bajo la controvertida forma de la “inconstitucionalidad sobrevenida” que no vamos aquí a abordar.

En resumen, empleada contra leyes posconstitucionales por razones sustanciales (y no sólo competenciales) la sanción de nulidad no es una consecuencia tan común. Los motivos de fondo no son unívocos, existe un amplio arsenal de razones con el que explicar esta situación, desde la carencia de impugnaciones (tanto en recurso de inconstitucionalidad como en cuestión, aun teniendo en cuenta el progresivo aumento de impugnaciones por esta última vía), hasta la constatación, haciendo nuestra la idea de L.M. DÍEZ PICAZO, de que en Derecho español, en comparación con otros sistemas, se legisla poco⁴⁸³.

reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC” en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.7, 1995, pp. 33 y ss.; I.VILLAVARDE MENÉNDEZ: *La inconstitucionalidad por omisión*. McGraw Hill. Madrid, 1997, p.219.

⁴⁸³ La tesis, aunque en un contexto completamente distinto, se encuentra en L.M.DÍEZ PICAZO: “Dificultades, prácticas y significado constitucional del recurso de amparo” en *REDC*, n.40, 1994, p.36.

Pero no hay demasiadas dudas a la hora de afirmar que el avance de las técnicas interpretativas como alternativa a la sanción de nulidad aparece como un elemento más que relevante dentro del grupo de hipótesis que justifican esta contención. La drástica reducción, por poner un ejemplo, de fallos anulatorios en leyes posconstitucionales en comparación con las declaraciones de nulidad sobre leyes preconstitucionales (en realidad y como hemos señalado derogación, aunque dejemos esto al margen) se explica, en parte, porque en las leyes preconstitucionales el ámbito de aplicación la presunción de legitimidad de la ley opera con mucha menor fuerza (por no decir que no opera) que en las leyes posconstitucionales⁴⁸⁴, lo que no deja de ser una expresión más de la creciente incidencia de las decisiones interpretativas que vienen a congregarse, justamente, por imperativo de dicha presunción.

Decíamos que la debilidad de la sanción de nulidad como solución más representativa en el juicio de constitucionalidad de las leyes se deducía de su menor expansión tanto

⁴⁸⁴ J.JIMÉNEZ CAMPO: “Interpretación conforme a la Constitución” en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Tomo III, Madrid, Civitas, 1995, p.3683. La presunción de constitucionalidad de la ley, como principio de contención de la actividad del juez constitucional, también zozobra desde el punto de vista teórico en aquellos sistemas de control preventivo de constitucionalidad habida cuenta que todavía no se trata de una ley aprobada a la que extender dicha presunción. Sobre la polémica en Francia, *vid supra.*; sobre el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas existente en España hasta 1985 *vid.* STC 77/1985, de 27 de junio (Fundamento Jurídico 24), en este pasaje de la sentencia se plantea la relativización de algunos principios sobre los que se apoya la interpretación constitucionalmente conforme, como el principio de conservación de actos, cuyo sentido se desvanece cuando el objeto de control no es una ley sino un proyecto de ley. *Vid.* voto particular de F.RUBIO LLORENTE a la STC 53/1985, de 11 de abril (despenalización del aborto) en el que se insiste en la inoperatividad de la sentencia interpretativa como forma de decisión resultante en un recurso previo, así el magistrado declara, en referencia a la propia STC 53/1985 que *“la Sentencia no es interpretativa, puesto que la sentencia interpretativa ni es posible en el recurso previo, ni puede ser utilizada para invalidar la norma, sino al contrario, para preservar la validez;...”* (el subrayado es nuestro). Como veremos, y en sentido inverso, puede dudarse de la compatibilidad entre la presunción de constitucionalidad de la ley y la suspensión automática de la ley autonómica que sucede a la impugnación de la misma por parte del Gobierno del Estado. Parece coherente que, en esta circunstancia, se señale la extrema cautela con la que debe aplicarse la suspensión automática si bien antes de ofrecer una posición al respecto es necesario analizar hasta qué punto la presunción opera del mismo modo cuando se trata de cuestiones sustanciales relativas a derechos fundamentales que cuando se trata de cuestiones relativas al sistema de distribución de competencias (*vid. infra.*). En cuanto a la institución de la suspensión automática no es superfluo recordar que se encuentra expresamente prevista en el artículo 161.2 de la Constitución. La reflexión sobre la incidencia de la presunción de constitucionalidad de las leyes y la aplicación de la suspensión automática en el caso de impugnaciones de leyes autonómicas por parte del Gobierno del Estado. *vid.* A.RODRÍGUEZ BEREIJO: “Constitución y Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p.179.

desde el punto de vista cuantitativo como desde el punto de vista cualitativo. Y es que, cualitativamente hablando, la nulidad aparece, frecuentemente, como en las más famosas decisiones de la historia jurisprudencial española, *combinada* con apreciaciones interpretativas que vienen a impedir la expulsión de preceptos o a reducir esta expulsión a los mínimos incisos textuales.

Por otra parte, cuando la consecuencia es ablativa para el enunciado se arrancan de cuajo la posibilidades de *reinterpretación* de la norma ya que si bien de un texto surgen interpretaciones no textuales que repercuten en una nueva interpretación de los preceptos, sin texto el punto de partida de la interpretación es inexistente, no hay ningún discurso, en términos de P.RICOEUR, a reconstruir⁴⁸⁵. Como, a nivel más específico, nos recuerda J.SANTOS VIJANDE para poder construir “doctrina constitucional” la primera condición que se requiere es que el precepto se mantenga en el ordenamiento jurídico pues, con su eliminación, no hay objeto sobre el que recaigan las apreciaciones ni del Tribunal Constitucional ni de cualquier otro órgano jurisdiccional⁴⁸⁶, no se puede crear doctrina sobre la Nada.

La posibilidad de reinterpretación, vista como puerta abierta a nuevos argumentos que complementen el sentido del enunciado legal, es, en definitiva, la clave del proceso. De hecho, la misma institución de la interpretación conforme se basa en esta idea, frente a la eliminación textual de la disposición (acto en el que el debate queda zanjado con una fuerte carga de censura), las contenciones a las que se ve abocado el juicio de constitucionalidad de las leyes (y en particular, de las leyes posconstitucionales) configuran la preferencia por una *doble interpretación*. Se produce entonces, descrito en forma desglosada, una primera obtención de significados de la ley que resulta insuficiente de cara a buscar su compatibilidad con una determinada percepción de los preceptos constitucionales, de modo que se insiste en una *segunda interpretación* a cuyo fin los significados de la ley y los significados de la Constitución no se contradicen.

⁴⁸⁵ P.RICOEUR: *Du text à l'action. Essais d'herméneutique II*, Seuil, París, 1986, p.138.

⁴⁸⁶ J.SANTOS VIJANDE: “«Doctrina» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los Tribunales Ordinarios” en R.PUNSET BLANCO y J.SANTOS VIJANDE: *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*. Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996, p.102.

Cabe decir, por cierto, que este fenómeno, la interpretación conforme como doble interpretación, ya había sido advertido desde hace tiempo por otras voces más autorizadas como las de HESSE, JIMÉNEZ CAMPO⁴⁸⁷ o EZQUIAGA GANUZAS⁴⁸⁸. Pese a no compartir con estos autores la clara diferenciación que trazan entre las diversas fases del *iter* interpretativo (por ejemplo, como sugiere JIMÉNEZ CAMPO, una primera interpretación basada en los cánones tradicionales del art. 3.1 del Código Civil y una segunda en la que se adopta fundamentalmente el canon de adecuación constitucional⁴⁸⁹) ya que nosotros entendemos la actividad interpretativa como un todo mucho más indiscernible —en el que permanentemente se conjugan los criterios tradicionales, las circunstancias presentes y, sobre todo, una comprensión actualizada de los preceptos constitucionales—, el acierto del modelo sí que nos sirve para trasladarlo a una dimensión institucional. Así, sin entrar a discutir si la interpretación conforme del TC es producto de diversas fases interpretativas o si es un todo combinado y simultáneo, lo que nos interesa es que el acomodo interpretativo que enuncia el Tribunal Constitucional posibilita una *doble* interpretación en otra sede, o incluso un número mayor de nuevas oportunidades interpretativas en la misma institución a la que se reenvía de nuevo las posteriores reelaboraciones de la ley. Con ello, se *afina* el significado constitucional del enunciado examinado mediante la participación del resto de instituciones generando el consiguiente *consenso* sobre el tema.

Incluso ante un texto de difícil acomodo con la Constitución parece preferible que se permita la acumulación de significados que lo “reconstitucionalicen” a que una decisión trunque este intercambio imponiendo una visión que puede ser demasiado unilateral y que, con su actuación, y ante la imposibilidad de añadir nuevos sentidos (sea por las dificultades de una rápida reforma legislativa, sea por la entelequia de una reforma constitucional), la cuestión discutida se agote o caiga en el olvido. Este último apunte cobra todavía más consistencia si recuperamos nuestras reservas hacia la virtualidad de interpretaciones literales que descarten todo acomodo interpretativo de un precepto legal a la Norma Suprema. Sobradamente han quedado establecidas las connotaciones interpretativas (y, por tanto, relativas) del límite a la interpretación literal, y así ha quedado igualmente reflejado en la enzarzada discusión que al respecto ha venido

⁴⁸⁷ J. JIMÉNEZ CAMPO: “Interpretación conforme a la Constitución”, *op. cit.*, p.3682.

⁴⁸⁸ F. J. EZQUIAGA GANUZAS: *La producción jurídica...*, *op. cit.*, p.95.

⁴⁸⁹ J. JIMÉNEZ CAMPO: “Interpretación conforme a la Constitución”, *op. cit.*, p.3682.

manteniéndose entre mayoría del Tribunal Constitucional y magistrados disidentes desde la creación del órgano (*vid. infra.*).

Una de las principales vías que continua justificando la sanción de nulidad en un Estado Constitucional Avanzado —y contribuiría a acallar este alud de críticas— consiste en ver *en la nulidad un medio de transmisión del diálogo* (*vid. supra.*), un dispositivo adicional en este mandato de deliberación en el ejercicio del poder (algo de lo que la actual configuración de la decisión interpretativa en los sistemas constitucionales comparados se encuentra todavía sin desarrollar). Se trataría de concebir la nulidad, y el vacío normativo que ésta acarrea, como el anzuelo necesario para impulsar la actividad legislativa tendente a la reparación de la constitucionalidad detectada (o la intervención del poder de reforma, tendente a corregir la interpretación constitucional que ha conllevado la expulsión del precepto legislativo).

No obstante, la idea de la sanción de nulidad como acicate para que los órganos políticos se apresuren a reaccionar también queda desmentida en muchas experiencias en el control de constitucionalidad europeo en las que dicha consecuencia (ni tan sólo la amenaza de anulación de preceptos cuando la declaración de inconstitucionalidad pudiese provocar grandes trastornos en el sistema⁴⁹⁰) no ha sido reclamo suficiente para propulsar la acción legislativa. En ocasiones el Parlamento o bien permanece impasible o, cuando su maquinaria se pone en marcha lo hace, con escasas excepciones, con bastante retraso⁴⁹¹.

Sea como fuere todavía estamos lejos de encontrar la fórmula que consolide el intercambio argumentativo, la comunicación entre poderes y que, en un marco más amplio, instigue al debate en el seno de la ciudadanía. Por lo pronto, la expulsión de un precepto por parte de un Tribunal constitucional, y sin réplica por parte del Parlamento,

⁴⁹⁰ Como, por ejemplo, en las SSTC 96/1996, de 30 mayo (Disciplina e intervención de entidades de crédito) y 208/1999, de 11 de noviembre (Defensa de la Competencia).

⁴⁹¹ Sobre la lentitud de la respuesta legislativa (aunque sin referirse específicamente a la lentitud en los sistemas de control de constitucionalidad *a posteriori*) *vid.* F.RUBIO LLORENTE: "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional europea" en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 156.

no parece demasiado respetuosa con esta dinámica, ni con el principio de igual dignidad política que se presupone inherente al proceso deliberativo democrático⁴⁹².

13. La comunicación institucional en la determinación del significado constitucional de la ley.

La idea básica merece ser repetida: la construcción de significados constitucionalmente adecuados depende de un incesante diálogo institucional. Cada punto de vista, cada experiencia concreta —que en el ámbito jurisdiccional se proyecta sobre una experiencia aplicativa— merece integrarse en un cauce común que arroje un sentido progresivamente preciso y, sobretodo, pacificador.

La decisión de constitucionalidad debe ser reflejo de estas condiciones, debe absorber el diálogo hasta entonces vertido sobre la constitucionalidad de la ley y debe fomentar un futuro intercambio de planteamientos. Se dirá que esta apertura hacia el diálogo futuro hace trizas el componente pacificador que acabamos de enunciar y que se supone esencial a la función de las jurisdicciones constitucionales. Pero esta percepción, bastante difundida, no puede anular la convicción de que pacificar no equivale a excluir ni a reprimir cualquier discusión posterior (sea en el legislativo, sea en la ciudadanía, sea en el poder de revisión constitucional) que cuestione y complemente el juicio constitucional. La pacificación a la que nos referimos llega con la integración de visiones plurales en el marco de un debate permanente.

La propuesta, de nuevo, tiene su analogía en algunas versiones manejadas por la teoría literaria en la determinación del sentido de los textos. Frente a la imposición de un sentido unívoco, el teórico M.BAJTIN, basándose en el paradigma de la novela moderna⁴⁹³, sugirió que los significados iban construyéndose con la aparición y la

⁴⁹² Sobre el argumento de la igual dignidad política que impregna el proceso democrático como límite a la acción del juez constitucional *vid.* F.COMELLA: *Justicia constitucional...*, *op. cit.*, pp.187-191 y bibliografía que allí se cita, en particular, S.FREEMAN: “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review”, 9 *Law and Philosophy*, 327 (1999), p. 344 y J.WALDRON: “A Right-Based Critique of Constitutional Rights” 13 *Oxford Journal of Legal Studies*, 18 (1993).

⁴⁹³ Como introducción a la obra de M.BAJTIN, *vid.* I. M. ZAVALA: *La posmodernidad y Mijail Bajtin. Una poética dialógica*. Espasa Calpe, Madrid, 1991; J.CALVO RODRÍGUEZ: *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa*, *op. cit.*, p.29.

incorporación de una pluralidad de “voces” procedentes de diversos contextos y de diversas situaciones sociales.

Estas tesis, probablemente una de las pocas que ha sobrevivido a la apisonadora deconstructivista, son, en el fondo, una contribución elemental a una teoría democrática de la interpretación de textos a la que la interpretación de textos jurídicos resulta perfectamente adaptable. Como ya hemos dejado sentado, el imperativo democrático no sólo rige los procesos de creación de textos normativos sino que se extiende a la interpretación de los mismos. Las diferentes “voces” van interviniendo cada una de las fases del debate acerca del contenido constitucionalmente conforme de las leyes, intervienen con más o menos intensidad, pero de lo que se trata es que nunca se vean coartadas por un acto autoritario o que, al intentar su disolución, el acto autoritario quede en tal evidencia que su rectificación sea forzada. Las aportaciones al debate se van tejiendo, se van entrelazando, hasta dotar al discurso de una coherencia, de una narratividad (concepto ya analizado) que augura y deviene la antesala de la comprensión.

Ahora bien, en concreto, la tesis de BAJTIN debe reformularse según los factores institucionales que la Constitución proporciona. Las diferentes “voces”, en un sentido institucional estricto, son aquellas que emanan de los diversos órganos constitucionales: la del legislador estatal y autonómico, la de los gobiernos y sus administraciones, la de los jueces cuando se relacionan entre las diversas instancias o en su conexión con el Tribunal Constitucional mediante cuestión de inconstitucionalidad o mediante amparo, la del propio Tribunal Constitucional, la de otros órganos que tienen encomendada la protección de derechos constitucionales (Defensor del Pueblo y análogos autonómicos, Ministerio Fiscal, administraciones independientes con funciones de garantía sobre determinados derechos, órganos consultivos instituidos por leyes reguladoras o con incidencia en algún ámbito de libertad ciudadana que asesoran sobre materias vinculadas a la misma, como).

Las “voces”, por otra parte, contribuyen a determinar el sentido constitucional desde el magma de la sociedad civil mediante la incidencia y la participación ciudadana sea en canales institucionalizados (elecciones, referéndum, interposición de alegaciones en el marco de un proceso jurisdiccional, participación en órganos consultivos), sea mediante

su integración en asociaciones y grupos de interés estrictamente privados o privados con funciones públicas y constitucionales (partidos políticos, sindicatos), o sea mediante el simple ejercicio de derechos fundamentales como el de la libertad de expresión. El flujo que engrasa todas estas piezas no es otro, como ya hemos insistido, que el de la *comunicabilidad*, comunicabilidad institucional en sentido estricto, comunicabilidad entendida ampliamente como intercambio de significados entre miembros de un colectivo constitucionalmente estructurado.

La comunicación en todas sus facetas requiere, aunque sea obvio repetirlo, de una constante apertura hacia el “otro”, pues sin la respuesta del “otro” el diálogo (las “dos razones”) no existe, amén de la extrema dificultad que entraña para un órgano ser el único que juzga sus propios actos y, en consecuencia, que reconoce sus propios errores.

De ahí la primera cautela consiste en identificar y acaso contrarrestar aquellos elementos que bloqueen o que dificulten la réplica, lo que puede producirse intencionada y autoritariamente o por una patología del sistema que distorsione la comunicación por excesiva lentitud o por fomento de la apatía. Ello nos lleva a la ya enunciada reflexión sobre si la fluidez de la comunicación depende de meros instrumentos normativos o si depende de cuestiones culturales. No vamos a negar que las normas pueden propiciar un cambio de actitud y, en consecuencia, generar una práctica dialógica, se trata de la normatividad que, en el sentido de H.HELLER, repercute en la realidad y crea una “normalidad”, pero ni que decir tiene que la consecución del diálogo constitucional (y, en particular, sobre la constitucionalidad de la ley) se asienta prioritariamente *en circunstancias culturales* en las que, a su vez, influyen factores históricos y sociológicos que no vienen ahora al caso aquí desbrozar. Con ello no quedan precluidas aquellas alusiones a aspectos contextuales dispersos en la “narratividad” de nuestro Tribunal Constitucional que explican la ausencia de mecanismos relacionales en el control de constitucionalidad de las leyes y la desgana en el establecimiento de los mismos.

El discurso formalmente contenido en las sentencias que el Tribunal Constitucional emite en los juicios de constitucionalidad de las leyes contribuyen, por así decirlo, a organizar el debate tanto retrospectiva como prospectivamente. En tanto que elementos de transmisión, los elementos de anquilosamiento y de bloqueo del diálogo deben

quedar despejados o, al menos, ser utilizados con cautela. En general, A.RODRÍGUEZ BEREIJO, expresó intuitivamente estas ideas al recabar algunos requisitos que el Tribunal Constitucional debía autoimponerse a la hora de concebir sus decisiones. Según el entonces presidente del Tribunal Constitucional, las sentencias *a)* debían reflejar con claridad las razones que motivan la decisión del Tribunal *b)* debían ofrecer estas razones con coherencia y con completitud *c)* debían ser *fruto de una discusión colectiva* y *d)* debían *conectar con el sentir de la sociedad*⁴⁹⁴. Exigencias, en especial la *c)* y la *d)*, que comparten estrechamente los principios derivados de las formas dialógicas y del elemento relacional.

El problema que puede entorse al conjugar el mandato de apertura institucional —y la comunicabilidad entre el Tribunal Constitucional y otros centros de producción de significados— con la cautela en el juicio de constitucionalidad de las leyes, radica en que, si bien la moderación en el juicio de constitucionalidad se justifica precisamente apelando a la preservación del diálogo (y con ello a la pleno operatividad de los principios de deferencia al legislador, presunción de constitucionalidad y interpretación conforme de la ley y que nosotros hemos destilado en la preferencia por las decisiones interpretativas por encima de las decisiones que incorporan la sanción de nulidad), el producto resultante del juicio de constitucionalidad sea tan complejo (y tan limitado a cuestiones de detalle) que no sólo sea prescindible sino que provoque la incompreensión y, en última instancia, el alejamiento entre la sentencia y la sociedad. La excesiva deferencia hacia los otros poderes y hacia la comunidad puede llegar condensarse en un conjunto de precisiones técnicas que obturen el diálogo a prueba de promover el desinterés del resto de agentes que deben participar en la discusión.

No hay que ocultar que se trata de un difícil equilibrio, porque si el Tribunal Constitucional se enfrenta a la impugnación de una ley que provoca una amplia (y crispada) discusión en el seno del legislador y en el seno de la sociedad y hace prevalecer el juicio de su forma más contundente (a través de la nulidad) su acción ni

⁴⁹⁴ A.RODRÍGUEZ BEREIJO: “Constitución y Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p.378. Así también, con un cierto resabio háberliano, J.JIMÉNEZ CAMPO quien afirma que “la jurisdicción constitucional debe ser *dependiente* del apoyo de todos los demás sujetos jurídico constitucionales (entre los que cuento, cómo no, a los ciudadanos del común) en el ejercicio y consumación de sus funciones.” *Vid.* J.JIMÉNEZ CAMPO: ¿Qué hacer con la ley inconstitucional?..., *op. cit.*, p.18.

habrá encauzado el diálogo ni habrá pacificado a la comunidad (un sector de la cual le censurará por sobrepasarse en sus atribuciones); sin embargo, en esta tesitura, el juicio del Tribunal Constitucional despertaría el interés necesario como para provocar una reacción que, en su último extremo, puede llegar a empujar una reforma constitucional.

Por el contrario, un Tribunal cuya deferencia le lleve a depurar cuestiones de detalle por vía de sentencia interpretativa (escenario habitual en un estado constitucional ordenado), no creará los incentivos necesarios ni en la ciudadanía ni en el cuerpo legislativo (en el que probablemente se transmitirá la pasividad ciudadana al no tener su conducta ninguna repercusión en términos electorales) para completar y adaptar el sentido constitucionalmente conforme que los jueces hayan avanzado. Esta es una conclusión ineludible si atendemos a la complejidad de los fallos interpretativos que hemos expuesto (*vid. supra.*) y, más propiamente, a la complejidad de las *condiciones* a las que el Tribunal Constitucional puede llegar a sujetar la lectura de una disposición legislativa, de interés sólo para un reducido grupo de especialistas y, en teoría, de los jueces que deberán aplicar la ley a los casos que en base a la ley se promuevan. No obstante, y a pesar de lo dicho, no es un axioma que la interpretación engendre siempre sofisticación ni, por otra parte, que la sofisticación conduzca siempre al desinterés.

La consolidación de significados no fluye sólo de la jurisdicción constitucional hacia los órganos políticos y viceversa, la comunicabilidad también existe entre tribunales constitucionales y jurisdicción ordinaria (o entre jueces de distinto escalafón dentro de un sistema de control de constitucionalidad con rasgos en mayor grado difusos). Las decisiones de los jueces inferiores permiten asignar significados a la ley cuya constitucionalidad pueda ser dudosa (la tarea del “derecho viviente” entendida aquí en términos italianos) pero también *nutren de contenido a conceptos sobre los que asentar la interpretación de la Constitución.*

Es verdad que la consolidación de significados constitucionales necesita la confirmación de la jurisdicción constitucional, y, no obstante, parece indudable que algunos de sus componentes pueden venir prefigurados “desde a abajo” es decir desde la jurisprudencia emanada de los tribunales ordinarios. En este punto la doctrina sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales desarrollada por el Tribunal Constitucional español desde 1981 resulta ilustrativa: la determinación del ámbito de realidad sobre el

que recae la garantía constitucional depende de un sentido previamente labrado desde la comunidad jurídica, de entre cuyos componentes figura además de la doctrina (diálogo, pues, con la comunidad científica) los mismos jueces que, en su tarea aplicativa, contribuyen a concretar el concepto. Tenemos por tanto, una doble influencia de la jurisdicción ordinaria: 1) en la comprensión de la ley sometida a juicio de constitucionalidad 2) en la construcción de conceptos relativos a la interpretación de la Constitución que el Tribunal Constitucional ratificará o desechará a lo largo de los diferentes procesos de control de constitucionalidad de las leyes.

En esta coyuntura (como ya hacíamos hincapié en la sección dedicada al modelo alemán), el problema de la imposibilidad de deslinde entre la interpretación constitucional y la interpretación legal a efectos de distinguir entre el ámbito de actuación correspondiente a la jurisdicción constitucional de la competencia propia de la jurisdicción ordinaria es un tema secundario. Responde sólo a un tema de división del trabajo que evite el colapso de asuntos en la jurisdicción constitucional. Lo importante es que todas las interpretaciones sobre la Constitución o sobre la ley en un juicio tanto directo como indirecto de constitucionalidad de la misma [indirecto, nos referimos a la opción de los jueces ordinarios entre plantear la cuestión de inconstitucionalidad o encontrar un acomodo del precepto en una interpretación constitucionalmente conforme] *cuenta con la supervisión y la posibilidad de respuesta de los órganos políticos*. Esta es una máxima que se tiende a pasar por alto en los modelos de jurisdicción constitucional tendencialmente concentrada, ocupados en articular la relación entre Tribunal Constitucional y legislador, pero olvidando la hipotenusa que pondría en conexión al Parlamento con los tribunales ordinarios.

Piénsese, justamente, en una ley nunca cuestionada ante la jurisdicción constitucional porque se practica una interpretación constitucionalmente conforme de manera unificada por la jurisprudencia de jueces y magistrados, y, en concreto, podemos referirnos al ejemplo, en nuestro ordenamiento constitucional, de una interpretación constitucionalmente adecuada referente a una ley que afecta a derechos no recurribles en amparo. Lo supuestos no son, como vemos, excepcionales.

En algunos puntos del debate parece haberse olvidado por la doctrina que una excesiva defensa del papel de la jurisdicción ordinaria a la hora de colmar el vacío propiciado por

la declaración de inconstitucionalidad o por omisiones legales declaradas inconstitucionales, no significa otra cosa que *trasladar la actividad creadora de la jurisdicción constitucional al resto de tribunales* con la consiguiente evaporación de la capacidad de respuesta legislativa e incluso con el riesgo de la aplicación no uniforme de consecuencias jurídicas asociadas a casos idénticos. Algunas de las figuras antes mencionadas, como las sentencias aditivas de principio (tan reclamadas por algunos autores⁴⁹⁵) en las que el Tribunal Constitucional plantea las bases de la comprensión constitucional de la ley y cede a los tribunales ordinarios la extracción de soluciones de detalle, no ocultan la existencia de un amplio tramo de decisión reconocido a los jueces de instancia tal vez coincidentes con las "diversas opciones" que, sobre la regulación de una materia, parecía que sólo el legislador podía escoger.

No deja de sorprender, en fin, que se disparen las alarmas cuando el Tribunal Constitucional esta cerca de invadir la libertad de configuración del legislador y produzca, en cambio, menor recelo, que la misma competencia legislativa sea distorsionada por el quehacer cotidiano de cualquier juez cuando propone una solución concreta derivada de una interpretación *constitucional* de una ley o participe en la integración de un vacío provocado por una previa declaración de inconstitucionalidad. A nuestro juicio, el foco de la confusión viene señalado por la creencia en la existencia de *soluciones constitucionales unívocas* que el Tribunal Constitucional reconoce y los jueces ordinarios implementan (por contraposición a aquellas situaciones en las que existe una variedad de soluciones y es al legislador a quien le corresponde escoger). En realidad, *no puede negarse que siempre hay una diversidad de posibilidades de implementación constitucional de la ley* y, una vez sentado esto, no habría ninguna objeción en que fuesen los jueces en sentido amplio (la jurisdicción constitucional y/o el resto de tribunales) quienes determinasen la línea a seguir (lo que puede ir, en efecto, muy en función de los detalles que envuelven el género de procesos en los que la ley controvertida se ve implicada) si no fuese porque un excesivo acento en la colaboración de los jueces ordinarios podría llegar a dañar las facultades de intervención del Parlamento en la búsqueda de respuestas constitucionales.

⁴⁹⁵ F.J.DÍAZ REVORIO: *La sentencias interpretativas...*, *op. cit.*, p.280; M.GONZÁLEZ BEILFUSS: *Tribunal Constitucional y reparación...*, *op. cit.*, p. 249.

14. Colaboración (diálogo) en la interpretación y colaboración en la reparación.

Con anterioridad, hemos abordado la cuestión del papel de las formas interpretativas de decisión en la reparación de la inconstitucionalidad detectada. Si atendemos a las discusiones dominantes que se ciernen sobre los sistemas europeos de control de constitucionalidad *a posteriori* (principalmente en España, Italia, la RFA e incluso en Austria) parece que la cuestión de la reparación de la inconstitucionalidad detectada ocupa un lugar absolutamente privilegiado en las preocupaciones de los diversos autores.

El problema se centra en cómo articular la colaboración entre jurisdicción constitucional, Parlamento y tribunales ordinarios para superar el trasbalse de la declaración de inconstitucionalidad de la ley o para enfrentarse a una situación de omisión legislativa constitucionalmente reprobable⁴⁹⁶. De ahí el minucioso análisis de técnicas que superen el binomio declaración de inconstitucionalidad-sanción de nulidad, como es el caso de la declaración de incompatibilidad sin nulidad, de las sentencias apelativas o de la nulidad diferida, sobre las cuales antes hemos hecho abundantes menciones.

Ahora bien, las diversas apologías a la necesidad de relación institucional se reducen *sólo* al problema de la reparación de la inconstitucionalidad detectada y, en cambio, suele dejarse al margen el problema central (tan caro, por otra parte, a la tradición sajona) de la colaboración institucional en una fase previa, es decir, en la fase de la *interpretación constitucional* de la ley⁴⁹⁷.

En nuestra opinión esta distinción es decisiva: una cosa es la colaboración institucional (el diálogo, si se quiere) en la interpretación de la ley y la otra es la gestión del resultado de esta interpretación (en cuyo seno caben todos los problemas asociados a la reparación de la inconstitucionalidad). No haber tenido en cuenta esta diferencia explica

⁴⁹⁶ Así F.J. DÍAZ REVORIO: “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, en *REDC*, n.61, 2001, pp. 81-130.

⁴⁹⁷ Esta idea es la que parece sugerirse en los últimos trabajos de J.JIMÉNEZ CAMPO, la colaboración institucional no sólo afecta a la reparación de la inconstitucionalidad detectada sino a la propia interpretación de la Constitución. *Vid.* J.JIMÉNEZ CAMPO: “Política de la constitucionalidad”, en *REDC*, n.59, 2000, pp. 13-14.

por qué el debate predominante en la doctrina se ha escorado hacia cuestiones menores que, si bien no se encuentran exentas de interés, han contribuido a apartarnos del problema central sobre quién adjudica significados a la Constitución con consecuencias sobre las leyes y cómo lo hace.

15. El ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Extender el horizonte más allá del control de constitucionalidad de las leyes (y fijándonos meramente en el control sobre leyes) puede revelarnos hasta qué punto es secundario el problema de la administración del resultado interpretativo. Si atendemos a cómo funcionan las jurisdicciones internacionales a nivel europeo, sea el TEDH sea el TJCE, nos damos cuenta que ellos *nunca establecen las consecuencias de su juicio en relación a los preceptos de leyes nacionales que examinan* (en parte porque *no pueden*, y en parte porque les resulta indiferente) la corrección de la situación contraria al CEDH o al Derecho Comunitario, en el caso de implicar una ley, corre a exclusiva cuenta del Estado infractor. A estos tribunales lo que les interesa es *que quede asegurado su poder interpretativo*, a ellos se les asigna la adjudicación de significados al CEDH o los Tratados Constitutivos de la Unión Europea y sobre este parámetro valoran las actuaciones de los Estados pertenecientes al Consejo de Europa o a la Unión Europea, respectivamente, sin entrar a decidir la mejor forma de reparar las disposiciones contrarias a dichos Tratados.

Por otra parte, el TJCE, aplica soluciones interpretativas en el control de los propios actos de derecho comunitario derivado, consignando, como alternativa a la invalidez (puesto que el TJCE sí puede declarar la invalidez de derecho comunitario derivado), aquellas interpretaciones que mejor se ajusten al contenido de los tratados constitutivos o, como en algunos casos, interpretaciones que no lesionen la substancia de los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal de Justicia inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros⁴⁹⁸. La respuesta interpretativa que el

⁴⁹⁸ *Vid.*, por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, *Wachauf* (C-55/88, *Recopilación de Jurisprudencia* 1989, página 2609). Sobre las formas de control interpretativo de normas de derecho comunitario en materia de derechos fundamentales *vid.* J.H.H. WEILER y N.J.S.LOKHART: "Taking Rights seriously" seriously: The European Court

TJCE propone (dentro de la cual se puede reconocer un margen de apreciación amplio a las autoridades nacionales) viene también impulsada por la propia estructura de la cuestión prejudicial en que los órganos judiciales de los Estados miembros plantean peticiones dirigidas a esclarecer una disposición en el sentido que mejor se amolde (o que no sea incompatible) con los tratados constitutivos.

Antes planteábamos algunas cuestiones relativas a la sanción de nulidad desde el punto de vista exclusivo de los sistemas constitucionales nacionales, comparábamos su importancia en el discurso teórico en contraste con la dinámica práctica, su difícil encaje con el respeto a las cautelas que merece la ley en tanto que producto democrático y su mayor capacidad (al plantear la necesidad de colmar el vacío en el ordenamiento jurídico que la invalidez ha causado) de impulsar respuestas legislativas.

Trasladadas las cosas al plano internacional, algunos los problemas asociados a dicha sanción (que, no olvidemos, es también es una forma de gestión del resultado de la interpretación constitucional) se perciben como mucho menos acuciantes.

En el caso del TJCE, podemos partir del ejemplo que ofrece la secuencia de fallos derivados de cuestiones prejudiciales de interpretación entorno a la Directiva 76/201/CEE en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Obsérvese, así, como en el célebre caso *Kalanke*⁴⁹⁹ [en el que el TJCE estimó contraria a la Directiva comunitaria la ley nacional que establecía la preferencia automática en el acceso al empleo de las candidatas femeninas cuando concurrían en condiciones de igual capacidad con candidatos masculinos en sectores en los que las mujeres se encontraban infrarrepresentadas], el Tribunal de Justicia se limitó a proclamar que los apartados de la correspondiente Directiva interpretada *se oponían* a la normativa nacional (oposición, por otra parte, expresada a en términos abstractos: "a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas...") *sin establecer consecuencias concretas respecto a la ley nacional juzgada contraria al Derecho Comunitario* (en aquel caso un precepto de la

and its fundamental rights jurisprudence. Part II' en 32 *Common Market Law Review* 579 (1995), pp.587-590.

Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública). El TJCE se limita a señalar la oposición entre la ley nacional y la Directiva comunitaria, pero sin pronunciarse sobre la sanción que debe recaer sobre la normativa nacional ni sobre la forma de adecuación de esta normativa a la interpretación comunitaria, lo que corresponde exclusivamente a las autoridades nacionales.

Si en *Kalanke* el TJCE indicaba únicamente la contradicción entre la legislación nacional y la normativa comunitaria, en los siguientes pronunciamientos en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo el Tribunal de Justicia declara la conformidad de la Directiva 76/207/CEE a la norma nacional *introduciendo detalladas condiciones interpretativas* (así en *Marschall*⁵⁰⁰ y en *Badeck*⁵⁰¹). El TJCE practica, indirectamente, un juicio de interpretación conforme a Derecho Comunitario de la normativa nacional, pero sin que le concierna el modo en el que las autoridades nacionales adaptarán su legislación a las premisas introducidas por el juicio de dicho Tribunal.

De nuevo, lo importante es la interpretación que el TJCE extrae de la Directiva Comunitaria (interpretación en la que abundan elementos que, haciendo el símil, podríamos denominar aditivos o puramente creativos, puesto que de la Directiva no se desprenden condiciones tan minuciosas⁵⁰²); cómo la interpretación fraguada por el

⁴⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, *Kalanke* (C-450/93, *Recopilación de Jurisprudencia* 1995 página I-3051)

⁵⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, *Marschall* (C-409/95, *Recopilación de Jurisprudencia* 1997 p.I-6383)

⁵⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2000, *Badeck* (C-158/97)

⁵⁰² Por ejemplo, el fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, *Marshall*, reza así (subrayamos los elementos aditivos no deducibles de la Directiva y extraídos por el TJCE):

"Los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se oponen a una norma nacional que, en caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurran en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que:

- *Dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una*

Tribunal de Justicia se integra en la legislación estatal es una cuestión que queda relegada a un segundo plano.

En lo que concierne a los fallos del TEDH, como es sabido, no existen apreciaciones que recomienden la modificación de la legislación nacional en un sentido u otro. Mientras que el poder interpretativo del Tribunal en lo referido a los derechos del Convenio es máximo, el poder de gestión que sobre dicha interpretación el TEDH es nulo. Las decisiones condenatorias se limitan a declarar la violación de alguno de los artículos del CEDH y, apreciada la violación, simplemente se ocupa de reconocer una indemnización al demandante que se desglosa en una cantidad en concepto de reparación del daño sufrido y otra cantidad en concepto de costas y gastos.

El propio Tribunal ya recordó, en la Sentencia de 16 de noviembre de 1999 (caso *E.P. contra Italia*) que el CEDH no le otorgaba competencia para exigir al Estado infractor que se comprometiera a adoptar las medidas reparativas necesarias para impedir una nueva vulneración del Convenio. En palabras del Tribunal: "El Convenio, deja, en efecto, al Estado la elección de las medidas generales y/o, dado el caso, individuales, a adoptar en su ordenamiento interno para cumplir su obligación jurídica con respecto al Convenio y poner fin a la violación constatada por el Tribunal"⁵⁰³.

apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que,

- *Tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas."*

⁵⁰³Sentencia del TEDH de 16 de noviembre de 1999, caso *E.P. contra Italia*, apartado 77.

TERCERA PARTE: FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN EN EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY, ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y CRÍTICA DE SU RECEPCIÓN DOCTRINAL.

I.- USO DE LAS DECISIONES INTERPRETATIVAS EN EL MARCO DEL JUICIO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: CUESTIONES CONTROVERTIDAS.

Ha sido una constante en este trabajo la denuncia del tratamiento tipológico que el tema de las decisiones interpretativas ha sufrido por parte no sólo de la doctrina española sino también de sectores de la doctrina europea, principalmente de autores procedentes de sistemas de control concentrado *a posteriori* de constitucionalidad de la ley y, muy en particular, de la doctrina italiana de cuya fuente la doctrina española se ha servido desde los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional español.

Como hemos visto, el procedimiento habitual consiste en recibir el material jurisprudencial y encuadrarlo dentro una retícula clasificatoria, generalmente en función del carácter formalmente estimatorio o desestimatorio de la decisión y, sobre todo, en función del mayor o menor grado de manipulación ejercido por la jurisdicción constitucional sobre el contenido normativo de la disposición examinada.

A medida que, bajo la metodología común, se desgranán las categorías podemos percatarnos que las distinciones se difuminan y que las categorías adoptadas ni inciden demasiado en la práctica institucional (o en la consciencia de su uso por parte de la

jurisdicción constitucional) ni dan cuenta de las razones que justifican la adopción de un tipo de decisión o de otro¹.

A efectos de mostrar la vaporosidad de las distinciones y de los términos empleados, basta con recordar la ya citada diferencia entre las "sentencias interpretativas" y las "sentencias aditivas" en las que, como en todo el resto de pronunciamientos, se produce la misma (y simple) secuencia (mas allá de la fórmula textual que el TC utilice en su decisión): una previa interpretación de las normas en conflicto y una *modificación* del significado de la disposición legal que se examina a la que se *condiciona* su constitucionalidad².

Nuestra preocupación consiste, en otro sentido, en analizar el fenómeno desde la perspectiva *contextual* en la que se produce el control interpretativo de constitucionalidad de la ley. Ello implica, al menos, 1) un análisis *institucional* (como el que hasta ahora habíamos planteado en derecho comparado) que incluye las relaciones entre la jurisdicción constitucional y el resto de poderes, los procedimientos de control de constitucionalidad de la ley y la cultura jurídico-constitucional en la que la decisión de constitucionalidad emerge y 2) un análisis sobre las razones materiales que conducen

¹ El último y más monumental ejemplo de este afán tipológico se encuentra en F.J. DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, op. cit., especialmente pp. 53-57 clasificación que glosa en F.J. DÍAZ REVORIO: "Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1999, de 30 de septiembre) en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.2, abril 2000, p. 27.

² *Vid. infra*. nuestro comentario sobre la STC 74/1987, de 25 de mayo (*asistencia de intérprete para detenidos*). Es curioso que sobre la distinción entre "sentencias interpretativas" y "sentencias aditivas" el mencionado estudio de DÍAZ REVORIO (DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 21) se abra reconociendo que hablar de "sentencias interpretativas y aditivas" es como decir "estudio de los reptiles y de los cocodrilos" y, a los largo del trabajo, se empeñe en convencernos de unas diferencias más bien accidentales. A.GARRORENA MORALES también tiende a resaltar la distinción entre sentencia aditiva y sentencia interpretativa. Al analizar las decisiones aditivas, el mencionado autor señala que "en ninguno de estos casos estamos, no obstante, ante verdaderas «sentencias interpretativas»" pues, nos dice, no es lo mismo "operar dentro de los sentidos de la norma" que "añadir a su texto lo que la misma no incluye". Como ya hemos indicado, para nosotros toda operación de sentidos supone añadir algo al texto no incluido previamente, lo que ocurre, también en decisión aditiva, sin una necesaria plasmación textual del contenido añadido. A nuestro juicio, en ambos casos el TC realiza una "intervención positiva sobre la norma", aspecto que GARRORENA MORALES sólo atribuye al pronunciamiento aditivo. *Vid.* A.GARRORENA MORALES: "Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional" en O.ALZAGA VILLAAMIL (Coord.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, op. cit., pp.372-373.

a la adopción de una decisión (contexto material o, si se quiere, abiertamente, sociológico, político y económico). La idea, respecto a estas “razones materiales”, es que en la formalización o no de un juicio interpretativo por parte de la jurisdicción constitucional confluye *una ponderación coste-beneficio* sobre la base de distintos elementos entre los que la excesiva manipulación de la disposición legal es sólo *un* factor de entre muchos otros a tener en cuenta [se quiera no: contexto político, económico, procesal, ámbito en el que se produce el juicio de constitucionalidad (derechos fundamentales o estado autonómico), naturaleza de la disposición legal (preconstitucional-postconstitucional)...]

Iniciaremos la crónica de esta "confusión" que las formas interpretativas de decisión generan en España con el relato de los principales desencuentros que sobre el tema invade al propio trabajo del Tribunal Constitucional. Además de dar noticia de las principales discrepancias entre mayoría y minoría expresada en votos particulares, la referencia tiene por misión reflejar el desnivel entre la problemática planteada en términos muy básicos en el seno del Tribunal Constitucional español que contrasta con la sofisticación que se cierne sobre las divagaciones doctrinales.

1. Controversia en el Tribunal Constitucional.

No es infrecuente, en efecto, que algunos de los fallos en los que se incorporan técnicas de corte interpretativo para eludir la expulsión del precepto examinado vengan acompañados de votos particulares en los que se cuestiona la corrección de las fórmulas interpretativas para resolver la impugnación del texto legal.

Discusión sobre las interpretaciones forzadas. La interpretación forzada prevalece sobre la declaración de inconstitucionalidad.

Las objeciones, en un sentido, se ciñen a constatar *el abuso de la técnica interpretativa* por parte de la mayoría del Tribunal como consecuencia *de interpretaciones forzadas del precepto impugnado*. Para conservar la constitucionalidad de la disposición, el TC deriva de la misma un significado no extraíble (o frontalmente contrario) al que parece desprenderse de su dicción literal. En esta línea destaca el a menudo citado voto particular del magistrado VIVER PI-SUNYER (al que se adhiere el Magistrado

P.GARCÍA MANZANO) a la STC 50/1999, de 6 de abril (*Traducción de expedientes en Procedimiento Administrativo*) por el que se denunciaba que, optando por un fallo interpretativo, la mayoría del Tribunal no sólo había transgredido la literalidad del precepto legal que se pretendía conservar sino que el significado resultante de la disposición era justo el opuesto al mandato que se desprendía de la ley recurrida³.

La crítica a la interpretación conforme adquiere aquí unos tintes semejantes a la crítica que habíamos visto al canon de la *avoidance* en el control de constitucionalidad de las leyes en Estados Unidos⁴ (*vid. supra.*) ya que si parece aceptarse por el magistrado disidente un ámbito de transformación de significados del precepto legal (algo, por otra parte, próximo a la tradición de *common law* de la *construction*), lo que sí rechaza es que la modificación de significados choque directamente con el mandato legislativamente establecido, que en España se identifica con el “sentido literal” y en la doctrina americana parecía tener más en cuenta la “intención” del legislador⁵. Por lo demás, no entraremos aquí a valorar la solidez de una crítica que se apoya en la discriminación entre interpretaciones que respetan el tenor literal de los preceptos (o “el

³ En ese caso la Generalitat de Cataluña había considerado que el art. 36.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común vulneraba el art. 3.2 CE y los correlativos preceptos estatutarios al obligar a traducir al castellano los documentos y expedientes que fueran a surtir efectos más allá del territorio de la CA sin exceptuar de esta obligación a los supuestos en los que la lengua tuviese también carácter cooficial en el territorio de la otra CA en la que dichos documentos fueran a producir sus efectos. Ciertamente, el art. 36.2 de la Ley disponía que “*en cualquier caso*, deberán traducirse al castellano los documentos que deban surtir efectos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma” y el Tribunal Constitucional decidió, en vez de declarar la inconstitucionalidad y la nulidad del precepto, realizar una interpretación conforme según la cual el art. 36.2 (así como el art. 36.3) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, era constitucional en el sentido que “la obligación de traducir al castellano que en los mismos se contiene no se extiende a los documentos, expedientes o partes de los mismos que vayan a surtir efectos en otra Comunidad Autónoma en la que la lengua en la que dichos documentos hayan sido redactados tenga también carácter cooficial”. Al observar que el precepto establecía que “*en todo caso*” los documentos deberían traducirse al castellano si surtían efectos en otra CA, el magistrado disidente, VIVER PI-SUNYER, entendió que correspondía declarar, entonces, la inconstitucionalidad y la nulidad del precepto.

⁴ Esto dejando al margen que la *avoidance* moderna americana tiene como objeto eludir las cuestiones constitucionalmente controvertidas y la interpretación conforme europea (y española en particular) tiene por objeto eludir la declaración de inconstitucionalidad del precepto.

⁵ No parece, en nuestro caso, que la dicción literal como límite a la interpretación conforme dependa de una previa interpretación de la “intención” del legislador plasmada textualmente ya que cabe aventurar que el legislador no se hubiese opuesto radicalmente a que los documentos que iban a surtir efectos fuera de la CA se tradujesen cuando estos efectos se producían en otra CA con la misma lengua cooficial (más bien puede pensarse que la actuación legislativa estaba encaminada a evitar la indefensión sin tener en cuenta la existencia de lenguas cooficiales cuyo ámbito de implantación se extiende entre varias CCAA).

sentido propio de las palabras” en terminología del art. 3 del Código Civil) e interpretaciones que “desfiguran el sentido meridiano de los enunciados legales” (o interpretaciones inasumibles por las pautas de interpretación que rigen una comunidad jurídica); ya hemos criticado suficientemente la confianza en la “interpretación literal” como método de extracción de significados en las fases anteriores del presente trabajo (*vid. supra.*) y no insistiremos más en ello. Las observaciones en este sentido nos interesan ahora como muestras de una práctica que desde el mismo Tribunal se cuestiona a menudo.

La excesiva torsión a la que se somete el texto legal para encajarlo en una interpretación constitucionalmente adecuada había sido ya rechazada también en el votos particulares de L.LÓPEZ GUERRA (al que se adhiere RUBIO LLORENTE) a la STC 92/1992, de 11 de junio (*Modificaciones a las condiciones de trabajo*)⁶ y de DE LA VEGA BENAYAS (al que se adhiere DÍAZ EIMIL) a la STC 110/1993, de 25 de marzo (*Procedimiento de Jura de cuentas*)⁷, rechazo que se repetirá también en los votos

⁶ En realidad, en este pronunciamiento, los magistrados disidentes no atribuían al Pleno que hubiese extremado sus facultades interpretativas para salvar la constitucionalidad de la disposición sino que hubiese aceptado pronunciarse sobre la interpretación de un precepto, formulada por el juez *a quo* (pues se trataba de una cuestión de inconstitucionalidad) que no se deducía ni de la literalidad del artículo cuestionado, ni de su interpretación en conjunto con el resto de las interpretaciones de la ley (en ese caso el Estatuto de los trabajadores). El voto particular concluía afirmando que excedía del ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad pronunciarse sobre normas “*inexistentes, puramente hipotéticas, o derivadas de una interpretación forzada o inusual de los preceptos legales*”, lo que habría llevado a declarar, sin más, la constitucionalidad de la disposición examinada.

⁷ En la STC 110/1993, de 25 de marzo, el TC había analizado los posibles vicios de inconstitucionalidad del llamado procedimiento de “jura de cuentas” de los artículos 8 y 12 de la antigua LEC por los que el Procurador podía exigir al ponderante moroso las cantidades adeudadas de forma expeditiva. La mayoría del Tribunal entendió que los artículos cuestionados eran interpretables conforme a la Constitución y, en particular conforme al art. 24 CE con el fin de que, pese al carácter sumario del proceso, el deudor no sufriese indefensión. Uno de los aspectos relevantes de la sentencia es que el Tribunal parece apelar a una práctica procesal institucionalizada (que se remonta a una Orden del Ministerio de Justicia de 1934) por la que, en el procedimiento de “jura de cuentas”, se aceptan las alegaciones con anterioridad al apercibimiento de apremio. La existencia de una práctica constitucionalmente respetuosa se consolida en esta ocasión, por cierto, como un factor que parece decantar el juicio de constitucionalidad hacia el mantenimiento de la disposición. El TC concluye, en fin, que los enunciados legales cuestionados no vulneran las garantías establecidas en el art. 24 CE siempre que *a*) el órgano judicial verifique los requisitos de la pretensión del procurador *b*) no se impida al deudor hacer alegaciones *c*) se reúna una mayor amplitud de defensa y de contradicción a lo largo del proceso *d*) lo resuelto en el proceso no cierre la vía del procedimiento declarativo ordinario. El voto particular del magistrado C. DE LA VEGA BENAYAS vino a considerar forzada la interpretación por insuficiente en cuanto a la garantía de una correcta tutela judicial. El magistrado atribuía esta insuficiencia al hecho de que las garantías adicionales que deben

particulares de CONDE MARTÍN DE HIJAS a las SSTC 176/1999, de 30 de septiembre (*Instituto para el Desarrollo comarcas del Ebro*)⁸; 233/1999, de 16 de diciembre y 74/2000, de 16 de marzo (*Consejo murciano de la juventud*) y de GARCÍA MANZANO a la citada STC 233/1999 (*Ley de Haciendas Locales*)⁹.

revestir el procedimiento expeditivo de “jura de cuentas” no evitan que en el mismo rija el principio de previo pago y posterior reclamación, aspecto decisivo que, según DE LA VEGA, anula todos los razonamientos de la mayoría para que los artículos de la LEC encuentren su encaje en el art. 24 CE. El *solve et repete* provoca que el litigante deudor no obtenga audiencia en cuanto al fondo antes del apremio, dificultando, en otros, la posterior oposición mediante un procedimiento declarativo ordinario.

⁸ En la STC 176/1999, de 30 de septiembre, el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra el art. 10.3 de la Ley 12/1993, de 4 de noviembre del Parlamento de Cataluña por la que se creaba el Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro. Según el artículo impugnado, dicho Instituto gozaba de las exenciones y los beneficios fiscales que correspondían a la Generalitat, pero el Abogado del Estado argumentó que, al otorgar al Instituto para el desarrollo de las Comarcas del Ebro el mismo trato fiscal que a la Generalitat, la Ley catalana se extralimitaba ya que establecía exenciones y bonificaciones no sólo respecto de sus propios tributos (lo que era constitucionalmente aceptable) sino también respecto de tributos estatales y locales. Se imponía a las leyes estatales y a la ley de Haciendas Locales la obligación de conceder al Instituto de Desarrollo las mismas exenciones que a la Generalitat, previsión sobre la que la ley catalana no podía disponer. El TC se inclinó por evitar la declaración de inconstitucionalidad y sostuvo que el artículo debía interpretarse entendiendo que las exenciones reconocidas tenían como exclusivo ámbito de aplicación los tributos que correspondían a la Generalitat de Catalunya conforme las competencias reconocidas en el bloque de la constitucionalidad. Dado que existía al menos una interpretación del precepto litigioso constitucionalmente adecuada, la mayoría decidió desestimar el recurso de inconstitucionalidad. La solución fue efusivamente discutida por CONDE MARTÍN DE HIJAS, quién, en su opinión, la sentencia había alterado radicalmente el sentido normativo del precepto dando por sentado que la disposición sólo atribuía al Instituto de Desarrollo las exenciones que el Parlamento de Cataluña podía reconocerle sobre aquellos tributos que eran de su competencia. La mayoría, en palabras del magistrado disidente, había sustituido “el ser del precepto, como objeto del debate, por el deber ser del mismo” recordando que era “la inadecuación del ser real al deber ser normativo el fundamento de la impugnación”. La respuesta del Tribunal, por ende, no se debería haber ceñido a proponer una desafortunada interpretación conforme (cuyos fundamentos parecen quedar vicados como consecuencia del mal uso que de la misma técnica se hace) sino a declarar la inconstitucionalidad de la controvertida referencia. El magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS reiteró su desacuerdo mediante voto particular a la STC 74/2000, de 16 de marzo en la que se examinaba un supuesto análogo al abordado por la STC 176/1999: la Asamblea regional de Murcia había creado mediante la Ley 8/1995, de 24 de abril, de Promoción y Participación Juvenil el Consejo de la Juventud. A este Consejo de la Juventud se le reconocía el mismo tratamiento fiscal que a la Región de Murcia. El Tribunal Constitucional, como había hecho en la STC 176/1999, desestima el recurso de inconstitucionalidad sin tampoco dictar ningún fallo interpretativo al que condicionar la comprensión del artículo impugnado. Semejante reproducción de circunstancias, fuerzan al mencionado magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS a manifestar, de nuevo, su disenso “por coherencia intelectual” con el precedente de la STC 176/1999.

⁹ En una línea similar de razonamiento se mueve el voto particular de GARCÍA MANZANO a la STC 233/1999, de 16 de diciembre. En la sentencia, por la que se resolvía una serie de cuestiones y de recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, se examinaba, entre muchas otras impugnaciones, la

En cualquier caso, el riesgo de “deformar” el enunciado del precepto legislativo, a nuestro juicio, no ha sido apreciado por esta secuencia de votos particulares con la intensidad que se merece: como hemos señalado en los capítulos precedentes, extremar la solución interpretativa para eludir la nulidad del precepto no implica sólo “hacer decir al legislador lo que no dice” sino que, bajo la óptica de las relaciones entre jurisdicción constitucional y Parlamento, la decisión del Tribunal puede convertirse en un obstáculo cierto que desincentive al legislador a modificar una disposición que (pese al esfuerzo de adaptación) presenta vicios de inconstitucionalidad. Perdurando el precepto en el

constitucionalidad del artículo 119.3 de dicha ley en cuanto que aceptaba la posibilidad de sustraerse, mediante una prestación económica, de aquellas prestaciones personales que el Municipio impone a sus ciudadanos de acuerdo con el artículo 31.3 de la Constitución. La dudas de constitucionalidad recaían sobre la eventual incompatibilidad entre esta libertad de opción que se reconoce a los ciudadanos sujetos a la prestación personal (realizar la prestación o consignar una determinada cantidad en metálico) con el principio de igualdad del art. 14 CE, ya que, semejante alternativa, supondría que las personas con mayor capacidad económica podrían sustraerse de la prestación personal, mientras que ello no sería posible para quienes no contasen con dichos recursos económicos. El Tribunal Constitucional, consciente de este riesgo, acaba aceptando la constitucionalidad del precepto pero condicionándolo, —como se señala en el fallo de la sentencia mediante la remisión a uno de sus fundamentos jurídicos— a que la sustitución de prestación personal por la pecuniaria corresponda a la Autoridad municipal (y no unilateralmente al propio interesado), a que se justifique, por parte del Ayuntamiento, la causa que permite la sustitución, y a que las mencionadas causas de justificación se desarrollen reglamentariamente. GARCÍA MANZANO, en contra de lo decidido por la mayoría, entiende que el artículo 119.3 de la Ley de Haciendas Locales no tiene otro sentido que el de su pura literalidad (que la prestación personal establecida por el Municipio, puede ser redimida a metálico por un importe concreto) y que las acotaciones insertadas por la sentencia “hacen decir a al precepto y a la institución lo que no expresan”, con el agravante de que *la interpretación planteada por el Tribunal Constitucional no salva la objeción del art. 14 CE* que se mantiene incólume al continuar aceptándose (aunque sea apelando a la causalidad) la exoneración de las prestaciones personales mediante pago, situación beneficiosa para quienes tienen medios económicos que les distingue, de forma discriminatoria, de aquellos que no cuentan con estos recursos. La dialéctica entre el fallo y la réplica de GARCÍA MANZANO tiene la peculiaridad de ejemplificar un escenario en el que la reconfiguración interpretativa que propicia la mayoría resulta completamente inocua a los efectos de sortear los vicios de inconstitucionalidad, con lo que el resultado parece adolecer de una doble deficiencia: se transforma el enunciado legal más allá de lo que su dicción literal tolera y esta transformación no reporta ningún beneficio en el objetivo de amoldar el precepto a los mandatos de la Norma Suprema. Son estas razones las que, seguramente, impulsaron a GARCÍA MANZANO a predicar la conveniencia de una declaración de inconstitucionalidad del art. 119.3 de la Ley de Haciendas Locales. La STC 233/1999, de 16 de diciembre venía también acompañada de un voto particular de CONDE MARTÍN DE HIJAS en el que, siguiendo la estela de sus votos anteriores, critica la excesiva deformación del precepto enjuiciado (en concreto, el magistrado habla de una auténtica sustitución de un texto legal por otro) aunque en esta ocasión, ante la inoportuna práctica interpretativa que despliega el TC, CONDE MARTÍN DE HIJAS no defiende la inconstitucionalidad del precepto ya que tiene razones materiales para argumentar que el artículo 119.3 de la Ley de Haciendas Locales no contradecía el art. 14 CE. Su solución: la simple desestimación del recurso en este aspecto.

ordenamiento jurídico, desaparecen los señuelos del vacío y de la inseguridad capaces de propulsar la actividad legislativa.

Además, si, como antes veíamos, el legislador es mucho menos consciente de la necesidad de su intervención ante declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad que ante el impacto de la invalidez (invalidez que provoca un seguimiento de la decisión mucho mayor entre los actores políticos e incluso turbulencias en el debate público), ¿cómo van las Cámaras a percibir los defectos de una regulación ya sujeta a interpretación conforme pese a que un conjunto de votos particulares entiendan que el acomodo interpretativo se ha llevado demasiado lejos y que es insostenible de cara a la literalidad del precepto?

El uso abusivo de la interpretación conforme tal vez sea más grave si cabe en algunas impugnaciones relativas al sistema de distribución de competencias. Si el fallo del Tribunal Constitucional concierne a un solo legislador éste conserva intacta una cierta facultad de reacción pese a que, por factores exógenos (la poca motivación asociada a la modificación del precepto problemático cuando sobre éste a recaído una sentencia interpretativa), desaproveche la posibilidades de reforma o de derogación que el Parlamento decida adoptar. Pero en el ámbito autonómico, si la tensión interpretativa a la que se somete el texto enjuiciado (a fin de hacerlo compatible con el sistema de organización territorial del poder) se extiende más allá de los límites comúnmente admitidos *se está afectado a espacio de competencias reservado a otro legislador*. La decisión interpretativa por la que se estima la constitucionalidad de un precepto (aunque sujeta a las condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional) supone un bloqueo de las posibilidades de regulación que podría ejercer el legislador del ente que reclama la competencia.

En los epígrafes posteriores trataremos algunas de las peculiaridades que conciernen al uso de formas interpretativas de decisión en el escenario de las disputas competenciales y de las que se desprenden algunas diferencias lo suficientemente sustanciales (distinguir, por tanto, entre sentencias interpretativas en el área de la protección de derechos y sentencias interpretativas en los conflictos competenciales) como para desaconsejar un estudio uniforme del fenómeno como hasta el momento se ha venido abordando.

La declaración de inconstitucionalidad prevalece sobre la interpretación conforme.

Desde una perspectiva completamente opuesta a la anterior, en el análisis de la jurisdicción constitucional española se encuentran ejemplos de votos particulares en los que se reclamaba *una mayor insistencia interpretativa para salvar el precepto cuestionado*, interpretación que, en la decisión, se acabó desechando en favor de la declaración de inconstitucionalidad.

Uno de los mejores botones de muestra sobre este tipo de discrepancia es la STC 22/1985, de 15 de febrero (*Declaración de incompetencia mediante sentencia*), en la que se planteó si el artículo 82 a) de la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vulneraba el art. 24.1 CE en la medida en que permitía a los Tribunales del orden contencioso declarar, en la Sentencia por la que se ponía término al procedimiento, la inadmisión de recurso por incompetencia del órgano juzgador.

El problema era que, al desestimar el recurso por Sentencia (y no por Auto, o en el trámite de alegaciones previas), se obstaculizaba gravemente la tutela judicial efectiva ya que los plazos para impugnar la resolución ante el órgano competente habían sido rebasados impidiendo al recurrente volver a encauzar el proceso para obtener una resolución que resolviese el asunto de fondo.

Ante la opción de mantener el art. 82 a) LJCA en el ordenamiento jurídico mediante una interpretación constitucionalmente conforme o de cuestionar pura y simplemente la constitucionalidad del precepto, la mayoría decide que una interpretación antiformalista de dicho artículo (por la que la declaración de incompetencia debía hacerse siempre mediante Auto) contradecía el tenor del enunciado legal (en el que se mencionaba la “Sentencia” como instrumento para declarar la inadmisibilidad por incompetencia) y, por tanto, quedaba sólo el camino de la anulación. Tratándose de una ley preconstitucional, la Sala estaba facultada, en el recurso de amparo, para considerar derogado el precepto sin acudir al procedimiento de la autocuestión. El resultado al que desembocó la STC 22/1985 fue discutido en el voto particular del magistrado F. PERA VERDAGUER quien argumentó que, la mayoría de la Sala, al excluir la constitucionalidad del art. 82 a) LJCA, *se abstuvo de intentar una interpretación*

constitucionalmente compatible consistente en entender que, cuando un Tribunal de lo contencioso inadmitiese un recurso basándose en su incompetencia para conocer del mismo, no debía interpretarse que se había extinguido el plazo que la LJCA concedía para la interposición del recurso frente al órgano esta vez competente. La interpretación que invocaba el magistrado se hallaba, parece ser, bastante asentada en la práctica. Nótese como, además de los fundamentos tradicionales en los que se apoya el mandato de intento previo de acomodación constitucional como alternativa a la declaración de invalidez de la ley (como por ejemplo, el principio de conservación de ley), el magistrado apela aquí a una *razón material* en su defensa por la decisión interpretativa, a saber, que el funcionamiento de los tribunales no se vería distorsionado por el mantenimiento del precepto en el ordenamiento jurídico ya que la jurisdicción constitucional lo único que haría sería asumir una tendencia ya asentada en la jurisdicción ordinaria, se “constitucionalizaría”, pues, una interpretación legal.

En definitiva, aunque, tanto el Pleno como los sucesivos magistrados discrepantes coinciden en que la posibilidad de interpretar normas tiene sus límites de modo que no se puede llegar a entender que la norma dice lo contrario o algo sustancialmente distinto a lo que dice¹⁰, en muchas ocasiones *no hay acuerdo sobre los márgenes concretos* de estos límites interpretativos, lo que provoca la proliferación de disidencias, disidencias que, a su vez, se agrupan en dos variantes, las de los magistrados que opinan que la mayoría ha forzado la literalidad de la norma para proceder a su conservación, y, partiendo de una visión contraria, las de los magistrados que tildan de insuficiente el esfuerzo interpretativo de la mayoría en relación con una disposición que acaba declarándose inconstitucional cuando tal declaración de inconstitucionalidad podría haberse evitado.

Allí donde la mayoría ve una interpretación aceptable de acuerdo con los criterios hermenéuticos al uso, allí es donde algunos magistrados acusan a la mayoría del Tribunal Constitucional de haberse excedido sea en la interpretación de la norma, sea en el ejercicio de su poder de anulación al no invocar una posible interpretación constitucionalmente adecuada. Cada uno de estos desencuentros expresa, a nuestro

¹⁰ En este sentido STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ.5), afirmaciones similares se encuentran en la ya comentada STC 22/1985, de 15 de febrero (FJ.5), en la STC 119/1992, de 18 de septiembre (FJ.2) o en la STC 341/1993, de 18 de noviembre (FJ.2).

juicio con suficiente vehemencia, la dificultad de manejar nociones como la de “interpretación literal” para expresar aquella línea infranqueable para el intérprete. Ya hemos repetido con anterioridad que la “interpretación literal” depende, a su vez, de una previa interpretación del contexto.

Discusión sobre la pertinencia.

La segunda fuente de emisión de votos particulares se explica por *el desacuerdo en el uso y la pertinencia de recurrir a una sentencia interpretativa*. Una causa de esta discrepancia, claro está, puede atribuirse a la posición anterior, es decir, aquella que acepta la pertinencia de recurrir a la sentencia interpretativa siempre que no se tergiversa indebidamente el sentido del precepto que se intenta acomodar a la Constitución, aunque en principio (cosa que posteriormente pondremos en duda) puede apreciarse una preocupación específica en torno a la decisión de si se opta o no por un fallo de este tipo *sobre la base de la certeza jurídica* que ello puede generar.

La idea es que, en determinadas circunstancias, es preferible una declaración de inconstitucionalidad y de nulidad a sostener la constitucionalidad del precepto condicionándola a una interpretación, puesto que la extracción de la interpretación constitucionalmente correcta (o la eliminación de las interpretaciones inconstitucionales), al producirse de forma dispar, sea en el fallo, sea mediante remisión a un fundamento o sea mediante remisión a la general a la “doctrina contenida en la sentencia” puede agravar la incertidumbre sobre el significado constitucional que en cada caso debería mantenerse. Así, *el coste de declarar inconstitucional un precepto legal puede compensar el coste de preservar una interpretación difícilmente identificable*¹¹.

¹¹ También el voto particular de F.PERA VERDAGUER a la STC 22/1985 ofrece un buen ejemplo para ilustrar las objeciones contra la pertinencia de declarar la inconstitucionalidad de un precepto (en aquel caso derogación) en vez de preservar el enunciado legal cuestionado en el ordenamiento jurídico mediante interpretación conforme. En efecto, el magistrado discrepante puso de relieve el riesgo que entrañaba la expulsión del ordenamiento jurídico de un precepto que se hallaba inserto en una determinada, y compleja, institución procesal de modo que se hacía difícil eliminar un extremo de la práctica sin trastocar todo su conjunto. La observación del magistrado es especialmente atinada si se tiene en cuenta, además, que la derogación del precepto se consumó *en una sentencia de recurso de amparo sin que se incorporase al fallo de la misma* con lo que la identificación por parte de los operadores jurídicos que manejaban cotidianamente la disposición declarada inconstitucional resultaba ciertamente difícil.

Esta tendencia de no extremar los esfuerzos interpretativos que lleguen a alterar la certeza del derecho encuentra, como observa JIMÉNEZ CAMPO¹², una de sus máximas expresiones en el derecho penal y administrativo sancionador debido a la presencia del principio de taxatividad, aunque no es inusual que la consideración se extienda a otros campos y que sea objeto de posiciones enfrentadas.

La asociación entre la pertinencia de recurrir a técnicas interpretativas y la exigencia de seguridad jurídica se enlaza asimismo con la disputa entorno a la *forma* que deben adoptar los fallos: a menudo hay acuerdo en evitar la expulsión del precepto enjuiciado pero se discrepa sobre si la decisión debe adoptar un carácter desestimatorio (si se declara que el precepto *es conforme con la constitución* siempre que se entienda de un determinado modo) o si sería conveniente, a efectos de certeza, que el fallo adquiriese un carácter formalmente estimatorio (en el que se declarase que la disposición enjuiciada *es inconstitucional* siempre que no se interprete de un determinado modo).

Sobre este último punto, el voto particular de JIMÉNEZ DE PARGA a la STC 176/1999, de 30 de septiembre, (*Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro*) por ejemplo, es suficientemente representativo. En aquella ocasión, el magistrado defendió la conveniencia de dictar un fallo interpretativo en el que se consignase claramente el sentido que había que dar al precepto impugnado para evitar lecturas contradictorias que lesionasen tanto el principio de primacía de la Constitución como el principio de seguridad jurídica.

Recordemos que en la sentencia se discutía la constitucionalidad de la equiparación que una ley catalana había establecido entre beneficios fiscales que correspondían al Instituto para el Desarrollo de las Comarcas del Ebro y las exenciones y bonificaciones que correspondían a la Generalitat, con lo que parecía que, en contra del sistema de distribución competencial, el Parlamento de Cataluña había extendido el ámbito de aplicación de exenciones a tributos que no eran competencia de la Comunidad catalana. JIMÉNEZ DE PARGA, proponía que la interpretación por la que el TC juzgaba constitucional el enunciado de la ley (a saber, que el reconocimiento de exenciones sólo

¹²J.JIMÉNEZ CAMPO: ¿Qué hacer con la ley inconstitucional?..., *op. cit.*, p.49.

se podía proyectar a los tributos reconocidos a la Generalitat) se reprodujese en el fallo sin perjuicio de la desestimación de la demanda de inconstitucionalidad¹³.

¹³La jurisprudencia constitucional española ya conocía otros antecedentes en los que magistrados discrepantes habían reclamado la necesidad de una sentencia interpretativa en contra de la solución mayoritaria de mera declaración de conformidad constitucional. Un ejemplo lo encontramos en el voto particular de GABALDÓN LÓPEZ a la STC 337/1994, de 23 de diciembre, por la que se resolvió la cuestión de constitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo contra determinados preceptos de la Ley 7/1983, de 18 de abril, del Parlamento de Cataluña de Normalización lingüística. El magistrado discrepante, de modo similar a como lo hace JIMÉNEZ DE PARGA en el voto a la 176/1999, entiende que la formulación de reservas a la constitucionalidad de algunos preceptos cuestionados permitirían rechazar aquellas interpretaciones tendentes, dentro del modelo de enseñanza en el que el catalán se erige como lengua vehicular, a excluir el reconocimiento del derecho a recibir la enseñanza en castellano. En particular, según GABALDÓN LÓPEZ, el TC debería haber condicionado la constitucionalidad de la ley mediante una interpretación conforme que evitase la imposición del catalán como lengua principal para quienes no hubiesen adquirido suficiente conocimiento de esta lengua aunque hubiesen cursado sus primeros estudios en Cataluña. De modo similar, señala el magistrado, al establecer que los centros de enseñanza deberán hacer de la lengua catalana el vehículo de expresión normal en todas sus actividades no puede interpretarse en el sentido que no sea posible el uso normal del castellano hasta el punto de que la lengua se convierta en un obstáculo de integración entre los miembros de dichos centros. Esta preferencia por la inserción de un fallo de carácter interpretativo resulta general (tal vez debido a la propia generalidad de los preceptos enjuiciados y al delicado contexto político y social que envuelve el juicio sobre la ley de Normalización Lingüística) y omite un análisis pormenorizado acerca de la estructura de la sentencia interpretativa y de su pertinencia en situaciones determinadas, algo que, posteriormente, sí bosquejó el voto particular de MENDIZÁBAL ALLENDE a la STC 48/1995, de 14 de febrero. En aquella ocasión el Tribunal Constitucional resolvió una autocuestión planteada contra el art. 45.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, artículo que contenía la obligación de comunicar al juzgado de lo Social la presentación de documentos que se hubiesen previamente presentado ante el juzgado de Guardia en el último día del plazo legalmente establecido para practicar esta actuación. El TC entiende que la medida se ajusta a la naturaleza del proceso laboral caracterizado tanto por la especialidad como por la celeridad (entiende que es razonable que la parte se ocupe de comunicar al orden social aquello que ha realizado *in extremis* en el Juzgado de Guardia) y considera que la carga adicional de comunicar la presentación del documento ante el Juzgado competente no es desproporcionada con la finalidad procesal perseguida. Sin embargo, el magistrado MENDIZÁBAL ALLENDE, después de teorizar sobre los fundamentos del principio de conservación de normas (señalando la doble fuente de la presunción de legitimidad de las leyes, tanto por razones democráticas como por razones de adecuación a la Ley Suprema), argumentó que, de la ley, no se seguía la sanción de ineficacia de presentación del escrito en caso de no realizar la comunicación al Juzgado de lo Social. Tal sanción de ineficacia *era una consecuencia extraída por la interpretación que la jurisdicción ordinaria hacía en el momento de aplicar el precepto cuestionado*. Siendo esta posibilidad hermenéutica la que MENDIZÁBAL ALLENDE considera desproporcionada y, por tanto, inconstitucional, la solución, según su criterio, pasaba por realizar una interpretación conforme que evitase la interpretación tendente a asociar la falta del requisito con la ineficacia. Se perfila, pues, un intento de desentrañar aquellas condiciones en las que la sentencia interpretativa es una solución necesaria, sentencia que, según parece indicar el voto particular, se debería haber dictado no sólo en el fallo por el que se resuelve la autocuestión sino también en el amparo con lo que parece aceptarse la idoneidad de una interpretación conforme de la ley en este último tipo de procedimientos constitucionales.

De este voto particular, DÍAZ REVORIO extrajo la conclusión de que, en ocasiones, el fallo interpretativo resultaba un instrumento de uso imprescindible, esforzándose en definir las condiciones de esta necesidad¹⁴, pero al invocar la STC 176/1999 como paradigma de esta coyuntura, el mencionado autor dejaba de lado que la misma decisión venía acompañada por el ya comentado voto particular de MARTÍN CONDE DE HIJAS quien había rechazado rotundamente la procedencia de la interpretación conforme (sin ni siquiera hablar de su consignación en el fallo), denunciando que la mayoría había forzado la dicción del precepto para “hacerle decir lo que no dice”.

De alguna forma el voto de JIMÉNEZ DE PARGA y el de CONDE DE HIJAS se *cancelaban mutuamente*, pues allí donde uno veía pertinencia, el otro veía una extralimitación, de donde se sigue que, más que una sentencia en la que se manifieste de forma patente los requisitos que obligan a dictar un fallo interpretativo (como cree DÍAZ REVORIO) lo que se expresa en la STC 176/1999 es, más que nunca, la bipolaridad de opiniones que entorno a las técnicas interpretativas se desata en el seno del Tribunal. Bien es cierto que CONDE DE HIJAS discrepaba entorno a la corrección del uso de la interpretación conforme y JIMÉNEZ DE PARGA, en torno a la plasmación de una operación interpretativa a la que, en principio, no se opone. Podría argumentarse que las observaciones se mueven en planos distintos (como de hecho se mueve nuestra propia exposición del problema tal como los presentamos en diferentes epígrafes). No obstante, como ya hemos señalado, no se trata en realidad de planos incomunicables sino de *cuestiones que se plantean progresivamente* ya que carece de sentido plantearse si la interpretación de la ley debe contenerse en el fallo (como hace JIMÉNEZ DE PARGA) si, previamente, se niega la aplicabilidad de la interpretación conforme para resolver las tachas de inconstitucionalidad que viciaron el precepto impugnado (como hace CONDE DE HIJAS).

Es ante la duda de inclinarse por una forma u otra de decisión, a fin de esclarecer, entre otros puntos, cuándo las sentencias interpretativas deben utilizarse (si es que existen estas situaciones) y qué técnica es mejor para asegurar la publicidad de la interpretación establecida, que, como veremos, los comentaristas se sienten impelidos a proponer una clasificación de sentencias que ilustre al vacilante tribunal sobre la fórmula óptima a

¹⁴ F.J. DÍAZ-REVORIO: “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas...”, *op. cit.*, pp.26-27.

escoger para reparar los posibles vicios de inconstitucionalidad de la ley mediante interpretación, pero como la incertidumbre ya se extiende en la discusión sobre la interpretación conforme como instrumento selectivo de interpretaciones que permiten evitar la declaración de inconstitucionalidad, no sorprende que aquellas categorías que presuponen la corrección de este proceso, se derrumben como un castillo de naipes cada vez que el Tribunal, como reflejan las contradicciones entre sus miembros, “parte de cero” al abordar el problema de las interpretaciones forzadas.

Discusión sobre los límites en relación con el legislador.

Finalmente, otra de las disputas cíclicas entre mayoría y magistrados discrepantes a lo largo de la jurisprudencia constitucional española afecta a un tema clásico en el análisis de la actividad de un Tribunal Constitucional: el de sus límites en relación con el legislador. La controversia irrumpe cuando la declaración de nulidad del precepto legal cuestionado es insuficiente para reparar el vicio de constitucionalidad advertido, sea porque las consecuencias de la declaración de nulidad son constitucionalmente más gravosas ya que al eliminar la norma se elimina todo un régimen que sólo era inconstitucional en la parte en que no preveía un determinado extremo (como sucede en el marco del principio de igualdad), o sea, en general, porque se detecta una omisión legislativa inconstitucional que debe repararse inmediatamente (lo que descarta una apelación al legislador).

El argumento de los magistrados disidentes suele insistir en que es legislador a quien le corresponde perfilar el régimen jurídico, habitualmente complejo, que requiere la reparación de la inconstitucionalidad detectada y que, al imponer directamente una opción (por ejemplo, la extensión de un beneficio a un grupo inicialmente excluido por la ley) el TC transgrede los límites de su función de “legislador negativo”. En el trasfondo de este conjunto de críticas puede apreciarse una marcada preocupación de los votos particulares por alertar que la mayoría está introduciendo directamente contenidos significativos que no se encontraban previamente en el texto enjuiciado, y como más patente es esta introducción de contenidos significativos, más encrespada suele ser esta oposición, llegando a su clímax cuando la mayoría, para reparar la inconstitucionalidad, *introduce contenidos textuales en el fallo*. Esta inserción de elementos textuales y/o de elementos normativos extraídos por relación entre diversos preceptos, será lo que

después, con una cierta unidimensionalidad de criterio, la doctrina denominará sentencias aditivas, en las que se indica que un artículo es inconstitucional “en cuanto no prevé...” o “no incluye...” o “excluye...” las disposiciones necesarias que se requieren para ajustar la ley a los mandatos constitucionales.

Buenos ejemplos de esta dialéctica entre Pleno y el voto particular lo encontraríamos en la STC 116/1987, de 9 de julio (*militares profesionales de la II República*), en relación con el voto particular formulado por los magistrados F.RUBIO LLORENTE y L.DÍEZ PICAZO¹⁵, en la STC 222/1992, de 11 de diciembre (*Subrogación arrendamientos urbanos*), donde la decisión de la mayoría contrasta con las reservas de los votos

¹⁵ El caso hace referencia a la típica situación de reparación de una discriminación detectada por el TC (el TC juzga injustificada la diferencia que realiza la Ley 37/1984 de 22 de octubre entre aquellos militares profesionales que ingresaron en el ejército de la República antes del 18 de julio de 1936 de los que lo hicieron después con la consecuente restricción de beneficios para los segundos) sin que la solución de la nulidad de los preceptos de la ley impugnada aparezca como idónea para impedir la vulneración del art. 14 CE (puesto que anular los citados preceptos conllevaría la exclusión del beneficio para todo el personal militar profesional de la República en conjunto). El TC opta para declarar inconstitucional los arts. 1 de la Ley 37/84 en cuanto que excluye del ámbito de aplicación del Título I (y, por tanto, de los correspondientes beneficios allí reconocidos) a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936, la misma operación se realiza respecto el art.4 de la citada ley, en cuanto incluye en el Título II de la Ley (y, por tanto, excluye de los beneficios de la misma) al colectivo en cuestión. El TC procede, entonces, a extender o a reducir el conjunto de sujetos destinatarios de la norma sin modificar la disposición enjuiciada. La solución es severamente criticada en el voto particular formulado por los magistrados F.RUBIO LLORENTE y L.DÍEZ-PICAZO al entender que el TC, por su condición de “legislador negativo” sólo puede actuar expulsando normas del ordenamiento jurídico (los magistrados dicen “normas” aunque seguramente se refieren a disposiciones) y no creando una norma nueva para atender a la pretensión que le estaba planteada. (“Como se ha recordado en multitud de ocasiones, al enjuiciar la constitucionalidad de las Leyes, el Tribunal actúa adoptando el papel de lo que se ha llamado un «legislador negativo», esto es, decretando la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por su contradicción con la Constitución. Y esta es la única función que en rigor puede serle requerida. En el caso concreto, era claro que el Tribunal que propuso la cuestión no podía buscar ni la nulidad de la norma, ni el mantenimiento de su vigencia, puesto que con ninguna de las dos soluciones se podía atender a la pretensión que ante él estaba planteada. El Tribunal proponente de la cuestión trató de que el Tribunal Constitucional creara una norma nueva convirtiéndose en «legislador positivo». Y esto, es, finalmente, lo que el Tribunal ha hecho”). El voto particular reconoce que el TC, en otros supuestos de reparación de una discriminación del art. 14 CE, ha optado por anular parcialmente uno o varios incisos de las disposiciones impugnadas (lo que, dicen, los italianos llaman “sentencias manipulativas” aunque la expresión utilizada por RUBIO LLORENTE y DÍEZ PICAZO sólo responde a una de las varias acepciones que recibe la misma entre la doctrina italiana y la española). En cambio, los magistrados discrepantes denuncian que en el presente caso el reajuste del texto legal se haya producido sin nulidad de ninguna parte de la disposición legal lo que, creen ellos, está vetado al Alto Tribunal.

pronunciados por A.RODRIGUEZ BEREIJO¹⁶ y por J.GABALDÓN LÓPEZ¹⁷ o, asimismo, en la STC 103/1983, de 22 de noviembre (*Requisitos adicionales pensión de viudedad*), en la que la oposición entre la mayoría y el voto particular de J. AROZAMENA SIERRA reproduce el mismo esquema. Sin embargo este último pronunciamiento (la STC 103/1983) el debate se traslada a otra dimensión: el TC había constatado que el régimen de acceso a una pensión de viudedad era diferente para los viudos que para las viudas juzgando que esta diferencia (más gravosa para los viudos) era irrazonable y, consiguientemente, inconstitucional. Ocurre entonces, en este supuesto, que la reparación de la desigualdad, o sea, la equiparación de los viudos al régimen más favorable de las viudas, se consigue eliminando las palabras “la viuda” del precepto del al Ley General de la Seguridad Social constitucionalmente problemático, aunque ello no impide al magistrado discrepante llamar la atención sobre la extralimitación ejercida por la mayoría al “innovar” por vía de sentencia “el derecho de la seguridad social (...) lo que obviamente no es una tarea propia de la que se ha llamado función de legislador negativo como única que compete al Tribunal Constitucional”.

Obsérvese que en la STC 103/1983, pese a que en el fallo no se introducen contenidos textuales (como en la STC 222/1992) la eliminación de un inciso *continua produciendo la introducción de contenidos significativos* que igualmente modifican la ley enjuiciada de acuerdo con un régimen establecido por el TC, y de ahí se explica que la crítica de AROZAMENA SIERRA sea similar a la que acompaña a las sentencias que incorporan material textual en el fallo. Conclusión: como vamos diciendo desde el inicio de este

¹⁶ Entre otras afirmaciones, en el voto a la STC 222/1992 el magistrado RODRÍGUEZ BEREIJO sostiene que “El legislador dispone de un amplio margen de libertad de configuración del régimen jurídico de los arrendamientos urbanos y en la apreciación de las cambiantes circunstancias sociales y económicas de la vida de cada momento. (...) En todo caso, no corresponde al Tribunal Constitucional, en su función de *legislador negativo*, llevar a cabo esa extensión, *ex Constitutione*...”.

¹⁷ Sobre la extensión del beneficio de subrogación de inquilinato a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido, GABALDÓN LÓPEZ opina que “...la constitucionalidad de tal determinación no significaría que la opción legal vigente no lo sea. Y en el presente caso hay que agregar a ello una reflexión acerca de las consecuencias, distintas en uno y otro supuesto porque la extensión del beneficio de 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. Y esta observación pone de manifiesto, una vez más, los límites de la función de este Tribunal, cuyo carácter de legislador negativo, autorizado inequívocamente para erradicar del ordenamiento los preceptos de Ley contrarios a la Constitución, presenta en cambio serias dificultades cuando se trata de llevar a cabo el efecto contrario, o sea el de extender una norma legal a casos no previstos en la misma y que exigiría, por su propia naturaleza, de una regulación que sólo al legislador corresponde”.

trabajo *la introducción de contenidos significativos que transforman los mandatos legales se produce muy a menudo (por no decir siempre) aunque el TC no injerte ningún contenido textual.*

De esta observación se siguen dos consecuencias: primera, que la crítica reproducida en los votos particulares por la que se acusa a la mayoría del Tribunal de rebasar sus funciones de “legislador negativo” depende a menudo (aunque no necesariamente, como demuestra la STC 103/1983) de lo que aquí llamaremos el “carácter simbólico de la adición textual”, es decir, de que las reacciones hostiles a una actuación que se condena por ser contraria a la libertad de configuración del legislador se imputa a una circunstancia (la modificación del contenido normativo de la ley mediante directrices *expresamente* consignadas en el fallo de una sentencia) que incide muy poco o nada en una operación sistemáticamente producida en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, a saber, *la transformación de la ley por introducción de significados* por parte del órgano juzgador.

Segunda consecuencia: al no identificar la auténtica operación que se realiza en las sentencias que incluyen material textual para reparar la inconstitucionalidad (o modificaciones de carácter normativo expresamente señaladas que alteran las disposiciones en cuestión) de las operaciones que se incluyen en el resto de sentencias interpretativas, la construcción de categorías sobre la base del injerto añadido no sólo oculta el proceso real de construcción de significados sino que contribuye a complicar el análisis de las actuaciones del Tribunal Constitucional.

Ahora apelábamos al ejemplo de aquellas sentencias en las que se incorporaban nuevos elementos textuales en el enunciado legal y que la doctrina encuadra bajo la rúbrica de “sentencias aditivas”¹⁸ pero el carácter intercambiable y la poca relevancia de las categorías invocadas es un lastre que arrastra *a todas* las tipologías de sentencias del Tribunal Constitucional hasta el momento ofrecidas.

¹⁸ Vid. J.F.DÍAZ REVORIO: “Interpretación constitucional de la ley...”, *op. cit.*, p.21; M.A. GUTIÉRREZ ZARZA: “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1995, n.3, pp.1003-1040; J.VECINA FUENTES: “Las sentencias “aditivas” del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador”, en *Justicia*, 1993, n.III-IV, pp. 477-493.

Una buena prueba en la que apuntalar las observaciones anteriores se encuentra en la STC 74/1987 de 25 de mayo (*Asistencia de intérprete*). Como es sabido, en este caso el Gobierno Vasco había planteado recurso de inconstitucionalidad contra el art. 520.2 e) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según el redactado de la Ley 14/1983, de 13 de diciembre, que se refería exclusivamente al derecho de toda persona detenida o presa a ser asistida gratuitamente por un intérprete, cuando se tratase de un extranjero que no comprendiese o no hablase el castellano.

La cuestión que se planteaba consistía en precisar si un ciudadano español que no comprendiese o hablase el castellano también tenía derecho a ser asistido por un intérprete. El TC entendió que el derecho era extendible a los ciudadanos españoles que no conociesen suficientemente el castellano, puesto que la ignorancia de la lengua afectaba al ejercicio de un derecho fundamental (el derecho a la defensa) de forma que esta afectación primaba sobre el deber de conocimiento de la lengua oficial establecido en el art. 3.1 CE. De esta forma el TC resolvió la incompatibilidad entre el art. 520.2 e) de la LECrim. y la Constitución mediante un sentencia en cuyo fallo establecía que dicho artículo no era inconstitucional interpretado en el sentido que no privaba del derecho a ser asistido por intérprete a los ciudadanos españoles que no comprendiesen o no hablasen el castellano.

Pues bien, el TC aprovecha el fallo de esta sentencia, para *introducir nuevos significados que transforman la comprensión inicial del art. 502.2 e) de la LECrim.* aunque, aparentemente, *no se reconozca ninguna adición textual.* De hecho, en la STC 74/1987, de 25 de mayo se aprecia una operación *idéntica* a la definida en las decisiones que, para evitar la vulneración del principio de igualdad, extienden un beneficio a un colectivo discriminado, o que, en sentido similar, extienden un régimen para cubrir una omisión inconstitucional de la ley; en concreto, la constitucionalidad de la norma sólo podía mantenerse si se entendía que el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete se reconocía no sólo a los extranjeros sino también a los ciudadanos españoles. Lo único que varía es que, en vez de presentarse la extensión del derecho al intérprete como una innovación no presente en el texto legislativo, se presenta como una “interpretación”¹⁹. En todo caso, lo único que logra este encubrimiento es aplacar los

¹⁹ Así lo presupone el TC al afirmar que “*Basta pues, con interpretar la norma impugnada con arreglo a la Constitución, lo que es perfectamente posible, para disipar todo reproche de*

ánimos de algunos magistrados críticos (pues no se formula ningún voto particular) pese a que el significado del precepto recurrido haya sido, de la misma forma, sustancialmente modificado.

Al comentar la STC 74/1987, JIMÉNEZ CAMPO²⁰, no obstante, parecía compartir la visión del TC acerca de la diferencia entre el caso del derecho al intérprete y el resto de situaciones en las que se produce una inconstitucionalidad de la ley por tácita exclusión de un colectivo que debería haberse incluido en la regulación. La propuesta se anclaba en la idea de que en la STC 74/1987 la laguna legal se subsanaba con la aplicación del art. 24.1 CE en cuanto prohíbe toda indefensión, rasgo que separaría a este pronunciamiento de otros en los que el vacío se colma mediante una analogía solamente impuesta por el art. 14 CE y no por otro derecho fundamental, lo que exigiría no una sentencia meramente interpretativa (calificación que según JIMÉNEZ CAMPO y según el TC merece la STC 74/1987) sino un fallo con mayor reelaboración del precepto legal (operación que JIMÉNEZ CAMPO califica de “integradora” rehusando el empleo de la palabra “aditiva”).

El razonamiento induce a pensar que esta “mayor reelaboración normativa” se produce en una situación de desigualdad de beneficios o cargas producidos apreciables sólo en función de la prohibición de discriminación del art. 14 CE. Dicho de otro modo, la alteración sustantiva de la ley se produciría sólo en casos concernientes al principio de igualdad, pero con esta conclusión no podemos estar sino en desacuerdo. Aunque los intereses reales de su exposición vayan por otros derroteros (en concreto, demostrar que el juez ordinario puede colmar los vacíos de la ley inconstitucional sin planteamiento de la cuestión²¹), JIMÉNEZ CAMPO parece entender que si la subsanación del vacío legal se puede apoyar en normas deducidas de otros artículos de la Constitución

inconstitucionalidad.” En el mismo fundamento (el cuarto) parece delatar la actuación del TC el que acepte la conveniencia de una futura actuación legislativa para concretar el derecho de los ciudadanos españoles a un intérprete en las diligencias policiales en caso de no comprender el castellano. (“el derecho de toda persona, extranjera o española, que desconozca el castellano a usar de intérprete en sus declaraciones ante la Policía, deriva, como se ha dicho, directamente de la Constitución y no exige para su ejercicio una configuración legislativa, *aunque ésta puede ser conveniente para su mayor eficacia*”, STC 74/1987, Fj. 4). Como no es infrecuente, el efecto de esta apelación a la autoridad legislativa se encuentra carente de consecuencias, con lo que es perfectamente prescindible.

²⁰ J. JIMÉNEZ CAMPO: “Analogía «Secundum Constitutionem»”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.13, 1992, pp. 22-24.

(especialmente derechos fundamentales) la sentencia del TC adopta un cariz “interpretativo” mientras que cuando el fundamento de la laguna es sólo el art. 14 CE la sentencia deberá concebirse en términos “integradores”.

Sin embargo, hay que objetar, ya se produce una primera “reelaboración” de significados en el momento en el que se decide si la discriminación afecta sólo al 14 CE o afecta a otros derechos fundamentales y, lo que tampoco resulta baladí, puede también suceder que el artículo 14 CE imponga la obligación de subsanar una laguna apoyándose en *otros* preceptos constitucionales como los principios rectores de la política social y económica. Es más, de hecho, aunque el art. 14 CE pueda ofrecer una protección autónoma, su potencialidad en la práctica para integrar una laguna legal se consolida (como en la STC 222/1992 sobre el art. 47 CE) cuando otras normas constitucionales contribuyen a evidenciar la inadmisibilidad de la exclusión legal.

El caso del derecho al intérprete es un caso muy claro de asociación en el que otro derecho fundamental (el 24.1 CE) se ve afectado (y de ahí que la STC 74/1987 si identifique con una “sentencia interpretativa” en la que la reelaboración de la norma parece muy atenuada) pero ello no desmiente primero, que pese a la aparente “deducción simple” de la interpretación del 24.1 CE esta “deducción” no sea equiparable a la operación interpretativa (es decir, a la “integración”) que se produce al conjugar el art. 14 CE con cualquier otro derecho fundamental o cualquier otro precepto constitucional y, segundo, que, de hecho, las carencias de una ley en relación con el art. 14 CE suelen apreciarse (aunque ello no sea necesariamente así) precisamente porque la exclusión tácita de un colectivo resulta incompatible *desde otra perspectiva constitucional* (a la luz de otros mandatos constitucionales más allá del artículo 14 CE).

2. Confusión en la doctrina. Estado de la cuestión, crítica y nuevo planteamiento.

A nuestro juicio, la principal carencia que presentan las diversas clasificaciones *procede de la ausencia de razones sobre las que basar las categorías diseñadas*. El ejemplo de las sentencias aditivas que exponíamos anteriormente resulta decisivo para comprobar hasta qué punto las distinciones conducen a un callejón sin salida, es decir, hasta qué

²¹ J.JIMÉNEZ CAMPO: *Ibidem*. pp. 28-30.

punto se trata de *distinciones que no distinguen*: la introducción de significados normativos que transforman el contenido de la ley *no se produce ocasionalmente sino siempre*, en toda sentencia que vaya más allá de declarar la simple conformidad de la ley con la Constitución (e incluso en éstas puede haber en los fundamentos una nueva inyección de significados que alteren la comprensión del texto legal).

De este modo, quedan barridas aquellas clasificaciones que subrayaban la diferencia entre las sentencias interpretativas y las sentencias “manipulativas” (aditivas, sustitutivas, reductoras...) puesto que en todas se reconstruye el contenido del precepto legal y, ello, hay que enfatizarlo, *con independencia de que se incluyan o no elementos textuales en el fallo de las resoluciones* cuya incidencia sobre la modificación significativa de la ley, más allá de una cierta preeminencia simbólica, resulta intrascendente.

Podría añadirse que, lo dicho, desvirtúa también aquellas clasificaciones que dividen la sentencias según un criterio formal —destimatorias, desestimatorias de interpretación, estimatorias, estimatorias parciales o, en resumen, en función de lo que el fallo establezca— y según un criterio material (o sea, en función de los efectos producidos en el contenido normativo del precepto cuestionado); pero en la línea de nuestras anteriores sugerencias, cabría preguntarse de una vez por todas *¿para qué sirven estas distinciones? ¿A qué responde y qué frutos se obtienen al clasificar las sentencias según lo que su fallo dispone o según los efectos que las sentencias tienen en los significados de las leyes examinadas?*

Si es para señalar *los límites* de la actuación del TC ya hemos visto que, desde luego, ninguna categoría puede impedir la consumación de una práctica inherente al funcionamiento del lenguaje y los procesos interpretativos (en términos hermenéuticos, a la aplicación de un texto al caso concreto, que en nuestro escenario es contraste de textos y contraste de textos con incidencia de elementos no textuales presentes en la realidad).

Si es para señalar el grado de vinculación de los distintos pronunciamientos (factor que parece preocupar más en el seno de la jurisdicción constitucional que en la propia doctrina), asociar determinadas formas de decisión a un *menor* grado de vinculación

sobre el resto de operadores es contraproducente porque acabaría laminando la autoridad del Tribunal: si se aprecia la necesidad de una interpretación para ajustar el contenido de la ley a los mandatos constitucionales, ¿qué sentido tiene sugerir que esta interpretación no vincula con la misma intensidad que otra interpretación formulada en otro tipo de sentencias? Si se consigna una interpretación conforme *es para buscar algún efecto*. Si no, no tiene sentido que dicha interpretación se destaque sea cual sea el tipo de sentencia en que aparece.

Al atribuir una función interpretativa al TC (como hace el art. 5.1 LOPJ) debemos ser consecuentes con la idea de aceptar que toda función interpretativa conlleva una atribución innovadora de significados. Lo que parece haber sucedido *es que se ha construido todo un aparato tipológico* (o, más bien dicho, una diversidad de aparatos tipológicos, ya que casi cada autor presenta uno con variedades) *sin pensar ni en los fundamentos ni en la utilidad de los mismos*.

Antes de dedicar algunas precisiones que apoyen nuestros alegatos entorno a la desorientación doctrinal que ha conducido a la ausencia de acuerdo sobre el uso de las categorías manejadas, a la invocación de “distinciones que no distinguen”, y a la presencia de otras dificultades que han enturbiado el debate, queremos avanzar brevemente lo que serán las constantes de este trabajo de aquí hasta su culminación.

En suma, el giro copernicano en el estudio de las decisiones interpretativas que proponemos pasa por reflexionar acerca de un sistema que, sobretodo, y a diferencia de los anteriores, proporcione *ciertas condiciones de predictibilidad* de la actuación del TC (aunque nunca serán condiciones completas porque en interpretación, como ya hemos mostrado, las posibilidades de concreción forman un conjunto infinito). Estas ciertas condiciones de predictibilidad dependerán de una asociación entre el uso de las resoluciones por parte del TC y *la preexistencia de unas relaciones institucionales*.

Es en las relaciones institucionales donde se cobijan buena parte de las “razones” que impulsan al TC a adoptar una forma u otra en sus interpretaciones, razones con las que las anteriores clasificaciones no contaban. Estas condiciones institucionales se despliegan en relación con los distintos poderes, pero también en relación con los distintos procedimientos de acceso a la jurisdicción constitucional en los que se plantea

el control de constitucionalidad de las leyes²². Ya el *estudio de derecho comparado* que anteriormente hemos ofrecido nos ha permitido comprender lo determinante del sustrato institucional para comprender la utilidad de formas de decisión. Podía ya entreverse a lo largo de la segunda parte del trabajo que la estructura institucional nos daba información acerca de cómo en cada sistema se concretaba el juicio de constitucionalidad, lo que aprovecharemos para *ponderar* algunos de los instrumentos entonces analizados y *su adaptación* a nuestro escenario.

Para finalizar el estudio, presentaremos algunos ejemplos de estas “razones sustanciales” que permiten explicar la preferencia por una solución interpretativa frente a una solución de invalidez en el control de constitucionalidad de las leyes o que, en un plano distinto, se decantan por una forma diversa de gestión de la interpretación constitucional recogida en los fundamentos de la sentencia. Como sugeríamos en nuestras objeciones a la implantación del modelo analítico, un planteamiento en esta línea difícilmente dará cuenta de la multitud de factores que dirigen la decisión en un sentido u en otro como son la incidencia económica de los fallos, el temor al vacío como consecuencia de una declaración de nulidad, la mayor o menor complejidad en la reparación de la inconstitucionalidad, y, claro está, los factores institucionales que también, en este caso, como una “razón sustancial más” pueden llegar a moldear el fallo adoptado.

En síntesis, la siguiente aproximación al fenómeno de las decisiones interpretativas tendrá como objetivo explicar la adopción de las diversas fórmulas empleadas por el TC constituyendo factores a tener en cuenta en la descripción de dichos pronunciamientos:

- a) Las condiciones institucionales.
- b) Las “razones sustanciales” en la formalización de los juicios de constitucionalidad.

²² Esta intuición coincide con lo expresado en su día por JIMÉNEZ CAMPO (a la sazón casi el único autor español con cuyas aproximaciones estamos de acuerdo) quien subraya la precariedad de la interpretación abstracta de los enunciados legales en el recurso de inconstitucionalidad en contraposición con el carácter aplicativo de la cuestión de inconstitucionalidad, con el peligro, por consiguiente, de que los pronunciamientos aventurados

3. Primer obstáculo: desacuerdo en el uso de categorías y distinciones que no distinguen.

El discurso sobre las decisiones interpretativas no sólo se enmaraña porque unos sugieran una diversa aplicación de las categorías que creen previamente haber aislado (así, quienes postulan la necesidad de recurrir forzosamente a fallos interpretativos frente quienes recomiendan una estricta moderación en su uso), sino que se devalúa debido a *la debilidad de las distinciones* que se invocan al ordenar los pronunciamientos de Tribunal como paso anterior a la valoración de estas técnicas.

La evidencia de este déficit se ratifica en el hecho de que muchos autores admiten el carácter *intercambiable* de las categorías anteriormente trazadas. Sobre las sentencias interpretativas y las manipulativas, después de lo que hemos defendido sobre el carácter transformador de toda interpretación, se comprende porque, aún inconsciente de la similitud en los grados de creatividad que se detectan en ambas resoluciones, una autora como GUTIÉRREZ ZARZA acaba reconociendo que:

Es difícil establecer límites claros y precisos entre las sentencias interpretativas y las manipulativas. Las sentencias primeras excluyen una o varias de las interpretaciones que una disposición ofrece, mientras las sentencias manipulativas transforman su significado, pero la distinción entre uno y otro tipo de sentencias es a veces tan difícil como distinguir entre interpretación extensiva de un precepto y analogía²³.

Entre los comentaristas que desarrollan sus clasificaciones sobre el eje de la forma que adopta el fallo, el reconocimiento de las relaciones de identidad entre los tipos de pronunciamiento que anteriormente habían distinguido todavía es más sincero. Así EZQUIAGA GANUZAS admite, por ejemplo, que si analizamos con detenimiento 1) aquellas decisiones *estimativas* del recurso o de la cuestión que declaran una norma inconstitucional y 2) aquellas decisiones que *desestiman* el recurso declarando que una norma es inconstitucional nos percatamos que el carácter de ambas declaraciones es el

en el recurso descarten anticipadamente aplicaciones constitucionales de la ley. Vid. J.JIMÉNEZ CAMPO: “¿Qué hacer con la ley inconstitucional?”, *op. cit.*, p.67.

²³ M.A. GUTIÉRREZ ZARZA: “Las sentencias interpretativas y aditivas...”, *op. cit.*, p.1023.

mismo: la conformidad con la Constitución de la disposición y el rechazo e invalidez del significado indicado.

Es exactamente lo mismo declarar que «la disposición D es inconstitucional si es interpretada en el sentido N» que decir «la disposición D es conforme con la Constitución si no es interpretada en el sentido N»²⁴.

De modo que el sentido del juicio de constitucionalidad (estimatorio o desestimatorio) acaba, según el mismo EZQUIAGA GANUZAS, por ser *indiferente*²⁵.

Próximo a estas afirmaciones se encuentra igualmente DÍAZ REVORIO quien expone una clasificación general de decisiones siguiendo, primero, un criterio formal y, después, un criterio material²⁶. El criterio formal —a grandes rasgos— agrupa las sentencias en relación con el tenor del fallo según sean desestimatorias, de estimación total o de estimación parcial²⁷. El criterio material, en cambio, atiende a “los efectos realmente producidos por el fallo en el contenido normativo”, con lo que concluye que, en la senda de EZQUIAGA GANUZAS, “todas las sentencias interpretativas *son materialmente estimatorias*” de modo que “todas las sentencias que formalmente son interpretativas de desestimación, materialmente son interpretativas de estimación en sentido amplio”²⁸. Pero una vez descubierto que todas las sentencias interpretativas eran materialmente estimatorias uno se siente tentado a preguntar por qué este autor se ha esforzado en construir una clasificación “formal” para después revelarnos que, vistas las cosas con más detenimiento, no había diferencia (¿?).

²⁴ F.J. EZQUIAGA GANUZAS: *La producción jurídica y su control...*, *op. cit.*, p.261.

²⁵ *Ibidem.* p. 256. Sobre la similitud entre las sentencias interpretativas estimatorias y desestimatorias *vid.* X.PIBERNAT: “La sentencia constitucional como fuente de derecho”, *op. cit.*, p.82. También M.A.GUTIÉRREZ ZARZA: *op. cit.*, pp.1020-1021: “En estos casos el TC tiene dos vías que conducen al mismo resultado (esto es, mantener en el ordenamiento el enunciado legal pero que sólo se interprete en el sentido o sentidos constitucionales). Puede declarar la inconstitucionalidad de todas las interpretaciones contrarias a la Constitución, o bien puede mencionar expresamente aquellas interpretaciones constitucionalmente legítimas. (...) Ambas resoluciones son dos caras de la misma moneda que fácilmente pueden ser intercambiables”.

²⁶ J.F.DÍEZ REVORIO: “Interpretación constitucional de la ley...”, *op. cit.*, p.19.

²⁷ *Ibidem.* pp. 19-21.

²⁸ *Ibidem.* p. 22.

Estas muestras nos sirven para confirmar lo que augurábamos: la fragilidad de las clasificaciones; sus márgenes son tan dúctiles que pocos provechos pueden de ellas derivarse. Por si fuera poco, además, a veces algunas de las presuntas equivalencias entre categorías que se acaban aceptando —como la indiferencia entre la forma estimatoria y desestimatoria de la sentencia— pueden llegar a ocultar y a desfigurar otras observaciones que proporcionan información adicional; así ocurre si contrastamos:

- a) las sentencias interpretativas de desestimación en cuyo fallo se declara la constitucionalidad del precepto interpretado en el sentido establecido por el Tribunal con,
- b) las sentencias interpretativas estimatorias en las que se declara que el precepto es inconstitucional si se interpreta de una manera determinada

puesto que si en a) se condiciona la preservación del precepto a una única interpretación establecida por el TC *cerrando* el resto de interpretaciones, en b) se expulsa la interpretación inconstitucional del precepto per dejando *abiertas* las otras posibilidades interpretativas. Esta propiedad, el llamado “poder de liquidación” (que, por lo demás, ya habíamos comentado al exponer el sistema alemán) refleja que cuando se reconoce la naturaleza intercambiable de las categorías, a menudo este reconocimiento se produce en una dirección *errónea*.

No obstante, es de rigor aceptar en suma, que la incidencia de este apunte resulta ínfima en un horizonte general de *permeabilidad* entre los tipos de sentencia enunciados, máxime cuando el presunto “cierre de interpretaciones posibles” que atribuimos a las sentencias desestimatorias en las que se mantiene el precepto subordinado a la sola interpretación declarada por el Tribunal, *no prohíbe necesariamente la aplicación de la ley según el conjunto infinito de interpretaciones no mencionadas en la sentencia de constitucionalidad*.

Estas aclaraciones, en lo que concierne al supuesto “poder de liquidación” de significados predicado de las sentencias interpretativas de desestimación, tiene que ver con otro problema (seguramente el más acuciante para los tipos de estudio

que aquí rechazamos) relativo a la *complejidad* del fallo y de la *estructura interna* de las sentencias, cuestión que pasaremos a abordar en los epígrafes siguientes.

4. Segundo obstáculo: preeminencia del análisis del fallo en la construcción tipológica.

Nos hemos anticipado ya al señalar la excesiva relevancia que se confiere al fallo a la hora ordenar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Demasiadas objeciones se oponen, a nuestro modo de ver, a esta estrategia:

Lo primero que hay que indicar, es que la incorporación al fallo *de la concreta* interpretación que se declara inconstitucional o de la interpretación bajo cuya condición el precepto legal se mantiene en el ordenamiento jurídico es una técnica más bien singular.

Lo común es que el TC haga uso de las *remisiones* a los fundamentos para aclarar los términos en los que la ley debe ser interpretada, remisiones que nos conducen a explorar la estructura interna de las sentencias cuya considerable complejidad abordaremos unas líneas más abajo. Por lo pronto, es suficiente repetir que, con la sola mención del fallo, es imposible determinar los extremos de la interpretación. En este sentido, si se hace depender la eficacia de la sentencia de los exclusivamente perfilado por el *decisum* de la misma, la imposición de significados que el Tribunal pueda llegar a practicar queda incompleta, especialmente si atendemos al hecho de que las remisiones, como demostraba la teoría de la “hipertextualidad” (*vid. supra.*), desembocan siempre en un conjunto de textos y de significados diseminados.

La proyección de significados, la alteración del contenido de las disposiciones con rango de ley, se produce en una conexión circular entre el fallo y los fundamentos *sin que exista separación entre lo razonado y lo decidido*. La idea (la sentencia sólo es comprensible como *un todo* y la comprensión es condición de vinculabilidad) se corresponde con la afirmación según la cual en el sistema español *los elementos de sujeción del fallo se extienden también a su*

*fundamentación*²⁹, amplitud que, como se encarga de recordar GASCÓN ABELLÁN³⁰, resulta predicable de las interpretaciones en las que se basan *todas* las sentencias del Tribunal (y no sólo de aquéllas en cuyos fallos se insertan pronunciamientos interpretativos explícitos).

Por otra parte, nada esconde que la reflexión sobre el fallo procede del empeño por circunscribir aquellos fragmentos de la decisión que restringen la libertad exegética de otros agentes y, en particular de los tribunales ordinarios. Se trata de definir los elementos que entrañan “la doctrina” del Tribunal Constitucional —en los términos del art. 40.2 LOTC— derivada de las sentencias y autos que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad bajo cuyas condiciones la jurisprudencia del resto de Tribunales debe entenderse corregida, se trata, en otras palabras, de anudar *las consecuencias procesales* (y el alcance de las mismas) en función del concreto pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las leyes.

El interés por encuadrar toda una casuística de grados de vinculación apoyado en partes y en condiciones precisas de la sentencia del Tribunal Constitucional responde a una preocupación pragmática que se resume en unas pocas preguntas:

- a) ¿Cuándo y sobre qué aspecto la disconformidad de un juez con una directriz interpretativa le debe impulsar a plantear una cuestión de inconstitucionalidad?
- b) ¿En qué grado el alejamiento de la jurisdicción ordinaria de una determinada comprensión del precepto legal —la aplicación por el juez de una interpretación declarada inconstitucional por el TC— abre la vía para plantear un recurso de amparo, sea basado en un derecho específico conculcado o sea por vulneración del derecho del art. 24.1 CE? y
- c) En los términos del art. 5.4 LOPJ en combinación con el art. 5.1 LOPJ, ¿cuándo la aplicación por parte de los jueces inferiores de una interpretación declarada inconstitucional por el TC mediante sentencia

²⁹ M.GASCÓN ABELLÁN: “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, en *REDC*, n.41, 1994, p.74; F.RUBIO LLORENTE: “La jurisdicción constitucional...”, *op. cit.*, p.33.

interpretativa permitirá fundar un recurso de casación ante el Tribunal Supremo entendiendo, la contravención de dicha exégesis, como “infracción de un precepto constitucional” según la dicción de dicho art. 5.4 LOPJ ?

Es cierto que, en última instancia, todo bloque interpretativo se acaba apoyando en el “sí” o en el “no” que da respuesta a estas preguntas, pero la exactitud que requiere la exigencia práctica (de la que se ocupan trabajos como los de R.PUNSET³¹ o SANTOS VIJANDE³²) no logra imponerse porque el sustrato de base es disperso.

La propia existencia de resoluciones interpretativas demuestra el amplio intermedio que se abre entre el “sí” o el “no” y que la respuesta coyuntural se encuentra, en el tiempo, tan cerca de su propia contradicción que no pasa de ser un remedo. Así, la “doctrina” del art. 40.2 LOTC va más allá de la parte dispositiva de las sentencias interpretativas porque *las condiciones de constitucionalidad dependen de un conjunto mayor de materiales textuales*. Unos cuantos ejemplos podrían dar cuenta del movidezo fundamento en el que confían algunas de estas conclusiones procesales a las que hacíamos alusión:

Afirma PUNSET —quien de nuevo estructura las sentencias en función de los mandatos que acogen en su fallo³³— que la “doctrina constitucional”, siguiendo con la expresión del art. 40.2 LOTC, sólo puede proceder de resoluciones interpretativas desestimatorias de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad ya que las sentencias estimatorias no “corrigen” la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia sino que conllevan una *prohibición de aplicación* para los operadores jurídicos y, en concreto, para los Jueces y Tribunales que deben abstenerse de

³⁰ M.GASCÓN ABELLÁN: *op. cit.*, p.74.

³¹ *Vid.* R.PUNSET BLANCO: “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes” en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, *op. cit.*; R.PUNSET: “Doctrina constitucional y órganos constitucionales” en *REDC*, n.46, 1996, pp. 285-295.

³² J.M. SANTOS VIJANDE: “«Doctrina» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los Tribunales ordinarios, Ed. Comares, Granada, 1995.

³³ R.PUNSET: “Doctrina constitucional...”, *op. cit.*, p.286.

aplicar la norma tanto a los juicios futuros como a las situaciones anteriores a la decisión del Tribunal todavía no consolidadas.

En primer lugar debe replicarse que puede haber sentencias de desestimación que establezcan una interpretación constitucional y ello sin perjuicio que sean admisibles otras múltiples posibilidades de interpretación constitucionales por parte de la jurisdicción ordinaria (a quien, por otro lado, le corresponde la interpretación de la ley) de modo que, en puridad, no opere ninguna “corrección” sobre esa jurisprudencia emanada de Jueces y Tribunales³⁴.

En segundo lugar, puede darse, como de hecho se dan, sentencias de estimación *en las que se exponen significados interpretativos acerca de preceptos no incluidos en la declaración de nulidad* sin que logre adivinarse, bajo las distinciones presupuestas, si de dichas condiciones se infiere una prohibición de aplicación o una mera adaptación a los detalles del pronunciamiento por parte de la jurisdicción ordinaria³⁵.

Más sistemáticas se presentan las propuestas del procesalista SANTOS VIJANDE quien insiste en separar la noción de “doctrina” contemplada por el art. 40.2 LOTC, de la vinculación (establecida en el art. 5.1 LOPJ) de los Jueces y Tribunales a los principios y preceptos constitucionales según la interpretación resultante de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. SANTOS VIJANDE sostiene que sólo la doctrina del art. 40.2 LOTC “integra” el ordenamiento jurídico mientras que la “vinculación” del art. 5.1 LOPJ supone una especie de “complemento” jurisprudencial similar al previsto en el artículo 1.6 del Código Civil cuya infracción no supone la vulneración de “un deber jurídico”. Con razón PUNSET refuta la mencionada tesis afirmando que el 5.1 LOPJ no es una mera orientación interpretativa sino que impone un auténtico deber jurídico —como viene reconocido por el propio Tribunal Constitucional (STC 319/1993 FJ.2)— y que, todo juicio positivo de constitucionalidad de la ley implica una interpretación *secundum Constitutionem* de la misma que restringe su propio

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, STC 92/1992, de 11 de junio.

³⁵ *Vid.*, por ejemplo, STC 108/1986, de 29 de julio.

significado lingüístico, reduciendo la potencial pluralidad de sus contenidos³⁶. Esta afirmación, con la que se rechaza la posición de SANTOS VIJANDE, se ajusta en gran parte a nuestra visión de la efectividad tendencialmente global del juicio de constitucionalidad de la ley, pero de ello se sigue una mucha mayor apertura de los mecanismos reactivos frente a las infracciones de estas interpretaciones que la que PUNSET sugiere y, por supuesto, la irrelevancia de las precisiones apuntadas entorno a las resoluciones portadoras de “doctrina constitucional” en los términos del art. 40.2 LOTC.

Como decíamos, por otra parte, defender una restricción en la vinculación de juicios interpretativos acaba perjudicando a la credibilidad del Tribunal, puesto que si hay interpretaciones de imposición más intensa que otras (si hay formas de decisión en las que se acuerda que una interpretación que allí aparezca vinculará en mayor grado que las que se destaquen en otro tipo de decisiones) no se entiende por qué el Tribunal formula otras interpretaciones, por así llamarlas, “menores” o, si se quiere, de “vinculación débil”. O se ofrece una determinada interpretación constitucionalmente conforme con voluntad de que sea efectiva o no se ofrece, pero el Tribunal no puede autorizar que los operadores reconozcan de entre sus interpretaciones unas interpretaciones efectivas y otras que no lo son.

Pero el problema tiene entonces otra cara: el del efecto expansivo de la vinculación del juicio interpretativo de constitucionalidad. De ahí que autores como el mencionado SANTOS VIJANDE opten por restringir el alcance del art. 5.1 LOPJ, a lo que PUNSET contundentemente se opone sin tal vez cerciorarse de las consecuencias de esta afirmación que, en otro sentido, se contradice con su meticulosidad a la hora de definir (y limitar) el sistema de recursos contra los actos judiciales que alteren la interpretación constitucionalmente establecida.

La dinámica hermenéutica provoca la ampliación de los elementos vinculantes que el sentido práctico puede restringir estrechando el sistema de recursos. Frente a esta restricción cabe aceptar la “vinculación amplia” y la “reacción amplia” contra las contravenciones de los enunciados interpretativos (justo lo opuesto de

³⁶ R.PUNSET: “Doctrina Constitucional...”, *op. cit.*, p. 292.; R.PUNSET: “Canon, carácter vinculante...”, *op. cit.*, pp. 88-89.

lo que razonan SANTOS VIJANDE y, por un camino más abrupto, PUNSET). La tesis, poco realista, podría ser valorativamente aceptable (como en principio nosotros la compartimos) si no fuese porque, mirada desde la otra cara del espejo, defender una “vinculación amplia” dotada de una “reacción amplia” supondría cercenar las facultades interpretativas no sólo de los jueces sino del resto de operadores constitucionales.

Nos encontramos, en síntesis, frente a tendencias contrapuestas. Por un lado se reconoce la diversidad de manifestaciones en las que se plasma la transformación y precisión de significados constitucionales de la ley en la jurisprudencia constitucional, y ello nos obliga a un reconocimiento amplio de facultades de reacción frente a decisiones de otros aplicadores que desconozcan estas alteraciones de significado³⁷. Pero, en sentido opuesto, nos vemos apremiados *a cortar*, en algún punto, tanto el grado de reconocimiento de elementos de transformación normativa como la vinculación de estos elementos a otros operadores puesto que, de lo contrario, el sistema tiende a una excesivo *centralismo interpretativo* en manos de la jurisdicción constitucional que, además de disfuncional en términos de régimen de recursos, desemboca en peligro para la una visión plural en la determinación de sentidos constitucionalmente correctos. El carácter supremo de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional no debe confundirse, bajo esta óptica, con una actividad interpretativa expansiva. Lo contrario sería arriesgarse a que la intervención interpretativa de Tribunal Constitucional, además de purar las interpretaciones incompatibles con la Constitución, se ocupase de seleccionar entre interpretaciones legales todas ellas constitucionales.

De ser así, el Tribunal Constitucional invadiría competencias de la jurisdicción ordinaria y del propio legislador cuando, de entre todas las interpretaciones posibles derivadas de la ley que ha aprobado, el Tribunal constriñese la aplicación de la ley a la interpretación por éste establecida.

³⁷ A.GARRORENA MORALES: “Artículo 164...”, *op. cit.*, pp. 375-379.

5. Tercer obstáculo: excesiva complejidad de los pronunciamientos frente a la simplicidad de las categorías.

De la situación hasta el momento descrita se observa que muchas de las posiciones defendidas al abordar la cuestión de las sentencias intermedias sufren, en la disonancia entre la simplicidad de sus categorías y la complejidad de la realidad, su mayor impedimento.

Si el vicio original de las teorías está en el afán tipológico, la confirmación de sus flaquezas está en que los patrones se ven desbordados por un objeto mucho menos maleable de lo que se piensa y mucho más irregular a cómo se presenta por la fuerza irresistible de la unificación conceptual.

La complejidad, según lo ya visto, se manifiesta en la *diversidad* de formas en la que se expresa la interpretación del precepto considerada como constitucionalmente adecuada, o la interpretación inconstitucional que acaba rechazándose, lo que, dicho brevemente se condensa en la variedad de remisiones que la práctica jurisprudencial presenta. En verdad, al doctrina suele partir de un modelo simple en que el que dado un precepto enjuiciado y dado un conjunto limitado de interpretaciones se declara la constitucionalidad del precepto si se acomoda a una de las interpretaciones del conjunto limitado de normas [la disposición D es constitucional si es interpretada en el sentido N] o, desde la otra perspectiva, se mantiene la constitucionalidad del precepto señalándose la norma del conjunto que se advierte inconstitucional [la disposición D es inconstitucional si es interpretada en el sentido N] modelo en el que la mencionada declaración recoge el fallo en todos sus extremos³⁸.

³⁸ Sin duda esta concepción simple es la inspirada por la propia definición que el TC ofrece de las sentencias interpretativas en su jurisprudencia, recordemos en la STC 5/1981, de 13 de febrero (Fj. 6) nos dice que las sentencias interpretativas son: “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”. Tal vez la alusión a la complejidad que aquí destacamos se asemeja a lo que DÍAZ REVORIO entiende por la oscura idea de “declaración de inconstitucionalidad de un contenido normativo que deriva *conjuntamente* de un texto legal”. Sin embargo, su énfasis en categorizar esta circunstancia, (y su ascendencia con la idea de “sentencia reductora”) deslucen la apreciación sobre la generalidad de pronunciamientos en los

A estas alturas no se escapa que la realidad viene, en sentido contrapuesto, presidida por la existencia de una o varias conexiones entre la disposición enjuiciada y *una multiplicidad de condiciones normativas que afectan a su viabilidad constitucional* entre las cuales se llegan a incluir *regímenes jurídicos enteros*. Estas conexiones entre el precepto y la variedad de condiciones (de definiciones, de matices) que el precepto debe satisfacer para superar las reservas de inconstitucionalidad engendran, al mismo tiempo, y por relación intertextual, *un conjunto abierto de nuevas normas*, con las consiguientes repercusiones para el resto del ordenamiento jurídico (entre ellas repercusiones *derogatorias sobre las normas*).

Esta estructura compleja de la sentencia (el conjunto abierto de condiciones) se produce, además, sea cual sea el carácter de la remisión. Contra quienes piensan que la introducción, por así decirlo, “desparramada” de significados a los que sujetar la interpretación del precepto se predica sólo de los fallos en los que se produce una remisión genérica a los fundamentos de la sentencia, hay que recordar que los fundamentos condicionan *siempre* la comprensión de la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley (y aún sin mención expresa del fallo) y que, además, dichas condiciones no sólo son de comprensión sino que de ellas se desprende un peculiar contexto normativo que dirige la aplicación del precepto legal (en caso de mantenerse en el ordenamiento jurídico) en un sentido u en otro.

En nuestra opinión, el estado actual de las investigaciones concerniente a las formas interpretativas de decisión ha desconocido la facultad *narrativa* que se asocia las decisiones sobre la constitucionalidad de la ley y que da cuenta de la compleja relación entre lo razonado y lo decidido (*vid. supra.*). Sin que pueda, desconocerse, por lo demás, que de esta narratividad se extraen *una pluralidad de consecuencias normativas no necesariamente deducibles del texto legal* que influyen en la adaptación del juicio de constitucionalidad a la realidad,

que el TC declara las condiciones de valoración de un precepto en función de una estructura compuesta de contenidos normativos que altera, en su conjunto, los contenidos normativos

especialmente en el momento de su aplicación de la interpretación constitucional por parte de agentes con “menor” poder interpretativo desde el punto de vista constitucional (Administración y jueces ordinarios).

Los ejemplos a invocar son inacabables. Proponemos sólo tres:

STC 72/1983, de 29 de julio (Ley Vasca de Cooperativas).

En la STC 72/1983, de 29 de junio (*Ley Vasca de cooperativas*) el Tribunal Constitucional conoció de un recurso de inconstitucionalidad contra determinadas disposiciones de la Ley 1/1982 de 22 de febrero del Parlamento Vasco sobre Cooperativas, disposiciones que se referían a la determinación del ámbito territorial de la ley, al domicilio y a las formalidades de constitución de la cooperativa.

Sobre esto último el art. 8.1 de la mencionada ley establecía que “la cooperativa quedará constituida y tendrá personalidad jurídica desde el momento que se inscriba el acta de constitución de la misma en el Registro de Cooperativas correspondiente. En el supuesto de que se realizaran aportaciones de bienes inmuebles se requerirá el otorgamiento de escritura pública”.

En el apartado 1 *b*) del fallo, el TC admite la constitucionalidad del mencionado artículo 8.1 de la Ley Vasca de Cooperativas siempre que se interprete con el alcance expuesto en el fundamento jurídico 8 de la sentencia (produciéndose, por tanto, una remisión general al fundamento jurídico de la sentencia sin precisar la interpretación conforme del artículo examinado en el fallo). En este sentido, el correspondiente fundamento de la sentencia practica una *intrincada* operación de contraste de la Ley Vasca con la legislación mercantil general (a la que, según el propio Estatuto de Autonomía Vasco las cooperativas están sujetas, art. 10.23 del Estatuto) que se resuelve con una fórmula de compatibilización entre ambas normativas (algo que, por cierto, confirma cómo el TC practica una *interpretación legal* tanto de la Ley Vasca como de la legislación mercantil con el fin de encontrar el encaje entre ambas). Así, el TC considera que, pese

controlados. J.F. DÍAZ REVORIO: “Interpretación constitucional de la ley...”, *op. cit.*, pp. 16 y 24.

al requisito de inscripción en el registro vasco de cooperativas para la constitución de la sociedad (como establece la Ley Vasca) el mandato debe interpretarse en el sentido que se exigirá también la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil general a efectos de publicidad, inscripción que no tendrá carácter constitutivo. Por otro lado, en la medida que el acceso al Registro Mercantil puede hacerse en virtud de escritura pública o de documento administrativo, se entenderá que la acreditación expedida por el funcionario del registro vasco de cooperativas será el “documento administrativo” requerido para practicar la inscripción en el registro mercantil, lo que permite mantener la constitucionalidad del precepto de la Ley Autonómica en cuanto sólo menciona la necesidad de otorgamiento de escritura pública cuando se realicen aportaciones de bienes inmuebles.

Merece la pena recalcar, a la vista de este pronunciamiento y enlazándolo como lo que ya habíamos anunciado la cantidad de precisiones, aclaraciones, y sujeciones a las que se somete el precepto analizado de acuerdo con la remisión practicada en el apartado 1 b) del fallo de la STC 72/1983 de 29 de junio, dejándonos seguramente alguna de las condiciones, el TC:

- 1) entiende que el precepto de la Ley Vasca no es inconstitucional si se establece la obligación de las cooperativas vascas que caen en el ámbito de aplicación de la ley de inscribirse en el Registro Mercantil (inscripción que presupone la mediación de todo un bloque normativo como la legislación mercantil y, en particular, el Reglamento del Registro Mercantil)
- 2) Aclara que la inscripción de las cooperativas vascas es a los solos efectos de publicidad.
- 3) Aclara, asimismo, que dicha inscripción no tendrá efectos constitutivos.
- 4) Admite que, a efectos de inscripción, el acceso al Registro Mercantil pueda hacerse mediante el documento administrativo expedido por el funcionario del Registro vasco de cooperativas.
- 5) Confirma que la inscripción en el Registro Vasco de Cooperativas es a efectos declarativos.
- 6) Mantiene, dado que el documento administrativo se admite como documento de acceso al Registro Mercantil, que el precepto enjuiciado haga sólo mención al

otorgamiento de escritura pública en relación con las aportaciones de bienes inmuebles.

¿Se puede, dado este ejemplo, simplificar la cantidad de información que proporciona una sentencia semejante a la estilizada categoría de “sentencia interpretativa” que estamos acostumbrados a manejar y sobre la que se construyen todos los discursos como, entre otros, el de las vías de reacción a las acciones e interpretaciones contrarias a esta cadena de apreciaciones dilucidadas por el TC?, ¿No se pierde algo en el camino cuando nos contentamos con una descripción tan simplificada del problema? ¿Qué duda cabe ya de la innovación sustancial, de la transformación completa, que ha sufrido el precepto 8.1 de la Ley Vasca de Cooperativas después de pasar por el filtro de la jurisdicción constitucional!

STC 108/1986, de 29 de julio (Ley Orgánica del Poder judicial I)

El segundo ejemplo nos traslada a los fundamentos de la STC 108/1986, de 29 de julio, el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el fallo de esta resolución se declara que la disposición adicional primera de la ley no es contraria a la Constitución siempre que se interprete de la forma expuesta en el fundamento jurídico 27, aunque no es de esta técnica interpretativa de la que nos interesaba hablar sino de la polémica interpretación del art. 112.3 LOPJ (hoy ya derogado) por la que se estableció que los doce vocales del Consejo General del Poder Judicial elegidos entre los Jueces y Magistrados fuesen propuestos por mayoría de 3/5 de cada Cámara (y no propuestos por el propio cuerpo de Jueces y Magistrados como otra interpretación del art. 122.3 CE podía revelar).

Hay que destacar, primera irregularidad, que las apreciaciones interpretativas sobre el art. 112.3 LOPJ (que se encuentran en el fundamento jurídico 13 de la sentencia) *no se encuentran mencionadas en el fallo, ni tan siquiera bajo la fórmula de la remisión* (remisión que, en cambio se practica acerca de la interpretación de la disposición adicional primera). Con todo y con ello, parece desprenderse de la lectura del fundamento jurídico 112.3 LOPJ que el TC *tiene la intención de condicionar la interpretación del art. 112.3 LOPJ*, condición —y esta es otra particularidad— que

recae sobre limitaciones a la dinámica política y, en especial, sobre la actuación de los grupos parlamentarios en el momento de votar las propuestas de los doce vocales, lo que no es de extrañar puesto que quien deberá aplicar la disposición con las restricciones impuestas por el TC no serán en este caso los jueces y tribunales sino los parlamentarios.

Para el TC, el fin perseguido por el art. 122.3 de la Constitución (que regula la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial) era asegurar la presencia en el Consejo de las principales “actitudes y corrientes de opinión” existentes en el conjunto de los jueces y magistrados, en definitiva, asegurar el reflejo, mediante la composición del Consejo, del *pluralismo* existente en el seno del Poder Judicial. De la fórmula escogida por la LOPJ, argumentó el TC, no se seguía automáticamente que esta finalidad —la preocupación por el pluralismo— fuese quebrantada, en especial si se atendía a la exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos de la Cámara para la propuesta de los vocales, asegurándose así la participación de distintas fuerzas políticas. Lo que el Tribunal temía era que, mediante el procedimiento instaurado por el art. 112.3 LOPJ, los partidos, olvidándose del objetivo pluralista por cuyo mandato los 12 vocales debían ser el reflejo de las diversas tendencias en el seno de la magistratura, aprovecharan el mecanismo de propuesta para distribuirse los puestos a cubrir en el Consejo en función de la división de fuerzas existente *en las propias Cámaras*, luchando para defender la “cuota” de vocales en el CGPJ que corresponde, bajo esta lógica perversa, a cada fuerza parlamentaria en función de su representación en número de escaños.

El Tribunal, después de aventurar esta amenaza, declaró que:

La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no

impide necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que este precepto no es contrario a la Constitución. (Fundamento Jurídico 13).

El Tribunal inicia este pasaje recomendando *la sustitución* de la norma, una recomendación cuyo estatus ya resulta incontrastable con cualquiera de las categorías que habitualmente reconocemos (como las llamadas “sentencias apelativas”): se trata de una recomendación *subordinada* a una ulterior interpretación conforme, una recomendación de baja intensidad (“parece aconsejar su sustitución”) que no confía demasiado en sus posibilidades de ser atendida (de ahí el recurso a la interpretación conforme como medida que se presenta *desde la transitoriedad* pero en la que se distingue no sólo la verdad profunda de su permanencia, sino también la de su ineficacia).

El ejemplo de la STC 108/1986, de 29 de julio, en relación con el juicio de constitucionalidad del art. 112.3 LOPJ, nos desvela, en resumen, lo siguiente:

- 1) Una interpretación conforme que el fallo no menciona, ni acudiendo a la técnica de la remisión (como si hace con otro precepto de la misma ley).
- 2) Una interpretación conforme dirigida a la aplicación de la norma por parte del legislativo.
- 3) Una interpretación que condiciona la validez de la norma a aspectos de dinámica política (en particular, al respeto al valor del pluralismo proyectado al seno del Poder Judicial sobre las propuestas ejercidas por los parlamentarios).
- 4) La conformidad constitucional del precepto se declara después de haber propuesto su sustitución. Podría pensarse que la interpretación conforme funciona en tanto que el precepto no se modifique.

Otra vez nos enfrentamos, en conclusión, a una sentencia impregnada de matices inexplicables desde los enfoques convencionales, poco podemos afirmar en cuanto a su vinculación (tanto de la interpretación como de la recomendación), a cómo se estructura (¿se encuentra la recomendación subordinada a la interpretación?) a cómo hay que entender que el fallo no haga *ninguna* mención a una interpretación efectivamente realizada en los fundamentos y, en fin, *a cómo se define, en términos concretos, la interpretación conforme en el caso del art. 112.3 LOPJ* (¿que quiere decir, a fin de

cuentas, que las Cámaras respeten el pluralismo existente en el poder judicial pero que se abstengan de creer que este pluralismo se identifica con la propia división de fuerzas políticas en el seno del legislativo? ¿Cómo se distingue una cosa de la otra y, más importante, cómo se pretende que se distinga?). Nuestra idea general es que el Fundamento Jurídico 13 de la STC 108/1986 *sólo goza de efectos retóricos*, pero, hecha esta afirmación ¿quién ha llegado a reconocer que el TC puede a veces actuar por mera retórica (con resignada conciencia de su debilidad) y, si se permite la ironía, quién puede aceptar que la mera retórica se incluya en una clasificación?

STC 36/1991, de 14 de febrero (Tribunales Tutelares de Menores).

Por esta sentencia se resolvieron una serie de cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas contra determinados preceptos del texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, Ley y Reglamento, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 (en adelante LTTM). Lo que nos interesa básicamente de esta resolución, para finalizar, es que, al declarar que el art. 16 de la Ley no es inconstitucional en el sentido y alcance previsto en el fundamento jurídico 7, el TC *condiciona la interpretación de dicho precepto remitiéndose a un régimen jurídico en bloque* (con la multiplicación de relaciones normativas que ello conlleva) y, además, a un régimen jurídico en el que se combinan normas establecidas por el propio TC y normas de Derecho Internacional Público materialmente incorporadas al fundamento de la sentencia del Tribunal, en concreto las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1995, también llamadas Reglas de Beijing.

Al enjuiciar la constitucionalidad del art. 16 LTTM, en el que se admitía un amplio margen de discrecionalidad al juez para calificar los hechos del menor como constitutivos de delitos o faltas tipificados en el Código Penal, el TC declaró (seguramente ante el temor que la nulidad del artículo 16 significase la imposibilidad de imponer medidas a los menores que delinquen) que el precepto examinado no era inconstitucional siempre que se interpretase conforme al conjunto de reglas mencionado. Entre ellas se destacaba la prohibición de que la medida decretada por el juez fuera más grave o de mayor duración que la pena que correspondería al mismo hecho en el caso que el sancionado fuera mayor de edad y las ya referidas Reglas de Beijing sobre la proporcionalidad de la respuesta al delito (proporcionalidad en función

de las necesidades del menor y las necesidades de la sociedad), sobre la obligación de sujetar la restricción a la libertad del menor a un “cuidadoso estudio” y sobre situaciones concretas en las que se permite la privación de libertad (casos de actos graves de violencia y casos de reincidencia). Finalmente sobre el art. 16, como ya había hecho en relación con el art. 15 de la misma Ley que había declarado inconstitucional, el TC apela al legislador a que reforme la materia.

Quizás pueda pensarse que la sentencia que acabamos de exponer sería susceptible de incluirse en el conjunto de las llamadas “sentencias aditivas”, como a menudo ha sido descrita, ya que el TC injerta contenidos normativos de factura propia con los que apoyar el mantenimiento de la constitucionalidad de la norma.

Pero esta versión, en la dirección que venimos insistiendo, continúa siendo demasiado parca porque se agarra a una propiedad y no refleja el resto de fenómenos que se perciben en su lectura: nos hallamos, en realidad ante una interpretación conforme mediante la que se condiciona la constitucionalidad del precepto a un conjunto determinado de significados, pero se trata de una interpretación conforme en la que se mezclan

- a) los materiales que directamente introduce el TC
- b) los materiales de Derecho Internacional que se introducen mediante la remisión y
- c) los materiales derivados de la interpretación con la que el TC recibe las reglas de Derecho Internacional.

Y, por si fuera poco con todo ello, la decisión, sostenida por esta red de estructuras normativas, se complementa con una apelación al legislador para que apruebe una nueva normativa sin que, como siempre en esta coyuntura, esté definida la vinculación del legislador a las condiciones del TC (con ese particular itinerario que recorrerían las normas de Derecho Internacional a las que se sujetarían las leyes futuras tanto *ex* artículo 96 de la Constitución, como por la adaptación a las directrices del TC). Sea como fuere, se manifiesta en el juicio de constitucionalidad, la transitoriedad (esta vez mucho más fervientemente declarada que en la STC 108/1986) con la que se espera que

se conciba el régimen interpretado en los fundamentos de la decisión a la espera de una rápida sustitución por la actuación legislativa de las Cortes.

Con estos tres ejemplos, creemos haber demostrado que parte de las metodologías empleadas en la descripción y la crítica de las formas de decisión del TC resultan planas ya que, en su búsqueda por lo “esencial” que caracteriza a cada tipo de sentencia, se omite la complejidad de cada pronunciamiento que, una vez constatada, puede llegar a transformar en determinante aquello que se consideraba meramente accesorio. Como viene siendo la tónica general del presente estudio, no cesaremos en reclamar, en la línea de la metodología hermenéutica (*vid. supra.* primera parte) la necesidad de recuperar un enfoque basado en *la narratividad* que se antoja, como en general se antoja en toda metodología jurídica, mucho más completo que la endeble simplificación a la que nos condena la lógica formal y la vertebración de las clasificaciones asépticas.

6. Cuarto obstáculo: importancia simbólica de la adición textual y transformación de sentido mediante relación de preceptos.

No volveremos a insistir demasiado en un punto sobre el que ya hemos dado muchos rodeos: parte de la literatura sobre las formas de decisión y, en general, de la teoría sobre la jurisdicción constitucional se encuentra reducida a analizar y criticar las operaciones que transforman el reflejo textual de los contenidos normativos o que alteran perceptiblemente el sentido de las disposiciones legales a través de una lectura sistemática (hipertextual, por decirlo en términos que ya no son familiares) entre estos preceptos legales y la Constitución.

La calidad simbólica del texto se aprecia, por encima de todo, en la sanción de nulidad de los preceptos con rango de ley, suprema consecuencia del control de constitucionalidad y el vértice de toda reflexión al efecto. El poder del Tribunal Constitucional viene máximamente expresado por su facultad expulsar textos legislativos del ordenamiento jurídico, textos, que en la propia dicción del Tribunal Constitucional (aunque ello haya quedado desmentido desde dinámica lingüística y de los procesos de comprensión) constituyen el único objeto controlable por el mismo.

Sin entrar más a fondo en las consideraciones que merece la sanción de nulidad como consecuencia del juicio de constitucionalidad de las leyes, en este breve epígrafe no conformamos con señalar los elementos simbólicos del texto en otro sentido: el de los recelos que despierta la adición textual de las condiciones y modificaciones a las que el Tribunal Constitucional subordina la constitucionalidad de la ley. Este rechazo a la adición textual (o, en términos más amplios, a la transformación de contenido normativo mediante introducción de normas que alteran *per relationem* las disposiciones textuales) se prodigó durante el período en el que la LOTC admitió el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, como quedó plasmado, como punto culminante de la disputa, en la STC 53/1985, de 11 de abril sobre despenalización de algunos supuestos de aborto.

Sin embargo, la prohibición de injertos textuales sigue planeando en la percepción común como límite que el Tribunal Constitucional no debe cruzar a costa de deslegitimarse y que, por tanto, si lo cruza, debe ofrecer argumentos de refuerzo que justifiquen esta decisión. A nuestro juicio el peligro de la adición textual no sólo se encuentra magnificado sino que su protagonismo ha contribuido a distorsionar otros aspectos que deben subrayarse.

Uno de ellos, lo repetimos, es que la adición de significados (que es lo que importa si atendemos a la alteración de las disposiciones legales) se produce aunque la adición textual no se consigne en el fallo de forma reconocible y aislada (directamente o por remisión, como en la STC 53/1985), ya que a la modificación significativa de la ley se llega por la mera asociación intertextual en los razonamientos de las decisiones.

Por otra parte, no vemos en qué se distingue el marcado establecimiento de unas condiciones reconocibles en el texto de la sentencia (sea en fallo o en fundamentos) para admitir la constitucionalidad de un precepto legal (lo que suele identificarse con las sentencias aditivas o, como se ha calificado a la STC 53/1985, con las sentencias “constructivas”³⁹) de los llamados condicionantes “interpretativos” de la constitucionalidad de la ley. Lo cierto es que *la valoración de constitucionalidad de la*

³⁹ Así F.CAAMAÑO/ A.J.GÓMEZ MONTORO/ M.MEDINA/ J.L.REQUEJO PAGÉS: *Jurisdicción y procesos constitucionales*. McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 77-78.

norma legal siempre queda supeditada a unas condiciones, se encuentren éstas acotadas o se encuentren en mayor grado diseminadas en el razonamiento como parece suceder en las llamadas “sentencias interpretativas” (en las que se camufla, con esta designación, la entidad de las exigencias a las que el Tribunal Constitucional somete al texto legal que, en puridad, es similar a la detectada en las sentencias “aditivas” o en las “constructivas”).

Otra cosa es que, como subrayan algunos votos particulares, la STC 53/1985 no pueda en rigor tildarse de “sentencia interpretativa”⁴⁰ pero esto se debe a que se trataba de un recurso previo de constitucionalidad en el que no operaban los supuestos que, desde el punto de vista de los fines, sustentan a las sentencia interpretativa: no operaba el principio de conservación de la norma, porque todavía no había norma a conservar, ni operaba el principio de presunción de constitucionalidad de la actividad legislativa porque el legislador todavía no había aprobado la ley en votación final⁴¹.

⁴⁰ *Vid.* votos particulares de F. TOMÁS Y VALIENTE y F.RUBIO LLORENTE a la STC 53/1985, de 11 de abril.

⁴¹ *Vid. infra.*

II. RAZONES MATERIALES E INSTITUCIONALES QUE CONDICIONAN EL USO DE FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN. FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. Algunas apreciaciones preliminares relativas al juicio de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales en el conjunto de pronunciamientos de constitucionalidad de las leyes.

Como hemos avanzado a lo largo del trabajo, el juicio de constitucionalidad de las leyes en materia de los derechos ha sido, desde el punto de vista numérico, bastante parco en la historia de la jurisprudencia constitucional española. Hasta febrero de 2002, de las 217 declaraciones de inconstitucionalidad recaídas sobre leyes en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sólo 65 se referían a derechos fundamentales, lo que apenas alcanza al 30 % de los pronunciamientos de inconstitucionalidad en su conjunto.

El grueso de las declaraciones de inconstitucionalidad corresponde al juicio de adecuación de la ley al sistema de distribución de competencias plasmado en el bloque de la constitucionalidad (o, en términos más amplios, al contraste de la ley enjuiciada con el sistema de organización territorial lo que incluiría aquellas leyes estatales o autonómicas invalidadas por infringir la autonomía local reconocida a municipios y provincias). Las declaraciones de inconstitucionalidad por motivos competenciales acaparan el 56 % de las sentencias en las que se percibe la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado o cuestionado.

El 14 % restante de las declaraciones de inconstitucionalidad no tienen ningún apoyo pleno ni en los derechos constitucionalmente reconocidos ni en el sistema de distribución de competencias. A este grupo hemos ubicado las declaraciones de inconstitucionalidad centradas en:

- a) la infracción del sistema de fuentes (piénsese en el uso indebido de un Decreto-Ley, o en la aprobación de una Ley de Presupuestos cuyo contenido contraviene aquello que corresponde a materia presupuestaria según la interpretación que el TC ha desarrollado del artículo 134.2 CE),
- b) la alteración de la estructura orgánica estatal (a menudo acompañada de infracciones a las reservas de ley que la Constitución establece en la regulación de determinados órganos, piénsese en el artículo 122.1 CE sobre el Poder Judicial) y
- c) lo que es bastante común, en la vulneración de los principios del 9.3 CE, sobretodo por contradicción con el principio de seguridad jurídica o con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Bien es verdad que los datos aquí presentados pueden sufrir oscilaciones, sobretodo a causa del solapamiento que, puntualmente, se detecta entre los tres grupos (derechos, sistema de distribución de competencias y el cajón de sastre formado por fuentes-estructura orgánica estatal y 9.3 CE).

Pueden encontrarse supuestos en los que la infracción del sistema de fuentes tenga incidencia en un derecho (el más evidente sería el caso de desconocimiento de la reserva de ley orgánica en el desarrollo de derechos fundamentales) o que los principios del 9.3 CE encontrasen conexión en alguno de los preceptos del Capítulo II del Título I de la Constitución⁴². Ante estas intersecciones, ha sido suficiente que, en sus razonamientos, el Tribunal Constitucional mencionase un derecho fundamental en apoyo a su decisión de inconstitucionalidad para incluir dichas sentencias en el primer grupo. De ahí que si alguno de los porcentajes se encuentra “hinchado” sea, justamente, el de los derechos, lo que añade más argumentos a la hora de destacar la relativa escasez de pronunciamientos de inconstitucionalidad fundados en esta causa.

⁴² Ya hemos insistido en que no son infrecuentes pronunciamientos de inconstitucionalidad fundados sólo en los principios del 9.3 CE descartándose, expresamente, la implicación de algunos derechos. Piénsese en la STC 181/2000, de 29 de junio, (*Ley 30/95, de 8 de noviembre, Ley de Seguros Privados*) y cómo, en dicho caso, la inconstitucionalidad se funda en la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad y no en el principio de igualdad del artículo 14 CE. *Vid.* F.CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: “Leyes al por mayor. Derecho a la diferencia y garantía judicial”, en *REDC*, n.60, 2000, pp.281.288.

El solapamiento también se aprecia en aquellos juicios de constitucionalidad en los que se mezclan alegaciones relativas a derechos y alegaciones relativas a cuestiones de orden competencial: un conocido ejemplo es el que formado por las impugnaciones de leyes de normalización lingüística⁴³ aunque hay otros aislados como la STC 26/1987, de 27 de febrero (*Ley de Reforma Universitaria*); la STC 154/1988, de 21 de julio (*Ley de Elecciones al Parlamento Vasco*); la STC 302/1993, de 21 de octubre (*Ley de Función Pública de Andalucía*) o, con implicación de los artículos 22.1 CE, la STC 132/1989, de 18 de julio (*Cámaras agrarias catalanas*) y la ya citada 173/1998, de 23 de julio (*Ley Vasca de Asociaciones*). En estos casos el cómputo, mayoritariamente, se ha decantado del lado de los derechos y no se ha incluido, pues, en el grupo de los litigios competenciales.

Pese a las variaciones, más bien limitadas, que algún caso concreto pueda forzar en el conjunto de la estadística, el dato esencial de las pocas declaraciones de inconstitucionalidad de leyes recaídas por vulneración de derechos fundamentales continua indemne.

Durante las primeras fases de funcionamiento de la jurisdicción constitucional española todavía se mantuvo un cierto equilibrio entre leyes invalidadas por infracción de derechos y leyes invalidadas por contravenir el sistema de distribución de competencias sin embargo, más allá de la circunstancia de que en ese período la legislación enjuiciada en el ámbito de los derechos era *preconstitucional* (dato que comentaremos de inmediato), el incremento de las declaraciones de inconstitucionalidad en conflictos legislativos de competencia en relación con las declaraciones fundadas en derechos se dispara a partir de inicios de los noventa.

Por ejemplo, en el período que va de 1993 a 1998 frente a 15 leyes invalidadas por contradicción con algún derecho fundamental se alzan 54 sentencias en las que se declaró la inconstitucionalidad del precepto por motivos competenciales, es decir,

⁴³ STC 82/1986, de 26 de junio (*Ley de normalización lingüística del euskera*); STC 83/1986, de 26 de junio (*Ley catalana de normalización lingüística I*, recurso de inconstitucionalidad); STC 84/1986, de 26 de junio (*Ley de normalización lingüística de Galicia*); STC 123/1988, de 23 de junio (*Ley de normalización lingüística de Baleares*); STC 337/1994, de 23 de diciembre (*Ley de normalización lingüística de Cataluña II*, cuestión de inconstitucionalidad), aunque en este

contando con las decisiones de invalidez por otras causas (fuentes, estructura orgánica estatal y 9.3 CE, que en total suman 7), las declaraciones de inconstitucionalidad por vulneración de derechos sólo alcanzan al 19 % en este período, y, de estas, todavía continúan registrándose declaraciones recaídas en leyes preconstitucionales. Para ser exactos, de las 15 leyes invalidadas por contradicción con derechos fundamentales en el periodo 93-98, 6 eran preconstitucionales⁴⁴.

Así las cosas, si la actuación del Tribunal Constitucional español frente a leyes y en defensa de los derechos constitucionalmente reconocidos ha sido limitada, no debe eludirse que, de las declaraciones de inconstitucionalidad en este ámbito, *un tercio* corresponden a legislación preconstitucional (alcanzando proporciones del 50%, aproximadamente, en el período que va de 1981 hasta 1985 y en el ya mencionado intervalo de 1993 a 1998). La declaración de inconstitucionalidad recaída sobre legislación preconstitucional por contradecir derechos fundamentales se extiende incluso hasta jurisprudencia reciente, como por ejemplo, en la STC 10/2002, de 17 de enero, en la que se declaró inconstitucional el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulnerar el artículo 18.2 CE

Como guardián de derechos frente a leyes posconstitucionales la tarea del Tribunal ha sido, ciertamente, restringida, dato que tal vez, disuelve algunas preconcepciones que sobre dicha jurisdicción se tiene y, en especial, de su papel frente al legislador. No es de descartar, para quienes defienden una actuación “minimalista” del Tribunal, que el resultado que, en materia de derechos, nuestra investigación arroja merezca un juicio positivo. Con todo, el observador podría sentirse tentado a pensar para qué, en semejante sistema, se requiere de control de constitucionalidad de las leyes como garantía de protección de derechos frente a invasiones legislativas.

último caso hubo sólo pronunciamiento interpretativo sin declaración de inconstitucionalidad de la ley.

⁴⁴ SSTC 3/1993, de 14 de enero (*No atribución a hijos o hermanos de prestaciones a favor de familiares, 162.2 de la ley General de Seguridad Social aprobado por Decreto de 1974*); 340/1993, de 16 de noviembre (*LAU II*); 53/1994, de 24 de febrero (*Ley de Pesca Fluvial*); 72/1994, de 3 de marzo (*Redención de Penas por Trabajo*); 128/1994, de 3 de mayo (*Banco Hipotecario, Ley de 2 de diciembre de 1872*) y 179/1994, de 16 de junio (*Base 4 de la Ley de 29 de junio de 1911 sobre Cámaras de Comercio*).

2.- Derechos analizados.

Sería de interés añadir otros datos que pueden inducir a reflexionar sobre el papel del Tribunal Constitucional español como protector de derechos frente a leyes. Resulta interesante comprobar que las declaraciones de invalidez analizadas por contradicción con derechos fundamentales giran, básicamente, alrededor de tres preceptos constitucionales: el 14 CE, el 24 CE (apartados 1 y 2) y el 25.1 CE. Si dejamos al margen el principio de igualdad en la ley, la preeminencia del artículo 24 CE y del artículo 25.1 CE como causas de sanción de la actividad legislativa denota una cierta tendencia del Tribunal a enfrentarse a la inconstitucionalidad de la ley desde el de derechos *formales* (derecho procesales, como los incluidos en el artículo 24 CE, o un derecho vinculado a una reserva de ley, como el 25.1 CE) sin entrar a abordar los posibles vicios desde una perspectiva de derechos sustantivos⁴⁵.

Algunos casos, como el de las sentencias STC 212/96, de 19 de diciembre, en relación con la Ley de donación y utilización de embriones y fetos o la STC 116/99, de 17 de junio, de técnicas de reproducción asistida, son bien ilustrativas al respecto. Especialmente en el caso de la STC 116/99, huelga recordar cómo el Tribunal constitucional se limitó a reducir la declaración de inconstitucionalidad a meras cuestiones relativas al derecho sancionador que caían bajo el círculo del 25.1 CE omitiendo cautelosamente el contraste de algunos extremos de la regulación de la ley (como, por ejemplo, la regulación de los embriones viables congelados que, quedaban “a disposición de los bancos”) con la noción de “bien constitucionalmente protegido” desarrollada desde la STC 53/85, de 11 de abril (*supuestos de despenalización del aborto*).

Pero podemos citar otro dato mucho más contundente para remarcar la ausencia, en el juicio de constitucionalidad de las leyes, de pronunciamientos invalidatorios fundados en consideraciones de derechos sustantivos.

⁴⁵ Junto con el trípode formado por los artículos 14, 24 y 25.1 CE sólo algunos derechos (en particular, la libertad sindical y derecho de asociación) se encuentran implicados en la invalidación de leyes con una cierta presencia. Artículos como el 27 CE (derecho a la educación y libertad de enseñanza) o incluso los derechos reconocidos en los cuatro apartados del artículo 18 CE se limitan a sólo a “salpicar” la jurisprudencia constitucional española en la declaración de inconstitucionalidad de preceptos legales.

Aunque ello tal vez se deba al buen oficio del legislador (y también a la pasividad judicial o institucional en la impugnación) lo cierto es que el Tribunal Constitucional español *nunca* ha invalidado una ley por considerar que fuese contraria a un derecho clásico como la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 CE⁴⁶ y sólo *una* vez, y dentro de un contexto en el que se encontraban otros derechos implicados, encontramos una declaración de nulidad apoyada en la libertad de expresión del artículo 20.1. a) CE (STC 199/87, de 16 de diciembre, caso *Legislación Antiterrorista II*)⁴⁷.

El banal interpretativo que en materia de derechos fundamentales la jurisprudencia constitucional ha ido sedimentando —sobre todo a través del recurso de amparo— no ha tenido, en nuestro sistema, una proyección en las consecuencias del juicio de constitucionalidad de la ley.

Esta sería una de las principales conclusiones a las que nos conduciría nuestro examen sobre la declaración de inconstitucionalidad en los primeros veinte años de funcionamiento del Tribunal. Repetimos que, con los datos en la mano, los juicios de valor sobre la actividad de la jurisdicción constitucional pueden ser dispares (quien defiende una jurisdicción activista tal vez se sentirá defraudado frente a la complacencia de quien abogue por una actuación moderada y extremadamente respetuosa con el legislador). No obstante, lo que no debería permanecer indiferente es el discurso o, en nuestros términos, *la narración* sobre la posición que el juez de constitucionalidad

⁴⁶ Tal sólo encontramos una mención al artículo 16.3 CE como causa de invalidación en la STC 340/1993, de 16 de noviembre en la que se enjuiciaban algunos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobada por Decreto Ley 4101/1964 de 24 de diciembre (luego, disposición legislativa preconstitucional). En esa ocasión el Tribunal Constitucional estimó que la equiparación que el artículo 76.1 LAU establecía entre la Iglesia Católica y los Entes Públicos mencionados en la misma disposición respondía al carácter confesional del estado existente con anterioridad a la vigencia de la Constitución pero que era incompatible con el actual artículo 16.3 CE. El precepto tampoco podía justificarse desde el punto de vista de las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas. La diferencia introducida por el artículo 76.1 LAU era, asimismo, contraria al artículo 14 CE.

⁴⁷ El Tribunal Constitucional, en efecto, invalidó el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 9/1984 que se refería a la clausura automática de medios de difusión que el juez debía ordenar (de oficio o a petición del Ministerio del interior) una vez admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos cometidos a través de imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad de aspectos vinculados a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. El Tribunal Constitucional entendió que dicha regulación infringía los derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución y el propio artículo 55.2 CE, puesto que en éste no se incluye la posibilidad de suspensión de los derechos del mencionado artículo 20 CE.

ocupa en nuestro Derecho. Las concepciones teóricas que de la jurisdicción constitucional española se posean deberán, al menos, tener en cuenta como dato descriptivo, el relato que en términos cuantitativos expresa su comportamiento desde el inicio de sus actividades.

En lo que atañe a las formas interpretativas de decisión, ya avanzábamos en capítulos precedentes que, en pronunciamientos de inconstitucionalidad sobre leyes que afectan a derechos fundamentales, prácticamente *la mitad de las declaraciones de invalidez se combinan con alguna estructura de carácter interpretativo*, en general condicionando la constitucionalidad del precepto legal a la interpretación señalada por el Tribunal y, en ocasiones, gestionando la aplicación del resultado al que el juicio de constitucionalidad conduce. Si a ello se le suman las decisiones en las que el Tribunal Constitucional practica una interpretación conforme *sin declaración de inconstitucionalidad* se afianza la hipótesis, ya esbozada, de que las formas interpretativas de decisión se mueven en un plano *paritario* a lo que tradicionalmente se considera la solución típica (dejando a un lado la plena desestimación del recurso o de la cuestión) en el juicio de constitucionalidad de la ley: la declaración de inconstitucionalidad aparejada a la sanción de nulidad.

La proporción se mantiene, aunque ahora es secundario mencionarlo, en el grupo de las decisiones recaídas en cuestiones de organización territorial del Estado: de las 122 declaraciones de inconstitucionalidad contabilizadas en materia de Estado Autonómico, 66 incluyen alguna forma interpretativa y, en algunos fallos, las declaraciones de interpretación conforme de la ley examinada predominan en comparación con las declaraciones de inconstitucionalidad e invalidez de preceptos⁴⁸.

Puesto que, en general, el número de asuntos resueltos por el Tribunal en disputas entre Estado y CCAA que afectan a leyes es mayor que los recursos contra disposiciones legislativas presuntamente infractoras de derechos fundamentales, no es extraño que el número de decisiones interpretativas recaídas en “conflictos legislativos de

⁴⁸ Las declaraciones de inaplicación de la ley estatal en relación con un determinado territorio por vulnerar el sistema de distribución de competencias han sido computadas a nuestros efectos como declaraciones de invalidez (y no como una alternativa a la nulidad).

competencia⁴⁹ (hasta febrero del 2002) sea también mayor, casi el doble, que los fallos interpretativos detectados en el ámbito del juicio de adecuación de la ley a los derechos constitucionalmente reconocidos (exactamente, encontramos 66 decisiones en disputas competenciales frente a 36 en derechos).

El abundante uso de formas interpretativas por parte del Tribunal Constitucional no es *a priori*, como sabemos, un dato positivo ni negativo. Puede reflejar una mayor cautela en la actuación del juez de constitucionalidad al ensayar una interpretación constitucionalmente conforme de la ley antes que optar por declarar su inconstitucionalidad y ordenar su expulsión del ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo, es una vía de transformación de significados, de introducción de un *quid novi* tal vez no previsto por el legislador, en un sistema *æacio*, al menos teóricamente, a aceptar las propiedades creativas de la interpretación judicial del derecho y en el que existe el riesgo de que estos elementos añadidos, estipulados por el intérprete constitucional, no sean conocidos o no sean aplicados uniformemente por el resto de instancias judiciales y administrativas. Eso si contar, como hemos explicado, que el legislador permanezca indiferente al contenido normativo introducido por el Tribunal Constitucional mediante interpretación conforme, aun cuando dicha interpretación desfigure el texto y el propósito para el que la disposición examinada fue concebida.

Para finalizar con este resumen de datos estadísticos, diremos que los resultados que aquí expuestos (que permiten encuadrar la cuestión de las decisiones interpretativas en los procesos de control de constitucionalidad de la ley que afectan a Derechos Fundamentales) sólo tienen en cuenta formas interpretativas de decisión *expresamente contenidas en los fallos*. La nómina de sentencias del Tribunal Constitucional en las que encontramos estructuras interpretativas incluidas en los razonamientos de las mismas⁵⁰ sumaría un número mucho más elevado, y entre ellas, habría que distinguir entre

⁴⁹ No se computan, obviamente, las decisiones interpretativas recaídas en conflictos positivos de competencia cuyo objeto no son normas con rango de ley (aunque son bastante frecuentes).

⁵⁰ Sobre las denominadas sentencias interpretativas sin reflejo en el fallo *vid.* J.M. SANTOS VIJANDE: “«Doctrina» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto a los tribunales ordinarios.” en R.PUNSET y J.M.SANTOS VIJANDE: *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996, p.109.

- a) decisiones en cuyo seno el Tribunal practica, sin mencionarlo explícitamente o sin anclaje formal, interpretaciones conformes de los preceptos legales que examina y,
- b) a otro nivel superior, decisiones en las que la jurisdicción constitucional se dedica a precisar determinados conceptos pero manteniendo la conexión entre el desglose conceptual y *la relevancia* de esta operación para el juicio de constitucionalidad de la ley que se analiza (la forma de comprensión de la ley variará en función de la comprensión de las categorías interpretadas por el Tribunal a las que el precepto problemático acabará sujetándose)⁵¹.

En algún punto de este universo encontramos sentencias con mucha relevancia en el desarrollo de la jurisprudencia española (y con amplias repercusiones en la práctica aplicativa de los preceptos sometidos a juicio) pese a no ser sentencias formalmente interpretativas en el sentido de que el fallo no introduce condiciones (ni por remisión) al modo de entender constitucionalmente la ley.

A nuestro juicio, la STC 341/1993, de 18 de noviembre (por la que se resuelven los recursos de inconstitucionalidad y las cuestiones acumuladas contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana) es un claro ejemplo de lo que estamos diciendo. En este pronunciamiento el Tribunal Constitucional procede a diseccionar el modo en el que es constitucionalmente admisible entender el supuesto de privación de libertad contenido en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992 por el que se obligaba a una persona, para impedir la comisión de un delito o falta o al objeto de sancionar una infracción, a que se trasladase a las dependencias policiales próximas con el fin de realizar diligencias de identificación. El Tribunal Constitucional sostiene la constitucionalidad de la detención con vistas a practicar las diligencias de identificación siempre que no supere ni el límite temporal

⁵¹ Nos desmarcaríamos aquí de la posición que rechaza la proximidad entre lo que es exégesis de la Constitución y lo que es objeto de la decisión en los procedimientos de control de constitucionalidad de la ley. Quienes recalcan esta diferencia lo hacen debido a la preocupación de que la fuerza de cosa juzgada se extienda a la interpretación de los conceptos constitucionales y vincule *pro futuro* al propio Tribunal Constitucional respecto a las precisiones interpretativas establecidas por él mismo. Sin embargo, dejando al margen que el Tribunal se asienta en construcciones hermenéuticas del pasado que se reproducen para bastir el juicio de constitucionalidad del presente, la vinculación “interpretativa” no llega al punto de que la orientación exegética no pueda ser modificada cuando así se estime. Además, si edulcoramos la conexión entre la interpretación constitucional y la proyección de dicha actividad en el objeto

genérico ni el límite temporal específico previstos en el artículo 17.2 CE para toda detención preventiva; asimismo, a este tipo de diligencia le serán aplicables tanto la obligación de informar al detenido de modo comprensible de sus derechos y de las razones de su detención como el derecho a la asistencia letrada.

Pese a la trascendencia de las apreciaciones del TC, *que limitan de modo decisivo la forma de entender el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre protección de la Seguridad Ciudadana*, ninguna de las concreciones perfiladas en los fundamentos jurídicos se trasladó al fallo, cuya función se limitó de declarar la inconstitucionalidad de la regulación de delito flagrante como requisito de entrada en domicilio y de las remisiones reglamentarias respecto a la concreción de un tipo de ilícito administrativo.

En conclusión, si nos fijamos sólo en el fallo para enumerar las decisiones del Tribunal Constitucional impregnadas de elementos interpretativos eludiremos un buen puñado de pronunciamientos cuya inclusión confirma la influencia (al menos numérica) de las soluciones de este tipo como alternativa o como complemento de la declaración de inconstitucionalidad e invalidez de la ley.

Si en nuestro comentario sobre la sanción de nulidad en general constatábamos el predominio de los artículos 14, 24 (sobretudo 24.1) y 25.1 CE entre los preceptos constitucionales en los que el Tribunal Constitucional ha encontrado apoyos para invalidar una ley, hay que recordar que *también* las técnicas interpretativas que acompañan o que eluden la declaración de inconstitucionalidad de la ley en materia de derechos giran alrededor de estos preceptos. Los juicios de constitucionalidad apoyados en otros preceptos son exiguos aunque podemos destacar alguna excepción como el 18.2 CE, al que se vincula la ya citada STC 341/1993, de 18 de noviembre o la reciente STC 10/2002, de 17 de enero en relación con el artículo 557 LECrim. cuya declaración de inconstitucionalidad resulta de un previo intento (fallido) de interpretación conforme. Algún otro ejemplo puede hallarse en el marco de los derechos laborales en los que despuntan declaraciones de inconstitucionalidad y formas interpretativas de decisión como en la ya muy lejana STC 11/1981, de 8 de abril en relación con el derecho de huelga, pero estamos hablando de supuestos singulares.

concreto de control se pierden elementos de coherencia narrativa interna tanto para explicar como para justificar la decisión del Tribunal.

Por ello, al proseguir con nuestra digresión sobre las “razones” que llevan al Tribunal Constitucional a optar por una fórmula de carácter interpretativo en el control de constitucionalidad de una ley que afecta a Derechos Fundamentales nos centraremos principalmente en el artículo 14 CE y en el artículo 25.1 CE (con algunas referencias a decisiones recaídas sobre el artículo 17.1). A un margen dejamos la aplicación de fórmulas interpretativas relativas al 24 CE, especialmente 24.1 CE, ya que muchas de ellas se desarrollan en el marco del recurso de amparo, aunque introduciremos algunas apreciaciones en torno a decisiones sobre igualdad en la ley que inciden en aspectos cubiertos por la tutela judicial efectiva, puesto que, al establecer una diferencia respecto a las partes litigantes, bloqueando injustificadamente las acciones interpuestas por una de ellas, se acaba desguazando el contenido constitucionalmente protegido por el artículo 24.1 CE. El mismo derecho, además de penetrar en algunas de nuestras reflexiones dedicadas a las peculiaridades del juicio de constitucionalidad de la ley en función del procedimiento en que se encauza (*vid. infra.*) impregnará algunos comentarios con incidencia sobre el principio interpretativo general *pro actione*.

3. Artículo 14 CE: reparación de la igualdad.

Ya en nuestras anteriores consideraciones relativas al Estado Social, veíamos en la reparación de las situaciones discriminatorias creadas por una disposición legal un escenario particularmente propicio para la emisión de decisiones interpretativas. En general, se acude a la forma interpretativa cuando, una vez constatada que la regulación resulta contraria al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional decide extender el régimen favorable a los sujetos que habían quedado excluidos de determinados bienes o derechos por el precepto legal impugnado.

La sanción de nulidad con expulsión de elementos textuales puede, por otro lado, mantenerse siempre que el Tribunal Constitucional:

- a) decida resolver el tratamiento discriminatorio eliminando el régimen beneficioso tanto para el grupo de sujetos a quienes la disposición legal había reconocido un derecho o prestación como para quienes habían quedado excluidos y reclamaban un tratamiento igualitario y

b) siempre que la exclusión de la ley declarada inconstitucional se haya realizado de manera explícita, marginando al grupo que tenía derecho al régimen favorable, de forma la extensión del beneficio puede lograrse suprimiendo la referencia al grupo excluido de la disposición impugnada⁵².

Si el Tribunal Constitucional pretende corregir al legislador reconociendo al grupo discriminado el mismo régimen que el precepto legal atribuía a otro conjunto de sujetos, es decir, igualando “por arriba”, no tendrá más remedio que modificar el contenido normativo de la ley entendiendo aplicable el beneficio a los individuos que, con anterioridad a la decisión del Tribunal, habían visto rechazado su acceso a determinados bienes o prestaciones. De lo contrario, la declaración de nulidad y consiguiente expulsión del precepto del ordenamiento jurídico significaría decantarse por la igualación “por abajo”, o sea, no reconocer a nadie el régimen que el legislador había establecido de manera desigual.

Nos hallamos dentro del conjunto de fallos que la mayoría de la doctrina designa como pronunciamientos “aditivos”⁵³, entendidos éstos como decisiones en las que el Tribunal introduce elementos normativos (la extensión de un régimen a un grupo *a priori* excluido por el legislador) sobre un precepto que se mantiene en el ordenamiento jurídico, adición que tiene por finalidad adecuar el precepto legal a los mandatos constitucionales.

Como hemos destacado con anterioridad, no vemos razones esenciales que justifiquen un tratamiento diferente del conjunto de sentencias “aditivas” en contraste con el resto de formas interpretativas de decisión pues, al fin y a la postre, la llamada sentencia aditiva no busca más que ajustar un precepto legal a los mandatos constitucionales mediante transformación del significado de la disposición legal controvertida, lo que

⁵² Sobre las fórmulas de expulsión del régimen discriminatorio *vid.* M.GONZÁLEZ BEILFUSS: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, *op. cit.* p. 11 y ss. y M.GONZÁLEZ BEILFUSS: “Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad de la ley” en *REDC*, n.42, 1994, pp. 120-121. *Vid.* A.GARRORENA MORALES: “Artículo164”, *op. cit.*, pp.369-370; J.JIMÉNEZ CAMPO: “Analogía «secundum constitutionem»”, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

⁵³ M.GONZÁLEZ BEILFUSS: “Delimitación de competencias...”, *Ibidem.* p. 123; DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas...*, *op. cit.*, pp. 204-212.

sucede cada vez que el Tribunal practica una interpretación constitucionalmente conforme de la ley.

La estructura sigue siendo la misma: la sujeción del precepto legal a unas determinadas condiciones que el Tribunal Constitucional fija y que suponen la modificación de la ley examinada. Ya hemos ejemplificado nuestra posición de la STC 74/1987, de 25 de mayo (*Intérprete para detenidos*) y podríamos ampliar la secuencia con otros supuestos en los que, en el campo de la reparación de la igualdad, la extensión de un determinado régimen beneficioso se produce introduciendo condiciones accesorias que difícilmente se distinguen de las condiciones introducidas en las llamadas “sentencias interpretativas” en sentido estricto⁵⁴.

Hasta tal punto llega la similitud entre decisión interpretativa y decisión aditiva que esta especial predisposición, en las supuestas sentencias aditivas, a la extensión del régimen más favorable puede explicarse sobre la base de los mismos principios que rigen en la interpretación conforme (como el principio de conservación de ley), participando, por otro lado, *de los mismos peligros* que asedian a esta técnica (como la manipulación del contenido del precepto hasta el punto de hacer decir al legislador lo que no dice, en este caso extendiendo un régimen que el legislador no había previsto aplicar a un determinado o grupo o que tal vez *no quería* aplicar a dicho grupo).

Lo relevante, en la línea que venimos señalando, no es tanto que el Tribunal Constitucional modifique el contenido del precepto extendiendo un determinado régimen a un grupo que hasta el momento estaba excluido del mismo, *sino el proceso que le ha llevado a interpretar que dicho grupo excluido era merecedor de la prestación*.

⁵⁴ Valga también como ejemplo la STC 5/1992 de 16 de enero (*Derechos pasivos de la mujer funcionaria*) en la que el Tribunal Constitucional, al enjuiciar el artículo 32.1 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, estima razonable la distinción transitoria en los efectos económicos que producen los derechos pasivos reconocidos a la mujer funcionario respecto a los reconocidos al varón, aunque extiende el régimen más favorable a los casos de solicitudes de pensión tramitadas con anterioridad a la aprobación de la Ley 30/1984. En consecuencia, el precepto, aunque declarado inconstitucional, se mantiene, siempre que no se entienda aplicable a los supuestos de reclamación previa basados en el principio de igualdad.

La imposibilidad de extender el régimen beneficioso anulando el precepto nos da una razón para prever en qué circunstancias el Tribunal Constitucional dictará una de estas resoluciones. Pero junto a esta premisa técnica, se mueven otras “razones materiales” que influyen en el juicio sobre el principio de igualdad en la ley y en la decisión, en caso de haberse apreciado la desigualdad, sobre la extensión o la eliminación del beneficio controvertido.

No es cuestión aquí de presentar un estudio sobre el derecho a la igualdad en la ley, ni en examinar el contexto sociológico y cultural que lleva, mediante instrumentos jurídico-constitucionales, a vetar determinadas diferencias y a apreciar la razonabilidad de otras. Un análisis de estas dimensiones sobre el principio de igualdad, que pretendiese explicar el comportamiento del juez de constitucionalidad y los factores que en él inciden a la hora de deslindar diferencias objetivamente relevantes, de justificarlas o de prohibirlas, superaría ampliamente nuestros conocimientos y la materia que aspirábamos a abordar.

Nuestro modesto objetivo, tiene sólo por misión dibujar algunas constantes percibidas en el juicio de constitucionalidad de la ley sobre el artículo 14 CE y las peculiaridades de la gestión en el resultado que el juez de constitucionalidad desvela, factores éstos, apreciación de la desigualdad y adaptación del juicio de constitucionalidad a la realidad, que se encuentran íntimamente relacionados de modo que una decisión resulta difícil de entender sin considerar el substrato que ha generado la decisión subsiguiente y, podría afirmarse, la reflexión sobre la gestión del resultado del juicio de igualdad en la ley puede (en un momento anterior) haberse transmitido a la estimación o a la desestimación de la desigualdad desde el punto de vista sustantivo.

Legislación preconstitucional contraria al artículo 14.1 CE.

Si ya en general la proporción de pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional declara la invalidez de preceptos preconstitucionales (o los somete a transformación de su contenido normativo por vía interpretativa) en relación con el total de declaraciones de inconstitucionalidad es bastante alta, el porcentaje se mantiene (o incluso aumenta) si reducimos nuestra atención al específico grupo de las declaraciones de inconstitucionalidad apoyadas en algún tipo de discriminación.

Una parte importante de las 17 sentencias en las que se ha declarado inconstitucional un precepto o una determinada regulación con rango legal en virtud de una diferencia contraria al artículo 14 CE afecta a leyes aprobadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución. Así se comprende, que muchas de las decisiones resultantes de la detección y neutralización de una desigualdad injustificada, se concentren en los primeros años de funcionamiento de la jurisdicción constitucional, cuando la revisión por parte del Tribunal de disposiciones con rango de ley pertenecientes al periodo anterior era frecuente (pese a la posibilidad de inaplicación con la que contaban los jueces ordinarios a consecuencia del efecto derogatorio que conllevaba la aprobación del texto constitucional).

De esta época son, por ejemplo, la STC 34/1981, de 10 de noviembre sobre la Ley de Derechos Pasivos de la Administración Civil del Estado, las decisiones recaídas sobre el Código de Justicia Militar como la STC 54/1983, de 21 de junio, o las resoluciones 103 y 104 de 22 de noviembre de 1983 sobre los requisitos para obtener la pensión de viudedad establecidas en los preceptos de la Ley general de la Seguridad Social.

Aunque la poda de legislación preconstitucional se extenderá hasta decisiones la 113/1989, de 22 de junio (*caso inembargabilidad de pensiones*), la STC 142/1990, de 20 de septiembre (*SOVI*), la 3/1993, de 14 de enero (*exclusión de hijos y hermanos de determinadas prestaciones de la Seguridad Social*), la STC 72/1994, de 3 de marzo (*Redención de penas por trabajo*) o la propia 222/1992, de 11 de diciembre (*Subrogación arrendatícia*), lo cierto es que la nulidad de preceptos legales o de regímenes establecidos mediante normas con rango de ley desciende a partir de mediados de los años 90 etapa que coincide con el descenso de cuestiones de inconstitucionalidad que llegan al Tribunal respecto legislación preconstitucional y que el Tribunal estima por vulneración del derecho a la igualdad en la ley.

El juicio de constitucionalidad sobre la igualdad se convierte por tanto, en un grado muy elevado, en una *actualización* de un entramado legislativo anterior al sistema de valores constitucionales, sistema para el que la persistencia de determinadas discriminaciones es claramente intolerable. Parece como si el Tribunal Constitucional, cuando se introduce la variable de la preconstitucionalidad, se sintiera afianzado, alentado, a llevar su

escrutinio al punto más estricto y a declarar la inconstitucionalidad del precepto sin que la presencia de otros factores le perturben en su determinación; camina, por decirlo así, “sobre seguro”.

En congruencia con lo anterior, se explica que entonces que, en el momento de administrar el juicio negativo que la disposición legal merece desde el punto de vista de la igualdad, el Tribunal recurra a la contundente técnica de la extensión del régimen beneficioso para superar la discriminación denunciada y se sitúe así, según la tradición de la jurisdicción negativa, en los límites de sus facultades.

La crítica a la reparación de la desigualdad mediante la concreción de un régimen favorable al grupo hasta entonces discriminado —con repercusiones sobre el gasto público y, por tanto, de forma difícilmente compatible con el principio de legalidad presupuestaria y con la libertad de configuración del legislador— suele desconocer el dato, por lo demás crucial, de que el Tribunal Constitucional *expone sus posibilidades de actuación cuando combate situaciones creadas al amparo de la legislación anterior a la entrada en vigor de la Constitución*.

El respeto hacia el principio de legalidad presupuestaria y a la mínima repercusión de sus decisiones en términos de gasto público que envuelve el juicio sobre la reparación de la igualdad (y acaso sobre la igualdad misma en legislación posconstitucional que, como veremos, representa otro de los “vectores” a la hora de explicar determinadas formas de decisión) *cede* cuando la jurisdicción constitucional se enfrenta a una discriminación repugnante para al actual sistema de valores. Los ejemplos de discriminación por razón de sexo contenidos en las SSTC 103/1983 y 104/1983 referentes a los requisitos para obtener la pensión de viudedad en los cónyuges varones, la STC 142/1990, sobre las prestaciones derivadas del Régimen de Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) o la STC 3/1993, relativa a la exclusión de hijos y hermanos de determinadas prestaciones de la Seguridad Social son ejemplos emblemáticos al respecto. El inconveniente que supone una mayor afectación al gasto público queda minimizado ante la urgencia de acabar con una situación de desigualdad heredada, aunque ello suponga una afectación a la Hacienda Pública nada desdeñable en cuanto a la suma a destinar contra la discriminación, como sucedió en el caso de las

sentencias que equiparaban a viudos y viudas a la hora de establecer los requisitos que permitían acceder a la pensión.

El Tribunal Constitucional puede agudizar las armas que tiene a su alcance para paliar los vicios de inconstitucionalidad en semejantes situaciones y, de hecho, las agudiza cuando se encuentra ante discriminaciones que salpican al acervo legislativo procedente del régimen anterior.

Por otro lado, las garantías que acorazan a la legislación aprobada bajo vigencia de la Constitución no se encuentran, como hemos visto, justificadas en el caso de las leyes preconstitucionales. No es extraño así, y resulta en menor medida criticable, que el juez de constitucionalidad actúe con mayor holgura al apreciar la irrazonabilidad de la diferencia, al invalidar la ley (o condicionar su enunciado a significados que el propio Tribunal introduce interpretativamente) y al adaptar su decisión a la red de circunstancias presentes.

Es verdad que, a fin de cuentas, es al legislador *actual* a quien incumbe la decisión del Tribunal y quien deberá tener en cuenta las repercusiones presupuestarias de la extensión de un determinado régimen favorable a un grupo anteriormente marginado. En principio el legislador del presente no tendría por qué soportar este mayor celo del Tribunal plasmado en el incisivo uso de técnicas de reparación de la igualdad, en parte justificadas por razón del obsoleto objeto que controlan. No obstante, tal vez pueda pensarse en una especie de principio de responsabilidad del legislador democrático posconstitucional por no haber depurado a tiempo estos resquicios de desigualdad de las leyes anteriores clamorosamente contrarios al artículo 14 CE. Ante un legislador indolente, es más fácil admitir la inmediata capacidad de intervención del Tribunal Constitucional cuando se le eleva una cuestión de inconstitucionalidad o cuando él mismo eleva la cuestión al Pleno del Tribunal después de conocer de un recurso de amparo, aunque no sea el órgano idóneo para perfilar un régimen completo acorde con el principio de igualdad.

El legislador puede ser responsable por no haber derogado explícitamente legislación preconstitucional, pero, todo hay que decirlo, dicha responsabilidad es como mínimo compartida, al no haber sido los preceptos problemáticos inaplicados por jueces y

Tribunales ordinarios y Administración en virtud de la Disposición Derogatoria 3 de la Constitución. Ahora bien, aceptadas las repercusiones que el juicio de igualdad tiene sobre estas materias, y admitida la elevación de cuestiones sobre preceptos con rango de ley anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, no parece descabellado preferir que sea el Tribunal Constitucional quien decida sobre la extensión o no del beneficio a determinados grupos, a que el beneficio sea reconocido de manera dispersa por los jueces y Tribunales ordinarios (lo que llevaría también a plantearse la relación directa de éstos con el legislador que se ha mantenido pasivo).

Esta mayor tendencia, cuando de legislación preconstitucional se trata, a denunciar la desigualdad en la ley y corregirla empleando un arsenal de técnicas que rayan con los límites que la tradición confiere a la actividad del juez de constitucionalidad, tiene algunas excepciones cuando el sistema de valores que permitiría reconocer el carácter injustificado del trato desigual no está todavía asentado en el régimen constitucional (y cuando además las cargas de extender el beneficio serían demasiado onerosas).

Este sería el caso de la STC 184/1990, en cuanto admite la razonabilidad de la distinción entre matrimonio y parejas de hecho en la percepción de una pensión de viudedad por parte del supérstite de la pareja de hecho. Como razonó el voto particular de LÓPEZ GUERRA, el mantenimiento de la diferencia era difícilmente compatible con el criterio de necesidad que se desprende del artículo 41 CE en el que se garantiza un régimen público de Seguridad Social que asegure la asistencia y prestaciones suficientes (teniendo en cuenta, además, que tanto el cónyuge difunto como el que pertenecía a la pareja de hecho habían cotizado a la Seguridad Social mientras que sólo la viuda recibía la prestación y no el supérstite de la pareja de hecho).

Sin embargo, para fraguar una posición en el seno del Tribunal mayoritariamente contraria a la estimación de la cuestión y a denunciar el trato discriminatorio, bastó la combinación de un criterio de diferencia no suficientemente rechazado en el contexto social, con la enorme cantidad de recursos públicos que se hubiese necesitado para cubrir las pensiones de los supérstites de hecho que renunciasen a contraer matrimonio a partir de la legalización del divorcio.

Al margen de lo delicado del asunto, hay que resaltar, después de todo, que la STC 184/1990 no constituye el mejor ejemplo de decisión sobre un precepto preconstitucional, ya que, junto con el artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social, debe recordarse que el magistrado *a quo* promovió la cuestión de inconstitucionalidad en conexión con la Disposición adicional décima 2, de la Ley 30/1981, esto es, en conexión con precepto aprobado con posterioridad a la entrada en vigor del texto constitucional. Sobre la diferente orientación que el cambio de esta variable supone, nos ocupamos de inmediato.

Afectación al principio de legalidad presupuestaria y legislación posconstitucional.

El juicio sobre la igualdad y el juicio sobre las consecuencias de la desigualdad declarada cambia en el control de legislación posconstitucional. El Tribunal Constitucional parece mucho más consciente de que su actuación, además de revocar la presunción de constitucionalidad que impregna toda disposición con rango de ley aprobada con posterioridad a la Constitución, incide sobre la capacidad de decisión del legislador y, en particular altera la reserva de ley presupuestaria.

Con mucha probabilidad, tal vez ello explique que existan *muy pocos* pronunciamientos en los que el criterio de diferencia introducido por una ley posconstitucional sea considerado discriminatorio y en los que el restablecimiento de la igualdad vulnerada suponga una inversión de recursos no prevista por el legislador de forma que su capacidad decisora quede excesivamente constreñida.

Sólo contamos con el claro ejemplo de la STC 45/1989, de 20 de febrero, en relación con la reforma del IRPF operada por la Ley 48/1985, en la que se consideró que el incremento de la carga tributaria de la persona integrada en la unidad familiar respecto a otro contribuyente con idéntico nivel de renta (cuando, además, la tributación conjunta de unidades familiares venía impuesta por la propia ley) era contrario a los artículos 14, 31 y 39.1 de la Constitución.

Pero obsérvese que, precisamente en este caso, el impacto sobre la estabilidad presupuestaria y sobre la capacidad legislativa de ordenar la regulación del impuesto era

de tal magnitud, que obligó al Tribunal Constitucional a ofrecer *una reeinterpretación sobre las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad* hasta el momento insólita en la evolución de la jurisprudencia constitucional española⁵⁵.

De un lado, el respeto a la libertad de configuración normativa del legislador justificó el recurso a una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad de los preceptos impugnados y, del otro, la necesidad de contener el gasto que una decisión de este calibre podría provocar forzó a extender la prohibición de revisión no sólo de las situaciones consolidadas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada sino también mediante actuaciones administrativas firmes (si bien el Tribunal Constitucional formalmente adujo, en apoyo de esta medida, la necesidad de impedir un trato de desfavor para quien recurrió ante los Tribunales sin éxito en contraste con el trato recibido por quien no instó la revisión del acto por el que se aplicaban las disposiciones inconstitucionales). Finalmente, la nulidad declarada en el fallo de la STC 45/89, tampoco podía fundar (para lo que el Tribunal Constitucional no ofreció justificación alguna, lo que induce a pensar de nuevo la “razón presupuestaria” siempre presente en el razonamiento aunque siempre encubierta) ninguna pretensión de restitución sobre los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales.

El caso, en la coda sobre el alcance del fallo, revela con suficiente intensidad primero, la prudencia de la que el juicio de constitucionalidad de la ley en cuestiones de igualdad se rodea cuando confluyen las variables de legislación posconstitucional y de alta incidencia sobre recursos públicos y, segundo, la certeza de que la decisión sobre la adaptación del juicio de constitucionalidad a la realidad repercute sobre la apreciación material de la desigualdad y su garantía: el derecho a la igualdad en la ley, se mire como se mire, fue *objetivamente infringido* para quien había realizado determinados pagos en liquidaciones provisionales y no tenía derecho alguno de restitución, pues en nuestro sistema (art. 40.1 LOTC) es sólo la sentencia con fuerza de cosa juzgada, salvo en procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador, la que limita el alcance de las declaraciones de inconstitucionalidad contra leyes y, en particular, como en nuestro ejemplo, las declaraciones de

⁵⁵ Vid. E.GARCÍA DE ENTERRÍA: “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes

inconstitucionalidad derivadas como consecuencia de apreciar la vulneración de un Derecho Fundamental. No negaremos que la aplicación del artículo 40.1 LOTC también conduce a la “infracción objetiva” de derechos fundamentales que no fueron reconocidos en sentencias ya firmes, pero la razonabilidad del límite parece en mayor medida justificable en la decisión que adoptó el legislador mediante la redacción de dicho precepto y con vistas a satisfacer el principio de seguridad jurídica, que en una interpretación *ad hoc* del alcance de los fallos de inconstitucionalidad como remedo para frenar la restitución masiva de ingresos ya percibidos por el Estado.

El resto de ejemplos en los que se declara la inconstitucionalidad de la ley posconstitucional por contravenir el principio de igualdad y se extiende el beneficio al grupo excluido por la ley son muy poco numerosos y encuentran un ámbito de aplicación de sujetos más reducido, de modo que la decisión del Tribunal no supone un gran trasiego para las finanzas públicas.

Hallamos el caso de la STC 116/1987, de 9 de junio, en el que el Tribunal Constitucional juzgó contraria al artículo 14 CE la regulación contenida en la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de derechos correspondientes a personal de las Fuerzas Armadas de la República, al limitar el reconocimiento de determinados beneficios sólo a militares de la II República que hubiesen consolidado su empleo antes del 18 de julio de 1936, excluyendo, por tanto, a quienes se hubiesen incorporado con posterioridad.

Las mismas constantes (legislación posconstitucional, y pocas repercusiones en el volumen de gasto o de percepción de ingresos como consecuencia de la extensión del beneficio) las encontraríamos en la STC 134/1996, de 22 de julio, en cuyo fallo se declaró inconstitucional por vulnerar el artículo 14.1 CE y el artículo 31.1 CE la nueva redacción dada por la Ley 21/1993 al artículo 9.1 c) de la Ley 18/1991 de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas al suprimir sólo para los funcionarios de las Administraciones Públicas que se hallen en situación de incapacidad permanente absoluta la exención de dicho impuesto, lo que contrastaba con el resto de sujetos pasivos a quienes se les continuaba reconociendo la exención tributaria sobre pensiones percibidas por la misma causa.

inconstitucionales”, *REDA*, n.61, 1989, pp. 5-17; A.GARRORENA MORALES: “Artículo 164”, *op. cit.*, pp.362-367.

Aunque puede alegarse que es considerable el número de ciudadanos encuadrables bajo los grupos a los que, debido a las decisiones del Tribunal, se les reconoce determinados beneficios, las repercusiones presupuestarias que reclamaciones como las del colectivo de soldados profesionales de la Segunda República incorporados después del 18 de julio de 1936 o los ingresos tributarios que se dejan de percibir procedentes del grupo de funcionarios receptores de una pensión por incapacidad permanente absoluta son mucho menores que las resultantes de la STC 45/1989 (que afectaba a todos los contribuyentes integrados en unidades familiares) en el supuesto en que el Tribunal Constitucional no hubiese reinterpretado el alcance de su fallo.

Una última prueba de la moderación del Tribunal en el terreno que aquí abordamos vendría representada por la STC 5/1992, de 16 de enero, ya comentada, en la que se califica de razonable el régimen transitorio que el legislador estableció en la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la reforma de la Función Pública que restringía la posibilidad de percepción de efectos económicos generados por las mujeres funcionarias hasta 1984 pese a que la diferencia de trato suponía una discriminación respecto al cónyuge viudo de la mujer funcionaria fallecida que no tenía derecho a pensión alguna y respecto a la propia mujer funcionaria cuyos derechos pasivos se encontraban devaluados en comparación con los que percibían los funcionarios varones, pues éstos, a diferencia de lo que sucedía con las cotizaciones de las funcionarias, generaban pensión para sus cónyuges. Fue éste uno de los pocos casos en los que el Tribunal Constitucional admitió que:

“Se trata (...) de derechos de prestación, de evidente contenido económico, a cargo de los presupuestos públicos, y que han podido afectar a un número considerable de beneficiarios, por lo que el reconocimiento de derechos con efectos económicos para el futuro puede considerarse también constitucionalmente justificado, debiendo reconocerse en estos casos un margen al legislador para el reconocimiento de derechos de carácter patrimonial.”

Junto con estas decisiones, las declaraciones de inconstitucionalidad de la ley por vulneración del artículo 14 CE y las fórmulas de reparación de la igualdad que el Tribunal propone pueden no tener consecuencias presupuestarias en absoluto, sino

afectar a las relaciones entre particulares, de modo que *el coste de extender el beneficio* (o de restringir el privilegio) *es soportado por otro ciudadano y no por el Estado*.

Podría pensarse que, aun siendo indiferentes desde el punto de vista del gasto público, el nivel de contención mostrado por el Tribunal en estas resoluciones debería ser semejante al tener, la decisión sobre la reparación del trato discriminatorio, consecuencias sobre derechos de un tercero.

Paradójicamente, por el mayor número de pronunciamientos, tal vez podría afirmarse lo contrario, es decir, que cuando el coste es soportado privadamente, aumentan la posibilidades de intromisión del Tribunal en la determinación sustantiva del régimen aplicable a los sujetos entre los que antes del fallo mediaba la diferencia discriminatoria. Ejemplos los encontramos en las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre (*subrogación arrendatícia*) y 113/1989, de 22 de junio (*inembargabilidad de pensiones*) si bien nuestras afirmaciones deben modularse al mantenerse, en el fondo, la pauta que asocia el mayor activismo del Tribunal al hecho de que el objeto de control sea una ley anterior a la aprobación de la Constitución pues, en efecto, muchos de estos pronunciamientos recayeron sobre leyes preconstitucionales.

4. Una alusión al artículo 24.1 CE en relación con el artículo 14 CE. Prevención de situaciones *ex lege* incondicionadas.

La tendencia a invalidar la ley se constata cuando la diferencia de trato tiene repercusiones procesales para una de las partes con lo que se infringe adicionalmente el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Los supuestos se inscriben en determinados privilegios reconocidos a algunos grupos cuyos bienes se encontraban sujetos a límites de embargabilidad, perjudicándose así los intereses de los acreedores y paralizando la eficacia de sus acciones⁵⁶.

⁵⁶ Otra posibilidad de afectación conexas entre artículo 14.1 y 24.1 CE se expresa en aquellas desigualdades introducidas en los requisitos para acceder a un determinado recurso. Así en la STC 76/1982, de 14 de diciembre, el Tribunal Constitucional decidió expulsar algunos de los requisitos que se exigían a los condenados, pero no al Ministerio Fiscal, para recurrir en casación las sentencias del Consejo Superior de Justicia Militar, de forma que se restableció la igualdad en términos de acceso a la casación entre Ministerio Fiscal y condenados.

Este era, por ejemplo, el caso del límite consignado por el Código de Justicia Militar sobre el embargo de haberes y sueldos de Oficiales que, por razón de alimentos, no podía superar la cuarta parte de los mismos y que el Tribunal, en la STC 54/1983, de 21 de junio, y que el Tribunal invalidó por considerar que establecía una discriminación en contra de las esposas e hijos de militares frente a las esposas e hijos de otros empleados civiles, impidiéndose *ex lege*, además, que fuese el juez quien determinase la cantidad embargable por razón de alimentos en función de las circunstancias del caso.

Más explícito en cuanto a la infracción del artículo 24.1 CE en su dimensión de derecho fundamental a la ejecución de sentencias firmes lo encontramos en la ya citada STC 113/1989, de 22 de junio, en la que el Tribunal Constitucional invalidó el artículo 22.1 de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto declaraba la inembargabilidad de las prestaciones económicas de la Seguridad Social de manera terminante más allá del nivel económico de subsistencia. Se entendió así que el privilegio de la inembargabilidad perjudicaba desproporcionadamente el derecho de los acreedores cuando las cantidades percibidas en concepto de pensión superaban el mínimo económico vital.

Un ejemplo similar lo encontramos en la STC 158/1993, de 6 de mayo (*ex combatientes de la Segunda República*), donde el TC estimó la cuestión planteada contra el artículo 12 de la Ley 35/190, de 26 de junio al considerar que era inconstitucional la prohibición incondicionada (y al margen de la cuantía) de embargo y retención de las pensiones reconocidas a los mutilados excombatientes de la zona republicana

La opción tomada por las SSTC 113/1989 y 158/1993, se ubica, por cierto, dentro de un marco más amplio que justifica la apelación al uso de formas interpretativas cuando el precepto legal enjuiciado establece *una consecuencia jurídica de manera incondicionada y al margen de la ponderación que los jueces y Tribunales puedan hacer en cada caso*. La solución suele ser no tanto la expulsión del precepto enjuiciado como la sujeción de la consecuencia (antes taxativa) a las condiciones que el Tribunal Constitucional establece en los fundamentos de la sentencia, condiciones que suelen limitarse a reconocer a los jueces un margen de apreciación para que adopten una solución, en el caso que concurran las circunstancias, diferente a la que indefectiblemente conducía la aplicación del precepto viciado.

La idea se encuentra también en pronunciamientos como la STC 22/1981, de 2 de julio que declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores interpretada como norma que establecía la incapacitación para trabajar a los 69 años y *de forma directa e incondicionada* la extinción de la relación laboral de esa edad; en la STC 178/1985, de 19 de septiembre, que estimó inconstitucional la previsión de determinados preceptos del Código de Comercio y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecían el arresto del quebrado como efecto automático de la declaración de quiebra (de modo que el TC concluyó que los preceptos se ajustaban a la Constitución si se interpretaba el arresto no como consecuencia inmediata de la declaración de quiebra sino como habilitación para que el juez, motivadamente, adoptase la medida en función de la finalidad perseguida en el proceso de quiebra) o, recientemente en la STC 181/2000 en lo que tiene de arbitrario la fijación normativa de un sistema de valoración del daño personal sin posibilidad de probar ante el juez que los perjuicios sufridos son superiores.

Como se ve, pese a que en algunas decisiones se encuentre implicado el artículo 14 CE la prevención de situaciones incondicionadas *ex lege* mediante sentencia interpretativa desborda el ámbito del principio de igualdad para contribuir a la protección del artículo 24.1 CE, para restablecer el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE o para preservar el ejercicio de la potestad jurisdiccional reconocida en exclusiva a Jueces y Tribunales.

Si la situación incondicionada se refiere a un privilegio procesal reconducible a una violación del artículo 14 CE, debe entonces recordarse que la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de lo que hemos analizado anteriormente, no significa la extensión de ningún beneficio sino la supresión del privilegio lo que se realiza mediante la nulidad o, como acabamos de ver, mediante condicionantes interpretativos.

Otra de las modalidades en las que el juicio de constitucionalidad de la ley centrado en el artículo 24.1 CE tiende a generar decisiones interpretativas se detecta en la defensa del acceso a la jurisdicción. El TC acaba fomentando una lectura de aquellos preceptos impugnados que establecen requisitos previos al planteamiento de un recurso jurisdiccional en el sentido que el incumplimiento de estos requisitos no suponga causa de inadmisión.

No se invalida la previsión por la que el legislador ha decidido imponer determinadas cargas al recurrente aunque se decide que si el recurrente omite alguna de estas diligencias el defecto no sea insubsanable (de modo que el requisito legal queda aparcado a una especie de limbo sin que se sepa muy bien qué consecuencias tiene su incumplimiento por parte del litigante). Esta fue la solución adoptada en la STC 76/1996, de 30 de abril (*artículo 110.3 LRJ-PAC*) en la que se declaró que la omisión del requisito (previo a la interposición de recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa) de comunicación al órgano que dictó el acto administrativo no podía suponer la inadmisión de dicho recurso sin resolución jurisdiccional de fondo. La necesidad de divulgar esta interpretación conforme en una materia y en un aspecto de permanente aplicación en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa tal vez explica que el Tribunal Constitucional dictase una nueva sentencia inmediatamente posterior (STC 89/1996, de 23 de mayo) en la que se reiteró el fallo interpretativo. La doble resolución, en la que se contienen las mismas condiciones bajo las cuales la ley enjuiciada debe entenderse sujeta, emerge así como técnica formal de publicidad de la interpretación constitucionalmente adecuada.

5. Decisiones interpretativas en materia penal y administrativa sancionadora. Especial referencia al principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE).

Otro de los escenarios en el que cabe plantearse el papel de las formas interpretativas de decisión en la jurisprudencia constitucional española es en el examen de constitucionalidad de preceptos legales que toma como parámetro el principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE.

En nuestra opinión, una de las más poderosas razones que puede inducir al Tribunal Constitucional a adoptar un fallo de corte interpretativo como alternativa a la nulidad de la disposición legal impugnada no se debe tanto a la protección de un Derecho Fundamental sino a la necesidad de mantener la sanción penal (o administrativa) sobre una determinada conducta *pese* al Derecho Fundamental. El recurso a la decisión interpretativa buscaría frenar el *efecto despenalizador* que supondría la invalidación del precepto que tipificaba la conducta como ilícita.

Como apuntábamos, los problemas de incompatibilidad entre la regulación penal o administrativa sancionadora y los mandatos constitucionales se suelen expresar o bien como contradicción con alguna de las vertientes del principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE⁵⁷, y en especial con la exigencia de precisión en la descripción de los hechos punibles y de la determinación de la sanción, o bien, como restricción al derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17.1 CE) por cuanto determinadas conductas son castigadas con penas privativas de libertad sin respetar el régimen de reservas de ley y, en concreto, la reserva de Ley Orgánica del artículo 81.1 CE⁵⁸.

Ahora bien, ¿cómo actuar si de la contradicción con estos aspectos, supone la expulsión de las disposiciones sancionadoras, la inmunidad de determinadas conductas y, por consiguiente, la desprotección de determinados bienes jurídicos?

La idea es que el Tribunal Constitucional, antes de crear el vacío, podría situarse en una fase intermedia, consistente en adecuar la norma problemática a las exigencias sentadas desde la Constitución, transformando, si cabe, el contenido del precepto legal, a fin, por ejemplo, de superar el vicio de imprecisión en la determinación de los hechos punibles. Frente a esta alternativa, como nos recuerda FERRERES COMELLA⁵⁹, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la ley penal tendría efectos demoledores: significaría que ningún tribunal puede imponer una pena en virtud de ley invalidada, que sería necesario esperar a una nueva regulación legislativa (pues no habría posibilidad de reviviscencia de la ley que regía con anterioridad a la declarada inconstitucional) y que la aplicación de la nueva ley no podría ser retroactiva.

⁵⁷ Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica tres exigencias: la existencia de una Ley (*lex scripta*); que la Ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa la prohibición de extensión analógica del Derecho penal al resolver sobre la interpretación de los preceptos legales del Código Penal (así, por ejemplo SSTC 133/1987, FJ 4 y 111/1993, FJ 6, entre otras). Vid. S.HUERTA TOCILDO: “El derecho fundamental a la legalidad penal” en *REDC*, 1993, n.39, pp. 86-113.

⁵⁸ Así, por ejemplo, las SSTC 160/1986, de 16 de diciembre (*Régimen Jurídico del Control de Cambios*) y 119/1992, de 18 de diciembre (*Ofensas a las banderas autonómicas*).

⁵⁹ V.FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad en materia penal (una perspectiva constitucional)*. En prensa.

Además, la sentencia del TC permitiría revisar las sentencias condenatorias que en el pasado se dictaron en aplicación de la ley, incluso (a tenor del artículo 40.1 CE) aquellas que adquirieron fuerza de cosa juzgada.

Eludir la despenalización

La forma interpretativa de decisión aparece, en esta tesitura, como una estructura de *defensa de la incriminación*, de donde se sigue que la apelación a este recurso debería plantearse en términos restrictivos.

Nótese que el problema de la admisibilidad de la sentencia interpretativa en este contexto se aparta de otra cuestión recurrente en el marco del principio de legalidad penal, como es la de la prohibición de interpretación la interpretación extensiva o analógica *in malam partem*. En el análisis que aquí sugerimos no nos preguntamos sobre si el Tribunal Constitucional puede interpretar extensivamente un precepto penal o administrativo sancionador a fin, por ejemplo, de garantizar el contenido de otro Derecho Fundamental⁶⁰, nuestros interrogantes se dirigen más bien a discernir si el juez de constitucionalidad puede transformar el contenido de un precepto legal impugnado, ajustándolo a las exigencias constitucionales, para “salvar” la tipificación de una conducta y para impedir la exención de responsabilidad de quienes han cometido los hechos inconstitucionalmente enunciados.

Pese a lo dicho, una posición extrema bien podría relacionar los dos aspectos al entender que todo intento de interpretación conforme de un precepto viciado de posible

⁶⁰ Así en las SSTC 67/1998, de 18 de marzo y 84/1998, de 20 de abril (*Impago de pensiones de alimentos de hijos extramatrimoniales*) en las que se reconoce la inconstitucionalidad por vulneración del artículo 14 CE en relación con el artículo 39.1 CE del artículo 487 bis del antiguo Código Penal que establecía el delito de impago de pensiones a cónyuge e hijos, pero refiriéndose únicamente a las pensiones establecidas judicialmente en caso de separación, divorcio o declaración de nulidad de matrimonio, con lo que se excluía de la tipificación del delito el impago de prestaciones alimenticias en el caso de hijos de parejas no matrimoniales. La técnica de reparación de la igualdad que supondría extender el tipo penal a quienes incumplieren la obligación de pagar pensiones de alimentos a hijos extramatrimoniales chocaba, no obstante, con el principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE al tratarse de una aplicación analógica del precepto *in malam partem*. El Tribunal estimó el amparo pero no declaró la inconstitucionalidad y nulidad del precepto escudándose en el argumento de que el art. 487 bis del Código Penal ya había sido derogado.

incompatibilidad con el 25.1 CE *es analogía in malam partem* y, por tanto, inconstitucionalmente vedada.

El sólo mantenimiento del régimen incriminatorio, por vía de adecuación interpretativa, se entendería así siempre contra reo, por lo que estaría excluida toda forma de decisión interpretativa que tuviese por objetivo evitar la despenalización. La modificación de contenidos normativos realizada por el TC para salvar de la invalidez el precepto penal tiene, además, el inconveniente de que la Constitución no ofrece apoyos para delimitar qué línea interpretativa, de entre las posibles, debe regir en la comprensión del precepto por parte de los aplicadores. Con la precisión de conductas tipificadas el Tribunal Constitucional no está en realidad practicando ninguna “interpretación constitucionalmente conforme” porque la Constitución es indiferente al respecto⁶¹.

Estas tesis, aunque puedan no ser tomadas en consideración en el enjuiciamiento de una ley bajo el principio de legalidad penal, tiene, al menos, la ventaja de orientarnos hacia un posible criterio prescriptivo en la aplicación de decisiones interpretativas en el ámbito penal cuya posible formulación podría expresarse mediante los siguientes postulados: el mantenimiento del régimen incriminatorio a través de manipulación o de adaptación constitucional del contenido normativo según el dictamen del Tribunal debería venir precedido por un análisis de los bienes jurídicos que la tipificación penal o el establecimiento de sanciones administrativas pretenden proteger. La protección penal (o mediante régimen administrativo sancionador) de estos bienes jurídicos, con la que justificar el mantenimiento de una regulación con visos de inconstitucionalidad por vía interpretativa, debería también tener un anclaje constitucional en otro Derecho Fundamental que podría verse vulnerado con la despenalización. Lo que no resultaría admisible, según esta propuesta, es “la incriminación por la incriminación” mediante sentencia interpretativa, sino que la restricción al 25.1 CE que supone el intento de subsanación de la disposición problemática mediante transformación de su contenido debería ser proporcionada a la preservación de otros bienes jurídicos cuya protección penal encuentre alguna raigambre en términos constitucionales. El mantenimiento de la incriminación por vía interpretativa debería venir apoyada por la necesidad de protección de otro derecho fundamental.

⁶¹ V.FERRERES COMELLA: *El principio de taxatividad...*, *op. cit.*

En la STC 111/1993, de 25 de marzo (*Intrusismo profesional de Agente de la Propiedad Inmobiliaria*) se vislumbra un ejemplo de recurso a la interpretación conforme con el fin de mantener la figura delictiva pese a las imprecisiones del tipo.

El recurrente había presentado un recurso de amparo por infracción del principio de legalidad penal al entender que se le había condenado por una interpretación extensiva del artículo 321.1 del antiguo Código Penal que castigaba con pena de prisión menor a quien ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial. Según una interpretación basada en la génesis del precepto y en su ubicación sistemática, para el Tribunal Constitucional el término de “título oficial” sólo podía ser entendido como “título académico oficial”, es decir, como título universitario⁶². El recurrente, Agente de la Propiedad Inmobiliaria, había sido condenado por actuar en el marco de una profesión para cuya realización no se requieren estudios superiores, de modo que el artículo 321.1 del Código Penal había sido aplicado a un supuesto que escapaba de la conducta tipificada: el ejercicio de profesiones sin “título académico oficial”. La interpretación extensiva del término “título” practicada por los órganos judiciales, significaba, según el TC, una violación del artículo 25.1 CE.

La imprecisión del tipo (en el caso concreto, la indeterminación del término “título”) no podía conducir a una declaración de inconstitucionalidad que despenalizase toda actividad de intrusismo profesional (incluso aquella ejercida sin título universitario en ámbitos en los que dicha titulación se requiere) por lo que se decide consolidar una interpretación restrictiva del precepto mediante la sentencia de constitucionalidad.

Para acabar de afianzar su línea argumentativa (y para alejarse más si cabe de la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del precepto), el Tribunal Constitucional sostuvo que la imprecisión del artículo 321.1 del antiguo Código Penal no era achacable al legislador sino a la aplicación realizada de dicho precepto por un sector de los órganos judiciales; sin embargo, si la interpretación extensiva del término “título

⁶² El Tribunal Constitucional enunció otro argumento de contenido propiamente “constitucional” para defender la interpretación restrictiva del término “título oficial” al concluir que una interpretación extensiva chocaría con el principio de proporcionalidad de la pena en conexión con el derecho a la libre elección de profesión u oficio del artículo 35 CE (STC 111/93, de 25 de marzo, Fundamento Jurídico 9).

oficial” era tan frecuentemente invocada por algunos jueces del orden penal (como después ha demostrado la conflictividad que ha generado la regulación), *puede concluirse que el problema partía de la redacción excesivamente abierta contenida en el texto de la ley.*

Si en la STC 111/93 el TC no advierte que la incompatibilidad con el artículo 25.1 CE por excesiva imprecisión del término “título oficial” procede del legislador y no sólo de la interpretación judicial es, a nuestro juicio, a los solos efectos de eludir el entuerto que supondría plantearse la declaración de inconstitucionalidad de todo el régimen sancionador que previene el intrusismo profesional (cuestión que, además, venía allanada por el hecho de contar con una nueva regulación en la que, efectivamente, el intrusismo en profesiones que no requieren de título académico para su ejercicio es combatido mediante sanciones administrativas).

El dilema de recurrir a una interpretación conforme como alternativa a la declaración de inconstitucionalidad de un tipo penal impreciso se complica, como en el caso de la STC 111/93, cuando la interpretación se propone en el contexto de un recurso de amparo. Como se sabe, no hay ningún obstáculo que inhabilite a la sentencia de amparo como soporte a través del cual se lleve a cabo la reconducción interpretativa del precepto controvertido: el artículo 5.1 LOPJ ya nos recuerda que la interpretación constitucionalmente conforme que realiza el TC y que vincula a todos los jueces y Tribunales se predica de las “resoluciones dictadas por el Tribunal *Constitucional en todo tipo de procesos*”.

La STC 111/93, que resulta de un recurso de amparo, no duda en poner énfasis en este detalle⁶³, de donde se desprende que los Jueces y Tribunales deberán *pro futuro* desechar la interpretación analógica *in malam partem* del artículo 321.1 del Código

⁶³ “La señalada omisión por parte del legislador de 1963 del calificativo “académico” no debe, empero, conducir a una conclusión de inconstitucionalidad del art. 321.1 del Código Penal. A ello se opondría la afirmación, reiteradamente mantenida por este Tribunal, de que únicamente cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos «cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme de la misma» (...). Pues si bien es cierto que dicha afirmación ha sido utilizada para justificar el pronunciamiento de una Sentencia interpretativa en relación con un recurso de inconstitucionalidad, *no lo es menos que no pierde virtualidad por el hecho de que no sea ésta la vía planteada en el presente caso.*” (STC 111/1993, de 25 de marzo Fundamento Jurídico 8, la cursiva es nuestra)

Penal (que extiende el concepto de “título oficial” a actividades en las que no se exige titulación universitaria) y, tratándose de materia penal, deberían revisarse las sentencias condenatorias basadas en esa interpretación inconstitucional (aunque esto es muy discutible puesto que el artículo 40.1 LOTC sólo reconoce efectos retroactivos a las “sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley”⁶⁴ que es lo que, precisamente, estalló en la posterior STC 150/1997, de 29 de septiembre⁶⁵). El ejemplo, dicho sea de paso, señala el panorama inseguro y fluctuante que alientan las interpretaciones constitucionalmente conformes planteadas al margen de su cauce convencional (recurso o cuestión). Tratándose de un recurso de amparo (por mucho que la decisión fuese dictada por el Pleno) al menos la inseguridad hubiese quedado mitigada si la interpretación inconstitucional hubiese sido acogida en el fallo directamente o por remisión⁶⁶. La dificultad de imponer la línea interpretativa constitucionalmente correcta, junto con la precariedad de mecanismos de reacción contra interpretaciones contrarias emanadas de los jueces y Tribunales (y cristalizadas en procesos ya fenecidos) abonó la reflatación del conflicto en la ya citada STC 150/1997. Sea como fuere, la “solución interpretativa” para contener la declaración de inconstitucionalidad por contradicción con el artículo 25.1 CE, encuentra, como vemos, un rosario de dificultades.

Otra típica muestra en la línea de mantener la incriminación por vía interpretativa la encontramos, no en el radio del artículo 25.1 CE, sino en la posible infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. En la STC 105/1988, de 8 de junio (*Instrumentos idóneos de ejecución del delito de robo*) el TC entró a resolver diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra el artículo 509 del antiguo Código Penal por el que se castigaba a quien fabricase y quien tuviese en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados a la ejecución el delito de robo. El Tribunal

⁶⁴ Sobre la ausencia de efectos del artículo 40.1 LOTC en recurso de amparo *vid.* J.JIMÉNEZ CAMPO: “La declaración de inconstitucionalidad de la ley” en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, p.132.

⁶⁵ Sobre la cadena de pronunciamientos SSTC 111/1993 y 150/1997 *vid.* V.FERRERES COMELLA y L.J. MIERES MIERES: “Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal. (A propósito de las Sentencias 111/1993 y 150/1997 del Tribunal Constitucional” en *REDC*, n. 55, 1999, pp.287-321.

⁶⁶ La STC 111/1993, de 25 de marzo, confirma, por otra parte, que el conjunto de decisiones interpretativas se extiende más allá de los procedimientos formales de control de constitucionalidad de la ley (recurso y cuestión), aumentando (como indicábamos) el número de

Constitucional, invocando algunas interpretaciones del precepto procedentes de la jurisdicción ordinaria, acabó señalando que el artículo 509 del entonces vigente Código Penal era inconstitucional si se entendía que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presumía que la finalidad y el especial destino que el poseedor daba a estos instrumentos era, en efecto, la ejecución de dicho delito, a menos que el acusado facilitase prueba en contrario.

Parece difícil encontrar otra interpretación del artículo 509 del antiguo Código Penal que no atente contra el artículo 24.2 CE y, sin embargo, el TC *la encuentra* (confirmando nuestra intuición de que siempre es posible hallar un encaje interpretativo, por muy incompatible que sea con el tenor literal, cuando existe una razón previa favorable a la solución interpretativa, como en nuestro caso, el mantenimiento del tipo).

Mediante una extraña contorsión, y pese al automatismo del artículo 509 CP que establece una pena por la sola posesión de instrumentos hábiles para cometer el delito de robo, el Tribunal declara que el precepto es constitucional si se entiende que la especial destinación por el poseedor de los instrumentos a la ejecución del delito de robo corresponde siempre probarla a la parte acusadora, sin que por exigencia de la Ley, el acusado deba realizar prueba alguna. Es entonces cuando, para defender la interpretación considerada constitucional, que el órgano juzgador se embarca en una digresión ya directamente ininteligible: “En esta interpretación, la idea del descargo suficiente posee un sentido distinto. No es una actividad necesaria del acusado, sino una actividad libre de éste, que alguna de las tesis mantenidas en el presente recurso considera como una especial causa de justificación, aun cuando probablemente sea más exacto calificarla de libertad del acusado para alegar y probar una destinación diferente.⁶⁷” (libertad, añadimos, que no desvirtúa para nada la presunción en la destinación delictiva que en un primer momento parece establecerse).

En fin, el caso es que el Tribunal reconoce ser consciente, en los últimos párrafos del pronunciamiento de estar practicando “una sentencia constitucional de carácter

sentencias que ensayan interpretaciones constitucionalmente conformes en proporción (o en combinación) con decisiones invalidatorias.

⁶⁷ STC 105/1988, de 8 de junio (Fundamento Jurídico 3).

interpretativo”, posibilidad ésta, que considera conveniente en consideración al *principio de conservación de disposiciones legales*.⁶⁸

La modificación de contenidos realizada por el Tribunal Constitucional teniendo como trasfondo la necesidad de mantener el régimen sancionador se presenta con especial insistencia (en el ámbito de la sanción administrativa) en la STC 212/1996, de 19 de diciembre (*Ley de donación y utilización de embriones y fetos*). En el fundamento jurídico 13 de dicha resolución, el Tribunal declara estimar el recurso de inconstitucionalidad al entender que el régimen sancionador que el legislador pretendía imponer en la materia quedaba en la completa indeterminación y era, por ello, contrario al artículo 25.1 CE.

El origen del vicio de inconstitucionalidad, estribaba en que el artículo 9.1 de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos, incluía una remisión al régimen de infracciones y sanciones contenidas en los artículos 32 y 37 de la Ley General de la Seguridad Social pero añadía que, dicha remisión, se debía producir “con las adaptaciones que requiera la materia”. Según el Tribunal, este era el inciso (“con las adaptaciones que requiera la materia”) que no cumplía con las exigencias de precisión requeridas desde el artículo 25.1 CE. El TC declara la inconstitucionalidad y la nulidad de la mención pero entiende que se conserva *el conjunto del régimen sancionador* puesto que continua operando la remisión general a las normas sobre infracciones y sanciones contenidas en los artículos 32 a 37 de la Ley General de Sanidad *sin la cláusula relativizadora que ya ha sido expulsada*. El TC se ocupa de aclarar que “en el ámbito de competencia propia del legislador queda, desde luego, la decisión de mantener el precepto en los términos actuales, o bien la de llevar a cabo, dentro de dicho régimen sancionador, las adaptaciones que considere oportunas, en el respeto siempre a las señaladas exigencias de predeterminación normativa”⁶⁹, pero, por el momento, el riesgo del vacío sancionador ya ha sido sorteado con la persistencia del régimen de la Ley General de Sanidad, esta vez sin matices que tiendan a la vaguedad.

⁶⁸ STC 105/1988, de 8 de junio (Fundamento Jurídico 3 *in fine*)

⁶⁹ STC 212/1996, de 19 de diciembre, Fundamento Jurídico 13.

La tendencia “conservacionista”, que se ampara en técnicas de modificación normativa (interpretativa o textual) para superar el problema de la despenalización, no debe ocultarnos que en ocasiones el Tribunal Constitucional, sin más rodeos, resuelve lisa y llanamente invalidar el precepto por atentar contra el principio de legalidad penal y derrumbar, parentemente, toda la estructura incriminatoria basada en el tipo penal expulsado o todo el régimen administrativo sancionador que había sido establecido por la disposición declarada inconstitucional.

Da que pensar no obstante (y en la línea de nuestros comentarios anteriores sobre el principio de igualdad), que uno de los casos en los que el Tribunal Constitucional opta por esta solución sea la STC 53/1994 de 24 de febrero en la que se declararon inconstitucionales por vulnerar el principio de legalidad penal algunos artículos de la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942, es decir preceptos de una ley preconstitucional⁷⁰, y que en otros casos llamativos —en los que en sentido estricto la invalidación no se produce pese a apreciar la inconstitucionalidad de preceptos legales, como la STC 207/1990, de 17 de diciembre (*artículos 41 y 57 Estatuto de los Trabajadores*) o la STC 136/1999, de 20 de julio (*Mesa Nacional Herri Batasuna*)— se tratase de preceptos derogados en el momento de dictar sentencia (se contaba ya con un nuevo régimen sancionador y, por tanto, el riesgo de vacío era menor).

La derogación, por otra parte, de la que habían sido objeto el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores (STC 207/1990, de 17 de diciembre) y el artículo 174 bis *a*) del Código Penal (STC 136/1999, de 20 de julio)⁷¹ evitó plantear la autocuestión (en ambos supuestos la constatación de la inconstitucionalidad se había producido en recursos de amparo).

⁷⁰ Aunque vale la pena matizar que el factor de la preconstitucionalidad, en el marco del artículo 25.1 CE, parece incidir en menor grado en la solución adoptada que en el caso del principio de igualdad, pues al fin y al cabo, la interpretación conforme del artículo 321.1 del antiguo Código Penal practicada en la STC 111/1993 también recayó en un precepto de origen preconstitucional.

⁷¹ El Tribunal Constitucional concluyó que el carácter omnicompreensivo de las formas de colaboración con grupos terroristas previsto en el artículo 174 bis *a*) del Código Penal de 1973 (“cualquier acto de colaboración”) combinado con el rigor de la pena privativa de libertad prevista vulneraba el principio de legalidad penal “en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas”. (STC 136/1999, de 20 de julio, fundamento jurídico 30).

Resulta interesante recordar, con todo, que en el caso de la STC 136/1999, la declaración formal de inconstitucionalidad tenía su relevancia, puesto que la nulidad de la norma hubiese impedido castigar a nadie por hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, así como, por efecto del artículo 40.1 LOTC, la revisión de todas las condenas penales firmes. La voluntad de mantener la penalización en algunos aspectos pese a la inconstitucionalidad vislumbrada continuaba, pues, manifestándose.

Mantenimiento de una institución vinculada al poder punitivo y sancionador del Estado o de realización de medidas de prevención especial.

Otro foco de aplicación de fórmulas interpretativas en el ámbito del Derecho Penal o administrativo sancionador no se refiere tanto al problema de evitar la despenalización en el caso de enunciados difícilmente conciliables con el principio de legalidad penal, sino *al mantenimiento de instituciones* (aquejadas, en principio, de una regulación indeterminada) a través de las cuales el ejercicio del poder punitivo se hace efectivo o en cuyo contexto se realizan principios como el de prevención especial del Derecho Penal frente a colectivos inimputables (menores, enajenados).

Este es el caso de la ya comentada STC 36/1991, de 14 de febrero (*Tribunal Tutelar de Menores, vid. supra.*). El artículo 16 del texto refundido sobre Tribunales Titulares de Menores otorgaba un amplio margen de libertad a los órganos juzgadores tanto en la apreciación de los hechos calificados de delitos y faltas en el Código Penal realizados por menores como en la adopción de medidas de respuesta a las comisiones de estos hechos. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto cuestionado era impracticable porque hubiese significado la eliminación de los rasgos diferenciales que caracterizaban todo el sistema de jurisdicción del menor de modo que la subsanación del vicio de indeterminación provocado por el margen de discrecionalidad reconocido a los órganos juzgadores (que podría, en el peor de los escenarios, revertir desproporcionadamente en la restricción de libertad del menor) se implementó con una serie de criterios a los que la actuación judicial debía ajustarse y que el Tribunal Constitucional extrajo de los límites en la imposición de medidas a menores reconocidas resoluciones de Derecho Internacional.

Una operación similar se entrevé en la STC 24/1993, de 21 de enero (*Medidas de seguridad enajenados*) que resolvía diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra el artículo 8.1 del antiguo Código Penal sobre medidas de internamiento decretadas en relación con aquellos enajenados que hubiesen delinquido. De entre las amplias facultades que el Código Penal otorgaba al Juez y Tribunal sentenciador para decretar alguna medida sustitutiva, el juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad destacó la posible desproporción existente entre las medidas de seguridad y la aplicación de una pena, pues, a diferencia del alto grado de determinación que se prevé en la duración de una pena privativa de libertad, en el internamiento no se establecía ni la adaptación de las medidas de seguridad a la evolución del internado, ni su cese inmediato cuando dichas medidas no resultasen necesarias, ni la existencia de un límite máximo de internamiento.

La vaguedad en la regulación podría llevar al extremo de permitir al Tribunal sentenciador decretar un internamiento de duración indeterminada, dándose la paradoja de que la adopción de una medida de seguridad, al prolongar, incluso indefinidamente, la restricción de libertad, sería más gravosa para el enajenado que si el reo hubiese sido considerado imputable y se le hubiese condenado a la pena privativa de libertad consignada para el delito cometido.

Dado que la invalidez de la ley por contradicción con los artículos 17 y 25 de la Constitución hubiese alterado (hasta llegar al sinsentido) todo el régimen de medidas de seguridad decretadas frente a enajenados (de la existencia de criterios abiertos, inciertos y desproporcionados hubiésemos pasado a la *total* ausencia de criterios para delimitar las facultades judiciales en este campo), el Tribunal opta por no declarar la inconstitucionalidad del artículo 8.1 del Código Penal e interpretarlo en el sentido que son de aplicación al régimen de medidas de seguridad las garantías de protección previstas por los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España, en particular las referentes a la prohibición de continuidad de la medida de internamiento cuando han desaparecido los trastornos mentales o el estado de peligrosidad que dieron origen a la misma.

La adaptación del precepto a las garantías interpretativamente interpoladas no evita una leve amonestación al legislador al declarar finalmente que:

Ciertamente, también en este caso el legislador hubiera podido prever mecanismos —como los controles periódicos, antes mencionados—, para garantizar el cese inmediato de las privaciones de libertad y, en general, de las distintas medidas de seguridad en el momento mismo en el que la peligrosidad remitiera o desapareciera. (STC 25/1993, de 21 de enero, Fundamento Jurídico 5).

Contamos, por último —y fuera del alcance del artículo 25.1 CE aunque todavía en el ámbito de regulaciones presididas por extremos de incertidumbre difícilmente tolerables en situaciones de restricción de libertad—, con ejemplos de interpretaciones conformes de leyes procesales que neutralizan el problema de plantearse una declaración de inconstitucionalidad sobre un precepto impreciso (con la consiguiente desaparición, si se optase por la invalidez, de un elemento esencial de la institución que la normativa cuestionada pretende regular).

Nos referimos a una serie de pronunciamientos recaídos a lo largo de los años 1999 y 2000⁷² relativos a la posible contradicción entre el 17.4 CE *in fine* y determinadas formas de entender el cómputo de las situaciones de penado y de extradición a los efectos del plazo máximo de prisión provisional en otras causas pendientes. Parece claro que la interpretación, finalmente declarada inconstitucional, que los órganos judiciales planteaban (no computar la situación de penado a efectos de prisión provisional de modo que el límite de dos años prorrogable a otros dos podía ser rebasado) no podía resolverse declarando inconstitucional de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece el plazo máximo de duración de la prisión provisional ya que semejante resultado hubiese abocado a una situación de mayor inconstitucionalidad al dejar en suspenso la fijación de este límite temporal que es lo que precisamente prescribe el artículo 17.4 CE (“...la ley determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”). La gran objeción a esta solución del Tribunal, a nuestro juicio, es que la interpretación de los artículos de la LECrim adecuada a las exigencias del artículo 17.4 CE se realizase en sendos recursos de amparo sin ninguna apreciación en el fallo y sin formular una declaración en un procedimiento general de control de la ley elevando la autocuestión de inconstitucionalidad. Es de esperar que, próximamente, el Tribunal

⁷² SSTC 19/1999, de 22 de febrero y 71/2000, de 13 de marzo. (*Límite máximo de prisión provisional I y II*).

proceda a formular dicha declaración, ya que de lo contrario el conflicto entre la interpretación del TC y aisladas interpretaciones que puedan surgir en sede ordinaria motivarán la multiplicación de recursos de amparo y disfunciones análogas a las ya vistas en el análisis de la STC 111/1993 sobre el delito de intrusismo profesional.

III.- FORMAS INTERPRETATIVAS EN LOS JUICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO.

En nuestra opinión, la cuestión de las técnicas interpretativas en el juicio de constitucionalidad de las leyes es abordada de forma inadecuadamente homogénea (por no decir monolítica) tanto si se trata de controlar la ley en función del sistema de Derechos Fundamentales como si el parámetro de enjuiciamiento es el sistema de distribución de competencias.

Como veremos, algunos de los resortes que justifican el recurso a técnicas que moderan el juicio de constitucionalidad (como la interpretación conforme, por ejemplo) se difuminan cuando en vez de cuestionarse la constitucionalidad sustancial de la ley (la posible colisión con el contenido esencial de algún derecho) se dilucida si ha existido o no invasión competencial⁷³. Llamativamente, en este segundo caso, la solución invalidatoria no se encuadra sólo en la dialéctica entre Tribunal Constitucional y Parlamento, sino que interviene un tercer actor, a saber, *otro* Parlamento al que se le transfiere, siendo confirmada la vulneración competencial, la regulación de la materia usurpada.

1. Diferencias sobre el sentido de los principios que inspiran la interpretación constitucionalmente conforme.

Aquí, por tanto, las presunciones que juegan en favor de los órganos representativos y de los productos normativos que de ellos emanan quedan alteradas. ¿Qué sentido tiene, en este contexto, el *in dubio pro legislatore* si la nulidad de la ley dictada sin

⁷³ Sobre el juicio competencial referido al plano de la inconstitucionalidad formal *vid.* L.M. DÍEZ-PICAZO: "Ley Autonómica y Ley Estatal", en *REDC*, n.25, 1989, p.80.

competencia lo que permitirá, es justamente, que se pronuncie el legislador autorizado para ello de acuerdo con las reglas del bloque de la constitucionalidad?

Un exceso de deferencia hacia un legislador (expresado, por ejemplo, en un uso forzado de la interpretación conforme por parte del Tribunal Constitucional) iría en perjuicio de la deferencia que merece la disposición legislativa emanada del otro Parlamento (o de la posibilidad de dictar una ley sobre la misma materia de acuerdo con el sistema de distribución de competencias). En el juicio competencial que tiene por objeto normas con rango de ley, el respeto hacia la ley promulgada por un Parlamento *es inversamente proporcional* al respeto que merece la ley del otro Parlamento.

El escenario es diferente del que arroja el modelo clásico de relaciones entre Parlamento y jurisdicción Constitucional pensado para un circuito bipolar en el que la jurisdicción constitucional ostenta el poder de invalidar un precepto aprobado por la voluntad mayoritaria de un órgano representativo (con debate público e intervención de minorías) sin que quepa otra respuesta al pronunciamiento judicial de constitucionalidad que la reforma de la Constitución.

En un sistema compuesto en el que una de las causas de invalidación de leyes es la incompetencia del ente territorial que las dicta, la voluntad mayoritaria a la que el juicio de constitucionalidad se opone permite, justamente, preservar la voluntad mayoritaria del ente territorial competente. La actuación del Tribunal Constitucional adquiere una dimensión arbitral —y recuérdese que, en los orígenes de la jurisdicción constitucional europea, el juicio de constitucionalidad de la ley se concibió como vía de solución de controversias territoriales⁷⁴— que resuelve disputas entre pares, es decir, entre órganos de igual condición democrática, y no entre mayorías y minorías dentro de una misma

⁷⁴ Vid. las obras, ya clásicas, de M.CAPPELETTI: *Judicial Review in the Contemporary World*. New York, Bobbs-Merrill, 1971, p.72 y de P.CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. CEC, Madrid, 1987, p.51. No es ocioso recordar que, en las fases previas al establecimiento de una jurisdicción constitucional en la Austria de entreguerras (1918-1920), los proyectos de H.KELSEN relativos a la Constitución austríaca preveían que el control de constitucionalidad recayese únicamente sobre las leyes de los *Länder*, en este sentido vid. F. ERMARCORA: *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*. Wilhelm Braumüller, Viena, 1982, p.56. Asimismo, vid. J. ACOSTA SÁNCHEZ: *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 183-184.

asamblea o dentro de una misma unidad política⁷⁵. Sobre esto último, cabe resaltar, por cierto, que en el caso de la ley autonómica, la tensión entre mayoría y minoría dentro de la misma Comunidad Autónoma expresada en la impugnación de un precepto legal autonómico, sencillamente, *no puede darse* ya que a los órganos de ésta (al Consejo Ejecutivo, a la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma o, de especial relevancia en lo que ahora nos incumbe, a una fracción de diputados de la misma) *les esta vedado el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad contra las leyes de la propia Comunidad Autónoma*. Seguramente ello es bastante ilustrativo, dadas las especiales variables de nuestro ordenamiento constitucional, del plano diferente en el que nos movemos en relación con la teoría del juicio de constitucionalidad.

Luego, ¿existen razones, en conflictos autonómicos (y nos referimos a los llamados conflictos legislativos de competencias⁷⁶) para mantener pues el mismo grado de deferencia?. Si bien la jurisdicción constitucional debe mostrar un alto grado de contención también cuando actúa enjuiciando la adecuación competencial de una ley (pues, a fin de cuentas, del procedimiento deliberativo y mayoritario de donde emanó se debe inferir una presunción de corrección, y, en otro sentido, continúan persistiendo el principio de conservación de actos y la voluntad de evitar vacíos normativos), lo cierto es que en nuestro Estado Autonómico, y en especial en lo que afecta al legislador autonómico, la dinámica constitucional arroja un resultado que confirma el diferente patrón con que es tratada una disposición legal.

⁷⁵ Ello no quita que el recurso de inconstitucionalidad, en aspectos competenciales, refleje la tensión entre mayorías y minorías debido a la diferente composición política que integran las Cortes Generales en el ámbito estatal y los Parlamentos o los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas. Los partidos en la oposición a nivel estatal pueden ser mayoritarios a nivel autonómico y contar con dichas instituciones para promover el control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La misma dialéctica puede vertebrarse entre las mayorías de ámbito estatal y las minorías nacionalistas (que son mayoritarias en las respectivas Comunidades Autónomas).

⁷⁶ Sobre el recurso de inconstitucionalidad como vía de resolución de conflictos de competencia que tiene por objeto normas con rango de ley (y designados, en consecuencia, como "conflictos legislativos de competencia") *vid.* J.GARCÍA ROCA: "Una teoría de la sentencia en el conflicto constitucional de competencia entre entes territoriales" en AAVV: *La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*. CEPC/TC, Madrid, 1998, p.19.

2. Asimetrías concretas entre la ley estatal y la autonómica en el juicio de constitucionalidad.

Ante todo, cabe decir que, visto el dilema según el cual la aplicación de cautelas al juicio de constitucionalidad de la ley va en perjuicio de las cautelas que merece la ley (o la posibilidad de dictarla) del otro poder territorial, parece que el envite sólo puede resolverse si encontramos *razones* para justificar teóricamente el refuerzo de una presunción de constitucionalidad en detrimento de la presunción que merece la disposición legislativa emanada del otro Parlamento.

Sería muy aventurado ofrecer aquí una teoría sobre cómo articular el régimen de presunciones (y, su correlato, el uso de técnicas interpretativas como fórmulas de moderación del juicio de constitucionalidad y preservación de la ley) en las controversias de carácter competencial, decantándonos por la preeminencia de la ley estatal o de la ley autonómica (siempre al nivel de las cautelas *ex ante* que predisponen el juicio de constitucionalidad en un sentido u otro) en función de una especial legitimidad que, a través de determinados principios constitucionales, se pudiese predicar de una de las fuentes enfrentadas y que se encontrase en menor grado presente en la otra.

Podría pensarse, por ejemplo, que, dado el igual origen democrático de las disposiciones en conflicto, el régimen de cautelas y de presunciones debería descansar en la ley del poder autonómico (no, por tanto, en la estatal) a tenor de la mayor proximidad entre los ciudadanos y las instituciones de donde fluye la ley enjuiciada y de la incidencia de un principio de organización territorial como el principio de subsidiariedad⁷⁷.

⁷⁷ La correspondiente proyección del principio de subsidiariedad reconocido a nivel comunitario al ámbito del sistema interno de reparto de competencias supondría situar en el Estado (en un litigio que tuviera por objeto normas con rango de ley) la carga de la prueba de demostrar que su actuación (la aprobación de los preceptos legales discutidos) se encontraba justificada a la luz del sistema de distribución de competencias y no invadía el espacio reconocido a las Comunidades Autónomas. Sobre el alcance del principio de subsidiariedad en el sistema comunitario que sitúa en las instituciones comunitarias el deber de demostrar la necesidad de la actuación controvertida por presunta invasión de competencias de los Estados miembros *vid.* I. LASAGABASTER HERRARTE: "El principio de subsidiariedad en la construcción europea". En *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1993*. Barcelona, 1994, p. 760;

Con todo, y más allá de una reflexión que afecte al juicio de constitucionalidad de las leyes en un estado compuesto, en general (y de las diversas variables que pueden operar a favor de un legislador y no en el antagónico) lo que es insoslayable es que el sistema constitucional español, y sin que quepan resortes teóricos claros que lo justifiquen (aunque sí, muy probablemente, históricos) se decanta por una solución tangible: la presunción de constitucionalidad de la ley estatal frente a la debilidad de la ley autonómica en el juicio de constitucionalidad. Ello es así hasta el punto que algún autor, revisando las asimetrías que se presentan en los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, habla de una verdadera presunción de ilegitimidad constitucional de la ley autonómica⁷⁸.

Varios, y bien conocidos, son los indicios que, de nuestro sistema constitucional, permiten entrever la desigual posición de la ley autonómica frente a la ley estatal en el juicio de constitucionalidad (y la desigual aplicación de la presunción de legitimidad constitucional, así como el diferente sentido con el que se adoptan las técnicas de autorrestricción manejadas por el Tribunal).

Tal vez el más sobresaliente sea el de la suspensión automática de la ley autonómica cuando, invocando el artículo 161.2 CE, el Presidente del Gobierno impugna ante el Tribunal Constitucional algunos de sus preceptos, lo que quedó reafirmado en el artículo 30 LOTC cuya redacción ya no dejaba ningún equívoco sobre si el artículo 161.2 CE se aplicaba sólo sobre disposiciones y resoluciones infralegales o si también, como se estableció, se extendía a los preceptos con rango de ley aprobados por las asambleas legislativas autonómicas⁷⁹.

A.D'ATENA: "Costituzione e principio di sussidiarietà" en *Quaderni Costituzionali*, n.1, 2001, pp. 21-24.

⁷⁸R.JIMÉNEZ ASENSIO: *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*. Marcial Pons/IVAP/IAE, Madrid, 2001, p. 56 y pp. 79-84.

⁷⁹R.JIMÉNEZ ASENSIO: *Ibidem*. pp. 73-84. Sobre el mecanismo de suspensión automática de la ley autonómica *vid.*, asimismo, M. CARRILLO: "Control de la constitucionalidad" en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, IEA/ Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona/ Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, vol. III, Barcelona, 1990, pp. 449-451.

El resultado práctico de estas previsiones⁸⁰ ha sido, como se sabe, la invocación ordinaria (sin obligación de motivar) de la suspensión por parte del Presidente de Gobierno a la hora de impugnar disposiciones legislativas autonómicas, suspensión que, como prevé el artículo 161.2 CE, puede ser revisada por el Tribunal Constitucional en un plazo no superior a cinco meses, y que, aun percibiéndose la paulatina tendencia del Tribunal —en caso de preceptos con rango de ley⁸¹—, de levantar la suspensión antes de que expire el plazo de cinco meses, no deja de ser cierto que la suspensión de la ley autonómica continua siendo frecuentemente ratificada⁸², paralizando así la actuación del Parlamento autonómico durante los años en los que el Tribunal se demora en dictar sentencia.

La suspensión automática del artículo 161.2 CE (coadyuvado por el artículo 30 LOTC) es la más impactante prueba del difícil acomodo del régimen general de presunciones en el juicio de constitucionalidad de la ley⁸³ dentro del marco de disputas competenciales suscitadas en nuestro Estado Autonómico [aunque la desigualdad de la ley autonómica en el juicio de constitucionalidad podría percibirse, asimismo, en manifestaciones más sutiles como la mayor vulnerabilidad que ofrece la ley autonómica, en contraste con la ley estatal, en el conflicto en defensa de la autonomía local introducido por la Ley Orgánica 7/1999⁸⁴].

Con la mención a estos indicios, de estas asimetrías en el control de la ley estatal y de la ley autonómica, no estamos insinuando que el Tribunal Constitucional actúe posteriormente, en fase de enjuiciamiento de la ley autonómica, al margen de los

⁸⁰ Sobre la evolución de la suspensión automática en la impugnación de disposiciones legislativas autonómicas. R.JIMÉNEZ ASENSIO: *Ibidem*. pp.84-92.

⁸¹ Uno de los criterios en los que el Tribunal Constitucional se apoya para levantar la suspensión es, precisamente, el de la presunción de inconstitucionalidad a la que también está acogida la ley autonómica (*vid.* AATC 79/1990, 81/1990, 266/1991, 12/1992, 268/2993/46/1994 y 154/11994) aunque esta afirmación parece meramente retórica si atendemos al grave perjuicio que para la presunción de legitimidad de la ley autonómica supone el conjunto del mecanismo de la suspensión automática en manos del Presidente del Gobierno.

⁸² R.JIMÉNEZ ASENSIO: *La ley autonómica...*, *op. cit.*, p.90.

⁸³ Sobre la difícil compatibilidad entre la figura de la suspensión y la presunción de validez de las leyes, *vid.*, en general, M.A AHUMADA: "efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad. La suspensión de leyes «presuntamente» inconstitucionales", *REDC*, núm 32, 1991, p.181. Esta autora, pese a analizar un singular caso de suspensión de una ley autonómica por parte del mismo legislador autonómico mediante *lex posterior*, no aborda para nada el problema de la suspensión automática del artículo 161.2 CE.

⁸⁴ R.JIMÉNEZ ASENSIO: *La ley autonómica...*, *op. cit.*, pp. 112-116.

principios de moderación en el que se apoya una técnica como la interpretación conforme. De hecho, en disputas competenciales, la solución interpretativa que evita la declaración de nulidad del precepto legislativo autonómico examinado, es una alternativa frecuentemente empleada por la jurisdicción constitucional⁸⁵. Lo único que aquí venimos a sugerir es que,

- 1) por la propia estructura en el juicio competencial, y por la mediación de dos preceptos legislativos (el estatal y el autonómico) que compiten entre sí (siendo ambos merecedores de las cautelas inherentes al juicio de constitucionalidad de la ley) se impone la necesidad de una *diferente aplicación de las presunciones y de determinados aspectos de contención del juicio de constitucionalidad de la ley* lo que conduce hacia una situación de desequilibrio entre la ley estatal y la ley autonómica⁸⁶.
- 2) Que, siendo, en principio, todo estado compuesto neutro sobre la definición de este desequilibrio, en nuestro sistema la preferencia se encuentra claramente decantada hacia la ley estatal, de modo que las huellas en las que esta elección se refleja se encuentran, más que en el juicio de constitucionalidad, *en la fase de impugnación* por la que se accede a la jurisdicción constitucional (con consecuencias estremecedoras para la ley autonómica como la suspensión de aplicación automática a petición del Presidente del Gobierno que puede, en caso de ratificación, durar varios años). Aunque el Tribunal Constitucional, al entrar en el examen competencial del precepto autonómico, estime que no se ha infringido el sistema de distribución de competencias (e incluso que proceda a la interpretación conforme de alguna disposición para evitar su expulsión), ¿acaso no queda todo el esquema

⁸⁵ De entre los abundantes ejemplos de interpretación constitucionalmente conforme en el examen de preceptos pertenecientes a leyes autonómicas, *vid.* las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre (*Ley vasca de centros de contratación de cargas de transporte*); 5/1982, de 8 de febrero (*Ley catalana sobre medidas urgentes de la función pública*); 72/1983, de 29 de junio (*Ley vasca de Cooperativas*); 88/1986, de 1 de julio (*Ley catalana de ventas especiales*); 14/1998, de 22 de enero (*Ley extremeña de caza*); 109/1998, de 21 de mayo (*Leyes catalanas de competencias de diputaciones provinciales y plan único de obras i servicios*); 176/1999, de 30 de septiembre (*Ley catalana de Instituto del desarrollo de las comarcas del Ebro*); 15/2000, de 20 de enero (*modificación a la ley de navarra reguladora del Gobierno y la Administración*); 166/2000 (*Ley navarra de protección de fauna y ecosistemas fluviales*).

⁸⁶ El TC no duda, no obstante en afirmar sin matices la presunción de constitucionalidad de la ley autonómica *vid.*, como ejemplo reciente el ATC de 22 de mayo de 2001 en relación con la Ley del Parlamento de las Illes Balears 8/2000, de 27 de octubre, de Consejos Insulares.

profundamente alterado a raíz de la previa inaplicación de la ley autonómica durante un periodo dilatado de tiempo?

Esta alteración en el diagrama de principios que condicionan el juicio de constitucionalidad de la ley encuentra su máximo exponente en el supuesto de un conflicto actual y directo que enfrente a una disposición legislativa del Estado y a una disposición legislativa de una Comunidad Autónoma. En una coyuntura semejante, en la que además se cierne el peligro de la contradicción, de la inseguridad y del desbarajuste normativo (qué precepto deben aplicar los operadores jurídicos?) parece claro que las garantías que revisten a la ley frente a una decisión invalidatoria dependen de un juego de suma cero en el que al reconocerse a una ley un determinado nivel de protección se arrebatara a la otra de las mismas precauciones que normalmente presiden su examen de constitucionalidad.

El caso más habitual, sin embargo, no es el de la colisión directa entre disposiciones, sino el de la reivindicación, por parte de un ente, de *la posibilidad* de dictar disposiciones legislativas sobre la misma materia que el otro ente ya ha regulado. Dado que aquí se supervisa la constitucionalidad de *una* disposición (la estatal o la autonómica) cuando el ente reclamante todavía no ha ejercitado la competencia (cuando todavía no existe ley de oposición) parece menos dramático mantener la aplicación de las cautelas predicadas del juicio de constitucionalidad. No obstante, el bloqueo que, para el ente recurrente, podría suponer una decisión que confirmase la constitucionalidad de la ley impugnada, bien obliga a una modulación a la baja en la estructura de presunciones y de juicios interpretativos de conformidad que caracterizan el juicio clásico de contradicción entre una ley y un derecho fundamental cuando el Tribunal Constitucional lidia con un solo Parlamento.

Otra posibilidad consiste en que el juicio competencial *se solape con la demanda de un juicio sustantivo sobre derechos fundamentales*, lo que sucede, de forma habitual en el panorama jurisprudencial español, cada vez que en la controversia interviene el artículo 149.1.1 CE. Aquí se discute, además del poder de un Ente para regular algún aspecto vinculado al ejercicio de derechos fundamentales (el problema competencial), la posible contradicción material entre las previsiones legislativas estatales o autonómicas con el contenido esencial de derecho tal como viene constitucionalmente reconocido en el

Título I CE. Pues bien, en esta confluencia de circunstancias, el juicio competencial puede llegar a actuar *como técnica de evitación del juicio sustantivo sobre los derechos*. Limitándose a dilucidar quién es competente para regular la materia, el Tribunal Constitucional se abstiene de decidir sobre la adecuación de la ley enjuiciada al derecho fundamental constitucionalmente protegido.

El entramado de presunciones y de cautelas interpretativas adopta en este caso un nuevo giro, puesto que *incluso la declaración de invalidez de una ley por razones competenciales es en sí una forma de contener el juicio de constitucionalidad sobre posibles vicios sustantivos*. La relación entre Parlamento Autonómico/Tribunal Constitucional/Parlamento Estatal o Parlamento Estatal/Tribunal Constitucional/Parlamento Autonómico, aun a costa de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, parece preferible desde el punto de vista de respeto por una decisión mayoritaria, que la secuencia Parlamento/Tribunal Constitucional/Reforma Constitucional a la que nos conduce la invalidez de una ley por vulneración del sistema de derechos. Al menos, en la anulación por cuestiones de distribución territorial del poder, la regulación de la materia sólo requiere de la intervención del Parlamento cuya competencia había sido interferida (mayorías muy inferiores en cualquier caso a las requeridas para la reforma constitucional), persistiendo la expectativa de que la nueva regulación se amoldará a los mandatos constitucionales.

Uno de los casos en los que esta estrategia de contención se insinuó con más intensidad fue en la STC 173/1998, de 23 de julio (*Ley de Asociaciones Vascas*). El artículo 2 de la Ley Vasca de Asociaciones proclamaba que los principios de "pluralismo y democracia" debían regir la constitución, el ingreso y la permanencia en las asociaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la ley. El mismo artículo 2 de la ley, pero en su apartado 4, haciéndose eco de las previsiones generales anunciadas en el primer párrafo, también imponía que el tipo global de organización y funcionamiento de las asociaciones se ajustase a parámetros democráticos.

Lo interesante del razonamiento, es que el Tribunal Constitucional *no entró* a resolver el problema finisecular de si el principio democrático se erigía como límite al derecho de asociación del artículo 22 CE o de si, por el contrario, la imposición del funcionamiento democrático desnaturalizaba la libre capacidad de organización con la que cuentan los

socios cuyas decisiones pueden adoptarse por otros criterios. El conflicto de la ley con la "parte dogmática" de la Constitución quedaba ensordecido por el conflicto competencial entre entes territoriales.

La respuesta "minimalista" del Tribunal en la que se basó la invalidación del precepto se contentó con advertir que, al margen de cómo se quiera definir la libertad de asociación, la regulación de los límites a la organización y al funcionamiento de acuerdo con los principios de democracia y pluralismo constituyen un desarrollo directo del artículo 22 CE que sólo puede venir establecido por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica y no por el legislador vasco⁸⁷.

De las afirmaciones del Tribunal Constitucional no sabemos qué trato merecería el desarrollo legislativo impulsado por el legislador estatal, ignoramos si, al proclamarse el principio democrático como principio de obligatorio respeto en el funcionamiento de las asociaciones (y como criterio básico de constitución, ingreso y permanencia en las mismas), el Tribunal hubiese reaccionado anulando el precepto estatal en el que el principio democrático quedase consagrado entendiéndose que dicha limitación coartaba la autonomía de la voluntad de los socios e infringía, más allá de lo razonable, el núcleo del artículo 22 CE.

En vez de eso, al declarar la inconstitucionalidad los incisos del artículo 2 de la Ley Vasca, simplemente se cerró el paso al legislador autonómico para dar la oportunidad a que las Cortes Generales se pronunciasen, lo que resultaba menos gravoso (tan sólo se

⁸⁷ STC 173/1998, de 23 de julio (fundamento jurídico 13). En contraste, tenemos la STC 132/1989, de 18 de julio, en la que el TC adoptó una solución "maximalista" esto es, declaró inconstitucional algunos preceptos de la Ley catalana 18/1985, de 23 de julio, de Cámaras Profesionales Agrarias por considerar que la adscripción obligatoria de los profesionales agrarios a dichas Cámaras vulneraba el derecho de asociación (art. 22 CE) en su vertiente negativa. El Tribunal entró directamente a juzgar la incompatibilidad entre la ley catalana y el derecho fundamental sin plantearse en este punto aspectos competenciales que tal vez hubiesen evitado un pronunciamiento sobre el fondo. El voto particular de RUBIO LLORENTE a la misma STC 132/1989 parece sugerir la extralimitación del Tribunal a la hora de invalidar un régimen que no imponía un obstáculo desproporcionado a la preservación de la libertad de asociación y sindicación y que, a la postre, *reproducía un sistema que existía en el resto de España*. ¿Hubiese sido la medida constitucional si la hubiese establecido el legislador estatal? La respuesta la encontramos en la STC 107/1996, de 12 de junio, en la que el Tribunal Constitucional consideró constitucional la adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio establecida por la ley estatal posconstitucional que regulaba la materia. Parece que en la STC

apeló al desarrollo del derecho por Ley Orgánica) que el escenario de una reforma constitucional al que nos hubiésemos visto abocados si el Tribunal hubiese interpretado que el principio democrático no podía condicionar el derecho de asociación y el resto de órganos políticos (el poder legislativo en su conjunto, estatal o autonómico) hubiesen entendido que esta interpretación debía ser neutralizada⁸⁸.

3. ¿Interpretación constitucionalmente conforme? Interpretación conforme al bloque de la constitucionalidad.

Otra cuestión que suele pasarse por alto es que, en las disputas auspiciadas en el ámbito autonómico, el uso de la técnica de interpretación conforme ensancha su parámetro por lo que no podemos hablar en sentido estricto de una "interpretación constitucionalmente

132/1989 el TC se habría precipitado al valorar una regulación que, en el caso más extremo, podría haber resuelto en función del art. 149.1.1 CE y no del 22 CE.

⁸⁸ Más allá del uso del juicio competencial como técnica de moderación que evita pronunciarse anticipadamente sobre cuestiones de derechos fundamentales y aguardar a la regulación estatal, la STC 173/1998, de 23 de julio presenta un indudable interés debido a la estructura de los pronunciamientos interpretativos que contiene. Para empezar, con la excepción de los incisos del artículo 2 y concordantes declarados inconstitucionales, la ley es confirmada en su constitucionalidad al entender que la ley vasca regula sólo aquellas asociaciones a las que se refiere el artículo 10.13 del Estatuto Vasco (asociaciones de carácter docente, cultural, artístico...) y no las asociaciones en general (como parece desprenderse del preámbulo y como así se interpreta por el voto particular discrepante del magistrado JIMÉNEZ DE PARGA). Si la intención de la ley fuese regular las asociaciones con carácter general (lo que el TC parece rechazar en el Fundamento Jurídico 4) serían más numerosos los preceptos susceptibles de invadir la competencia estatal y, por tanto, de ser declarados inconstitucionales. *Tenemos pues una especie de interpretación conforme "general" o "preliminar" de la ley enjuiciada* a la que se ciñen otras interpretaciones constitucionalmente conformes en particular: así en cuanto a los preceptos relativos a la constitución de las asociaciones (Fundamento jurídico 14), debe entenderse que estas medidas contemplan los requisitos previstos por la normativa estatal aunque la ley autonómica no haga mención de los mismos. En este caso, afirma el Tribunal Constitucional *"la falta de referencia a la normativa estatal no merece tacha de inconstitucionalidad si se interpreta que ese silencio no es sinónimo de una exclusión, respecto de la que la Comunidad Autónoma carece de competencia"*. Parece tratarse, pues, de la interpretación conforme de un "silencio" en la ley autonómica. También en los fundamentos jurídicos 14 d) y 14 h) de la sentencia, el Tribunal Constitucional se esfuerza en preservar algunos artículos de la ley vasca mediante interpretación conforme al entender, del mismo modo, que en la regulación de la escrituración y de la disolución de la asociación deben considerarse aplicables las normas estatales que detallan los mencionados aspectos. Sobre los derechos de participación de los socios, los artículos de la ley que se dedican a este punto deben entenderse reinterpretados por la declaración de nulidad que recae sobre el artículo 2.4 de la Ley Vasca en lo que atañe a la ya comentada (y rechazada) necesidad de que las asociaciones funcionen bajo parámetros democráticos (se trata, por tanto, de una interpretación conforme de un precepto en función de una *previa* declaración de nulidad). Hay que apuntar que no todas estas apreciaciones interpretativas —que permiten evitar la declaración de inconstitucionalidad

conforme" a la Constitución, sino de una interpretación conforme a las normas que integran el bloque de la constitucionalidad entre las que se cuentan, además de la Constitución, los Estatutos de Autonomía, las leyes de modificación extraestatutaria de competencias del artículo 150 CE⁸⁹ y las llamadas "leyes interpuestas" o "leyes competenciales", leyes estatales que condicionan el alcance de la competencia autonómica, lo que se determina en algunas cláusulas de remisión a la legislación estatal que los propios Estatutos de Autonomía incorporan (así, por ejemplo, en materias como Policía Autonómica o Administración de Justicia)⁹⁰.

Sería absurdo tratar aquí la delicada cuestión de si en el esquema de distribución de competencias bases/desarrollo el ejercicio de la competencia estatal plasmado en la ley básica sobre la materia influye en el enjuiciamiento de la ley autonómica de desarrollo y de si, por tanto, las disposiciones de la ley básica estatal penetran en un supuesto análisis de "conformidad" de la ley autonómica al orden de distribución competencial. Aunque nos alinearíamos en la posición que rechaza frontalmente esta tesis [defendiendo, por tanto, que el ejercicio de la competencia legislativa estatal no es parámetro sino objeto del juicio de conformidad al bloque de la constitucionalidad⁹¹ y que el exceso del legislador básico debe ser igualmente reprimido en presencia de ámbitos competenciales legislativos autonómicos], existen indicios en el plano jurisprudencial (piénsese, por ejemplo, en la combinatoria entre el título competencial del artículo 149.1.1 CE y la reserva de ley orgánica en la regulación de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos) como para no poder cerrar los ojos ante el hecho de que, en ocasiones, el poder del legislador básico estatal afecta a la

de algunos preceptos— se arrastran al fallo, sino que ello se produce sólo en lo relativo a la constitución de las asociaciones y a la escrituración de las mismas [fundamento jurídico 14 *d*]).

⁸⁹ Sobre el control de validez de las leyes tomando como término de comparación no la Constitución sino otras leyes y, en concreto las disposiciones que integran el bloque de la constitucionalidad del artículo 28 LOTC, *vid.* L.M.DÍEZ PICAZO: "Concepto de ley y tipos de leyes", en *REDC*, n.24, 1988, p. 73.

⁹⁰ Sobre interpretación conforme al bloque de la constitucionalidad (proyectada al ámbito particular de la defensa de la autonomía local) *vid.* STC 27/1987, de 27 de febrero y, sobre todo, STC 159/2001, de 5 de julio, FJ.10.

⁹¹ Así F.RUBIO LLORENTE: "El Bloque de la Constitucionalidad", en *REDC*, n.27, 1989, p.30. ("Las normas básicas, se las entienda como se las entienda, no son normalmente reglas de delimitación competencial y no se integran, en consecuencia, en el bloque de la constitucionalidad").

comprensión de los límites sobre la acción legislativa autonómica⁹² (llegando, incluso, a desplazar al legislador autonómico y a resistir frente a la reivindicación competencial, así como a condicionar el examen de la competencia autonómica en futuros pronunciamientos).

De ser así, la complejidad del modelo daría otra vuelta de tuerca porque entonces nos encontraríamos con que el armazón de cautelas desplegadas a la hora de valorar la adecuación de la ley autonómica dependerían de una previa (y variable) definición del parámetro de enjuiciamiento del que, en casos claros, la legislación estatal básica queda excluida, mientras que, en otros, en las "zonas de penumbra" de la delimitación competencial, la legislación básica parecería formar parte. Considerando la vaporosidad de la relación entre la legislación básica estatal y la legislación autonómica de desarrollo, el intento de encaje entre ambas disposiciones más que plantearse desde la perspectiva de la "conformidad" de la una a la otra ("conformidad" de la que dimana un hábito de principio de jerarquía) debería atender a un planteamiento "sistemático", en el que "sistemático" adquiriese aquí la connotación de un método interpretativo de integración entre normas del mismo rango.

Al margen del asunto de la legislación básica estatal, lo importante es recalcar que la "conformidad" en disputas autonómicas se encuentra referida a un conjunto más amplio de disposiciones que las incluidas en el texto constitucional. El Tribunal Constitucional podría limitarse a examinar el ejercicio de la potestad legislativa autonómica en función, por ejemplo, sólo del canon estatutario (una interpretación "estatutariamente" conforme) lo que merecería las mismas cautelas para evitar la expulsión de la disposición legislativa autonómica examinada (presunción de "estaturiedad", interpretación adecuada a las disposiciones estatutarias y decisión interpretativa en caso de que alguna de las normas inferidas de la ley encuentre acomodo en la norma de control).

Cuando la disposición parámetro es de rango inferior al Estatuto, por ejemplo una ley orgánica estatal en el caso de leyes de delimitación competencial por remisión estatutaria, existe el riesgo de una menor cautela del Tribunal Constitucional en la

⁹² Vid. F.RUBIO LORENTE: "El Bloque de la Constitucionalidad...", *op. cit.*, pp. 30-31; J.JIMÉNEZ CAMPO: "¿Qué es «lo básico»? Legislación compartida en el Estado Autonómico", en *REDC*, n.27, 1989, pp. 90-91.

valoración de la ley autonómica (o incluso de leyes estatales no integradas en el bloque de la constitucionalidad sino derivadas del ejercicio competencial).

En el clásico esquema de juicio de contraste entre una ley y disposiciones constitucionales formales, el alto grado de moderación que el Tribunal Constitucional debe ostentar tanto en la fase propiamente interpretativa de extracción de significados del texto constitucional como en la aplicación de este significado a la ley que se somete a su juicio, se explica, en parte, porque su decisión, en caso de desacuerdo con el resto de órganos políticos, sólo podrá ser contrarrestada mediante reforma de la Constitución (cosa parecida a lo que ocurriría cuando el canon de adecuación fuese estatutario en aquellos estatutos con agravados procedimientos de reforma).

Ahora bien, al valorar el ejercicio competencial, principalmente, sobre la base de una ley orgánica (una ley infraconstitucional pero integrada en el bloque de la constitucionalidad), la relativa facilidad de su reforma (en comparación con las reformas constitucionales y estatutarias) podrían hacer caer al Tribunal Constitucional (como ha sucedido en algunas ocasiones⁹³) en la tentación de decidir en un sentido muy desfavorable para la ley controlada (casi siempre la autonómica) y con menos laboriosidad en el intento de acomodo interpretativo. El Tribunal Constitucional sabe que para revocar su decisión, con todas sus virtudes y defectos, simplemente se requiere que el legislador orgánico estatal cambie de parecer.

Difícilmente —se pensará con razón—, el legislador estatal respondería en este sentido porque el expansivo juicio del Tribunal Constitucional vendría a confirmar el alcance de la competencia tal como las Cortes Generales la han determinado. Pero la cuestión que ahora importa es que la decisión de constitucionalidad no perduraría frente a un cambio de opciones del legislador futuro. La supuesta menor resistencia de la jurisprudencia constitucional frente al legislador podría influir, paradójicamente, en una menor

⁹³ Un ejemplo se encontraría en la secuencia de pronunciamientos del Tribunal Constitucional referidos a las leyes autonómicas de coordinación de policía local en los que se declaró la inconstitucionalidad y nulidad de aquellas disposiciones legislativas autonómicas que admitían la creación de cuerpos de policía local diferentes de los cuerpos municipales, así como la prestación del servicio de policía local mediante fórmulas supramunicipales, lo que el Tribunal interpretó que estaba vedado por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986, de 13 de marzo, que actuaba a la sazón como ley delimitadora de competencias policiales. *Vid.*, de entre toda la serie de sentencias, la STC 50/1993, de 11 de febrero (fundamento jurídico 3).

contención por parte del Tribunal a la hora de resolver la disputa competencial de la que, por lo general, acabaría resintiéndose la legislación autonómica.

En el fondo, este conjunto de afirmaciones puede extenderse *a cualquier aspecto del sistema de distribución de competencias*, ya que el legislador estatal siempre puede replicar al Tribunal Constitucional en decisiones relativas al Estado Autonomico, *desconstitucionalizando* a través del artículo 150 CE (y sin tan sólo reforma estatutaria) el esquema de distribución competencial diseñado sobre la materia controvertida⁹⁴. Obsérvese, por cierto, la diferencia sustancial que existe entre la "réplica" legislativa al control de constitucionalidad en el ámbito autonómico y, en el otro extremo, la "réplica" que merece una decisión del Tribunal Constitucional en el ámbito de los Derechos Fundamentales por parte de los órganos políticos. En Derechos, repetimos, el rechazo a la posición del Tribunal sólo puede articularse a través de reforma constitucional y, en determinadas circunstancias, mediante el procedimiento de reforma constitucional agravado del artículo 168 CE si el enfrentamiento recae sobre alguno de los derechos reconocidos en el Capítulo segundo, Sección primera del Título I (procedimiento agravado de reforma que hace, en verdad, impracticable la oposición frontal a un juicio del Tribunal Constitucional en este punto).

Configurada la interpretación constitucionalmente conforme en disputas competenciales entre normas con rango de ley como "interpretación conforme al bloque de la constitucionalidad" cabe por último recordar que la operación de ajuste interpretativo se da *entre las propias disposiciones infraconstitucionales integradas en el bloque de la constitucionalidad con las disposiciones de reparto competencial previsto en la Constitución formal*.

Desde el principio, el TC tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el deber de interpretación conforme a la Constitución de los Estatutos de Autonomía⁹⁵ lo que debe extenderse, como es obvio, al resto de normas delimitadoras de competencia.

⁹⁴ Sobre la noción de *desconstitucionalización* aplicada a la misma definición del Estado en cuanto a su estructura territorial *vid.* el famoso artículo de P. CRUZ VILLALÓN: "La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa" en *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999, p.388.

⁹⁵ "El Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución", STC 18/1982, de 4 de mayo

Sucedo que, en el juicio sobre una disposición estatal o autonómica dictada posteriormente en el ejercicio legislativo de competencias, el examen de la ley (y su interpretación de acuerdo con el "bloque de la constitucionalidad") se ajustará a la anterior construcción interpretativa que el Tribunal Constitucional haya realizado en torno a la "norma parámetro" infraconstitucional (por ejemplo, un Estatuto de Autonomía).

Se materializará un doble giro interpretativo: el de la ley enjuiciada conforme al bloque, y el de la norma parámetro en relación con la Constitución.

Lo interesante es que nada obsta para que, bajo el pretexto del control de una ley por la que el Estado o la Comunidad Autónoma ejercitan la competencia controvertida, el efecto interpretativo se transmita, como una rueda dentada, sobre la interpretación conforme de la disposición infraconstitucional del bloque de la constitucionalidad con la Constitución misma, promoviendo, si cabe, la evolución interpretativa sobre estas normas "parámetro" intermedias, que raramente podrían ser, a estas alturas, objeto de control directo de constitucionalidad.

4. ¿Interpretación conforme en conflictos de competencia?.

Otra de las peculiaridades que destaca en el marco de las controversias competenciales es que existen múltiples ejemplos en los que la interpretación constitucionalmente conforme *se practica en conflictos positivos de competencia* en sentido estricto, es decir, en conflictos que no tienen por objeto disposiciones con rango de ley (cuyo control se tramita bajo la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad de acuerdo con el artículo 67 LOTC) *sino disposiciones, resoluciones o actos de carácter infralegal*.

(*Registro de Convenios Colectivos*). Vid. G.FERNÁNDEZ FARRERES: "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia Constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes", en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.2, 1999, p.29.

Esta práctica, la interpretación constitucionalmente conforme de normas infralegales⁹⁶, trastoca de nuevo los mismos fundamentos sobre los que dicha técnica se asentaba en el caso de las normas con rango de ley (y la correlativa aplicación de sentencias interpretativas como instrumento para eludir su nulidad⁹⁷). En verdad, ¿dónde queda aquí *el principio de presunción de constitucionalidad de la ley* si el objeto de impugnación en los conflictos positivos de competencia son actos o disposiciones reglamentarias del Estado o de la Comunidad Autónoma⁹⁸? La observancia del pluralismo y del respeto hacia el legislador democrático no encajan en este procedimiento de constitucionalidad. ¿A qué acudir entonces para justificar la recepción de técnicas interpretativas cuando el acomodo con la Constitución no se pretende de una Ley sino, por ejemplo, de un acto administrativo?

A nuestro juicio, que el Tribunal Constitucional haya resuelto —sin que sea insólito—, conflictos positivos de competencia buscando el sentido constitucionalmente compatible de la disposición infralegal examinada (y expresando el resultado de esta búsqueda mediante sentencia interpretativa) demuestra *el vigor del principio de conservación de actos* como punto de apoyo central en el uso de estas formas de decisión. El temor al *horror vacui* y a la alteración de las situaciones creadas al amparo

⁹⁶ Vid., entre otras, SSTC 1/1982, de 28 de enero (*Cajas de ahorro del País Vasco*); 6/1982, de 22 de febrero (*Alta Inspección del Estado en materia de Enseñanza*); 18/1982, de 4 de mayo (*Registro de Convenios Colectivos*); 32/1983, de 28 de abril y 42/1983, de 20 de mayo (*Coordinación y Planificación Sanitaria*); 113/1983, de 6 de diciembre (*Ordenación del Servicio de Inspección Pesquera*); 123/1984, de 18 de diciembre (*Centros de Coordinación Operativa*); 87/1987, de 2 de julio (*Clasificación de Películas*); 152/1988, de 20 de julio (*Subvenciones a la vivienda*); 198/1991, de 17 de octubre (*Reglamento Ley de Costas*); 243/1994, de 21 de julio (*Control de instalaciones industriales*); 172/1996, de 31 de octubre (*Incompatibilidades personal sanitario de la Generalitat*); 80/1998, de 2 de abril (*Puertos de Galicia*); 242/1999, de 21 de diciembre (*Plan Marco de Competitividad del Turismo Español*). De especial interés son las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre (*Ley de Aguas*) y 133/1997, de 16 de julio (*Mercado de Valores*) en cuyas decisiones se *combina la resolución (mediante decisiones interpretativas) de recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia acumulados*. En ninguna de las dos decisiones, se alude, no obstante, a la hipotética diferencia de trato que debería merecer la aplicación de la interpretación conforme cuando el objeto enjuiciado es una disposición con rango de ley en relación con el supuesto en el que el objeto de control son disposiciones reglamentarias.

⁹⁷ Sobre el uso de sentencias interpretativas en conflictos competenciales vid. F.J. DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 71-74 y J.GARCÍA ROCA: *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. CEC, Madrid, 1993, pp.134-135.

⁹⁸ El TC, no obstante, ha aplicado ampliamente el principio de “presunción de legitimidad” de actos autonómicos en conflictos de competencia. Vid. por ejemplo: ATC 66/2001, de 27 de marzo y ATC 147/2001, de 5 de junio.

del precepto enjuiciado es de suficiente calibre como para mantener en términos similares una técnica que tenía a la deferencia hacia el legislador como principal presupuesto⁹⁹.

No decimos que el principio de conservación de actos no tenga virtualidad alguna en el control de disposiciones infralegales, lo que viene desmentido por su tradicional aplicación en el control de actos administrativos (y cuyas ramificaciones alcanzan incluso a la preservación del negocio jurídico en el ámbito del derecho civil¹⁰⁰). Lo que vale la pena poner en cuestión es si la protección que el principio de conservación de actos jurídicos confiere a una disposición infralegal (como parece advertirse en los litigios competenciales) debe ser similar a la que merece la Ley cuando se entrecruza el principio de presunción de constitucionalidad del legislador democrático. Es evidente que, en esta tesitura, aunque no quede bien reflejado en la jurisprudencia constitucional, las cautelas que revisten el juicio sobre un reglamento *deben ser mucho menores* que las que se enhebran alrededor de las normas con rango de ley.

Ello es así, primero porque la actuación de la jurisdicción constitucional se encuentra restringida por principios de *diferente magnitud* (la conservación de actos pertenece a otra dimensión que la deferencia hacia el legislador) pero, en segundo lugar, aun atendiendo a la justificación de técnicas interpretativas que moderan del juicio de constitucionalidad basadas en el mismo principio hay razones para pensar que el principio de conservación de Leyes no puede arrojar el mismo resultado que la conservación de disposiciones infralegales.

Como nos recordaba GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰¹ el legislador no tiene la misma agilidad para cubrir el hueco que deja la norma anulada que tiene un Gobierno o una Administración para volver a aprobar un reglamento o un acto administrativo acorde

⁹⁹ Sobre el temor al vacío que provoca la nulidad de una disposición como principal causa de aparición de las sentencias interpretativas en el control de constitucionalidad de normas con rango de ley en el marco de litigios competenciales *vid.* M.CARRILLO: "Control de constitucionalidad", *op. cit.*, p.109.

¹⁰⁰ Se pueden encontrar ramificaciones en derecho privado en las que el principio de conservación se asocia a la regla que exhorta, en caso de ambigüedad en la interpretación de los actos, a encontrar el sentido más adecuado para que el acto produzca efecto. *Vid.* JULIANO en *Digesto* 50,17,67 que se traslada al artículo 1284 de nuestro Código Civil sobre la interpretación de los contratos.

¹⁰¹ E.GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma...*, *op.cit.*, p.96

con el significado constitucional. Además, al declarar la inconstitucionalidad de la ley parece que el radio de situaciones que quedan afectadas por esta declaración puede ser mayor que en la anulación de una norma infralegal ya que, entre los ámbitos a los que el vicio de inconstitucionalidad puede trasladarse, se encuentran las mismas disposiciones reglamentarias o actos administrativos a los que la ley daba cobertura.

Si, pese a estas observaciones y a las importantes diferencias apuntadas, las disposiciones infralegales y los preceptos legales han sido tratados, en cuanto a la aplicación de técnicas interpretativas que evitan la decisión de inconstitucionalidad, de manera similar en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos positivos de competencia, ello puede deberse a otros motivos que se mueven en el trasfondo de las decisiones interpretativas y que no han sido suficientemente tenidos en cuenta.

Antes de exponer la idea conviene recordar que en los conflictos positivos de competencia, además de la nulidad de las disposiciones infralegales impugnadas, persiguen la delimitación del orden competencial en un sentido más abstracto u "objetivo"¹⁰². Así parece reflejarse en el artículo 66 LOTC al declarar que, la sentencia que resuelva el conflicto, más allá de anular la resolución o acto que originó el conflicto, "declarará la titularidad de la competencia controvertida" y así vino confirmado por el propio Tribunal Constitucional al reconocer, en la STC 110/1983, de 29 de noviembre, (caso *Provisión de Notarías vacantes*) que, al determinar la legitimidad o la ilegitimidad de la disposición enjuiciada, la decisión del Tribunal contribuye a la determinación y a la fijación del orden competencial "yéndose así más allá de la mera solución del caso concreto origen del conflicto o controversia".

Es esta vocación abstracta de protección del orden competencial adscrita al conflicto de competencia que promueve un uso diferente de la interpretación conforme y de su plasmación en una sentencia interpretativa: la decisión interpretativa extendida a los litigios competenciales que tienen por objeto normas de rango inferior a Ley tiene por función *consolidar el alcance de los títulos competenciales reconocidos al Estado y a la Comunidad Autónoma respectivamente*.

¹⁰² L.LÓPEZ GUERRA: "Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia" en M.RODRÍGUEZ PIÑERO y otros: *La Jurisdicción Constitucional en España. La Ley*

El papel cautelar que la interpretación conforme adquiere en el control de constitucionalidad de las leyes queda supeditado a una nueva función hasta ahora poco explorada en las técnicas interpretativas (y en las formas de decisión en las que ellas se plasman), a saber, la *función explicativa* que se desarrolla cada vez que la jurisdicción constitucional condiciona el mantenimiento de una disposición (en este caso infralegal) a una serie de precisiones. En el marco de las controversias competenciales, claro está, la "función explicativa" no significa otra cosa que deslindar, con carácter tendencialmente general, una frontera en el sistema de distribución de competencias que todavía permanecía borrosa (tan borrosa hasta el punto de haber provocado una disputa entre los entes litigantes).

Mediante la "función explicativa" (directamente implicada, por otra parte, en *la idea de narratividad* a la que anteriormente hemos hecho alusión y al tema del *casuismo*) se va dibujando el contorno de los espacios materiales en los que cada ente puede desplegar sus facultades, se va aportando seguridad a los operadores jurídicos que se mueven en un sistema plural de fuentes de producción jurídica (y de ahí la retahíla de detalles que contienen algunos fallos de las sentencias interpretativas detectadas en conflictos competenciales¹⁰³ o la amplia remisión a los fundamentos que contiene el fallo de dichas sentencias).

Pero lo cierto es que esta inyección de precisiones que van limando asperezas, que van amojonando la "tierra de nadie" de la distribución competencial, sólo se entiende si se complementa con el fin último del procedimiento constitucional: la *prevención* de nuevos conflictos. Al esbozar, mediante precisiones interpretativas, el límite que ambos Entes deben respetar, los operadores jurídicos (y principalmente los agentes de producción normativa tanto del Estado como de la Comunidad Autónoma) cuentan con una línea definida de actuación a la que deben atenerse bajo riesgo de una futura anulación de los actos en caso de contravenir lo detallado por el Tribunal Constitucional. Queda así reforzada la visión que apunta a la indirecta eficacia *erga*

Orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994. Tribunal Constitucional/CEC, Madrid, 1995, pp. 201-210.

¹⁰³Vid. por ejemplo el extenso fallo de la STC 123/1984, de 18 de diciembre, (*caso Creación de centros de Coordinación Operativa*) comentado por GARCÍA ROCA en J.GARCÍA ROCA: *Los conflictos de competencia...*, *op.cit.*, pp. 134-135.

omnes de los pronunciamientos recaídos en conflictos positivos de competencia, aunque sea difícil que la confluencia de detalles se reproduzca de manera exacta de un proceso a otro lo que abre la puerta a pensar en la aparición de nuevos recodos, nuevas zonas difuminadas¹⁰⁴, que reclamen de nuevas precisiones por parte de la jurisprudencia constitucional.

5. Consolidación de espacios competenciales mediante interpretaciones no formalizadas. La "retórica" en la interpretación conforme.

En los juicios competenciales, la fijación de los espacios de poder que corresponden a cada Ente, así como el control sobre la disposición legislativa o infralegal impugnada dependen de una "precomprensión" relativa a una serie de conceptos que *habitualmente no aparecen formalizados como condición de la constitucionalidad a la que se sujeta el precepto examinado*.

Fijémonos en uno de los conceptos clave de la dialéctica Estado/CCAA: la noción de legislación básica estatal en las competencias organizadas bajo el binomio bases desarrollo. La conformidad constitucional (y la final conservación) de una disposición autonómica o estatal puede entenderse que se encuentra condicionada por las previsiones explícitamente enunciadas en el fallo de una sentencia o por los detalles condensados en los fundamentos jurídicos a los que el fallo de la sentencia se remite.

Sin embargo, el precepto examinado no sólo queda sujeto a las concretas reservas a las que formalmente se alude en el pronunciamiento de constitucionalidad, sino que las reservas penden de una previa lectura de lo básico que puede haberse desarrollado en jurisprudencia anterior. El juicio de conformidad de una ley autonómica, por ejemplo, puede expresarse en el respeto a una regulación concreta prevista por la legislación estatal, pero esta regulación concreta es constitucionalmente admisible *porque previamente* el Tribunal Constitucional se ha decantado por una idea de lo básico más cercana a una regulación normativa uniforme y autosuficiente (en la que incluso pueden recogerse normas de detalle) que a una dimensión principialista ceñida, estrictamente, a

¹⁰⁴ Sobre la eficacia de las decisiones recaídas en conflictos de competencia *vid.* H.LÓPEZ BOFILL: *Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria*. Marcial Pons/Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1999, pp. 103-109.

formular los elementos nucleares de la materia¹⁰⁵. Tal vez las decisiones en las que estos conceptos se desarrollan no sean formalmente "interpretativas" y, con todo, se encuentran (como elementos, podríamos decir, "hipertextuales") en el trasfondo del juicio de conformidad que aparece en los pronunciamientos donde la constitucionalidad de una disposición aparece expresamente condicionada.

De ahí, en parte, las críticas que han recaído sobre la actuación del Tribunal cuando ha definido conceptos como el de legislación básica, considerando excesivo que fuese el propio Tribunal (y no otro órgano) quien decidiese en exclusiva y en abstracto sobre el alcance de tales conceptos, y que, posteriormente, el resultado de su construcción se trasladase a situaciones interpretativas concretas¹⁰⁶.

En el ejemplo lo único que de nuevo se constata es la actividad creativa inherente a la función judicial, que tal vez se agudiza cuando el Tribunal Constitucional se encuentra "solo" ante el concepto (en este caso "legislación básica") y la incertidumbre domina en el diseño institucional, lo que es plenamente aplicable —en parte intencionadamente, en parte como consecuencia imprevista— al Estado Autónomico desde sus inicios. El protagonismo interpretativo del Tribunal Constitucional en cuestiones autonómicas más que deberse a un activismo injustificado se explica ante la ausencia de estructuras que fomenten el diálogo entre las partes implicadas y la reconstrucción compartida de significados, máxime cuando la comprensión de un término en un sentido u en otro tiene repercusiones de envergadura en el conjunto de la organización política.

A un nivel más modesto que el que plantea conceptos como el de "legislación básica", el Tribunal Constitucional, en el concreto control de constitucionalidad de preceptos, ha condicionado su adecuación al bloque de la constitucionalidad a una previa comprensión de nociones generales que el mismo Tribunal establece y que influyen en los resortes del sistema de reparto competencial.

¹⁰⁵ Así J.JIMÉNEZ CAMPO: "¿Qué es «lo básico»?...", *op. cit.*, pp. 46-47.

¹⁰⁶ Así, para E.ALBERTÍ, la actuación del Tribunal Constitucional en la definición de los elementos básicos de una materia "supera con mucho la clásica función de la justicia constitucional de legislador negativo, de limitarse a comprobar si la actuación del legislador excede las fronteras fijadas por la Constitución", E.ALBERTÍ: "La noción de «bases» y el desarrollo estatutario" en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Vol. II, Oñati, IVAP, 1991, p.324; J.GARCÍA MORILLO: "La versatilidad de lo básico", en *RAP*, n.139, 1996, pp.138-139; R.JIMÉNEZ ASENSIO: *La ley autonómica...*, *op.cit.*, p.234.

Este sería, por ejemplo, el caso de la noción de "territorio" como límite a la competencia autonómica (incluso cuando el "territorio" no constituye límite expreso en el título competencial) o de un concepto como el de "subvención", una de cuyas formulaciones se llevó a cabo, por cierto, al hilo de una decisión formalmente interpretativa [la STC 237/1992, de 15 de diciembre (*presupuestos generales de 1986*)] al establecer, en relación con una subvención estatal consignada en la norma presupuestaria examinada, que la constitucionalidad de esta actividad estatal era admisible más allá del perímetro de su competencia siempre que se interpretase que el Estado no había asociado a la subvención prevista una finalidad concreta. Una subvención de talante finalista, afirmaba el Tribunal Constitucional, menoscabaría el ámbito de competencia autonómica al que la subvención se destinase así como la autonomía financiera de la propia Comunidad Autónoma. La conformidad constitucional de la disposición estatal quedaría, en esta situación, condicionada a la previa comprensión del concepto "subvención" que el Tribunal Constitucional maneja y que, en general, resultará aplicable para valorar la adecuación al orden de distribución de competencias de la actividad de fomento futura que el Estado desarrolle.

Por otra parte, puede suceder que la interpretación a la que el Tribunal Constitucional condiciona un precepto, en vez de remitir a conceptos concretizados por el propio Tribunal, se refiera a conceptos *indefinidos* o vacuos con lo que, en realidad, se *impide el cierre definitivo del litigio*. El ejemplo lo constituyen aquellas sentencias en las que la vigencia o la aplicación del precepto examinado se condiciona al despliegue de técnicas de colaboración entre el Estado y la Comunidad Autónoma afectada. Las dudas de constitucionalidad que constriñen la disposición litigiosa se pretenden resolver con un llamamiento a la buena predisposición de las partes, lo que parece haber quedado desmentido desde la misma interposición del conflicto¹⁰⁷.

¹⁰⁷ La interpretación constitucionalmente conforme de un precepto vinculada a un llamamiento a la colaboración entre las partes implicadas se ha producido especialmente en el ámbito del derecho medioambiental a raíz de la dificultad que supone gestionar actuaciones amparadas en títulos competenciales diferentes que recaen sobre un mismo objeto de protección. *Vid.* por ejemplo: STC 110/1998, de 21 de mayo (*Ley de Pesca de Castilla León*) y, sobretudo, STC 166/2000, de 15 de junio, (*Ley Navarra de Protección de la Fauna Silvestre*), fundamento jurídico 4. Más allá de las competencias referidas a Medio Ambiente, y en el marco de un conflicto de competencias en sentido estricto, un ejemplo de apelación a la cooperación como condición de aplicabilidad de una disposición estatal lo encontramos en la STC 242/1999, de 21 de diciembre (*Plan Marco de Competitividad del Turismo Español*). Un pronunciamiento más

El uso de fórmulas interpretativas para condicionar la constitucionalidad de un precepto a la colaboración entre entes sin más, sin precisar cómo y bajo qué premisas debe tejerse esta colaboración, nos traslada a un uso meramente *"retórico"* de estas formas de decisión. Sin duda es la respuesta más fácil cuando se ha decide conservar el precepto litigioso y, a la vez, rehuir todo tipo de críticas que denuncien la supuesta intromisión o extralimitación en la que puede incurrir el Tribunal si perfila los detalles a los que la colaboración Estado/Comunidad Autónoma debe sujetarse. No obstante, de continuar en esta línea, la actuación del Tribunal corre el riesgo de desprestigiarse puesto que apelar a la colaboración significa, de algún modo, posponer la solución del conflicto, no dar respuesta al problema por cuya causa las partes habían decidido acudir a la jurisdicción constitucional. Esto último siempre que la apelación a la colaboración por parte del Tribunal no suponga, lo que es más grave, la consolidación de una invasión competencial al remitirse a un proceso de relación entre Estado y CA antes de delimitar la titularidad sobre la materia controvertida.

6. Técnicas de gestión de la inconstitucionalidad.

Otro de los focos de interés que, en los últimos años, han despertado las formas de decisión en el marco de las controversias entre Estado y CCAA viene encabezado por el uso de técnicas de gestión de la inconstitucionalidad hasta el momento poco frecuentes en el devenir de la jurisprudencia constitucional española.

El Tribunal Constitucional, en la estela de sus homólogos alemanes y austríacos, se ha apoyado en formas de declaración de inconstitucionalidad sin nulidad y en la técnica de diferir la invalidez de la ley hasta nueva intervención del legislador, que, excepcionalmente, han puesto en suspenso la relación necesaria entre declaración de inconstitucionalidad y nulidad consagrada en el artículo 39.1 LOTC. El revuelo y el interés que estas soluciones han suscitado en la doctrina, no obstante, no debe hacernos perder la perspectiva —en la línea de nuestras anteriores apreciaciones—, *del carácter secundario* de lo que podríamos denominar la "ejecución" del fallo de

concreto sobre la necesidad de reconocer facultades de intervención de las CCAA que pueden ejercer en un marco de cooperación con el Estado *vid.* STC 48/1998, de 19 de febrero (*Ley de Puertos del Estado*).

inconstitucionalidad frente al problema central de la interpretación de la Constitución y del acomodo de una ley a dichos contenidos interpretativos establecidos por una jurisdicción constitucional. Parece claro que la administración de lo decidido se encuentra en un plano distinto al de la decisión misma y al de la justificación de dicho poder.

En el ensayo de estas técnicas, ciertamente, parecen tenderse puentes de diálogo entre Tribunal y legislador (en la medida que el legislador debe aprobar disposiciones acordes con los criterios perfilados por el Tribunal) pero el nexo entre ambas instituciones no viene encauzado por un diálogo sobre la interpretación de la Constitución (y de la ley controvertida, en función de los mandatos constitucionales) sino que la relación se reduce al problema *de adaptar* a la realidad el fallo que la jurisdicción constitucional suscribe. La colaboración Tribunal-Parlamento se concentra en la reparación de la inconstitucionalidad detectada y no en la atribución de significados a los preceptos constitucionales que condicionan la actividad legislativa. Colaboración, por tanto, alejada de cuestiones de legitimidad y de funcionamiento estructural de un Estado Democrático sujeto a una Constitución, y que, en cambio, depende de circunstancias coyunturales: la demanda de una actuación legislativa que materialice una concreta decisión de constitucionalidad del Tribunal, por otra parte, no cuestionada por las instancias políticas. El diálogo se construye, así, *a remolque* de las disfunciones del sistema y no como elemento definitorio del sistema mismo.

¿Qué circunstancias han sido las que han impulsado la proliferación de técnicas relacionales (aunque se integren dentro del diálogo reparativo y no interpretativo)? Sobre estas soluciones en concreto cabe señalar —lo hemos dicho aunque conviene recordarlo—, que se aplican preferentemente *en el ámbito de las disputas competenciales*¹⁰⁸, lo que, en particular, afecta a la técnica de diferir la sanción de nulidad.

La idea de fondo que se esconde tras estos fallos no nos sorprende: tratándose el juicio de competencia de un juicio de constitucionalidad de carácter formal parece poco grave

¹⁰⁸ Vid. STC 208/1999 de 11 de noviembre (*Defensa de la Competencia*), en especial Fundamento Jurídico 8 y 235/1999, de 16 de diciembre (*Competencias sobre ordenación del crédito*), Fundamento Jurídico 13.

que durante un período (por lo demás, indeterminado) se mantengan vigentes leyes que contradicen el sistema de distribución de competencias si esto va a favor del mantenimiento de la seguridad jurídica y no propicia la existencia de un vacío intolerable que amenaza a un conjunto entero del ordenamiento jurídico y de la actividad socioeconómica. Al menos, el mantenimiento de preceptos inconstitucionales por razón de falta de competencia se advierte menos lesivo que el mantenimiento de preceptos que inconstitucionales que violan derechos fundamentales, ya que la defensa de una competencia no significa un fin en sí mismo, como sí lo es la dignidad de la persona expresada en los derechos fundamentales que le son asociados y que la ley cuya nulidad es diferida puede volver a conculcar.

Que no se respeten las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia —mientras no se perjudiquen las expectativas de los agentes que operan en el sistema económico, que es lo que precisamente se busca con el aplazamiento de la sanción de nulidad— no parece ser tan chocante como mantener en el ordenamiento jurídico una ley que infringe, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión cuando el Tribunal Constitucional ya no ha dejado ningún resquicio de duda acerca de la contradicción entre dicha ley con el artículo 20.1 a) de la Constitución.

Por otra parte, que el menoscabo temporal de competencias autonómicas no es algo que repugne sobremanera a los pilares del sistema constitucional, parece insinuarse desde las propias sentencias a las que aludimos porque, para empezar, la apelación al legislador para que repare la situación inconstitucional se produce en términos muy vagos y sin ningún tipo de plazo (recordemos: una mención a la "lealtad constitucional" que obliga a todos los poderes públicos, sin mecanismos específicos de sanción sobre los preceptos controvertidos para el caso de inactividad). El Tribunal Constitucional, en la STC 208/1999, de 11 de noviembre (caso *Defensa de la Competencia*), por ejemplo, difiere la nulidad de las cláusulas declaradas inconstitucionales "hasta que el legislador estatal establezca los criterios de conexión pertinentes" para que las Comunidades Autónomas puedan ejercitar las competencias invadidas. El Tribunal, si nos fijamos bien, está solicitando al mismo legislador que ha ignorado las competencias autonómicas que reaccione para corregir su exceso sin ningún tipo de complemento coactivo cierto y sin que su inactividad provoque ningún amenaza a la estabilidad en el

tráfico mercantil: en estas condiciones, ¿puede creerse que el legislador estatal encontrará la suficiente fuerza de voluntad, de voluntad constitucional, como para corregir la situación en un sentido favorable al sistema de distribución de competencias?¹⁰⁹

La aparición de estas formas heterodoxas de gestión del juicio de inconstitucionalidad, en otro sentido, no resulta para nada incoherente con la trama de la jurisprudencia constitucional en materia de autonomías. A nuestro juicio, no son más que la resaca del cambio de orientación en el punto de la cláusula de supletoriedad que deja de interpretarse como cláusula atributiva de competencias impidiendo al Estado la aprobación de normas de carácter supletorio aun en competencias concurrentes¹¹⁰.

Al enterrar definitivamente la idea de la supletoriedad como competencia ilimitada reconocida al legislador estatal, el juicio sobre el precepto estatal que invade competencias autonómicas ya no es de inaplicabilidad y circunscrito sólo al territorio de la Comunidad Autónoma litigante (o de la Comunidades Autónomas que han asumido competencias) sino que tiende a transformarse en juicio de validez. La nulidad y la expulsión del precepto estatal del ordenamiento jurídico deberían ser las consecuencias derivadas de la declaración de inconstitucionalidad en un escenario en el que todas las Comunidades Autónomas asumen y se encuentran en condiciones de desarrollar la competencia que el Tribunal les reconoce.

¹⁰⁹ De hecho, el ejemplo de la Ley de Defensa de la Competencia confirma precisamente el fracaso clamoroso de estas técnicas (de donde se sigue, que a efectos prácticos, la colaboración no se produce ni a efectos reparativos). Relata P.BIGLINO CAMPOS que, en el momento en el que el TC dictó la sentencia 208/1999 las Cortes generales estaban tramitando una nueva ley de Defensa de la Competencia. Sin embargo, y pese a la difusión de la decisión, la nueva Ley 52/1999, de 28 de diciembre no modifica, en el sentido declarado por el Tribunal, ninguno de los preceptos declarados inconstitucionales. Para dar cumplimiento a la decisión del Tribunal, tan sólo se introduce en la disposición final segunda, un mandato para que el Gobierno presente, antes del 1 de octubre del año 2000, un proyecto de Ley que regule la materia según lo establecido en la sentencia. *Vid.* P.BIGLINO CAMPOS: “Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999, sobre la Ley 16/1989 de defensa de la competencia” en *REDC*, n.59, 2000, pp. 328-329.

¹¹⁰ Esta es una idea que empieza a circular en algunos sectores doctrinales y, seguramente se consolidará con nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional *vid.* el comentario a la STC 195/1998, de 1 de octubre de J.C.TEJEDOR BIELSA significativamente titulado, J.C TEJEDOR BIELSA: “Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿Paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1 de octubre” en *REDA*, n.101.,1999, pp. 117-126. *Vid.*, asimismo, F.GONZÁLEZ NAVARRO: “Una sentencia constitucional que hace ligeros retoques en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”, *REDA*, n.102, 1999, pp.262-263.

Sucedee, sin embargo, que algunos ámbitos de importancia económica se encuentran regulados por leyes estatales que desconocen las competencias autonómicas de donde se sigue que la aplicación de la nulidad sin matices sobre estos preceptos sería traumática para el correcto desarrollo de la actividad.

Como se ve, la ampliación del catálogo de consecuencias asociadas a la declaración de inconstitucionalidad de la ley nada tiene de "revolucionario" y no es más que la respuesta lógica a un previo cambio de percepción en torno al modelo de organización territorial que hemos aceptado. Como venimos defendiendo, no se trata de analizar las formas de decisión como tipos abstractos, sino como reflejo de un contexto, de "razones últimas" en este caso bien tangibles que, por cierto, poco tienen que ver con la necesidad de establecer mecanismos de diálogo entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Partiendo del ejemplo que aquí hemos invocado, no sería superfluo recordar que la "colaboración" Legislador/Tribunal Constitucional en el sentido relevante que nos interesa debería haberse centrado en un diálogo entorno a la interpretación de la "cláusula de supletoriedad" del artículo 149.3 CE y no tanto sobre los criterios de conexión para que las CCAA puedan ejercer determinadas competencias ejecutivas.

7. Nota sobre la decisión interpretativa en el conflicto en defensa de la autonomía local.

Aunque en el momento de redacción de estas líneas no contamos todavía con ninguna resolución del Tribunal Constitucional en el conflicto en defensa de la autonomía local introducido por la LO 7/1999, de 21 de abril, de reforma de la LOTC, puede aventurarse que se tratará de un medio especialmente idóneo para la proliferación de las técnicas interpretativas de decisión. Esto es así debido a la singular estructura de decisión que diseñan los artículos 75 quince 5 y 75 quince 6 introducidos por la LO 7/1999.

Como se sabe, el conflicto en defensa de la autonomía local culmina con una y, eventualmente, dos resoluciones. Una primera en la que se declara si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada (sentencia, en la que se determina a quién corresponde la titularidad de la competencia controvertida y resuelve sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas por la lesión de la autonomía local) y una segunda sentencia, si la primera ha sido estimatoria de la lesión,

en la que se declara la inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto siempre que el Pleno decida plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto.

Al concebir el conflicto en defensa de la autonomía local como un procedimiento de protección frente a leyes, tan enrevesada regulación de la decisión de constitucionalidad, se debió a la necesidad de eludir los posibles vicios de inconstitucionalidad imputados a este nuevo conflicto ya que podía considerarse que se ampliaba el número de sujetos legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad (extendiéndolo a los entes locales) lo que parecía contrario al 162.1 a) CE cuya lista de sujetos legitimados se interpretaba de forma tasada. La solución se encontró en el establecimiento de una especie de incidente de constitucionalidad de la ley, inspirándose en la llamada autocuestión prevista para el recurso de amparo en el 55.2 LOTC, cerrándose así el paso a la idea de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley derivaba directamente de la impugnación del ente local, de forma que sólo se admitió la decisión sobre la ley previo planteamiento de una cuestión por parte del Pleno del Tribunal.

De esta estructura, dos sentencias, una que se pronuncia sobre la lesión de la autonomía local y la declaración sobre la titularidad de la competencia controvertida, y otra que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la ley, puede pensarse que *siempre* que se estime el conflicto planteado por el ente local y se considere que Estado o Comunidad Autónoma, con la aprobación de una ley, han vulnerado el espacio de competencia local constitucionalmente garantizado, se elevará la cuestión y el Pleno decidirá nuevamente, esta vez sobre la constitucionalidad de la ley.

Pues bien, al menos es concebible un caso en el que la estimación de la lesión a la autonomía local no conducirá a la nueva sentencia de Pleno sobre la constitucionalidad de la ley, a saber, que en la primera sentencia *el Tribunal practique una sentencia interpretativa* estimando, por ejemplo, que la ley estatal o autonómica no vulnera la autonomía local bajo determinadas condiciones interpretativas o que, en otro sentido, la vulnera sólo si se interpreta de un modo que se descarta en el fallo¹¹¹ (pero entendiendo

¹¹¹ Esta posibilidad parece reconocida por J.J FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y J.BRAGUE CAMAZANO: “Los conflictos en defensa de la autonomía local: una nueva competencia del Tribunal Constitucional” en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.17, 2000, pp. 485

que el precepto puede admitir otras interpretaciones respetuosas con la competencia local de modo que la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad del texto controvertido deviene innecesaria).

La excesiva carga de una segunda sentencia, que retrasaría la culminación del proceso —y, en caso de repetir la técnica interpretativa por razones sustanciales (por existencia, por ejemplo, de una interpretación conforme respetuosa con la presunción de constitucionalidad de la ley)— no aportaría nada al litigio, tal vez justifiquen que el Tribunal Constitucional se decante por la solución de incluir la decisión sobre la interpretación de la ley en la primera sentencia. El argumento de una mayor seguridad jurídica aportada por la proyección de la interpretación de la ley a la segunda sentencia parece poco convincente porque, pese a la estructura del proceso derivado de las circunstancias ya explicadas, no acaba de verse por qué la interpretación sobre la ley contenida en la primera sentencia no puede producir los mismos efectos ni vincular al resto de poderes públicos de forma idéntica a como lo haría la interpretación en la segunda sentencia ya que, a fin de cuentas, la primera decisión en el conflicto en defensa de la autonomía local no se limita, en la dicción del artículo 164 CE, “a la estimación subjetiva de un derecho”.

La decisión en este tipo de conflictos añade, en cualquier caso, un nuevo ejemplo a nuestra idea recurrente según la cual las formas interpretativas de decisión no dependen tanto de aspectos interpretativos sustanciales sobre la constitucionalidad de la ley como cuanto de una estructura institucional y, en este caso, de una estructura procesal. Así, en este caso, es concebible creer que se preferirá reparar los posibles vicios de inconstitucionalidad en el contenido de una ley mediante interpretación conforme en la primera sentencia no porque no sea asumible una declaración de inconstitucionalidad sobre el precepto en litigio sino porque una declaración de este tipo obligaría a una segunda sentencia, con la consiguiente carga de tiempo y de incertidumbre.

y 499. ROURA GÓMEZ , por el contrario, parece negar que exista alguna hipótesis en que la estimación de la lesión de la autonomía local no haya de dar lugar automáticamente a un

autoplanteamiento por el propio Pleno, *Vid.* S.A.ROURA GÓMEZ: “El conflicto en defensa de la autonomía local”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 55, 1999, pp. 238-239.

IV.- ELEMENTOS ADICIONALES QUE JUSTIFICAN EL RECURSO A FORMAS INTERPRETATIVAS DE DECISIÓN.

1. La decisión interpretativa como “equilibrismo institucional”. Mera reiteración de enunciados normativos ya existentes.

El Tribunal Constitucional puede emitir una sentencia interpretativa cuando, sencillamente, decide no decidir, esto es, abstenerse de valorar la posible infracción a un derecho fundamental por parte del legislador o la alteración al equilibrio de poderes.

La estrategia, puede justificarse bajo los mandatos de intervención mínima a los que se encuentra sujeto la jurisdicción constitucional, dejando la puerta abierta a que se pronuncien los agentes político-institucionales y sean ellos quienes aporten la solución definitiva a la controversia. En ocasiones, no obstante, el Tribunal Constitucional modera su juicio incluso en disputas que llevan décadas arrastrándose y que bien merecerían un pronunciamiento claro (aunque sólo fuese para que los agentes políticos contasen con una solución constitucional a la que contradecir si lo juzgasen conveniente).

La contención en el análisis del Tribunal Constitucional expresada bajo la forma interpretativa llega al extremo de limitarse a reproducir disposiciones normativas ya existentes que el Tribunal injerta en su propio razonamiento. Estas disposiciones quedan así elevadas al rango de interpretación constitucional pronunciada por el “máximo intérprete” de la Constitución y condicionan la comprensión de la disposición legislativa impugnada.

El “equilibrismo”, vistas de este modo las cosas, llega a impulsar una actuación que podría calificarse de *superflua*, pues para llegar a esta conclusión, coincidente con

disposiciones normativas ya presentes en el ordenamiento jurídico, hubiese bastado una interpretación sistemática al alcance de cualquier aplicador del Derecho.

En verdad puede aducirse que, en este caso, y contra lo que venimos defendiendo el Tribunal Constitucional no introduce significados innovadores en la utilización de una sentencia interpretativa, ya que reproduce contenidos normativos que ya se encontraban presentes en el sistema jurídico.

Esta observación parece, a nuestro modo de ver, irrefutable, si bien debería añadirse que la técnica de la abstención mediante la reproducción de condiciones normativas ya existentes se complementa, como siempre sucede en estos casos, con pronunciamientos interpretativos auténticos en el sentido de que incorporan elementos adicionales que condicionan la comprensión de precepto legal más allá de la interpretación asentada en otras instancias. También valdría la pena sugerir que, la sola *elevación* de rango de la disposición normativa (un precepto con rango de ley o incluso un precepto de rango reglamentario) a la condición de “interpretación constitucional”, ya supone de por sí una *alteración* en el horizonte de comprensión del precepto examinado.

Puede que el Tribunal Constitucional en dichos fallos interpretativos meramente “reproductivos” no innove el significado de la ley enjuiciada, aunque valdría la pena alegar que ello sería a costa de no contribuir a la solución del conflicto que se le plantea, [conflictos entre entes que reclaman par sí determinadas competencias, conflictos entre una mayoría que defiende una visión determinada de un derecho constitucional frente a una minoría que se siente perjudicada por la percepción mayoritaria (obsérvese: no decimos que el Tribunal Constitucional deba resolver el conflicto, sino más bien que su función consiste en aportar alguna respuesta canalizada hacia la solución del mismo)].

Un ejemplo de lo que hasta ahora venimos diciendo (las sentencia interpretativa como renuncia a una solución en favor del *statu quo* que preside el equilibrio de poderes, sentencia interpretativa como reproducción de preceptos ya presentes en el ordenamiento jurídico), lo encontramos en la STC 105/2000, de 13 de abril (*Reforma de la LOPJ*)¹⁰⁸.

¹⁰⁸ El ejemplo de la STC 105/2000, de 13 de abril como muestra de "equilibrismo institucional" en el sentido que aquí manejamos se encuentra en R.JIMÉNEZ ASENSIO: "Las complejidades

Un grupo de 50 diputados había impugnado diversos artículos de la LO 16/1994, de 8 de noviembre por la que se modificaba la Ley Orgánica del Poder Judicial, reforma que afectaba a diversos aspectos en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia, es decir, aspectos referentes al conjunto de medios personales y materiales que no se integran en la función jurisdiccional. El problema que latía en el trasfondo de la discusión, no era otro que el del alcance de las competencias autonómicas en alguna de estas materias concernientes al Cuerpo al servicio de la Administración de Justicia, como, por ejemplo, el tema de la fijación de horarios y de jornada laboral.

La cuestión fue que, en vez de encarar el problema de la delimitación competencial esbozada por la reforma de la LOPJ y consolidar los ámbitos materiales que correspondían a cada ente, [es decir, la delimitación de competencias que corresponden al Estado y a las CCAA en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia sin perjuicio de la regulación del “status” de quienes ejercen la función jurisdiccional, esto es, de los Jueces y Magistrados, que corresponde al CGPJ] el Tribunal Constitucional se contenta con responder a las tres impugnaciones mediante tres fallos interpretativos. En dichos fallos (y dejando de lado el primero, sobre un problema de traducción al castellano de expedientes en el que ahora no podemos entrar) se condiciona la interpretación de la disposición que articula las competencias entre el Estado y las CCAA aplicando el criterio manejado por una disposición reglamentaria estatal (los Reglamentos Orgánicos de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia).

En su segundo fallo interpretativo, el Tribunal Constitucional condiciona la constitucionalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria de las CCAA a que no se afecten las condiciones accesorias del estatuto judicial atribuidas al Consejo General del Poder Judicial según el artículo 110.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con ello, en vez de dilucidar las facultades de incidencia de las CCAA cuando, al apoyarse en otros títulos competenciales, regulen cuestiones con un cierto reflejo en los

de un «modelo»: poder judicial, administración de justicia y estado autonómico en el sistema constitucional español (apuntes de urgencia en torno a la STC 105/2000) en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.7, 2000.

derechos y deberes de los jueces, el Tribunal se limita a reiterar lo que ya se encontraba en el artículo 110.2 LOPJ. La interpretación a la que se condiciona el precepto controvertido no consiste, pues, en otra cosa que en la invocación de otro precepto de la misma ley que se impugna.

2. La forma interpretativa como instrumento de gestión de una pluralidad de fuentes de procedentes del derecho internacional y del derecho comunitario.

Sabido es que la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales viene en nuestro ordenamiento, según dispone el artículo 10.2 CE, mediatizada por la obligación de interpretación conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España¹⁰⁹.

Lo que implica esta singular cláusula (profundamente innovadora para el derecho constitucional de la época) es que el contenido de los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución Española puede venir determinado, condicionado y, por utilizar una expresión recurrente en nuestro trabajo, "concretizado" mediante tratados de Derecho Internacional y mediante el sistema de producción normativa que algunos de dichos tratados establecen.

Esto último no incumbe tanto al único documento al que la Constitución menciona expresamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni a los Pactos Internacionales de Derechos o Convenciones emanados de Naciones Unidas (cuya garantía no se encuentra encomendada a órganos de naturaleza jurisdiccional ni, en algunos casos, cuentan con eficacia jurídica) como aquellos tratados de ámbito europeo, dotados de órganos jurisdiccionales como instrumentos de garantía, de donde fluye una abundante jurisprudencia con capacidad de implementar el derecho protegido por el Tratado a situaciones específicas (es decir, de *aplicar* la disposición del tratado que reconoce un determinado derecho y de adaptar el texto convenido a la mudable sensibilidad de cada momento histórico).

¹⁰⁹ Sobre este tema *vid.*, en general, la monografía de A.SAIZ ARNAIZ: *La apertura constiucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos...*, *op. cit.*

El Convenio Europeo de Derechos Humanos desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de una parte, y la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de la persona impulsada desde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de otra, serían los dos grandes filones permanentes y actuales de extracción de significados susceptibles de penetrar en el ordenamiento constitucional español; eso sin contar, en el ámbito comunitario, con el papel que desempeñará la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una vez se reconozca eficacia jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y ésta sea incorporada a los Tratados constitutivos de la Unión.

Pero, ¿qué quiere decir el art. 10.2 CE cuando establece que las normas relativas a derechos fundamentales “se interpretaran conforme” a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, por ende, a la jurisprudencia de aquéllos órganos jurisdiccionales instaurados por dichos tratados?

La conformidad significa, ante todo, no incompatibilidad entre la comprensión del derecho constitucional y el ámbito de libertad internacionalmente reconocido¹¹⁰. Pero a nuestro juicio, la apertura del artículo 10.2 CE va más allá. El artículo 10.2 CE *introduce el marco en el que se produce la aplicación del derecho fundamental constitucional* asumiendo que, en un caso concreto, *el contenido del derecho constitucional depende de las condiciones introducidas por el derecho internacional*.

Esta idea que, por decirlo así, fulmina la "estatalización" de los derechos humanos, ha sido promocionada, en el contexto particular del ordenamiento constitucional español, con la propia presencia del artículo 10.2 CE.

Pero, por otra parte, la totalidad de sus consecuencias ha sido ofuscada por una razón en apariencia contingente: por la relativa modernidad del texto constitucional español. Esta modernidad ha impedido adquirir la noción del carácter decisivo de la interpretación *actual* en la comprensión de un derecho constitucionalmente reconocido, y esta interpretación, que forja un derecho sustancialmente diferente viene (y vendrá) en parte

¹¹⁰ SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, pp.221-222. Así el propio Tribunal Constitucional en la STC 113/1995, de 6 de julio, donde declara (Fundamento Jurídico 7) que los derechos "no deben ser interpretados en contradicción", en el caso concreto, con el CEDH.

renovada por la incorporación de la jurisprudencia de los órganos creados por un tratado internacional y por la adhesión de España a nuevos tratados internacionales de protección de derechos sensibles a las exigencias del presente, el mejor ejemplo: la Carta Europea de Derechos Fundamentales. ¿Es el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) del año 1978 el mismo que el derecho a la integridad de la persona (art. 3 de la Carta Europea) en la redacción del año 2000, donde se incorpora, específicamente, la prohibición de prácticas eugenésicas, la prohibición de lucro derivado del tráfico de partes del cuerpo humano o la prohibición de clonación reproductora de seres humanos? A nuestro entender, *la concretización del Derecho Fundamental transforma la identidad del Derecho Fundamental* lo que se percibe en el acto de aplicación del mismo en un proceso jurisdiccional.

Por desgracia no podemos perseverar ahora en este apasionante debate sobre teoría de los Derechos Fundamentales y debemos centrarnos en cómo estas eventualidades se conjugan en un proceso de control de constitucionalidad de las leyes y cómo las formas de decisión se convierten en una especie de comodín, de instrumento polivalente, en el que encajar las todavía resistentes tendencias estatalizadoras que operan en la tutela de los derechos fundamentales.

Este es el dilema: la comprensión de los derechos fundamentales viene en gran parte concretizada por fuentes internacionales, en ella se encontrarán las fuentes de solución que orientarán la aplicación del derecho a un caso concreto pero esta tendencia choca con la negativa formal que las jurisdicciones constitucionales expresan a la hora de admitir una alegación autónomamente fundada en derecho internacional o referida a un aspecto de un derecho cuyo núcleo se encuentra desarrollado por fuentes internacionales y no por la constitución estatal¹¹¹.

¹¹¹ Según la STC 64/1991, de 22 de marzo (Fundamento Jurídico 4) la interpretación a la que alude el artículo 10.2 CE "no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales.". La STC 36/1991, de 14 de febrero, declara en su fundamento jurídico 5 que: "el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, y no dependiente de otra, que es la que éste Tribunal habrá de apreciar en su caso". *Vid.*, en este punto F.RUBIO LLORENTE: "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", *Claves*, n.75, 1997, p.4, donde afirma que "Nadie puede pretender el reconocimiento de derechos fundamentales que no figuren en la Constitución, ni el Tribunal Constitucional reconocerlos.". Sobre la capacidad de los tratados

Si una norma emanada del legislativo estatal contradice alguna de estas dimensiones (una concepción del derecho introducida internacionalmente y no formalmente asimilada al derecho constitucionalmente reconocido) no resulta desatinado pensar que un Tribunal Constitucional (o, en concreto, el Tribunal Constitucional español) debería acudir a una forma interpretativa de decisión para incorporar el contenido internacional al parámetro de enjuiciamiento y ajustar el sentido de la ley en la dirección internacionalmente trazada.

Declarar la nulidad de la disposición legal significaría que el Tribunal Constitucional está reconociendo la actuación autónoma del contenido del derecho internacionalmente configurado (y no el derecho constitucional) como apoyo estructural de su juicio, lo que sería inconsistente con el rechazo de alegaciones únicamente ancladas en derecho internacional sin apenas conexión con algún derecho constitucional. No obstante, la declaración de nulidad de la ley ha sido consecuencia del juicio de inconstitucionalidad incluso en casos en los que la configuración del derecho venía tan detallada en la fuente de origen internacional que podría dudarse de la virtualidad del derecho constitucional como canon autónomo de validez.

La llamativa STC 292/2000, de 30 de noviembre, por ejemplo, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal refleja como, a pesar de la presencia del artículo 18.4 CE sobre la limitación en el uso de la informática para garantizar los derechos de la personalidad, el contenido concreto del denominado derecho a la libertad informática o *habeas data* (derecho él mismo de perfil jurisprudencial, al menos desde la STC

internacionales para influir en la interpretación de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y articular un límite frente al legislador *vid. Ibidem.* pp.5-6 páginas en las que se aborda el problema de los derechos creados mediante tratado con apenas conexión con los enumerados en la Constitución; así también *vid. F.REY MARTÍNEZ:* "El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del art.10.2 CE)", en *Revista General de Derecho*, n.537, 1989, p.3.691, "el artículo 10.2 CE constituye una fórmula de reintegración de los derechos fundamentales, pero sólo en la medida que posibilita el descubrimiento de nuevos aspectos de los mismos, sobre todo, cuando estos contienen un alto grado de abstracción en su tenor literal (...); no siendo aplicable, por tanto, como cláusula de apertura de los derechos fundamentales totalmente abierta al

254/1993, de 20 de julio) viene jalonado por una serie de garantías (derecho de información al interesado sobre los datos de carácter personal que la Administración posee en su poder, derecho al acceso a los mismos datos, a rectificarlos, a cancelarlos, a que se comunique al interesado y éste consienta en la cesión de datos a otra Administración...) sobre cuyo reconocimiento el 18.4 CE permanece mudo¹¹² mientras que el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal de 14 de octubre de 1981 y la Directiva 95/46/CE consagran con todos los matices. Las tachas de inconstitucionalidad que en esta resolución se aprecian se refieren, justamente, a la contradicción entre los preceptos de la Ley Orgánica 15/1999 y los ya mencionados matices extraídos de las disposiciones del Consejo de Europa y del derecho comunitario derivado.

La técnica para encubrir que la nulidad de los preceptos de la Ley de Protección de Datos no resulta tanto de una "inconstitucionalidad" como, exclusivamente, de una disconformidad con preceptos emanados de otras fuentes sigue siendo la misma: el Tribunal Constitucional insiste en el 10.2 CE como ropaje para adoptar una solución radical sobre una ley española bajo premisas sustancialmente definidas por el derecho internacional¹¹³.

reconocimiento de derechos proclamados por tratados internacionales carentes de conexión alguna con los positivizados constitucionalmente".

¹¹² Esta es la idea del interesante voto particular de M.JIMÉNEZ DE PARGA (al que se adhiere MENDIZÁBAL ALLENDE) a la STC 290/2000, de 30 de noviembre por la que se resolvieron recursos de inconstitucionalidad acumulados contra diversos artículos de la LO 5/1992, de 29 de octubre de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. En el citado voto particular se declara que "nuestro Tribunal reconoce y protege ahora un derecho fundamental, el derecho a la libertad informática, que no figura en la Tabla del texto de 1978". Extraña la inclusión de semejante voto particular en una sentencia como la STC 290/2000 de carácter competencial y no en la STC 292/2000 en la que se discutieron las cuestiones de fondo relativas a derechos fundamentales suscitadas por la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹¹³ No en balde, como consta en los antecedentes y en el fundamento jurídico 3 de la STC 292/2000, el Abogado del Estado había reprochado al Defensor del Pueblo que el Convenio Internacional y la Directiva citados no actuaban como canon interpretativo de derechos y libertades fundamentales "sino como verdadero canon de la constitucionalidad" lo que ciertamente "desbordaría el alcance del art. 10.2 CE". El TC rechaza, como hemos visto, esta apreciación enrocándose en la idea de que el Convenio internacional y la Directiva sólo son tenidos en cuenta para corroborar el sentido y alcance específico del derecho a la intimidad (derecho, por cierto, que después estima poco adecuado para valorar la constitucionalidad de la

La solución de nulidad, como vemos, logra mantenerse mientras exista el convencimiento de que la protección frente a la acción del legislador depende de un reconocimiento "estatal" o "constitucional" del derecho fundamental cuyo contenido se asocia sólo interpretativamente a un entramado de disposiciones internacionales. Con todo y con ello, cuando el engarce entre el derecho constitucional y las garantías sustanciales procedentes de fuentes internacionales es débil, la decisión a la que el TC recurre adopta, asimismo, la forma de sentencia interpretativa¹¹⁴.

Vista la cuestión con más detenimiento, podría argüirse que el uso de declaraciones de inconstitucionalidad con nulidad y el uso de fórmulas interpretativas de decisión, más que depender de la mayor o menor influencia del derecho internacional en la precisión sustancial de un derecho constitucional inexistente (o *a priori* sin contenido alguno) depende de la mayor o menor contradicción de los preceptos legales enjuiciados con el canon de enjuiciamiento que se adopta (sea el derecho constitucional, sean unas propiedades exclusivamente fundadas en derecho internacional aunque formalmente incorporadas al derecho constitucional mediante el art. 10.2 CE). Así cuando la contradicción entre la ley y el bloque de disposiciones (constitucionales o internacionales) que se manejan en el juicio resulte manifiesta, la respuesta del TC se canalizará mediante el binomio inconstitucionalidad-nulidad; en cambio cuando quepan interpretaciones "constitucional-internacionalmente" conformes (cuando sea posible condicionar la ley a estos contenidos procedentes de distintas fuentes) se acudirá a la decisión interpretativa, exactamente igual como si el enjuiciamiento estuviese fundado sólo en preceptos de derecho constitucional.

Esta es una posibilidad asumible mientras continúe fluyendo (y convenciendo) en la comunidad jurídica la idea de que el contenido esencial del derecho fundamental al que la ley se somete ya se encuentra delimitado por la Constitución y las disposiciones internacionales o comunitarias, vía 10.2 CE, vienen sólo a moldear el alcance de dicho derecho de forma meramente adjetiva, complementaria. Pero dejando a parte que bajo nuestro punto de vista esto no es más que una ficción (ya que en realidad se designa con la palabra "interpretación" lo que son contenidos no inferibles del derecho

ley dado el poder de control sobre datos personales va más allá de datos referidos al ámbito de la intimidad) y del mandato del artículo 18.4 CE.

constitucional, contenidos *ex novo*) es posible, como decíamos, que la dinámica social, cultural y tecnológica ensanche la brecha entre la escueta previsión constitucional y la implementación emanada desde las nuevas declaraciones de derechos o, en nuestro caso, desde la jurisprudencia de los tribunales europeos (cuando incorporen en sus parámetros de enjuiciamiento dichas declaraciones)¹¹⁵. Entonces se comprobará que la idoneidad de una forma de decisión o de otra no se encontrará en función de la mayor o menor adecuación de la ley a una premisa (que claramente será ya sólo de derecho internacional o comunitario) sino que el factor clave vendrá determinado por razones de "conveniencia política" en el sentido de mitigar el impacto de un enjuiciamiento de la ley estatal por parte de un tribunal estatal mediante derecho exclusivamente supraestatal.

Así las cosas, es posible que el uso de la fórmula interpretativas en el seno de las jurisdicciones estatales se incremente como recurso para cuadrar el círculo de dos ideas difícilmente conciliables: asegurar la plena protección frente a las actuaciones legislativas contrarias a los derechos en la nueva configuración internacional (o más propiamente "europea") y mantener el "estatalismo" jurisdiccional¹¹⁶ renovando la ficción de que los nuevos contenidos del derecho (el estándar superior de protección) ya se encontraban cobijados en el derecho constitucional y era suficiente tan sólo con "interpretarlo" a la luz del derecho internacional.

La forma interpretativa de decisión puede vislumbrarse así como *técnica de gestión de diversas fuentes internacionales (aplicadas a un caso concreto) preservando la lógica de la protección estatal emanada de una jurisdicción estatal* que formalmente cuenta con el parámetro de la Constitución como único resorte autónomo a invocar por los recurrentes y a utilizar por el Tribunal en sus razonamientos. Naturalmente, este

¹¹⁴ Así, por ejemplo, la ya comentada STC 36/1991, de 14 de febrero (*vid. supra.*) y STC 341/1993, de 18 de noviembre.

¹¹⁵ En contra SAIZ ARNAIZ, que considera estos supuestos, altamente improbables, A.SAIZ ARNAIZ: *op.cit.*, p.84

¹¹⁶ Desde este punto de vista crítico *vid. P.PESCATORE*: "La Constitution, son contenu, son utilité. La constitution nationale et les exigences décuolant du droit international et du droit de l'intégration européenne: Essai sur la légitimité des structures supra-étatiques", en *Revue de Droit Suisse*, vol. 111,1992, p.53, "la existencia de una jurisdicción constitucional, lejos de favorecer la apertura del Estado, corre el riesgo de frenar su participación en la vida internacional".

esquema ofrecerá su pleno rendimiento en una etapa transitoria, mas o menos dilatada, cuyo final es imposible predecir.

Por lo pronto, desde la vertiente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, vale la pena recordar que éste Tribunal cuenta con un instrumento de corte netamente interpretativo [la cuestión prejudicial de interpretación, prevista en el artículo 234 TCE (antiguo artículo 177)] que le permite pronunciarse sobre la interpretación de derecho comunitario con el fin de asegurar la correcta aplicación del Derecho Comunitario en el conjunto de los Estados miembros y que, indirectamente, da cobertura a que el Tribunal de Justicia participe en el juicio interpretativo sobre una disposición nacional para lograr el acomodo del precepto examinado al contenido del Derecho comunitario¹¹⁷. Estaríamos delante de una típica expresión de técnica interpretativa, pero esta vez de la parte del Tribunal de Justicia, como fórmula de modulación de un control que, por razones de estructura política, no se expresa con rotundidad¹¹⁸. En palabras de P.NIHOUL, se trataría de un mecanismo en el que el Tribunal de Justicia “se esfuerza en velar de manera púdica la naturaleza del control realizado y la amplitud del control ejercido (...) sobre el derecho nacional¹¹⁹”.

Volviendo las jurisdicciones constitucionales nacionales y a la idea de la forma interpretativa como técnica de gestión dada una pluralidad de fuentes internacionales en materia de derechos, vale la pena apuntar otro argumento que contribuye a reforzar nuestras predicciones. La búsqueda de compatibilidad por vía interpretativa entre una

¹¹⁷ Sobre el control indirecto de derecho interno mediante el procedimiento incidental del artículo 234 TCE (antiguo artículo 177 TCE), *vid.* J.RINZE: "The Role of the European Court of Justice as a Federal Constitutional Court", en *Public Law*, 426 (1993), pp.436 y 439-442. Sobre la cuestión prejudicial de interpretación *vid.* A.SÁIZ ARNÁIZ: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Constitucional" en *RVAP*, n. 53 (II), 1999, pp. 249-252. Sobre la cuestión prejudicial en general, una buena introducción puede encontrarse en T.C.HARTLEY: *The Foundations of European Community Law*. Oxford Univeristy Press, Oxford, 1998, pp. 258-293.

¹¹⁸ Sobre la analogía entre las sentencias interpretativas de las jurisdicciones constitucionales y la decisión prejudicial de interpretación del TJCE *vid.* M.CIENFUEGOS MATEO: *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados Miembros*. J.M. Bosch, Barcelona, 1998.

¹¹⁹ P.NIHOUL: "¿Es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un Tribunal Constitucional?", en AA.VV. *Derecho Comunitario. La Cuestión Prejudicial*. Vitoria, 1994, p.306. Sobre la cuestión prejudicial de interpretación como técnica de adecuación de la jurisprudencia nacional al derecho comunitario en materia de derechos fundamentales *vid.* J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA: *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*. IVAP, Oñati, 2001, p.104.

ley y los contenidos referentes a derechos internacionalmente reconocidos, atenúa las tensiones que podrían despuntar entre el contenido constitucional del derecho y las previsiones supraestatales. La forma interpretativa es un camino para limar toda oposición entre diversas fuentes. ¿Qué hacer, por ejemplo, en un escenario en el que una ley contradice un texto internacional pero no una previsión constitucional¹²⁰? El caso tal vez revelaría la necesidad de reforma constitucional para adaptar el texto constitucional al tratado internacional, pero dado el agravado *iter* de la reforma de la reforma constitucional, resulta más cómodo presentar el contenido del derecho internacional como si ya se encontrase en la Constitución estatal y lo único que la disposición legal requiere es un mero ajuste interpretativo. La forma interpretativa, además, mitiga el efecto que produciría (en un sistema de protección de derechos basada en Constituciones y en jurisdicciones estatales como el que ahora pervive) anular una ley sólo por contradicción con un Tratado internacional y no por contradicción con la Constitución estatal. En el fondo, el uso de formas interpretativas como instrumento de conciliación entre las necesidades de protección y los límites de actuación de un control estatalmente organizado, nos remite de nuevo al tema, ya visto, del uso de la forma interpretativa de decisión como técnica de "*equilibrismo institucional*" consistente en proyectar un control condicionado y restringido por deferencia a variables de organización política a cuya transformación se renuncia explícitamente.

¹²⁰ M.KOTZUR ha desarrollado un elocuente ejemplo de interpretación de disposiciones constitucionales a la luz del derecho comunitario en el caso del concepto de personas jurídicas nacionales previsto en el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn. Como es sabido, en el sistema alemán se reconocen explícitamente por la Constitución derechos fundamentales a las personas jurídicas en la medida en que, por su esencia, los derechos sean aplicables a las mismas. Ahora bien, la protección de las personas jurídicas se reconoce, de acuerdo con el art. 19.3 GG, a las personas jurídicas "nacionales". La idea es que una interpretación del artículo 19.2 GG conforme al derecho comunitario, según KOTZUR, exigiría extender el radio de protección a las personas jurídicas pertenecientes a cualquier Estado de la Unión Europea (de acuerdo con los distintos criterios de pertenencia previstos en Derecho Comunitario) cuyos derechos fundamentales puedan ser infringidos por autoridades de la RFA (lo que permite, asimismo, el acceso de dichas personas jurídicas al sistema alemán de recursos de protección de derechos fundamentales). Lo contrario, argumenta el autor, infringiría la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad prevista en el artículo 12 TCE. Así las cosas, podría darse el caso en que una ley alemana privilegiase a las personas jurídicas nacionales en términos de protección de derechos con lo que la ley sólo sería inconstitucional interpretando el artículo 19.3 de la Ley Fundamental a la luz del Derecho Comunitario (KOTZUR alega, asimismo, una interpretación sistemática de la propia Ley Fundamental en relación con el fenómeno de la integración Europea como argumento para extender la protección en materia de derechos fundamentales a personas jurídicas de otros estados de la Unión). *Vid.* M.KOTZUR: "Der

Tal vez el uso de la siguiente expresión sería excesiva para describir la situación que sugerimos, aunque su fuerza ilustrativa nos hace caer en la tentación de emplearla: la forma interpretativa podría actuar en esta coyuntura como técnica de "hipocresía" jurisdiccional, en la que materialmente se ejerce un control no fundado plenamente en disposiciones constitucionales, control que no se hace explícito *por respeto a una ausencia de iniciativa política que reconozca, con toda solemnidad, un ámbito superior de integración internacional o, en concreto, comunitaria*. El nivel de las necesidades de control jurisdiccional supera, sin admitirlo, a una estructura política rezagada y es en ese "no admitir" que se está actuando como en el fondo se actúa (esto es condicionando el derecho interno al derecho internacional/comunitario como fuente autónoma) que la forma interpretativa muestra toda su rentabilidad. Algo análogo se podría predicar, en la fase actual, del Tribunal de Justicia: antes de admitir el control directo sobre una disposición legislativa estatal al nivel de anularla por contravenir Derecho Comunitario se llega a la situación "transaccional" de enunciar una interpretación que haga compatible la disposición estatal con la disposición comunitaria mediante la ya citada cuestión prejudicial de interpretación.

En el caso español de protección de derechos con incidencia de fuentes internacionales o comunitarias, y al hilo de estas reflexiones, nos hallamos en la obligación de plantear la siguiente —y curiosa— hipótesis: la "vía interpretativa" del artículo 10.2 CE por la que los derechos constitucionales se concilian con los derechos internacionales puede inducir a un menor activismo judicial en la medida en que los jueces pierden la conciencia del conflicto entre el tratado y el derecho interno. En un sistema como el francés, como hemos visto, el principio de primacía de los tratados internacionales sobre las leyes desembocaba en el control de convencionalidad de las leyes practicado por los jueces de forma difusa (con la inaplicación de la ley contraria al convenio si cabe). En cambio, el juez español siempre tiene la puerta abierta a encontrar adecuación interpretativa (mediante el 10.2 CE) que le inhiba de inaplicar la ley por contradicción con un derecho internacional¹²¹.

Begriff der inländischen juristischen Personen nach Art.19 Abs.3 GG im Kontext EU" en *Die Öffentliche Verwaltung*, n.5, marzo 2001, pp. 192-199.

¹²¹ Así, J.I.UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA: *El derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, op. cit., p.103.

Hasta este momento hemos hablado de la forma interpretativa de decisión como fórmula de integración entre parámetros constitucionales y parámetros internacionales *pero siempre en materia de Derechos Fundamentales*. Hasta que un Tribunal Constitucional no reconozca que, de algún modo, una fuente de derecho internacional incide en su razonamiento y en su decisión (lo que abiertamente pueden expresar los tribunales ordinarios) existen indicios suficientes para pensar que estas altas jurisdicciones acudirán a la forma interpretativa para insuflar de condicionantes el texto legal enjuiciado sin *referirse explícitamente* a la fuente que orienta estos condicionantes. De lo contrario, ¿cómo resolver el presumible conflicto entre unos jueces ordinarios que asumen la primacía de una fuente de derecho internacional (por abajo), de un Tribunal a la cabeza de una organización supraestatal que aplica este mismo derecho (por arriba) y de un Tribunal constitucional (en el medio, emparedado entre las dos estructuras jurisdiccionales) que se niega taxativamente a integrar tal fuente de derecho internacional en el bloque normativo que le permite resolver las controversias planteadas¹²²? Este es el panorama al que, en general, nos arroja el Derecho Comunitario y es que si no se integran algunas ficetas del derecho comunitario al razonamiento de un Tribunal Constitucional, aunque sea mediante interpretación conforme a derecho comunitario, nos encontraremos con el espectáculo de presenciar, algún día, una directa oposición entre lo decidido por la jurisdicción constitucional y lo decidido por un juez ordinario que invocará llanamente al Derecho Comunitario para inaplicar una disposición de derecho interno apoyándose en el principio de primacía que al Derecho Comunitario le es inherente.

En síntesis, puede suceder que, en relación con el derecho comunitario, un Tribunal Constitucional persista en su actitud de negar formalmente la influencia de las normas comunitarias, pero lo que parece difícilmente sostenible a estas alturas de la integración europea es que el Tribunal Constitucional, calibrando la adecuación de una ley a las disposiciones constitucionales, no distinga, interpretativamente, entre aquellos sentidos de la disposición interna que se amoldan mejor a las normas comunitarias de aquellos

¹²² Sobre la reticencia del Tribunal Constitucional a utilizar el Derecho Comunitario como parámetro de control del derecho interno *vid.*, por ejemplo, la STC 147/1996, de 19 de septiembre en cuyo fundamento jurídico 3 se reitera que "no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la eventual incompatibilidad entre una norma de Derecho interno y el sistema normativo de la Unión Europea.", criterio que el Tribunal ya había sostenido

sentidos en los que pueden incurrir alguna incompatibilidad entre derecho interno y derecho comunitario.

Si parece tan arduo enfrentarse a la "pérdida de estatalidad" que supone reconocer la primacía y, por tanto, la incidencia del derecho comunitario *también* en el juicio de constitucionalidad de la ley, al menos tolerar que el derecho comunitario tenga una cierta irradiación, aunque sea sutil, en los fundamentos jurídicos desarrollados por el Tribunal.

De seguir esta senda, y para racionalizar todo el esquema, podría llegarse a esbozar la teoría de un juicio de constitucionalidad que, sin apreciar explícitamente la incompatibilidad entre una disposición de derecho interno y el derecho comunitario, sí arroja criterios para encauzar una interpretación de la Constitución y de la ley "comunitariamente" adecuada.

3. La decisión interpretativa como fórmula "retórica" o como método de pedagogía constitucional.

Del análisis de la jurisprudencia constitucional se advierte cómo el efecto concretizador de la interpretación legal a la luz de los mandatos constitucionales se produce a niveles diferentes.

Habitualmente, las decisiones de corte interpretativo suelen concebirse como técnicas de precisión de significado que buscan, mediante la vinculación al resto de operadores jurídicos y, en particular, a los Jueces y Magistrados, un efecto aplicativo muy específico. La fijación de condiciones tasadas en el fallo a las que subordinar la comprensión de los preceptos controvertidos o la remisión a fundamentos jurídicos que expresan detalladamente el marco en el que el precepto legal debe considerarse son algunas de las variantes con las que lograr el objetivo señalado.

Sin embargo, a menudo los pronunciamientos de constitucionalidad se elevan hacia términos lo suficientemente generales como para pensar que las decisiones

anteriormente en las SSTC 49/1988; 252/1988; 28/1991; 76/1991; 79/1992 y 80/1993, entre otras.

interpretativas, si bien avanzan en la concretización de los preceptos en liza (tanto legales como constitucionales) no dibujan las condiciones tasadas con las que vincular a los operadores en el momento en que apliquen la ley sino que se contentan con ofrecer "orientaciones" a la espera de desarrollo interpretativos futuros.

En estas circunstancias el Tribunal Constitucional utiliza las formas interpretativas de decisión más preocupado por perfilar el *horizonte general de su doctrina* que por hacer frente a la resolución de las tensiones existentes entre la disposición constitucional y la ley que en el recurso o en la cuestión de inconstitucionalidad en concreto se discute. El esfuerzo de interpretación de la ley a tenor de la Constitución sirve como *excusa* para interpretar otras categorías del discurso constitucional que no habían sido abordadas o que necesitaban de nuevas consideraciones. En esta tesitura, que aquí llamamos uso "retórico" o "pedagógico" de las formas interpretativas de decisión, la interpretación de los conceptos en abstracto tiende a *desgajarse* del conflicto entre la ley y la Constitución y del intento de acomodo de la primera a la segunda mediante interpretación conforme.

Si el contraste entre la ley y la Constitución traslada la controversia, especialmente en el recurso de inconstitucionalidad, a un nivel muy general en el que las concretas condiciones de aplicación a menudo son pasadas por alto, el uso "retórico" o "pedagógico" de las decisiones interpretativas [que normalmente se expresan en la remisión a extensos fundamentos jurídicos en las que la interpretación conforme de la ley cede en favor de la vivisección de categorías constitucionales generales] se mueve en un plano de exégesis dogmática de tal abstracción que el debate, más que con el Parlamento, se entabla con la comunidad científica que recibirá y glosará los conceptos desgranados por la jurisdicción constitucional.

Ni que decir tiene que el fenómeno del uso "retórico" en las formas interpretativas de decisión prevalece, sobretodo, en las primeras andaduras de la historia de la jurisprudencia constitucional española, momento en el que muchas de las categorías constitucionales se encontraban todavía por definir (de lo que se sigue que en esta fase el Tribunal Constitucional se encuentra más cerca de lo que en esencia es la "interpretación de la Constitución" que de la "interpretación constitucional de la ley"). Del estudio de esta primera jurisprudencia se adivina, asimismo, una preferencia por

recurrir a estas formas "retóricas" de interpretación conforme en el seno de las discusiones entorno al Estado de las Autonomías que no se percibe, o incluso se rechaza, en los recursos que involucran a derechos. Tal vez de ello pueda derivarse, como insinuábamos anteriormente, un gran intervencionismo del Tribunal *respecto al legislador* en la delimitación de conceptos referentes al Estado Autonómico que no se reproduce a la hora de precisar el contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, tarea ésta, mucho más desarrollada en la protección de derechos en amparo que en el control de constitucionalidad de la ley.

Como ejemplo del uso "retórico" de una sentencia interpretativa en el ámbito autonómico encontramos las STC 5/1982, de 8 de febrero (*Medidas urgentes de la función pública*) en la que se desestimaba el recurso interpuesto contra el Gobierno contra la Ley 4/1981, de 4 de julio de la Generalitat de Cataluña, de medidas urgentes de la función pública, en cuanto sus preceptos (aludiendo no sólo a algunas disposiciones concretas sino al conjunto de la ley autonómica) fueran interpretados "dentro de los límites y del sentido que se les atribuye en los fundamentos de la sentencia". Si atendemos al contenido de dichos fundamentos, advertimos que el Tribunal Constitucional aprovechó el desarrollo legislativo que la Generalitat había realizado de determinados aspectos en materia de función pública para definir algunas de las categorías que luego resultarían constantes en el proceso de construcción del Estado Autonómico.

El Tribunal Constitucional esclareció la ambigüedad del concepto de competencia "exclusiva" que recogía la Constitución y los Estatutos de Autonomía, aceptó que las CCAA dictasen legislación de desarrollo basándose, en ausencia de legislación básica del Estado, en los principios que derivasen directamente de la Constitución y de determinadas interpretaciones de la legislación estatal preexistente, y, para el caso específico de la función pública, la sentencia estableció los límites de la legislación autonómica en función de los principios básicamente estatales definidos. Observamos pues, como en este caso, la interpretación a la que el Tribunal Constitucional condicionó la validez de la ley era tan general que en realidad la sentencia no perseguía la depuración de significados de la ley impugnada sino el análisis de determinados conceptos constitucionales (o, mejor dicho, del bloque de la constitucionalidad) que le servirían en pronunciamientos posteriores.

Fijémonos, en cambio, lo que, en materia de Derechos Fundamentales, ocurrió con la STC 5/1981, de 13 de febrero (*Ley de Centros Escolares*). Los promotores del recurso de inconstitucionalidad plantearon la cuestión de hasta qué punto el derecho que se reconocía a los propietarios de los centros de enseñanza privados de establecer un ideario según los artículos 15, 18 y 34 de Ley Orgánica 5/1980 era compatible con la libertad ideológica y religiosa de los profesores que impartían clases en dichos centros, con la libertad de enseñanza de estos mismos docentes (artículo 27.1 CE), y con la libertad de cátedra reconocida en el artículo 20.1 a) CE. De hecho, con el fin de instar al Tribunal a que practicara una ponderación de los derechos en conflicto (conflicto, principalmente, entre los derechos citados y el derecho de creación de centros docentes, artículo 27.6 CE, así como la libertad ideológica y religiosa de los propietarios del centro y la libertad de empresa) los recurrentes aludieron de modo expreso a que el Tribunal Constitucional pronunciara una sentencia de tipo "interpretativo", entendida como aquella sentencia en la que se estableciera la interpretación conforme a la cual los preceptos de la Ley de Centros Escolares podían ajustarse a los preceptos constitucionales sin producir una limitación desproporcionada de algunos de los derechos enfrentados.

El Tribunal Constitucional, ante esta demanda, además de inaugurar su conocida doctrina según la cual la emanación de una sentencia interpretativa no podía ser objeto de la pretensión de los recurrentes¹²³, *rehusó pronunciarse con carácter general sobre la ponderación de los derechos en conflicto* (limitándose tan sólo, a lo largo de los razonamientos, a añadir algunas consideraciones implementadoras del contenido del derecho a la libertad de cátedra).

La mayoría del Tribunal juzgó inconveniente establecer una doctrina apriorística sobre el tema y remitió la concreción de los límites a los derechos implicados (e, indirectamente, de la interpretación constitucional de los preceptos legales recurridos) a los pronunciamientos surgidos a tenor de las futuras controversias que enzarzaran a los profesores con los titulares de los centros dotados de un determinado ideario. Así:

¹²³ STC 5/1981, de 13 de febrero. (Fundamento Jurídico 6). Sobre la crítica a esta posición [repetida en pronunciamientos como la STC 157/1990 (Fundamento Jurídico 3)] Vid.J.M SANTOS VIJANDE: "«Doctrina» y jurisprudencia...", *op. cit.*, p.130 y ss.

"Es evidente que la diferencia de criterio entre el titular del centro y el profesor que en él presta sus servicios puede dar origen a conflictos cuya solución habrá de buscarse a través de la jurisdicción competente y, en último término y en cuanto haya lesión de derechos fundamentales o libertades públicas de este mismo Tribunal por la vía de amparo..." (STC 5/1981, de 13 de febrero, fundamento jurídico 10)

Se optó, pues, por una estrategia *de corte abstencionista* que evitó la precipitación a la hora de delimitar el contenido de los derechos. Podría decirse, en función de lo que hemos expuesto en capítulos anteriores, que el pronunciamiento plasmado en la STC 5/1981 presenta, de nuevo, un cierto regusto a *avoidance* norteamericana al diferir la decisión de constitucionalidad al momento en que existiese una disputa *real* auspiciada por recurrentes que hubiesen visto sus derechos lesionados. Con todo, el Tribunal Constitucional desestimó con demasiada premura la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación constitucional de la ley en relación con el conflicto de derechos, sobretodo si tenemos en cuenta que no es el nuestro un sistema de jurisdicción constitucional difusa que necesariamente arranca con un caso de aplicación de la ley y que los procedimientos citados por la mayoría del Tribunal Constitucional para concretar los aspectos problemáticos (los procedimientos llevados a cabo en la jurisdicción competente o la vía de amparo ante el mismo Tribunal Constitucional) no son lo idóneos para determinar la interpretación de la ley constitucionalmente conforme con efectos unificadores (como sí lo era el recurso de inconstitucionalidad que se resolvía con la propia STC 5/1981)¹²⁴.

¹²⁴ Esta estrategia abstencionista de la mayoría del Tribunal fue contestada por un voto particular de F.TOMÁS Y VALIENTE (al que se adhirieron A.LATORRE SEGURA, M.DÍEZ DE VELASCO y P.FERNÁNDEZ VIAGAS) en el que se reclamaba la utilidad de una sentencia interpretativa que estableciese de forma tajante los límites a los que debía sujetarse la libertad de ideario educativo (reconocida por la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares) de acuerdo con los imperativos constitucionales de respeto al "pleno desarrollo de la personalidad humana" del alumno, a los principios democráticos de convivencia y tolerancia y a los derechos y libertades fundamentales. El voto particular juzgó incorrecta la decisión del pleno de remitir a futuros conflictos a precisión de los límites de los derechos a la libertad de ideario de la LOECE. Según el magistrado TOMÁS Y VALIENTE esta solución no era atendible ni podía ser considerada como base para excluir una sentencia interpretativa.

4. Formas interpretativas de decisión en función del procedimiento constitucional en el que se manifiestan.

Un estudio sobre las formas interpretativas de decisión en el sistema español no puede concluir sin atender al modo en que la subordinación de la ley por vía hermenéutica se produce en función de los procedimientos de constitucionalidad, o de la fase de los mismos, en la que se aborda.

El paradigma que ofrece menos complicaciones se encuentra plasmado en el recurso de inconstitucionalidad de leyes posconstitucionales. En esta fase el intento de acomodo interpretativo se produce presumiblemente en una sola ocasión, aunque con mucha intensidad, en parte porque la ley se encuentra revestida de las máximas garantías contra el juicio de invalidez y, en parte, porque no se cuenta con suficiente información sobre las consecuencias en la aplicación de la ley (lo cual constituye otra buena razón para contener el juicio de constitucionalidad en sentido anulatorio). Ya hemos verificado cómo, en esta sede —sin contar con los juicios de constitucionalidad de leyes estatales y autonómicas por motivos competenciales—, la invalidación de la ley posconstitucional se encuentra en una proporción casi paritaria con las soluciones interpretativas.

Si en los “conflictos legislativos de competencia”, pese a que la opción interpretativa es asimismo muy frecuente, encontramos una proporción mayor de fallos anulatorios, tal vez ello sea imputable a que el juicio de competencia (a diferencia del juicio de constitucionalidad basado en Derechos Fundamentales) puede plantearse definidamente *ya en términos abstractos* y sin necesidad de experiencia aplicativa (contexto en el que, justamente, se desarrolla el recurso de inconstitucionalidad). Por otro lado, la formulación de interpretaciones constitucionalmente conformes en recursos de inconstitucionalidad tiene el riesgo de precipitar soluciones hermenéuticas fatuas en contraste con la experiencia aplicativa o que bloqueen anticipadamente otras interpretaciones que los jueces y Tribunales puedan apreciar en el futuro.

En el resto de procedimientos y situaciones, el mandato de interpretación constitucionalmente conforme encuentra diversas rendijas de expresión.

El primer nivel lo debemos situar en el plano de la jurisdicción ordinaria. A ella, como puede inferirse de los artículos 5.1 y 5.3 de la LOPJ, le corresponde el primer (y habitual) intento de acomodo de preceptos legales a las disposiciones y principios constitucionales.

Como se sabe, una comprensión estricta del mandato de interpretación constitucionalmente conforme de la norma a aplicar (5.3 LOPJ) redundaría en la práctica imposibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Cuanto más se insista en la exigencia de acomodo interpretativo previo menos margen encuentra la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, hasta el punto de que si el juez *a quo* sólo eleva el auto de planteamiento de la cuestión cuando tiene la absoluta certeza de que la ley es inválida y de que no cabe interpretación alternativa, con la presentación de dicho auto la presunción de constitucionalidad de la ley podría considerarse como prácticamente rebatida y el papel del Tribunal Constitucional se limitaría a aplicar la sanción de nulidad en una especie de formalización extrema del monopolio de rechazo de disposiciones con rango de ley.

La posibilidad de que el Tribunal Constitucional acuda él mismo a formas interpretativas de decisión se debe, justamente, a que la obligación de ajuste interpretativo que pesa sobre los jueces y tribunales no es extrema, porque en ese caso serían ellos quienes hubiesen cargado con el deber de hallar la interpretación constitucionalmente conforme de la ley y no el TC que es quien la acaba estableciendo en la mayoría de ocasiones.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional se ha situado en un grado de exigencia muy moderada (o más bien debería decirse, inexistente) respecto al requisito del 5.3 LOPJ: salvando aquellos casos en los que el razonamiento utilizado para proponer la cuestión de inconstitucionalidad resulte absolutamente inadecuado, no es motivo suficiente de inadmisión el que la norma cuestionada no haya sido objeto de mejor interpretación¹²⁵,

¹²⁵ Vid. J.M.LÓPEZ ULLA: *La cuestión de inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, p. 273 y jurisprudencia allí citada, en especial SSTC 105/1988, de 6 de junio (Fundamento Jurídico 1); 157/1990, de 18 de octubre (Fundamento Jurídico 1) y 130/1999, de 1 de julio (Fundamento Jurídico 2). Del análisis jurisprudencial J.JIMÉNEZ CAMPO extrae la tajante conclusión según la cual la demanda de previo intento de interpretación conforme del precepto cuestionado *nunca* ha sido elevada a la condición de presupuesto de viabilidad de la cuestión ante el Tribunal

lo que realza que el horizonte inmediato de la interpretación constitucionalmente conforme que realizan los Jueces y Tribunales no sea la invalidez sino el mero planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Esto, aunque obvio, es importante, porque puede tener consecuencias respecto al funcionamiento interno de la técnica interpretativa en cada órgano: la consecuencia del fracaso de la interpretación conforme en el TC es la inconstitucionalidad de la ley, la consecuencia del fracaso de la interpretación conforme en los Jueces y Tribunales es el auto elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, luego la despreocupación de la jurisdicción ordinaria a la hora de optimizar el acomodo constitucional de la ley puede ser mayor, porque saben que todavía queda otro órgano (el Tribunal Constitucional) que puede emitir un juicio de conformidad como paso previo a la invalidación y que, además, con dicho juicio, la forma de comprender el precepto queda unificada.

Si la posible incompatibilidad entre un precepto legal y la Constitución se percibe en un recurso de amparo a raíz de una discusión sobre un Derecho Fundamental (cuya lesión es imputada no sólo al acto aplicativo de la ley sino a la ley misma), el Tribunal Constitucional puede proponer una solución de ajuste interpretativo a los efectos de no elevar la cuestión de inconstitucionalidad al Pleno. En esta fase, el mandato de interpretación conforme debería funcionar respecto a la Sala del Tribunal Constitucional de forma análoga a cómo se proyecta respecto al Juez o Tribunal al plantearse la posibilidad de proponer o no cuestión.

Si el hecho de constatar que la norma no puede ser objeto de interpretación constitucional posible arrastraba, para el órgano judicial ordinario, el deber de plantear cuestión de inconstitucionalidad, para la Sala del Tribunal implica la necesidad de plantear autocuestión según el mecanismo del artículo 55.2 LOTC.

Constitucional. Para este autor, en un interesante argumento, establecer el requisito del previo intento de acomodar el precepto legal a los mandatos constitucionales vulneraría el 163 de la Constitución al establecer una condición añadida no prevista para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. *Vid.* J.JIMÉNEZ CAMPO: “Sobre la cuestión de inconstitucionalidad” en J.JIMÉNEZ CAMPO y F.RUBIO LLORENTE: *Estudios sobre la jurisdicción constitucional, op. cit.*, p.96. Para una posición en defensa de la exigencia, en trámite de admisión, de un previo esfuerzo de acomodación interpretativa al órgano que promueve la cuestión de inconstitucionalidad, *vid.* M.CARRILLO: “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional” en *Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1998*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp.282-283.

De todos modos, la presencia en el juicio formal de constitucionalidad de la ley de una parte de jueces que habían estimado la necesidad de proponer autocuestión en la Sala no es, en nuestra opinión, un dato neutro: la balanza se encuentra mucho más inclinada hacia la inconstitucionalidad del precepto cuestionado si la mitad de los juzgadores ya han estimado la imposibilidad de una interpretación constitucionalmente conforme del mismo que si esta imposibilidad ha sido remarcada por un órgano externo de quien después decidirá sobre la constitucionalidad de la ley (como sucede en la cuestión de inconstitucionalidad ordinaria).

Otra cosa es, como sucede, que la Sala del Tribunal proponga autocuestión no porque dude de la constitucionalidad del precepto, ni porque se haya visto incapaz de encontrar una interpretación constitucionalmente conforme que permita evitar la declaración de inconstitucionalidad, sino porque, una vez decidido que el precepto *es* constitucional según una determinada interpretación, se acude al Pleno para explicitar las condiciones interpretativas bajo las cuales la disposición debe ser constitucionalmente entendida con el fin de asegurar la uniformidad en su aplicación por parte del resto de órganos judiciales.

La autocuestión de inconstitucionalidad funciona, de esta manera, no tanto como procedimiento en el que se resuelven las dudas de constitucionalidad acerca de un determinado precepto sino, por decirlo así, como altavoz para imponer una interpretación constitucionalmente conforme y que los operadores jurídicos (y en particular los Jueces y Tribunales) tengan noticia de ello.

El criterio, a pesar de lo dicho, no se encuentra rígidamente determinado, y de ahí la ambigüedad que el Tribunal Constitucional refleja en el uso de las posibilidades ofrecidas por los procedimientos de constitucionalidad que directa o indirectamente se encaminan hacia el control de constitucionalidad de la ley. La incertidumbre abre un amplio abanico de situaciones, todas ellas asumidas por nuestra jurisprudencia en alguna ocasión:

- a) La formulación de una interpretación constitucionalmente conforme en una sentencia que resuelve un recurso de amparo sin elevar autocuestión¹²⁶.
- b) La Sala propone la autocuestión de inconstitucionalidad pero el juicio sobre la ley no culmina en una declaración de invalidez sino en una interpretación constitucionalmente conforme que, por otro lado, ya podría haber enunciado la Sala aunque sin las correspondientes ventajas desde la vertiente de la seguridad jurídica.
- c) *Es el propio Pleno quien resuelve el recurso de amparo*, con la clara intención de unificar una interpretación constitucionalmente conforme, sin que se proponga formalmente la autocuestión de inconstitucionalidad sobre la ley que da cobertura a determinados actos de aplicación¹²⁷. Acudir al pleno sin que la Sala eleve formalmente cuestión de inconstitucionalidad es una alternativa factible en aquellos casos en los que impera la necesidad de someter materialmente una disposición legal a un juicio de constitucionalidad (siempre que dicho juicio culmine en una interpretación constitucionalmente conforme) y no se aprecie en el recurso de amparo lesión de derechos fundamentales, pues, como sabemos, el 55.2 LOTC asocia el planteamiento de la cuestión al Pleno a que se haya estimado el recurso de amparo. De este modo, el Pleno puede entrar a juzgar la ley y a precisar una interpretación conforme de la misma (con la resonancia que conlleva una sentencia de estas características) aun cuando se decida no otorgar el amparo y, por tanto, permanezca cerrada la puerta de la autocuestión.

Bien es verdad que el esquema se trastabilla cuando la norma objeto de control es una ley preconstitucional, porque el mandato de interpretación constitucionalmente conforme de la ley se pondera de forma inmediata con la posibilidad de considerar el precepto derogado y, esto, que puede realizar cualquier Juez y Tribunal, también le corresponde la Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (incluido el amparo)¹²⁸. No es casualidad, que el crisol de alternativas que hemos presentado se entrecruzan en procedimientos referentes a disposiciones preconstitucionales en los que se encuentra al

¹²⁶ Por ejemplo, STC 93/1984, de 16 de octubre (*Procedimiento especial en materia de personal de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*).

¹²⁷ STC 111/1993, de 25 de marzo (*Intrusismo profesional de Agente de la Propiedad Inmobiliaria*).

¹²⁸ Así, la STC 22/1985, de 15 de febrero (*Declaración de incompetencia mediante sentencia*): “Tratándose de una norma preconstitucional estamos facultados, como el resto de órganos judiciales, para considerar derogado dicho precepto, lo que hace innecesario acudir al procedimiento previsto en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica” (Fundamento Jurídico 6).

alcance de una Sala efectuar *cualquier operación* sobre el precepto enjuiciado, hasta el punto de apreciar la derogación del mismo. Las razones para no acudir al procedimiento previsto en el artículo 55.2 LOTC pueden referirse o bien a dicha naturaleza preconstitucional de la norma aplicada¹²⁹ o bien a que la disposición (aún tratándose de preceptos posconstitucionales) ya ha sido sustituida por otra ley¹³⁰ lo que, según la Sala, hace innecesaria el planteamiento de la autocuestión (aunque uno podría preguntarse sobre cómo enfrentarse a las situaciones enjuiciadas aún bajo vigencia de la ley derogada).

No es extraño, como ya destacábamos, que si la interpretación constitucionalmente conforme puede enunciarse en cualquier tipo de procedimiento ante el Tribunal Constitucional y bajo todo este espectro de posibilidades que hemos perfilado si inserten mecanismos que confirmen el *igual valor* de los juicios de conformidad de la ley con independencia del contexto en que fueron enunciados, y de ahí la relevancia del tantas veces citado artículo 5.1 de la LOPJ cuando recuerda que Jueces y Tribunales interpretarán las leyes 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 procesos¹³¹.

La amplitud en la manifestación formal de la interpretación constitucionalmente conforme emanada del Tribunal Constitucional justifica, asimismo, la apertura en las posibilidades de reacción frente a decisiones judiciales contrarias a la exégesis establecida desde la propia jurisdicción constitucional. Quedaría abierto el cauce del recurso de amparo, frente aquellas decisiones judiciales que aplicaran la ley según una interpretación contraria a la estipulada por el Tribunal Constitucional que lesionase alguno de los Derechos Fundamentales del recurrente (lo que sucedería con particular vehemencia cuando el Juez o Tribunal aplicase la ley bajo las condiciones que el Tribunal Constitucional expresamente ha declarado inconstitucionales, más dudas

¹²⁹ Por ejemplo, la misma STC 22/1985, de 15 de febrero.

¹³⁰ Así STC 207/1990, de 17 de diciembre (*Artículos 41 y 57 del Estatuto de los Trabajadores*).

¹³¹ Sobre la idea de la imposición a los jueces y tribunales ordinarios de la interpretación que resulta del Tribunal Constitucional en todas sus resoluciones *vid.* F.J DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas...*, *op. cit.*, p. 109 y L.LÓPEZ GUERRA: “Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho” en E.ESPÍN y F.J. DÍAZ REVORIO: *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 373 y ss. Sobre el artículo 5.1

habría en el caso de que el juez resolviese según una interpretación de la ley no prevista en el juicio de constitucionalidad previo, ya que la actuación judicial quedaría encuadrada dentro de la reserva de interpretación de la legalidad ordinaria). En este aspecto, el debate viene organizado no tanto sobre la posibilidad de impugnar una decisión judicial cuando la interpretación de la ley practicada por el juez infringe alguno de los derechos ubicados en los artículos 14 a 30 CE sino, sobretudo, si puede hallarse en el artículo 24.1 CE una vía de reacción contra las interpretaciones judiciales contrarias a las formuladas por la jurisdicción constitucional respecto al resto de preceptos constitucionales.

Sobre esto segundo la posición mayoritaria es de rechazo¹³² —en la línea general de temor a engrosar el ya de por sí vasto ámbito del artículo 24.1 CE—. No obstante, no podemos desconocer que estaríamos hablando de un margen de aplicación del artículo 24.1 CE más limitado de lo que a primera vista parece, como sería el de entender infringido el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho a efectos de amparo *sólo* respecto a aquellas decisiones judiciales que contravienen la interpretación establecida por la jurisdicción constitucional en su intento de compatibilizar las disposiciones de la ley aplicable a mandatos constitucionales ajenos a los artículos que van del 14 al 30 CE¹³³. Ello daría cobertura a casos que pueden entrar en un núcleo de justificación razonable como el de la impugnación en amparo por vulneración del artículo 24.1 CE apoyada en el desconocimiento judicial de la interpretación de una ley cuya interpretación constitucionalmente conforme ha sido acotada por el TC a la luz de los derechos de la sección 2, del Capítulo II del Título Primero de la Constitución o de los principios contenidos en el artículo 9.3 CE.

LOPJ *vid.* J.A. XIOL RÍOS: “El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, n.3,1986, pp. 35-36.

¹³² Así J.JIMÉNEZ CAMPO cuya opinión queda recogida en el debate posterior a su ponencia “¿Qué hacer con la ley inconstitucional?” en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, *op. cit.*, p.106. *Vid.*, asimismo, J.M.SANTOS VIJANDE: “«Doctrina» y jurisprudencia...”, *op. cit.*, pp.160-161.

¹³³ Como reconoce PUNSET BLANCO que, creemos, se decanta por una línea coincidente con nuestra posición, “no se trata, en efecto, de ampliar los derechos protegibles en amparo por la vía indirecta del artículo 24.1 CE, sino de dotar de plena eficacia al derecho a la tutela judicial efectiva *en los casos en que la resolución judicial infrinja preceptos constitucionales*” (el subrayado es nuestro). *Vid.* R.PUNSET BLANCO: “Doctrina Constitucional y órganos judiciales”, *REDC*, n.46, 1996, p.292.

Más allá de la estructura procesal esbozada en abstracto, parece difícil limitar esta vía de acceso a la jurisdicción constitucional cuando un órgano judicial ha negado frontalmente su supremacía interpretativa no sólo respecto a preceptos legales sino respecto a la aplicación de una ley en función de una exégesis constitucional (si bien siempre pueda pensarse que siendo la confrontación interpretativa tan intensa con afectación a intereses particulares, parece difícil no encontrar implicado un derecho fundamental que vertebré la impugnación a efectos de amparo).

Una actitud favorable a la admisión en este escenario tan específico podría, por otra parte, compensar la dispersión y la fragmentariedad en la que formalmente, y como hemos visto, se produce la interpretación constitucional de la ley en el seno de la jurisdicción constitucional.

CONCLUSIONES

I.- El estudio de las formas interpretativas de decisión en el control de constitucionalidad de la ley que aquí presentamos parte, en primer lugar, de una perspectiva centrada en el estudio *de las relaciones institucionales* en cuyo marco la decisión de constitucionalidad emerge y, en segundo lugar, *de las razones materiales* (contexto de cultura jurídica, contexto político, contexto económico, contexto social y contexto procesal) que conducen al juicio interpretativo como alternativa a la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad de la ley.

II.- La decisión interpretativa es el resultado de una ponderación coste-beneficio en función del valor que se asigne a cada una de las variables institucionales y contextuales, de modo que la alteración del contenido normativo y la manipulación del texto de la ley enjuiciada es sólo uno (y no el más relevante) de los elementos a tener en cuenta dentro del conjunto más amplio de factores que cristalizan en el juicio interpretativo.

III.- El enfoque tipológico en el tratamiento del tema de las decisiones interpretativas presenta insuficiencias debido a la ausencia de criterios sobre los que apoyar la clasificación. Al fundarse las clasificaciones sobre la base de la transformación, mediante decisión interpretativa, del contenido de la ley no se advierte que la transformación del contenido de la ley no es ocasional en el juicio interpretativo, sino inherente al mismo. Fijar el criterio distintivo en la frontera entre “interpretación” y “manipulación” desconoce que la alteración de contenidos normativos se produce siempre.

IV.- De los paradigmas teóricos manejados en materia interpretativa el modelo analítico, pese a su capacidad de ordenación de definiciones previamente estipuladas, no consigue explicar el proceso que desemboca en la decisión interpretativa de

constitucionalidad de la ley, puesto que omite del fenómeno cualquier elemento que no sea inferible lógicamente de unos axiomas normativos derivados de la ley enjuiciada y de la Constitución. El modelo hermenéutico, por el contrario, al plantear el juicio interpretativo como aplicación puntual de la Constitución dentro de un horizonte general de comprensión da entrada a los factores institucionales y contextuales que permiten describir con más precisión los mecanismos de control de constitucionalidad que desembocan en una decisión interpretativa. La capacidad de predicción que pueda asociarse a un modelo como el hermenéutico debe, no obstante, tener en cuenta la cuestión de la inestabilidad de significados anunciada desde las posiciones deconstructivistas. Esta inestabilidad de significados afecta tanto al proceso interpretativo en sí como a la indeterminación de los límites en los que este proceso se encauza (por ejemplo, a la indeterminación del “tenor literal” como límite a la técnica de la interpretación constitucionalmente conforme de la ley). La ausencia de consolidación de significados viene, asimismo, provocada por el fenómeno del hipertexto del que las propias decisiones interpretativas son una muestra.

V.- La evaluación en la incidencia de factores institucionales y contextuales en la decisión de constitucionalidad viene apoyada por el estudio de derecho comparado. La invocación a los diferentes modelos se ordena mediante dos ejes: 1) la capacidad de concretización del juicio de constitucionalidad de la ley que conllevan, en cada sistema, las respectivas decisiones interpretativas emanadas de las distintas jurisdicciones constitucionales y 2) el papel de las formas interpretativas de decisión en tanto que vínculo dialógico entre los distintos intérpretes de la Constitución.

VI.- De entre los sistemas de Derecho Comparado examinados podemos agrupar dos grandes tendencias en el tratamiento de las formas interpretativas de decisión. En la tradición de los sistemas de *common law* (Estados Unidos, Canadá y Reino Unido a partir de la aprobación de la *Human Rights Act*) encontramos una menor preocupación en cuanto a la transformación e introducción de contenidos normativos en la ley mediante el juicio de conformidad constitucional. Lo relevante en estos sistemas no es tanto que el juez de constitucionalidad modifique la ley bajo el pretexto de acomodo a los preceptos constitucionales (o a la *Human Rights Act*, en Reino Unido), sino que a través del juicio sobre la ley los jueces asignen significados a la propia Constitución (preocupación preeminente en Estados Unidos y mitigada en Canadá por efecto de la

cláusula “no obstante”). El acento se sitúa sobre todo en la interpretación de la Constitución y no en la modificación de la ley (llegando al extremo, en el Reino Unido, en el que las disposiciones de la *Human Rights Act* sobre interpretación conforme auguran un uso holgado de este instrumento por parte de los jueces como vía para impedir la declaración de incompatibilidad que fuerce a la intervención de Ministro y Parlamento). Por el contrario, en sistemas continentales de control de constitucionalidad de leyes *a posteriori* (España, Alemania e Italia) el discurso se encamina *hacia un intento de definición preciso* de las condiciones en las que las facultades interpretativas de los jueces (a través de la interpretación constitucionalmente conforme) pueden incidir en la obra legislativa y en la interpretación legal practicada por los jueces ordinarios. Dentro de esta preocupación por acotar la capacidad de maniobra interpretativa de la jurisdicción constitucional, destaca la controversia no sólo sobre la capacidad de sujeción y transformación de enunciados legales derivada del examen de constitucionalidad sino, en especial, sobre *las consecuencias* asociadas a dicho control y sobre *el poder de gestión* de las jurisdicciones constitucionales de las propias decisiones que adoptan.

VII.- Con el fin de poner límite a estas facultades de interpretación y de gestión, los modelos continentales de control de constitucionalidad *ex post* optan por *una solución dogmática* (cuyo reflejo son las categorías que enumeran detalladamente los márgenes de actuación del juez de constitucionalidad en su relación con el legislador y con el resto de tribunales) dogmática que puede, o no, tener su reflejo en *textos positivizados* (por ejemplo, en una ley reguladora de la jurisdicción constitucional, como en la RFA). En general, en el aspecto que nos ocupa, el esfuerzo dogmático no ha evitado *la indeterminación* de las categorías manejadas incluso en el caso alemán en el que la diversidad de soluciones en el juicio de constitucionalidad de las leyes se encuentra regulada en un grado superior a los modelos español o italiano. Sobre las formas de administración de la decisión de inconstitucionalidad, de nuevo el ejemplo alemán demuestra como la introducción, mediante reforma legislativa, de nuevas categorías asociadas al juicio de constitucionalidad de la ley (“declaración de incompatibilidad”, “declaración de compatibilidad”) no conduce a la aplicación regular de la misma solución, sino que existe un vínculo demasiado estrecho entre el uso de determinadas técnicas y las necesidades circunstanciales impuestas por una realidad que desborda las consecuencias previstas para cada categoría.

VIII.- La transformación de la obra legislativa mediante decisión judicial es un problema menor si existen mecanismos de relación entre poderes que aseguren la posibilidad de réplica por parte de instancias políticas. El impacto del pronunciamiento judicial disminuye en un medio *de conexión dialógica* entre el juez de constitucionalidad y el Parlamento, debate que puede tener por objeto tanto la interpretación legal constitucionalmente conforme ofrecida desde la jurisdicción como, directamente, la interpretación de conceptos constitucionales en cuyo caso el pronunciamiento judicial se revocará mediante la invocación al poder de reforma. El sistema de conexión dialógica entre poderes públicos se encuentra desarrollado en democracias de larga tradición o en las que, como en el Reino Unido, el esquema de división de poderes no se integra en el horizonte de comprensión de la teoría constitucional. Contrariamente, el modelo basado en la tensión entre la jurisdicción constitucional y el Parlamento a efectos de interpretación constitucional de la ley es propio de sistemas en los que la jurisdicción constitucional se concibió como instrumento de consolidación democrática en un clima de desconfianza recíproca y de temor a la extralimitación de funciones por parte de alguno de los poderes del entramado institucional. De ahí que el establecimiento de categorías sobre los límites en la interpretación de la jurisdicción constitucional (y sobre las soluciones que ésta puede aportar para ejecutar sus mandatos) deba superarse en favor de la creación de vínculos institucionales que aseguren la réplica parlamentaria en caso de desacuerdo, lo que en parte viene frenado por la propia estructura del control de constitucionalidad *ex post* y, en parte, por la ausencia de una *cultura dialógica* como la que se percibe en modelos tan dispares como el canadiense o el suizo.

IX.- Sin embargo, más allá de las diferencias que se observan en el panorama de derecho comparado, parece advertirse un riesgo común en la invocación de formas interpretativas de decisión en el control judicial de constitucionalidad de las leyes; a saber, que las decisiones interpretativas supongan un *obstáculo al diálogo institucional*. Mientras que la declaración de invalidez de la ley actúa como señuelo que puede motivar la respuesta del legislador (o, incluso, que puede activar el poder de revisión constitucional), en la decisión interpretativa, con el pretexto de la interpretación constitucionalmente conforme, se produce una alteración de significados legales sin que el legislador sea consciente ni cuente con instrumentos para contrarrestar la situación.

En todos los sistemas con control de constitucionalidad se detecta un mayor seguimiento de los pronunciamientos de invalidez por parte de los órganos políticos que de los pronunciamientos interpretativos en los que la interpretación constitucional fluctúa *sub silentio*. Los límites a la interpretación conforme se leen, en este contexto, como límites políticos cuyo fin consiste en potenciar una nueva intervención legislativa renovando el diálogo institucional. Tal vez el mejor caso que ilustra este problema viene representado por el sistema francés: la estructura de control de constitucionalidad *ex ante*, pese a todas las objeciones que presenta en cuanto a incorporación de experiencia aplicativa, refleja un interesante tejido de relaciones entre Parlamento y Consejo Constitucional apto para potenciar la fluidez y el diálogo en el discurso sobre la interpretación de la Constitución. Pese a ello, una nueva intervención del Parlamento posterior al juicio de constitucionalidad sólo es posible como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad y de invalidez de la ley y nunca cuando el Consejo Constitucional admite la constitucionalidad del precepto enjuiciado bajo reservas de interpretación, dirigidas directamente a los aplicadores sin que el legislador pueda introducir ningún elemento corrector.

X.- Una vía para neutralizar las amenazas que se ciernen contra el diálogo Parlamento-jurisdicción constitucional cuando el juez de constitucionalidad dicta una decisión interpretativa por la que se altera el contenido de la ley, consiste en plantear un *canal de conexión* que asegure la respuesta parlamentaria en caso de desacuerdo interpretativo. Esta respuesta interpretativa sería muy tributaria de una práctica y no de instrumentos institucionales concretos y, generalmente, se manifestaría mediante reforma legislativa (sólo cabría invocar al poder de revisión constitucional cuando la interpretación constitucional de la ley dependiese claramente de una adjudicación de significado a la Constitución por parte del juez de constitucionalidad frente a la interpretación sostenida por las instancias políticas). La “conexión interpretativa” cuenta, no obstante, con el handicap del difícil seguimiento de las decisiones interpretativas sobre la constitucionalidad de la ley y, sobre todo, del mayor coste económico que supone movilizar al Parlamento en comparación con el coste que supone dictar una sentencia. En general, como ya ha quedado establecido, las facultades interpretativas del juez de constitucionalidad pueden ser amplias siempre que se potencien las posibilidades de respuesta en otras instancias.

XI.- Tanto en la jurisdicción constitucional española como en las jurisdicciones constitucionales europeas la inconstitucionalidad e invalidez de una disposición legal es una solución cuantitativamente menos relevante de lo que a primera vista pueda parecer. En el juicio de constitucionalidad de las leyes las soluciones interpretativas se dan, como mínimo, de forma paritaria a las soluciones de invalidez, apareciendo tanto en pronunciamientos sin declaración de inconstitucionalidad como en fallos en los que la declaración de inconstitucionalidad *se combina* con dichas formas interpretativas de decisión.

XII.- Al abordar el desarrollo de las formas interpretativas de decisión en el marco de la jurisprudencia constitucional española quedan desbrozados los distintos factores institucionales y contextuales que describen el proceso de adopción de técnicas interpretativas. Varias son las constantes que pueden sintetizarse. Así, la preferencia por una solución interpretativa frente a una decisión de invalidez se expresa de forma diferente en el marco del control sobre la base de derechos fundamentales que en el control de constitucionalidad de la ley en función del sistema de distribución de competencias. Esto ocurre porque los principios institucionales que influyen en la decisión de constitucionalidad (como el principio de presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de conservación de normas) operan de modo diferente según se trate de un ámbito o de otro.

XIII.- Dentro del juicio de constitucionalidad de la ley basado en derechos fundamentales la decisión interpretativa se expresa de forma diferente en función de cada derecho que sirve como parámetro de control de la ley: así en relación con el artículo 14 CE, la decisión interpretativa opera como instrumento de reparación, en relación con el 24.1 CE opera como límite al establecimiento de consecuencias jurídicas incondicionadas al margen de la ponderación que Jueces y Tribunales hagan en cada caso y en cuanto al artículo 25.1 CE la interpretación conforme se concibe como freno al efecto despenalizador que supone la invalidación de un precepto. Por otra parte, se percibe un foco de aplicación de fórmulas interpretativas en sede de Derecho Penal cuando se persigue el mantenimiento de instituciones a través de las cuales el Estado ejercita el poder punitivo.

XIV.- La mayor o menor afectación al principio de legalidad presupuestaria (en términos de mayor o menor cantidad de recursos destinados a reparar una situación desigual creada por una ley) es otro de los factores recurrentes a la hora de describir la preferencia por un juicio interpretativo o por una decisión de invalidez. En parte, son las repercusiones sobre el gasto público lo que rodea la crítica al juicio de constitucionalidad basada en la distinción entre decisión “aditiva” (cuando la decisión se produce con afectación a la capacidad de gasto lo que incumbe en principio al legislador y la intervención del Tribunal resulta, por tanto, censurable) y decisión “interpretativa” (cuando, en sede de reparación de la igualdad no se requiere pronunciamiento sobre la inversión pública o la cantidad destinada es irrelevante y, por tanto, se entiende que el Tribunal Constitucional ha actuado dentro de sus límites).

XV.- En el juicio sobre leyes postconstitucionales el Tribunal Constitucional exhibe una mayor preferencia por decisiones interpretativas que en el juicio de leyes preconstitucionales (en los que se tiende a la declaración de inconstitucionalidad del precepto y a su derogación). Ello introduce un nuevo factor contextual a tener en cuenta en la descripción del comportamiento de la jurisdicción constitucional y en la previsión de sus juicios futuros.

XVI.- Otros motivos concretos, de importancia desigual, que justifican el recurso a esta especie de pronunciamientos se relacionan 1) con las técnicas abstencionistas en el juicio de constitucionalidad por las que se renuncia a resolver el conflicto en favor del *statu quo* que preside el equilibrio de poderes (decisión interpretativa como fórmula de “equilibrismo institucional”) 2) con la preocupación por establecer un horizonte general de doctrina distanciada del conflicto concreto a resolver entre la Constitución y la ley (lo que hemos llamado, uso “retórico” o “pedagógico” de la decisión interpretativa) y 3) con la gestión de una pluralidad de fuentes procedentes del derecho internacional y del derecho comunitario permitiendo el control de leyes nacionales mediante penetración de cánones y de aspectos protegidos con débil (o inexistente) anclaje en el texto constitucional.

XVII.- El establecimiento de una clasificación de las decisiones interpretativas fundada sobre la base de diferentes grados de vinculación tiene, por otra parte, el riesgo de perjudicar a la autoridad interpretativa del Tribunal Constitucional, puesto que si hay

interpretaciones de imposición más intensa que otras (si hay formas de decisión en las que se acuerda que una interpretación que allí aparezca vinculará en mayor grado que las que se destaquen en otro tipo de decisiones) no se entiende por qué el Tribunal formula otras interpretaciones, por así llamarlas, “menores” o, si se quiere, de “vinculación débil”. O se ofrece una determinada interpretación constitucionalmente conforme con voluntad de que sea efectiva, o no se ofrece; pero el Tribunal no debería autorizar que fuesen los operadores quienes reconociesen, de entre las interpretaciones vertidas por el propio Tribunal, las interpretaciones efectivas de las que no lo son.

XVIII.- La práctica española de las relaciones entre la jurisdicción constitucional y el resto de instituciones en el proceso de construcción de significados de la ley constitucionalmente conformes demuestra una gran indiferencia respecto de los planteamientos dialógicos que aquí hemos presentado, tanto de la virtualidad de la decisión de invalidez como factor de impulso de la actividad legislativa reparativa, como del tratamiento del problema del bloqueo del diálogo causado por la decisión interpretativa (así como de la construcción de “conexiones interpretativas” entre poderes). Lo mismo sucede en relación con el poder judicial de quien se predica un ámbito propio de selección de contenidos normativos de la ley constitucionalmente compatibles sin atender a que, con la aplicación de la ley al caso concreto, se producen transformaciones de significado cuya constitucionalidad puede quedar fuera de control.

XIX.- El debate sobre las formas interpretativas sufre una curiosa tensión provocada por fuerzas antagónicas: o se plantea como “gran problema” en el que se cifran todas las crisis de la jurisdicción constitucional (y de la aplicación del Derecho) en el control de la actividad legislativa, o se minimiza hasta escorar la controversia hacia un problema de mera administración del resultado del juicio de constitucionalidad de la ley. Esta investigación habrá logrado su objetivo si consigue transmitir la necesidad de caminar por un paso intermedio: el que desdramatiza la capacidad transformadora (“concretizadora”) que sobre la ley proyecta el juicio de constitucionalidad y la ensambla en un horizonte contextual cuyos nutrientes principales son el resto de instituciones y sus necesidades.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional*. CEC, Madrid, 1992.

AA.VV.: *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional-CEC, Madrid, 1995.

AARNIO, A.: *Lo racional como razonable*. (Trad. E.Garzón Valdés) CEC, Madrid, 1991.

ABRAHAM, R.: "L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative" en *Revue Universel des Droits de l'Homme*, vol. 3, n. 7-9, 1991.

ACOSTA SÁNCHEZ, J.: *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Tecnos, Madrid, 1998.

ADLER, M.D.: "Judicial restraint in the administrative state: beyond the countermajoritarian difficulty" en 145 *University of Pennsylvania Law Review* 759 (1997).

AHUMADA RUIZ, M.A.: "El «certiorari»: ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por le Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en *REDC*, n.41, 1994.

AHUMADA RUIZ, A.: "efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad. La suspensión de leyes «presuntamente» inconstitucionales", *REDC*, núm 32, 1991.

AJA, E. (Ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998.

AJA, E.: *El Estado Autonomico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 1999.

ALBERTÍ ROVIRA, E.: "La noción de «bases» y el desarrollo estatutario" en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Vol. II, Oñati, IVAP, 1991.

ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984.

ALONSO GARCÍA, R. e TORRES MURO, I.: "La ley británica de derechos humanos (*Human Rights Act* 1998) una evolución a conciencia." en *REDA*, n.105, 2000.

AMIRANTE, D.: *Giudice costituzionale e funzione legislativa. L'esperienza francese*. CEDAM, Padua, 1991.

AMOROSO, G.: “L’interpretazione «adeguatrice» nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità”, en *Foro Italiano*, vol. 3, p. 92 (febrero 1998).

ANZÓN, A.: “Nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale” en *GC*, fasc.IV, p. 3199 (1992).

ANZÓN, A.: “Il giudice *a quo* e la Corte Costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente” en *GC*, p.1083 (1998).

ANZÓN, A.: “Un’additiva di principio con termine per il legislatore”, en *GC*, p. 1785 (1993).

ARAGÓN REYES, M y otros: “Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” en *Teoría y realidad constitucional*, n.4, 1999.

ARAGÓN REYES, M.: “Del Tribunal Constitucional. Comentario introductorio al título IX” en O.ALZAGA VILLAAMIL (coord.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomo XII, Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.

ARNDT, A.: “Das Bundesverfassungsgericht” en *Deutsches Verwaltungsblatt* p. 1 (1952).

AUER, A.: *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Frankfurt am Main, 1984.

AVRIL, P. y GICQUEL, J.: *Le Conseil Constitutionnel*, Montchrestien, París, 1992.

BABER, M.: “Research Paper 98/24” de 13 de febrero de 1998, apéndice III, en <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp98/rp89-024.pdf>

BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Tribunal Constitucional y creación del Derecho” en E.ESPÍN TEMPLADO y F.J. DÍAZ REVORIO: *La justicia constitucional en el Estado Democrático*. Tirant lo Blanch/Cortes Castilla la Mancha. Valencia, 2000.

BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Fuentes del Derecho*. Vol I, Tecnos, Madrid, 1991.

BALKIN, M.: “What is Postmodern Constitutionalism?” en D.PATTERSON (editor): *Postmodernism and Law*, Dartmouth, Aldershot, 1994.

BAMFORTH, M.: “Parliamentary sovereignty and The Human Rights Act 1998” en *Public Law* p.572 (1999).

BARENDT, E.: *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

BEATTY, D.: "The Canadian Charter of Rights: Lessons and Laments" en 60 *The Modern Law Review* n.4, p.482 (1997).

- BEDDARD, R.: *Human Rights and Europe*, Grotius Publications, Cambridge, 1993.
- BELOFF, M.J. y MOUNTFIELD, H.: “Unconventional Behaviour? Judicial Uses of the European Convention in England and Wales”, en *5 European Human Rights Law Review* (1996).
- BENNION, F.: “What interpretation is “possible” under section 3(1) of the Human Rights Act 1998?” en *Public Law* p.77 (2000).
- BERKEMANN, J.: “Das Bundesverfassungsgericht und «seine» Fachgerichtsbarkeiten. Auf der Suche nach Funktion und Methodik”, en *Deutsches Verwaltungsblatt* p. 1028 (1996).
- BETTERMAN, K.A.: *Die Verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*. C.F.Müller, Heidelberg, 1986.
- BETTI, E.: *Diritto, Método, Ermeneutica*. Giuffrè, Milan, 1991.
- BETTI, E.: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (trad. J.L. de los Mozos). Ed. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1975.
- BIAGGINI, G.: *Verfassung und Richterrecht*, Hebing & Lichtenhahn, Basel./Frankfurt a.M. 1991.
- BICKEL, A.: *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.
- BIGLINO CAMPOS, P.: “Principio de competencia, inconstitucionalidad y nulidad a la luz de la STC 208/1999, sobre la Ley 16/1989 de defensa de la competencia” en *REDC*, n.59, 2000.
- BOBBIO, N.: *El positivismo jurídico* (Trad. R. de Asís y A. Grepí). Debate, Madrid, 1993.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.
- BÖCKENFÖRDE, E-W.: “Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik” en *Neue Juristische Wochenschrift*, n.46, 1976.
- BÖCKENFÖRDE, E-W.: “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation” en *Neue Juristische Wochenschrift*, n.35, 1974.
- BOGS, H.: *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*. Kolhammer, Stuttgart, 1966.
- BON, P.: “Francia”: en AJA, E. (Ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998.
- BOULOUIS, J.: “A propos de l’arret Nicolo”, en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 94, n. 1, 1990.

BRAGUE CAMAZANO, J.: *La acción de inconstitucionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.

BRILMAYER, L.: “The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the “Case or Controversy” Requirement”, en 93 *Harvard Law Review*, 297 (1979).

BRUGGER, W.: “Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze” en *AöR*, n.119, 1994.

BULL, P. y MEHDE, V.: “Der rationale Finanzausgleich-ein Gesetzbungsauftrag ohnegleichen” en *DÖV* p. 305 (2000).

BURMEISTER, J.: *Die Verfassungsorientierung der Gesetzauslegung*, Vahlen, Berlín, 1966.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: “Leyes al por mayor. Derecho a la diferencia y garantía judicial”, en *REDC*, n.60, 2000.

CAAMAÑO, F.; J.GÓMEZ MONTORO, A.; MEDINA, M.; REQUEJO PAGÉS, J.L.: *Jurisdicción y procesos constitucionales*. McGraw Hill, Madrid, 1997.

CALSAMIGLIA, A.: “El concepto de integridad de Dworkin”, en *DOXA*, n. 12, 1992.

CALVO GONZÁLEZ, J.: *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*. Ariel, Barcelona, 1992.

CAMPICHE, E.: *Die verfassungskonforme Auslegung*. Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1978.

CAPPELETTI, M.: “ El «Formidable Problema» del Control judicial y la contribución del análisis comparado”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.13, 1980.

CAPPELETTI, M.: “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional” en AA.VV.: *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1984.

CAPPELETTI, M.: *Judicial Review in the Contemporary World*. New York, Bobbs-Merrill, 1971.

CAPPELETTI, M.: “Sentenze condizionali della Corte costituzionale” en *Rivista di Diritto Processuale*, 12, fasc.II, p.88 (1957).

CARCASSONNE, G.: “Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n. 74-54 DC du 15 de janvier 1975?” en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.7, 1999.

CARR, R.K.: *The Supreme Court and Judicial Review*. Greenwood Press, Westport, 1970.

CARRE DE MALBERG, R.: *La Loi, expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931.

CARRILLO, M.: "Control de la constitucionalidad" en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, IEA/ Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona/ Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, vol. III, Barcelona, 1990.

CARRILLO, M.: "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional" en *Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1998*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

CARRILLO, M.: "Cuotas e igualdad por razón de sexo: una reforma constitucional y un caso singular" en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.): *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. Joaquín García Morillo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

CATELANI, E.: "Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo" en *Quaderni Costituzionali*, vol.I, p. 156 (1994).

CERVATI, A.: "Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale de costituzionalità delle leggi", en AA.VV: *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1988.

CHACÓN PIQUERAS, C. y RUIZ ROBLEDO, A.: *El dictamen sobre la secesión de Quebec: un comentario*. Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 1999.

CHELI, E.: *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bolonia, 1996.

CHIAVARIO, M.: *Punti deboli di una sentenza troppo polemica*, en *Giurisprudenza penale* II, p.100 (1967).

CHRISTMANN, TH.: "Vom Finanzausgleich zum Maßstäbengesetz", *DÖV* p. 315 (2000).

CIENFUEGOS MATEO, M.: *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados Miembros*. J.M. Bosch, Barcelona, 1998.

COCOZZA, F.: "Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle «transfrontière» de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d'une relation structurée." En *Revue Française de Droit constitutionnel*, n.28, (1996).

COLAPIETRO, C.: *Sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990.

COOTER, R.D.: *The Strategic Constitution*. Princeton Univeristy Press, Princeton, 2000.

COPELAND NAGLE, J.: "Delaware & Hudson revisited" en *72 Notre Dame Law Review* 1495 (1997).

CORNELL, D.; ROSENFELD, M. y GRAY CARLSON, D. (editores) *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York/Londres, Routledge, 1992.

CORZO SOSA, E.: *La cuestión de inconstitucionalidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

CRISAFULLI, V.: “ «Le sentenze interpretative» della Corte Costituzionale” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, I, 1967.

CRISAFULLI, V.: “Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale”, en *GC*, p.10 (1965).

CRISAFULLI, V.: “Disposizione (e norma)”. *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, Milán, 1964.

CROOK S.; PATRULSKI J. y WATERS M.: *Postmodernization: Change in Advanced Society*, SAGE, Londres, 1992.

CRUZ VILLALÓN, P.: "La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa" en *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999.

CRUZ VILLALÓN, P.: “¿Reserva de Constitución? (Comentario al fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto sobre la LOAPA” en *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*. CEPC, Madrid, 1999.

CRUZ VILLALÓN, P.: “Jurisprudencia constitucional y Ley ” en A.LÓPEZ PINA (ed.): *Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*. Secretaría General del Senado, Madrid, 1994.

CRUZ VILLALÓN, P.: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987.

CUNNINGHAM, A.J.: “The European Convention on Human Rights, Customary International Law and the Constitution” en 43 *International and Comparative Law Quarterly* 537 (1994).

D'AMICO, M.: “Un nuovo modello di sentenza costituzionale”, en *GC*, p. 1803 (1993).

D'ATENA, A.: “Costituzione e principio di sussidiarietà” en *Quaderni Costituzionali*, n.1, 2001.

D'ORAZIO, G.: “ Aspectos y problemas de la Justicia Constitucional Italiana” (Trad. A. Saiz Arnaiz), en *RVAP*, n.31, 1991.

DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.: “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad”, en *REDC*, n.34, 1992.

DE CABO, C: "Encuesta sobre la orientación actual del derecho constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.1, 1998.

DE ESTEBAN, J.: "Encuesta sobre la orientación actual del derecho constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.1, 1998.

DE LORA, P.: *La interpretación originalista de la Constitución*, CEPC y BOE, Madrid, 1999.

DE VEGA, P.: "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.1, 1998.

DE VEGA, P.: *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1995.

DERRIDA, J.: "Fuerza de Ley: el "Fundamento místico de la Autoridad" (Trad. A. Peñalver) en *DOXA*, núm. 11, 1992.

DERRIDA, J.: *De la grammatologie*, París, Les Éditions de Minuit, 1967.

DERRIDA, J.: *L'Écriture et la différence*, Éditions du Seuil, París; 1967.

DERRIDA, J.: *La Voz y el Fenómeno. Una introducción al problema del signo en la fenomenología de Husserl*. (Trad. A. Peñalver) Pre-textos, Valencia, 1995.

DERRIDA, J.: *Marges de la philosophie*. Les Éditions de Minuit, París, 1994.

DI MANNO, TH.: "L'influence des réserves d'interprétation" en G.DRAGO, B.FRANÇOIS, N.MOLFESSIS: *La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Economica, París, 1999.

DI MANNO, TH.: *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie*, Economica Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

DÍAZ REVORIO, F.J.: "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", en *REDC*, n.61, 2001.

DÍAZ REVORIO, F.J.: "Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas (a propósito de la STC 176/1999, de 30 de septiembre) en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.2, abril 2000.

DÍAZ REVORIO, F.J.: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

DÍEZ PICAZO, L.M.: "Concepto de ley y tipos de leyes", en *REDC*, n.24, 1988.

DÍEZ PICAZO, L.M.: "Dificultades, prácticas y significado constitucional del recurso de amparo" en *REDC*, n.40.

- DÍEZ-PICAZO, L.M.: "Ley Autonómica y Ley Estatal", en *REDC*, n.25, 1989.
- DOLEZEL, L.: "Possible Worlds and Literary Fiction", en S.ALLEN: *Possible Worlds in Humanities, Arts and Sciences*, Proceedings of Nobel Symposium, n. 65, Berlín, De Gruyter, 1989.
- DRAGO, G.: *L'execution des decisions du Conseil Constitutionnel l'effectivité du control de constitutionnalité des lois*, Economica Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1991.
- DREIER, H.: *Grundgesetz Kommentar*, Vol.I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996.
- DWORKIN, R.: "My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any more", en *The Politics of Interpretation*, The University of Chicago Press, 1984.
- DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- DWORKIN, R.: *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- EASTERBROOK, F.H.: "The demand for judicial review" en 88 *Northwestern University Law Review* 372 (1993).
- ECKARDT, W.D.: *Die verfassungskonforme Gesetzauslegung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1964.
- ECO, U.: "Interpretación e historia" en *Interpretación y sobreinterpretación*. (Trad. J.G. López Guix) Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- EHMKE, H.: "Prinzipien der Verfassungsinterpretation". *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n.20, Berlín, 1963.
- ELIA, L.: "Le sentenze additive e la piú recente giurisprudenza de la Corte Costituzionale (ottobre 81-luglio 85)" en AA.VV., *Scritti su la giustizia Costituzionale (in onore di Vezio Crisafulli)*, vol I, CEDAM, Pádua, 1985.
- ERMARCORA, F.: *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*. Wilhelm Braumüller, Viena, 1982.
- ESCARRAS, J-C.: " Sur deux études italiennes: de la communicabilité entre systèmes italien et français de justice constitutionnalité" en *Annuaire international de justice constitutionnel*, vol. II, p. 15 (1986).
- ESKRIDGE, W.N. y FRICKEY, P.: "Quasi-Constitutional Law: Clear Statement Rules as Constitutional Lawmaking" en 45 *Vanderbilt Law Review* 593 (1992).
- ESSER, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Fischer Athenäum, Frankfurt am Main, 1972.

EWING, K.D.: "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", en 62 *The Modern Law Review*, 79 (1999).

EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: "Diez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)" en *RVAP*, n.31, 1991.

EZQUIAGA GANUZAS, F.J.: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

FAVOREU, L. y JOLOWICZ, J.A.: *Le controle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*. Economica Presses Universitaires d'Aix-Marseille. París, 1986.

FAVOREU, L. y PHILIP, L.: *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, París, 1993.

FAVOREU, L.: "Principio de igualdad y representación política de las mujeres" en *REDC*, n.50, 1997.

FAVOREU, L.: *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1988.

FAVOREU, L.: *Los tribunales Constitucionales* (Trad.V.Villacampa y M.Carrillo), Ariel, Barcelona, 1994.

FENWICK, H. y PHILLIPSON, G.: "Public Protest, the Human Rights Acts and Judicial Responses to Political Expression" en 627 *Public Law* 644 (2000).

FENWICK, H.: "The Right to protest, the Human Rights Act and the Margin of Appreciation" en *The Modern Law Review*, 491 (1999).

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia Constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes", en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.2, 1999.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: "Aproximación a las técnicas de decisión del Consejo Constitucional francés", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.18-19, Valencia, 1997.

FERRAJOLI, L.: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Trad. P.Andrés Ibáñez). Editorial Trotta, Madrid, 1999.

FERRERES COMELLA, V. y MIERES MIERES, L.J.: "Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal. (A propósito de las Sentencias 111/1993 y 150/1997 del Tribunal Constitucional)" en *REDC*, n. 55, 1999.

FERRERES COMELLA, V.: *El principio de taxatividad en materia penal (una perspectiva constitucional)*. En prensa.

FERRERES COMELLA, V.: *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997.

FERRERES COMELLA, V: "El principio de igualdad y el «Derecho a no casarse»" en *REDC*, num.42, 1994.

FISH, S.: "Introduction: Going Down the Anti-Formalist Road", *Doing what comes naturally*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

FLAUSS, J.F.: "Droit Constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme", en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n. 30, p. 377 (1996).

FØLLESDAL, D.: "Analytic philosophy: what is it and why should one engage in it?" en *Ratio* 193 (1996).

FORSTHOFF, E.: *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*. Kohlhammer, Stuttgart, 1961.

FOUCAULT, M: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1995.

FREEMAN, S.: "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", 9 *Law and Philosophy*, 327 (1999).

FRIEDMAN, B.: "Dialogue and Judicial Review", 91 *Michigan Law Review*, 577 (1993).

FRIESENHAHN, E.: "Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit", en *Zeitschrift für Sozialreform* p.154 (1954).

FROSINI, V.: *Gesetzgebung und Auslegung*. Nomos. Baden-Baden, 1995.

FROSINI, V.: *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Bulzoni, Roma 1991.

GADAMER, H.G.: *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Mohr , Tübingen, 1975.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales", *REDA*, n.61, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1994.

GARCÍA MORILLO, J.: "La versatilidad de lo básico", en *RAP*, n.139, 1996.

GARCÍA ROCA, J.: "Una teoría de la sentencia en el conflicto constitucional de competencia entre entes territoriales" en AAVV: *La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*. CEPC/TC, Madrid, 1998.

GARCÍA ROCA, J.: *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*. CEC, Madrid, 1993.

GARCÍA, E.: *El Estado Constitucional ante su «momento maquiavélico»*, Civitas, Madrid, 2000.

GARGARELLA, R.: *La justicia frente al Gobierno*. Ariel, Barcelona, 1996.

GARRIDO GUTIÉRREZ, P.: “El valor constitucional de los principios rectores (comentario a la STC 222/1992, de 11 de diciembre)”. *RVAP*, n.40, 1994.

GARRORENA MORALES, A.: “Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional” en O.ALZAGA VILLAAMIL (Coord.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo XII, Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999.

GASCÓN ABELLÁN, M.: “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, en *REDC*, n.41, 1994.

GEIGER, TH.: “Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG)” en *NJW*, p. 1058 (1954).

GENEVOIS, B.: “Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n. 74-54 DC du 15 de janvier 1975?” ambos en *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.7, 1999.

GENOVOIS, B.: “Les limites d’ordre juridique à l’intervention du pouvoir constituant” <http://www.conseil-constitutionnel.fr/quarante/notes/revison.htm>

GERONTAS, A.: “Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfestellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *Deutsches Verwaltungsblatt* p. 486 (1982).

GIBBINS, J.R. y REIMER, B.: “Postmodernism” en *The Impact of Values*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. McGraw Hill, Madrid, 1997.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: “Delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y el legislador ordinario en el restablecimiento de la igualdad de la ley” en *REDC*, n.42, 1994.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “Una sentencia constitucional que hace ligeros retoques en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”, *REDA*, n.102, 1999.

GONZÁLEZ RIVAS, J.J.: *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*. CEPC, Madrid, 2001.

GOURON-MAZEL, A.: *Convention européenne des droits de l’homme. Application par le juge français, 10 ans de jurisprudence*, Litec, Paris, 1998.

GREER, S.: "A Guide to the Human Rights Act 1998", en *European Law Review* p.3 (1999).

GRIEF, N.: "The Domestic Impact of the European Convention on Human Rights as mediated through Community Law" en *Public Law*, p. 555 (1991).

GROPPI, T.: "La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalla decisioni della Corte Costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale", en P.CONSTANZO (coord.): *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 1996.

GUASTINI, R.: "La interpretación: objetos, conceptos y teorías" en R.VÁZQUEZ (editor): *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Fontamara, Mexico, 1998.

GUASTINI, R.: "¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?" (Trad. M.Carbonell Sánchez) en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.25, Valencia, 1998.

GUASTINI, R.: "Disposizione vs. Norma", en *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1989.

GUASTINI, R.: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*.(Trad. J. Ferrer), Gedisa, Barcelona, 2000.

GUNTHER, G.: *Constitutional Law*. Foundation Press. Westbury, 1991.

GUTIÉRREZ ZARZA, M.A: "Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español", en *Revista de Derecho Procesal*, n. 3, 1995.

HAAK, V.: *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung des Richters*. Rötarscheid, Bonn, 1963.

HÄBERLE, P.: *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Duncker & Humblot, Berlín, 1996

HÄBERLE, P.: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998.

HÄBERLE, P.: "Verfassung als Kultur", *JöR*, n.49, 2001.

HÄBERLE, P.: *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offene Gesellschaft*. Athenäum, Königstein, 1980.

HÄBERLE, P.: "Contenidos significativos y funciones de la Ley Parlamentaria" en A.LÓPEZ PINA, *Democracia representativa y parlamentarismo, Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*. Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Madrid, 1992.

HÄBERLE, P.: “Die Kunst der kantonalen Verfassunggebung — das Beispiel einer Totalrevision in St. Gallen (1996)”, en P.HÄBERLE (editor): *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* p.149 (1999).

HÄBERLE, P.: “La revisión «total» de la Constitución Federal Suiza de 1999/2000” (Trad. C.Zavala/C.Landa) en *Revista Peruana de Derecho Público*, n.1 (2000).

HABERMAS, J.: *Facticidad y validez* (Trad. M.Jiménez Redondo), Ed. Trotta, 1998.

HABIB, L.: “La notion d’erreur manifeste d’appréciation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel” en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, p. 695 (1986).

HALLER, H.: *Die Prüfung von Gesetzen*. Springer-Verlag, Viena-Nueva York, 1979.

HALLER, W.: "Art. 113" en *Kommentar zur Bundesverfassung des Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Helbing & Lichtenhan/Schuktes/Stämpfli, Basel/Zürich/Berna, 1987.

HALLER, W.: "Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht" en C.STARCK/A.WEBER (editores) *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, v. I, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1986.

HAMON, F. y TROPER, M.: *Droit constitutionnel*, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1995.

HANGARTNER: *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, v. I, Schulthess, Zürich, 1980.

HARRIS II, W.H.: *The Interpretable Constitution*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1993.

HARRIS, D.J.; O’BOYLE M.; y WARBRICK, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworth, Londres, 1995.

HART, H.: “Problems of the Philosophy of Law”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

HART, H.: *El concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.

HARTLEY, T.C.: *The Foundations of European Community Law*. Oxford University Press, Oxford, 1998.

HARTMANN, C.: “Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen? Zur Frage alternativer Rechtsgeltungbestimmungen im Grundgesetz.”, en *Deutsches Verwaltungsblatt* p.1264 (1997).

HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Reclam, Stuttgart, 1995.

HEIDEGGER, M.: *Sein und Zeit*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1977.

HELLER, H.: “Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart”. *AöR*, n.16, 1929.

HESSE, K.: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. C.F. Müller, Heidelberg, 1995.

HEUSLER, A.: *Schweizerische Verfassungsgeschichte*, Scientia Aalen, Basel, 1968.

HEUßNER: “Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung”, en *Neue Juristische Wochenschrift* p.257 (1982).

HEYDE, W.: “Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen” en *Festschrift für Hans Joachim Faller*, München, 1984.

HONEYBALL, S. y WALTER, J.: *Integrity, Community and Interpretation. A Critical Analysis of Ronald Dworkin's Theory of Law*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 1998.

HUBER, H.: “Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte”, *Verhandlung des Schweizerischen Juristenvereins*, n.1, 1936.

HUERTA TOCILDO, S.: “El derecho fundamental a la legalidad penal” en *REDC*, n.39, 1993.

IGLESIAS VILA, M.: *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. CEPC, Madrid, 1999.

IMBODEN, M.: “Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit”, en *Festschrift für Hans Huber*. Stämpfli, Bern, 1961.

INIESTA DELGADO, J.J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: “Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional”, en *REDC*, n.59, 2000.

IPSEN, J.: *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1980.

IPSEN, J.: “Nichtigerklärung oder Verfassungswidrigerklärung” zum Dilemma der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle”, en *JZ* p.41 (1983).

JARASS, H.D.: “Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG”, en *Neue Juristische Wochenschrift* p. 2545 (1997).

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *El constitucionalismo*. IVAP, Oñati, 2001.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Las complejidades de un «modelo»: poder judicial, administración de justicia y estado autonómico en el sistema constitucional español (apuntes de urgencia en torno a la STC 105/2000) en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.7, 2000.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *La Ley Autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*. Marcial Pons/IVAP/IAE, Madrid, 2001.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "¿Qué es «lo básico»? Legislación compartida en el Estado Autonómico", en *REDC*, n.27, 1989.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "Analogía «Secundum Constitutionem»", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.13, 1992.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español" en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley." en AJA, E. (Ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "Interpretación conforme a la Constitución" en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Tomo III, Madrid, Civitas, 1995.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "Política de la constitucionalidad", en *REDC*, n.59, 2000.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "Qué hacer con la ley inconstitucional?" en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*. CEC, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: "Sobre la cuestión de inconstitucionalidad" en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

KAHANA, T.: *The Partnership Model of the Canadian Notwithstanding Mechanism: Failure and Hope*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (2000).

KÄLIN, W.: *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*. Stämpfli, Berna, 1994.

KAUFMANN, A.: *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*. Carl Heymanns, München, 1984.

KELLEY, W.K.: "Avoiding constitutional questions as a three-branch problem" en 86 *Cornell Law Review* 831 (2001).

KELSEN, H.: "Was ist juristischer Positivismus?" en *Juristenzeitung*, n.15/16, 1965.

KELSEN, H.: "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit" en *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, n. 5, Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1929.

KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado* (Trad.E.García Maynez), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.

KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*. (Trad. R.J.Vernengo). Ed. Porrúa, México, 2000.

KENNEDY, D.: “Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos”, en *DOXA*, n.11, 1992.

KLEUKER, M.: *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*. Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

KLOPPENBERG, L.A.: “Avoiding Constitutional Questions” en *35 Boston College Law Review*, 1003 (1994) L.A.KLOPPENBERG: “Avoiding Constitutional Questions” en *35 Boston College Law Review*, 1003 (1994).

KLUG, F. y STARMER, K.: “Incorporation through the back door” en *Public Law* p.223 (1997).

KLUG, F.: “The Human Rights Act 1998, *Pepper v.Hart* and All That” en *Public Law*, p.246 (1999).

KNAPP, S.: “Practice, Porpouse, and Interpretative Controversy” en Brint and Weaver (eds.), *Pragmatism in Law and Society*, Westview Press, Oxford, 1991.

KOCH, H.J.: “Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen”, en *EuGRZ*, n.11/12, 1986.

KOTZUR, M: "Der Begriff der inländischen juristischen Personen nach Art.19 Abs.3 GG im Kontext EU" en *Die Öffentliche Verwaltung*, n.5, marzo 2001.

KRESS, K.: “Why no judge should be a dworkinian coherentist” en *Texas Law Review*, n.6, vol. 77, 1999.

KRIELLE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung*. Duncker & Humblot, Berlín, 1976.

KRIPKE, S.: *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Basil Blackwell, Oxford, 1982.

KRUGER, H.C.: “Does the Convention machinery distinguish between states which have and have not incorporated it?” en GARDNER, J.P.: *Aspects of Incorporation of the European Convention on Human Rights into Domestic Law*, British Institute of International and Comparative Law, Londres,1993.

LADEUR, K.H.: “Verfassungsgerichtsbarkeit und die “grundlege Konvention” der bürgerlichen Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Theorie des Verfassungsrechts”, en F.HASE y K.H.LADEUR: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politisches System*, Campus, Frankfurt a.M., 1980.

LAMBERT, E.: *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*. (Trad.R.D'Orazio). Giuffrè, Milán, 1996.

- LANDOW, G.P.: *Hipertexto*. (Trad. P. Ducher), Paidós, Barcelona, 1995.
- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. (trad.M.Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: "El principio de subsidiariedad en la construcción europea". En *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1993*. Barcelona, 1994.
- LINCK, J.: "Das «Maßstäbengesetz» zur Finanzverfassung – ein dogmatischer und politischer Irrweg", *DÖV* p. 325 (2000).
- LÓPEZ BOFILL, H.: *Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria*. Marcial Pons/Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1999.
- LÓPEZ GUERRA, L.: "Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho" en E.ESPÍN y F.J. DÍAZ REVORIO: *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- LÓPEZ ULLA, J.M.: *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Lord HOFFMANN: "Human Rights and the House of Lords" en *The Modern Law Review*, p.159 (1999).
- Lord IRVINE OF LAIRG: "The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights", en *Public Law* p.221 (1998).
- LÖWER, W.: "Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts" en J.ISENSEE y P.KIRCHOF: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. II, Müller, Heidelberg, 1992.
- LUCAS BIZARRO, R.: "Comentari al projecte de reforma constitucional italiana en materia d'autonomia regional i administrativa" en *El Clip*, n.10, Institut d'Estudis Autònoms/Generalitat de Catalunya, 2000.
- MACCORMICK, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press, Oxford, 1994
- MACCORMICK, N. y SUMMERS, R.: *Interpretative Precedents. A comparative study*. Ashgate, Hants-Vermont, 1997.
- MAHONEY, P.: "Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin", *57 Human Rights Law Journal* 79 (1990).
- MANDEL, M.: *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Thompson Educational Publishing, Toronto, 1989.
- MANFREDI, C.P.: *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, McClelland & Stewart, Toronto, 1993.

MANGABEIRA UNGER, R: *The Critical Legal Studies Movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

MARÍN GÁMEZ, A.: *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Ariel, Barcelona, 1998.

MARKUS, J.P.: “Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d’Etat” en *L’Actualité juridique-Droit administratif*, de 20 de febrero de 1999.

MARMOR, A.: *Interpretation and legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

MARSHALL, G.: “Interpreting interpretation in the Human Rights Bill” en *Public Law* p.167 (1998).

MARSHALL, G.: “Two kinds of compatibility: more about section 3 of the Human Rights Act 1998” en *Public Law* p.377 (1999).

MAURER, H.: “Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung”, en *Die Öffentliche Verwaltung*, n.17-18, 1963.

MAURER, H.: “Zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle” en *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Yvo Hangartner*, Dike, St.Gallen/Lachen 1998.

MAYER, CH.: *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1996.

MÉNDEZ LAGO, M. y ANDUIZA PEREA, E.: “Sistema político del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte” en M.ALCÁNTARA SÁEZ (Editor): *Sistemas políticos de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

MENDONCA, D.: *Cómo hacer cosas con la Constitución. Una introducción al análisis constitucional*. D.Mendonca (ed.), Asunción, 1999.

MERRYMAN, J.H. y VIGORITI, V.: “When Courts Collide: Constitution and Cassation in Italy” en *15 The American Journal of Comparative Law*, p.665 (1967).

MICHEL, H.: “Die verfassungskonforme Auslegung”, en *Juristische Schulung* p. 274 (1961).

MIERES MIERES, L.J.: *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*. IVAP/Civitas, Madrid, 1998.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*. PPU, Barcelona, 1996.

MODUGNO, F.: “La giurisprudenza costituzionale” en *GC*, vol. I, p. 1251, (1978).

- MOENCH, C.: *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1977.
- MONTELLA, M.: *Tipologia delle sentenze della Corte costituzionale*. Maggioli. Rimini, 1992.
- MORESO, J.J.: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- MORLOK, M.; KÖLBEL R., y LAUNHARDT, A.: “Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre” en *Rechtstheorie* n.31, 2000.
- MOUFFE, CH. (edit.): *Deconstruction and Pragmatism*, Routledge, London/New York, 1997.
- MUßGNUNG, R.: “Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland” en J.ISENSEE, P.KIRCHOF: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. I, Müller, Heidelberg, 1992.
- MÜLLER, F.: *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997.
- MÜLLER, F.: *Normstruktur und Normativität*. Duncker & Humblot, Berlín, 1966.
- MÜLLER, H.: “Unter welchen Voraussetzungen macht Nichtigkeit eines Gesetzesteiles das Ganze Gesetz nichtig?” en *Deutsches Verwaltungsblatt* p.104 (1964).
- MÜLLER, J.P.: *Elemente einer schweizerische Grundrechtstheorie*. Stämpfli, Berna, 1982.
- MÜLLER, N.: *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung* Stämpfli, Berna, 1980.
- NEUBORNE, B.: *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana* (Trad. M.Cuchillo), Civitas-Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 1995.
- NEUMANN, U.: “Zum Verhältniss von philo sophischer und juristischer Hermeneutik”, en HASSEMER, W. (editor): *Dimensionen der Hermeneutik*. C.F.Müller, Heidelberg, 1984.
- NIETO, A.: *El arbitrio judicial*. Ariel, Barcelona, 2000.
- NIHOUL, P.: “¿Es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un Tribunal Constitucional?”, en AA.VV. *Derecho Comunitario. La Cuestión Prejudicial*. Vitoria, 1994.
- NINO, C.S.: *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1994.
- OATHWAITE, W.: “Hans-Georg Gadamer” en SKINNER (editor): *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

ONIDA, V.: "L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale", en *Scritti in onore di Constantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol IV, Giuffrè, Milàn, 1977.

PACE , A.: "Métodi interpretativi e costituzionalismo", *Quaderni costituzionali*, n.1, 2001.

PALADIN, P.: *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996.

PARDO FALCÓN, J.: *El Consejo Constitucional Francés*, CEC, Madrid, 1990.

PARODI, G.: *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giapichelli Editore, Turín, 1996.

PASQUINO, P.: "Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy." *Ratio Iuris* vol. 11, n.1, 1998.

PEGORARO, L.: "El Tribunal Constitucional" en LÓPEZ GARRIDO, D.; MASSÓ GARROTE, M.F. y PEGORARO L. (directores): *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

PELLONPÄÄ, M.: "La Convention européenne des droits de l'Homme: quelques réflexions comparatives entre la Finlande et la France", en *Revue internationale de droit comparé*, n.3, 1995.

PERALTA, R.: *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

PÉREZ LLEDÓ, J.A.: *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.

PÉREZ LUÑO, A-E.: "La interpretación de la Constitución", en *Revista de las Cortes Generales* n.1, 1984.

PÉREZ ROYO, J.: "Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas", en *REDC*, n. 17, 1986.

PERRY, H.W.: *Deciding to decide. Agenda Setting in the United States Supreme Court*. Harvard University Press, Cambridge, 1991.

PERRY, M.J.: *The Constitution in the Courts. Law or Politics?*. Oxford University Press, New York, 1994.

PESCATORE, P.: "La Constitution, son contenu, son utilité. La constitution nationale et les exigences décuolant du droit international et du droit de l'intégration européenne: Essai sur la légitimité des structures supra-étatiques", en *Revue de Droit Suisse*, vol. 111,1992.

PESTALOZZA, C.: “Noch verfassungsmäßige” und «bloß verfassungswidrige» Rechtslagen”, en *Bundesverfassungsgerichts und Grundgesetz*, vol. II, Mohr, Tübingen, 1976.

PESTALOZZA, C.: *Verfassungsprozeßrecht*, 3 ed., 1991, Beck, Múnic, 1991.

PIBERNAT DOMENECH, X.: “La sentencia constitucional como fuente del Derecho”, *Revista de Derecho Político*, n.24, 1987.

PIBERNAT DOMENECH, X.: “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.4, 1987.

PIZZORUSSO, A.: “Corte costituzionale: un nuovo “tipo” di sentenza?”, en *Corriere giurisprudenziale*, p.773 (1993).

PIZZORUSSO, A.: “Las sentencias “manipulativas” del Tribunal Constitucional Italiano” en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol I, Madrid, 1981.

PIZZORUSSO, A.: “Le motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale:comandi o consigli?” en *Rivista trimestrale di diritto publico*, p. 403 (1963).

PLATÓN: *Crátilo* (Trad. J.L.Calvo), Gredos, Madrid, 1992.

POHLE, A.P.: *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, Lang, Frankfurt a.M./Bern, 1979.

POLAKIEWICZ, J.: “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.81, 1993.

POLITI, F.: “Effetti di una sentenza additiva “di principio” (comportante maggiori spese) e giudizio de ragionevolezza: le esigenze del bilancio e la sempre maggiore imprevedibilità dell'es'to del giudizio de costituzionalità.” en *GC*, p. 2184 (1996).

POSNER, R.: *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, Cambridge, 1988.

PRIETO SANCHÍS, L.: “Notas sobre la interpretación Constitucional” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.9, 1991.

PRÜMM, H.P.: *Verfassung und Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1977.

PUNSET BLANCO, R.: “Doctrina Constitucional y órganos judiciales”, *REDC*, n.46, 1996.

PUNSET BLANCO, R.: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC” en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.7, 1995.

RENNERT, K.: “Art. 31 BVerfGG” en DIETER y CLEMENS: *Bundesverfassungsgerichtsgesetze*, Müller, Heidelberg, 1992.

RENOUX, T.S.: “La jurisdicción ordinaria francesa y la Constitución: ¿indiferencia, convergencia o competencia?”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.7, 1999.

REQUENA, T.: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*. Comares, Granada, 2001.

REY MARTÍNEZ, F.: "El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del art.10.2 CE)", en *Revista General de Derecho*, n.537, 1989.

REY MARTÍNEZ, F.: *El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. McGraw-Hill, Madrid, 1995.

RICOEUR, P.: *Du text à l'action. Essais d'herméneutique II*, Seuil, París, 1986.

RINZE, J.: "The Role of the European Court of Justice as a Federal Constitutional Cort", en *Public Law*, 426 (1993).

ROACH, K.: “Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures” en 80 *The Canadian Bar Review* 481 (2001).

RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “Constitución y Tribunal Constitucional” , *REDA*, n.91, 1996.

ROLLAND, P.: “L’interpretation de la Convention” en *Revue Universel des Droits de l’Homme*, vol 3, n. 7-9, 1991.

ROMBOLI, R. “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental” (Trad. ITorres Muro) en *REDC*, num. 48, 1996.

ROMBOLI, R.: “El control de constitucionalidad de las leyes en Italia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.4, 1999.

ROMBOLI, R.: “La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia” (Trad. R. Velázquez Álvarez) en *Cuadernos de Derecho Público*, n.7 , 1999.

ROMBOLI, R.: “Italia” en AJA, E. (Ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998.

RORTY, R.: “Heidegger, Kundera, Dickens” en *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos*, (Trad. J.Vigil Rubio), Paidós, Barcelona, 1993.

RORTY, R.: *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989

ROSE, G.: *Dialéctica del nihilismo. La idea de la ley en el pensamiento postestructuralista*, (Trad. A.Herrera Patiño), Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

ROSENFELD, M.: "Interpretación judicial y aplicación de la Constitución en Estados Unidos", en *Cuadernos de Derecho Público*, n.7, 1999.

ROSENFELD, M.: *Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics*. University of California Press, Berkeley, 1998.

ROTH, W.: "Grundlage und Grenzen von Übergangsordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen" en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.124, 1999.

ROTTLEUTHNER, H.: "Hermeneutik und Jurisprudenz", en H.J KOCH (editor): *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Athenäum, Krönberg, 1976.

ROUSSILLON, H.: *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, París, 1996.

RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M.: *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997.

RUBIO LLORENTE, F.: "El Bloque de la Constitucionalidad", en *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1987.

RUBIO LLORENTE, F.: "Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional europea" en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998.

RUBIO LLORENTE, F.: "Jurisdicción constitucional y legislación en España" en *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1987.

RUBIO LLORENTE, F.: "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho" en *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1987.

RUBIO LLORENTE, R.: "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", *Claves*, n.75, 1997.

RUGGERI, A.: *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Giuffrè, Milán, 1988.

RYAN, M.: *Marxism and Deconstruction*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1982.

SACHS, M.: "Bindungswirkungen bei verfassungskonformer Gesetzauslegung durch Bundesverfassungsgericht" *Neue Juristische Wochenschrift* p. 344 (1979).

SACHS, M.: "Teilnichtigkeit: Von der Kassation zur Gesetzneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht", en *Deutsches Verwaltungsblatt* p. 389 (1979).

SÁIZ ARNÁIZ, A.: "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como

Tribunal Constitucional" en *RVAP*, n. 53 (II), 1999.

SAIZ ARNAIZ, A.: "Asimetría y Estado Federal en Canadá" en *RVAP*, 47 (II), 1997.

SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al Derecho Internacional y europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SALVADOR CODERCH, P. y otros: "Libertad de expresión y luchas de poder entre Tribunales" en *InDret* www.indret.com, junio 2001.

SÁNCHEZ NAVARRO, A.J.: "La Reforma Constitucional en Francia", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.1, 1998.

SANDULLI, A.M.: *Il Giudizio sulle leggi: la cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti*. Giuffrè, Milàn, 1967.

SANTOS VIJANDE, J.: "«Doctrina» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los Tribunales Ordinarios" en R.PUNSET BLANCO y J.SANTOS VIJANDE: *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*. Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996.

SANTOS VIJANDE, J.M.: "«Doctrina» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los Tribunales ordinarios, Ed. Comares, Granada, 1995.

SASTRE ARIZA, S.: *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. McGraw Hill, Madrid, 1999.

SAUSSURE, F.: *Curso de lingüística general*. (Trad. Amado Alonso). Alianza, Madrid, 1990.

SAVIGNY, F.C.: *System des heutigen Römischen Rechts*, Vol. I, reimpresión de la edición berlinesa de 1840. Scientia Aalen, 1981.

SCHÄFER, H.: "Gesetzkraft und bindende Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts" en *NJW*, p. 1468 (1954).

SCHAPIRO, R.A.: "Judicial deference and interpretative coordinacy in state and Federal Constitutional Law." en *85 Cornell Law Review* (2000).

SCHAUER, F.: *Playing by the Rules. A philosophical examination of rule-based decision making in law and life*. Clarendon Press, Oxford, 1991.

SCHENKE, W.R.: "Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung," en *1321 Neue Juristische Wochenschrift* (1979).

SCHLAICH, K.: *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen..* C.H.Beck, 4 ed., Múnich, 1997.

- SCHLINK, B.: “Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft” en *Der Staat*, n.19, 1980.
- SCHMITT, C.: *La Defensa de la Constitución*. (Trad. M. Sanchez Sarto). Tecnos, Madrid, 1998.
- SCHMITT, C.: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. (Trad. de M.Herrero) Tecnos, Madrid, 1996.
- SCHNEIDER, H.P.: “Die Verbindlichkeit von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”, en *Deutsches Verwaltungsblatt* p. 186 (1954).
- SEARLE, J.R.: “The Background of Meaning” en J.R.SEARLE, F.KIEFER y M.BIERWISCH (eds.) *Speech Act Theory and Pragmatics*, Reidel, Dordrecht, 1981.
- SEIDMAN, L.M. y TUSHNET, M.: *Remnants of the belief. Contemporary Constitutional Issues*. Oxford University Press, New York, 1996.
- SERRA CRISTÓBAL, R.: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1999.
- SHAPIRO, M. y STONE, A.: “The new constitutional politics of Europe” en *26 Comparative Political Studies*, 397 (1994).
- SHAPIRO, M.: “Judicial Review in France”, *la Revue Tocqueville*, vol XII, p. 9 (1990/1991).
- SHERMANN, B.: “Hermeneutics in Law”, *Michigan Law Review*, n. 51, 1988.
- SILVESTRI, G.: “Le sentenze normative della Corte Costituzionale” en AA.VV., *Scritti su la giustizia Costituzionale (in onore di Vezio Crisafulli)*, vol I, CEDAM, Pádua, 1985.
- SIMON, H.: “Die verfassungskonforme Gesetzauslegung”, en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, n.74.
- SING, R.; HUNT, M. y DEMETRION, M.: “Is there a Role for the «Margin of Appretiation» in National Law after the Human Rights Act?”, en *European Human Rights Law Review*, 1 (1999).
- SKOURIS, B.: *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Duncker & Humblot, Berlín,1973.
- SMEND, R.: *Verfassung und Verfassungsrecht*. Duncker & Humblot, Múnich y Leipzig, 1928.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional” en *Revista de Estudios Políticos*, n.69, 1990.
- SPANNER, H.: “Die Verfassungskonformen Auslegung in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgerichts” *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.91, 1966.

STARK, C.: “Die Verfassungsauslegung” en J.ISENSEE y P.KIRCHOF: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. VII, Müller, Heidelberg, 1992.

STEIN, E.: “Juristische Auslegungslehren und wissenschaftliche Methodik” en *Recht im Dienst des Friedens. Festschrift für Eberhard Menzel*. Duncker & Humblot, Berlín, 1975.

STERN, K.: “Die Auslegung des Verfassungsrechts” en *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. I, Beck, Múnich, 1984.

STOKES PAULSEN, M.: “Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of *Roe* and *Casey*?” en 109 *The Yale Law Journal*, 1535 (2000).

STONE SWEET, A.: *Governing with judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press. Oxford, 2000.

STONE, A.: *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*. Oxford University Press, Oxford, 1992.

STRAUSS, D.A.: “The New Textualism in Constitutional Law” en *George Washington Law Review*, n. 5/6, vol. 66, 1998.

SUDRE, F.: “L’influence de la Convention européenne des droits de l’homme sur l’ordre juridique interne”, en *Revue Universel des Droits de l’Homme*, vol 3, n. 7-9, 1991.

SUNSTEIN, C.: *The minimalist Constitution. One case at time*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

SUNSTEIN, C.: *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

TARELLO, G.: *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.

TEJEDOR BIELSA, J.C.: “Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿Paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1 de octubre” en *REDA*, n.101.,1999.

THAYER, J.B.: “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review*, 129 (1893).

TOMÁS Y VALIENTE, F.: “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador” en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

TRIBE, L.: *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1988.

TUCCIARELLI, C.: “Le istituzioni a due marce: Corte costituzionale e Parlamento tra sentenze poco seguite e seguito poco sentito” en *Quaderni Costituzionali*, n.2, p.303 (1996).

TUSHNET, M.: "Critical Legal Studies and Constitutional Law: An Essay in Deconstruction", en *Stanford Law Review*, n.36, 1984.

TUSHNET, M.: "Policy Distortion and Democratic Debilitation: comparative illumination of the Countermajoritarian Difficulty" en *Michigan Law Review* p.245 (1995).

TUSHNET, M.: *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton University Press, Princeton, 1999.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.: *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*. IVAP, Oñati, 2001.

VAN DE KERCHOVE, M.: "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique", en F.OST y M. VAN DE KERCHOVE: *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1978.

VECINA CIFUENTES, J.: "Las sentencias «aditivas» del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador" en *Justicia*, n.III-IV, 1993.

VIEHWEG, T.: *Tópica y jurisprudencia*. Trad. L.Díez Picazo. Taurus. Madrid, 1986.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *La inconstitucionalidad por omisión*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

VIOLA, F. y ZACCARIA, G.: *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza, Roma/Bari, 1999.

VIOLA, F.: "La critica dell'ermeneutica alla Filosofica Analitica italiana del Diritto" en M.JOLI (editor) *Ermeneutica e Filosofica Analitica. Due concezioni del diritto a confronto*. Giappichelli editore, Turín, 1994.

VOGEL, K.: "Rechtskraft und Gesetzkraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts", en *Bundesverfassungsgerichts und die übrigen Verfassungsorgane*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1988.

VON MOHL, R.: "Nordamerikanisches Staatsrecht" en *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Auslands*, n.7, 1835.

VON WRIGHT, H.G.: "Analytic Philosophy: a Historical-Critical Survey" en *The Tree of Knowledge and other Essays*, E.J. Brill, Leiden, 1993.

VON WRIGHT, H.G.: "The Foundations of Norms and Normative Statements" en *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. I, Basil Blackwell, Oxford, 1983.

VOßKUHLE, A.: "Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte" en *Archiv des öffentlichen Rechts*, n.125, 2000.

WALDRON, J.: "A Right-Based Critique of Constitutional Rights" 13 *Oxford Journal*

of Legal Studies, 18 (1993).

WEBER, A.: “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.7, 1999.

WEBER, A.: “La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación”, en *REDC*, n. 17, 1986.

WEILER, J.H.H. y LOKHART, N.J.S.: “Taking Rights seriously” seriously: The European Court and its fundamental rights jurisprudence. Part II” en *32 Common Market Law Review* 579 (1995).

WEILER, P.C.: "Rights and judges in a Democracy: A new Canadian Version" *18 University of Michigan Journal of Law Reform* 51, (1984).

WEINRIB, L.E.: “The Supreme Court of Canada in the Age of Rights” *80 The Canadian Bar Review* 699 (2001).

WELLINGTON, H.: *Interpreting the Constitution*, Yale University Press, New Haven, 1990.

WRÓBLEWSKI, J.: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. A.Azurza, Civitas, Madrid, 1988.

XIOL RÍOS, J.A.: “El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, n.3,1986.

YOUROW, H.CH.: *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Martinus Nijhoff, La Haya, 1996.

ZACCARIA, G.: *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Cedam, Pádua, 1990.

ZAGREBELSKY, G.: “La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución” en A.LÓPEZ PINA (Ed.): *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional.*, Tecnos, Madrid, 1987.

ZAGREBELSKY, G.: “La Corte Costituzionale e il legislatore” en AAVV: *Corte Costituzionale e sviluppo della forma de governo in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1982.

ZAGREBELSKY, G.: “La dottrina del Diritto Vivente” en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milàn, 1988.

ZAGREBELSKY, G.: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1988.

ZAVALA, I.M.: *La posmodernidad y Mijail Bajtin. Una poética dialógica*. Espasa Calpe, Madrid, 1991.

ZIPPELIUS, R.: “Verfassungskonforme auslegung von Gesetzen” en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol II, Mohr, Tübingen, 1976.

