

# DESVIACION DE PODER Y DISCRECIONALIDAD DEL LEGISLADOR

POR

JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ

Doctor en Derecho  
Letrado del Consejo de Estado

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SISTEMA DE RACIONALIZACIÓN DEL PODER EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—III. CONTROL NOMOFILÁCTICO Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL LEGISLADOR.—IV. VALOR ACTUAL DEL DOGMA DEL IMPERIO DE LA LEY.—V. EL NÚCLEO ESENCIAL DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA Y LA FUNCIÓN PECULIAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—VI. LA ZONA CRÍTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.—VII. EL EXCESO DE PODER EN LA DOCTRINA ITALIANA.—VIII. DESVIACIÓN DE PODER, CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS DE HECHO Y CONTROL DE LOS PRONÓSTICOS DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL.

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio de los límites de la Justicia Constitucional es, sin duda, uno de los *Hauptprobleme* del Derecho constitucional contemporáneo. La doctrina, sin embargo, profesa un relativo agnosticismo sobre la cuestión. Por influencia anglosajona, aceptamos que la virtud del Tribunal Constitucional depende, como en una dama victoriana, de un sabio ejercicio del *self-restraint*.

Pero en un ordenamiento continental como el nuestro es lícito aventurar una construcción dogmática. Como resulta obvio, el valor de una construcción prescriptiva depende de su confrontación con todos y cada uno de los datos empíricos de la realidad jurisprudencial. Con esa reserva, me voy a permitir aventurar algunas reflexiones sobre posibles *técnicas críticas* del control constitucional de la regularidad normativa de la ley. La ocasión jubilar del centenario de nuestra REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA es propicia para examinar fenómenos exquisitamente administrativos, como la desviación de poder y el control de la discrecionalidad, a la luz de los principios del Derecho Constitucional.

## II. EL SISTEMA DE RACIONALIZACIÓN DEL PODER EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española garantiza un sistema de racionalización del poder. Se fundamenta en el antiguo principio de la división

de poderes en su versión corregida por la teoría de la *balanced constitution* (1).

Cada uno de los órganos constitucionales, y cada órgano lateral o auxiliar constitucional, ven garantizado por la Constitución el ejercicio de su *función peculiar* (2). Todos ellos tienen, además, un deber común de recíproca lealtad constitucional (*Verfassungsorganstreue*). Los órganos constitucionales se deben mantener en el ámbito de su función peculiar sin invadir las de los otros. Y ello aunque guarden cierta (conexión entre sí como órgano principal y órgano lateral o auxiliar (vgr. Cortes Generales respecto del Tribunal de Cuentas o Defensor del Pueblo) (3).

### III. CONTROL NOMOFILÁCTICO Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL LEGISLADOR

Nuestro Tribunal Constitucional, en sede de juez de conflictos, es el órgano regulador del sistema de división y racionalización del Poder que garantiza la Constitución. No sólo regula la discriminación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o las de éstas entre sí (art. 59.1 y 2 LOTC), sino el principio de división horizontal del poder a su más alto nivel entre los órganos constitucionales propiamente dichos (art. 59.3 LOTC).

Pero por otra parte, también le corresponde, en sede de control de inconstitucionalidad normativa, «enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar» (4).

El juicio sobre la regularidad constitucional de la ley aparece *prima facie* como un juicio exquisitamente formal o, si se quiere, *nomofilác-*

(1) Me remito a las reflexiones contenidas en mi trabajo *El poder judicial como límite de la potestad de control de las Cortes Generales*, en «El Poder Judicial». Jornadas de Estudio de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, vol. III, pp. 2447 y ss.

(2) Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 (recurso núm. 188/80; ponente Gómez-Ferrer).

(3) La afirmación no es teórica. En base a ella se pueden repudiar prácticas como la que revela el preámbulo del Real Decreto 2825/1981, de 27 de noviembre, sobre registro sanitario de alimentos, en el que se declara: «El Pleno del Congreso de Diputados, en su reunión del día 17 de septiembre de 1981, aprobó un plan de medidas urgentes de defensa de la salud de los consumidores... En cumplimiento de dichos mandatos de la Cámara legislativa, el presente Real Decreto declara...» Aparte de las dificultades de control jurisdiccional que tales normas suponen, dada la quiebra del principio de legalidad, la generalización de tal práctica supondría la mutación de la forma de gobierno parlamentaria en forma de gobierno asamblear.

(4) Sentencia del Tribunal Constitucional, cit.

tico. Nuestro Consejo de Estado, en su dictamen de 29 de octubre de 1981 (exp. 43.706), lo ha expresado así:

«En todo procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, ya sea en vía principal o incidental (título II de la LOTC), el Tribunal Constitucional enjuicia la conformidad o disconformidad de las leyes, disposiciones o actos impugnados con la Constitución (art. 27.1 de la LOTC). La norma o principio constitucional de que se trate viene, en esos procesos, a constituir la *premisa mayor* de un silogismo. Su *premisa menor* estará integrada por las disposiciones legales, o con fuerza de ley, impugnadas. El silogismo está destinado a concluir en una sentencia que, en fin, será estimadora o desestimadora de la infracción constitucional alegada. De acuerdo con este planteamiento, el artículo 33 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional exige como requisito necesario de todo escrito de interposición de recurso que se precise "el precepto constitucional que se entiende infringido"» (5).

¿Puede el control nomofiláctico convertirse en control de la actividad del legislador?

Así como en Derecho administrativo es fácil saltar del control del *acto* al control de la *volición* o *actividad* del agente, no ocurre lo mismo, al menos sin dificultad, en el control de constitucionalidad de la ley.

Aun en actos complejos o procedentes de órganos colegiados suele existir, en el Derecho público general, coincidencia entre el sujeto que quiere, enjuicia, conoce o desea y el que declara la voluntad, juicio, conocimiento o deseo. En cambio, en las leyes, entre la voluntad del órgano legislativo y la declaración legislativa de la voluntad del Estado se produce una separación clara y tajante, en la que intervienen actos de tal trascendencia como la sanción, promulgación y publicación (art. 91 CE) (6).

(5) *Recopilación de doctrina legal del Consejo de Estado*, 1981, Madrid, 1983, página 148.

(6) Cfr. ESPÓSITO: «La validità delle leggi», *Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Padua, 1934, páginas 352 y ss.

Y esta distinción, lúcida desde la construcción clásica de Espósrro, plantea múltiples problemas dogmáticos que el constitucionalista debe resolver y explicar, a la luz de los datos concretos que ofrece su ordenamiento.

Desde una perspectiva político-constitucional hay que efectuar una serie de precisiones. Ante todo hay que reducir a sus justos términos una idea mítica, profundamente arraigada, que reflejan muchos pasajes de nuestra Constitución. La fórmula *imperio de la ley* (Preámbulo; art. 117.1) sirve perfectamente para expresarla. Se trata de la formulación revolucionaria del dogma de la *omnipotence de la loi* (7), que preside el liberalismo decimonónico.

Si Emperador era el Rey de reyes, sin dificultad habremos de aceptar que el imperio de la ley sólo corresponde, en sentido propio, a nuestra Ley de leyes. El principio de *primacía de la Constitución* (artículo 9.1 CE; art. 27.1 LOTC) completa y da sentido a la expresión *imperio de la ley*.

Como consecuencia han entrado en crisis los conceptos tradicionales que la doctrina había logrado diseñar para reducir a unidad el sistema de normas jurídicas. La *preferencia formal de la ley* conforme a la *fuerza de ley* (*Gesetzeskraft, force of law*), en cuya virtud la ley manifestaba la voluntad más fuerte (*stärkste*) y más alta (*höchste*) del Estado, se desvanece como una sombra al establecerse una Constitución rígida (arts. 166 a 169 CE). Como señaló Vezio CRISAFULLI, hace ya un cuarto de siglo, la aparición de una *forma legal constitucional* coloca a la Constitución en un escalón superior a la ley y las demás fuentes tradicionales. El principio tradicional de *jerarquía* cede terreno a un nuevo principio de *competencia* (8). Y así, como afirma Giovanni QUADRI, se pueden aplicar a las relaciones entre Cons-

(7) Sobre la significación de la expresión *imperio de la ley*, cfr., *omnibus*, A. GARRORENA: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980, páginas 22 y ss.; *spec.* 85 y ss., y bibliografía, *ib. cit.* Recuérdese la intervención de Desmeuniers ante la Asamblea, según la cual: *Le mot loi exprime tout ce qu'il y a de plus imposant, puisqu'il annonce l'acte auquel tous les peuples doivent être soumis*. Apud, G. QUADRI: *La forza di legge*, Milán, 1979 (Ristampa), p. 34 *et passim*. Pues bien, reconocer el valor de esa conquista del género humano que representa la efectividad de la máxima *ubi non principantur leges non est politia*, no excluye colorear el principio de legalidad de los valores que constituyen la sustancia del Estado de Derecho avanzado y en los que el principio de legalidad cobra una significación distinta. Cfr., *omnibus*, LA PÉRGOLA: *L'opera di Silvio Lessona: Riflessioni di un costituzionalista*, en «Atti della Accademia delle Scienze dell'Instituto di Bologna», vol. LX, Bolonia, 1972, pp. 64 y ss.

(8) CRISAFULLI: *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, en «Riv. Trim. Dir. Pubb.», 1960, pp. 784 y s.

titución y ley muchos de los principios que los administrativistas aplican a las relaciones entre ley y reglamento (9).

En segundo lugar, la creación de un Tribunal Constitucional pone en tela de juicio muchos de los postulados basados en la posición constitucional del juez ordinario tras la Revolución francesa. El mito de la inmunidad de los *interna corporis acta* empieza, no sin graves dificultades, a desaparecer (10). No obstante, los esfuerzos meritorios de la doctrina anterior a la Justicia constitucional pueden, hoy, perpetuar la existencia del mito al proyectar sobre la *norma legal*, como resultado objetivo y final del proceso legislativo, las irregularidades del procedimiento o los vicios de la voluntad del Parlamento. Y éstos, al devenir vicios de la *norma*, pueden considerarse como irregularidades no invalidantes. Lo que, en casos de ausencia de Tribunal Constitucional, es una posición progresista, al permitir controlar el reflejo normativo de los vicios internos, puede llevar hoy a una posición doctrinal regresiva. En la medida que los *interna corporis acta* sólo sean considerados relevantes en cuanto vicios del acto final: la norma desgajada de su fuente productora.

Y, por último, hay que recordar el Estado social y plural de Derecho que consagra la Constitución (art. 1.1). Hacia arriba, aceptamos generosamente el Derecho internacional y supranacional entre nuestras fuentes del Derecho. Pero, hacia abajo, hemos adoptado un rico sistema de autonomías. Y no sólo territoriales, sino también sociales.

Las fuerzas sociales deben ir adquiriendo progresivamente poder e influencia, aunque, todavía, permanezcan formalmente alejadas de las estructuras *oficiales*. Baste citar los ejemplos de los partidos políticos o los sindicatos de trabajadores. Ese proceso no puede dejar de tener incidencia en el plano formal de las fuentes del Derecho. Lo tiene ya, como resulta del artículo 37.1 de nuestra Constitución. Pero tal precepto es sólo un indicio de un proceso inevitable. Entramos así en el terreno de lo que el juez LA PERGOLA ha definido como *fuentes atípicas*. Y las consecuencias no son pequeñas. La doctrina más autorizada en la materia ha llegado a preguntarse si el concepto de *ley* no está atravesando una fase análoga a la que sufrió el soberano en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional. El poder normativo se escapa de entre las manos del

(9) G. QUADRI, *op. ult. cit.*, p. 234.

(10) Cfr. A. PIZZORUSSO: «Comentario al artículo 134 de la Constitución italiana», en *Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca, Garanzie costituzionali*, Bolonia-Roma, 1981, pp. 105 y ss.

Parlamento a medida que las autonomías territoriales y sociales se consolidan. Pero el legislador aparece formalmente investido de sus poderes; al igual que el rey seguía siendo centro de imputación formal de competencias ya asumidas por otros órganos (11).

Pero, ante tal situación, surge como conclusión una nueva perspectiva en la *lucha contra las inmunidades del Poder*. El mantenimiento a ultranza de la *forma de ley* que, en otras épocas, representaba una posición de progreso al consagrar la primacía del órgano representativo de la voluntad popular frente al ejecutivo monárquico, puede ser hoy una posición reaccionaria. Así es en la medida que sirva para dotar de *inmunidad* ante los controles de constitucionalidad a fuentes normativas reales por el hecho de no haber ingresado todavía oficialmente entre las fuentes del Derecho tradicionales.

A la luz de lo que se ha venido exponiendo, debe afirmarse la necesidad político-constitucional de que el control nomofiláctico no se limite a la visión formal de la norma jurídica como manifestación objetiva del Derecho (*Entfremdungstheorie*) y, en cuanto tal, desligada de la fuente o poder que la emana.

Cierto es que en lo que la doctrina alemana denomina *control concreto* de la constitucionalidad de la ley (art. 163 CE), es decir, en las cuestiones de inconstitucionalidad, puede que predomine la perspectiva de la norma como manifestación general y abstracta del orden jurídico. Pero nuestro Tribunal tiene también atribuido un *control abstracto* de la regularidad normativa, en el que se legitima a las minorías parlamentarias, e, incluso, un generoso *control previo* que le consiente introducirse en el examen de lo que todavía es sólo un proyecto normativo. En todos estos supuestos debe predominar una actividad de control no muy diferente de las que conoce nuestro Derecho administrativo.

Si así es, no podemos dejar de subrayar la necesaria conexión de todos los procedimientos de control de la constitucionalidad de las leyes previstos en nuestro ordenamiento. Y, en general, la de todos los procesos constitucionales. El Consejo de Estado ha puesto de manifiesto la proximidad existente entre el control de regularidad normativa y los conflictos constitucionales (12). La doctrina, en fin, no ha dudado en afirmar la apertura de un verdadero recurso de amparo

(11) *Apud* LA PÉRGOLA, *op. cit.*, p. 81, *in nota*.

(12) Dictamen de 14 de mayo de 1981 (exp. 43.347), en *Recopilación*, *cit.*, 1981, páginas 129 y s., 187 y ss.

contra leyes (13). Todo nos lleva a afirmar que el estudio de los límites del control nomofiláctico de nuestro Tribunal Constitucional no puede estudiarse sin tener en cuenta, en forma global, los demás poderes que la Constitución y su ley orgánica atribuyen al intérprete supremo de la Constitución.

#### IV. VALOR ACTUAL DEL DOGMA DEL IMPERIO DE LA LEY

Antes de seguir adelante conviene advertir de los peligros a que conduce una visión iconoclasta del dogma de la *omnipotence de la loi*. Las concepciones *arcaicas* conservan muchas veces un valor *árquico* (en el sentido etimológico de *arjé* o principio). Así la sanción, promulgación y publicación de las leyes, sobre la que puede pasar el Tribunal Constitucional, ofrecen perspectivas de garantía para los ciudadanos que es peligroso desconocer (14). Y, asimismo, tiene sentido que la Constitución reafirme la sumisión del juez ordinario al *imperio de la ley* (art. 117.1 CE). Es obvio que, como los ciudadanos y todos los poderes públicos, el juez está también sometido a la eficacia inmediata de la Constitución (art. 9.1 CE). Pero debe aplicar la Constitución, al menos tendencialmente, a través del diafragma de la ley. La Constitución despliega toda su eficacia en la aplicación *fisiológica* del Derecho. Cuando no se interpone ninguna ley *patológica* que genere una antinomia insalvable para el juez. Cuando así ocurra, al juez ordinario sólo se le permite la *duda* (art. 163 CE; artículos 35 y 36 LOTC). Sigue vinculado por el imperio de la ley. No así el Tribunal Constitucional; único órgano al que se permite rasgar el velo de la forma y controlar, junto a la norma, la patología orgánica o funcional de la fuente de la que emana.

#### V. EL NÚCLEO ESENCIAL DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA Y LA FUNCIÓN PECULIAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los límites del control de la constitucionalidad de la ley pueden abordarse tomando en consideración el *núcleo esencial* (*Kernbereich*)

(13) Cfr. I. BORRAJO INIESTA: *Amparo frente a leyes*, en el número 98 de esta REVISTA, pp. 167 y ss. y bibliografía, *ib. cit.*

(14) Cfr. RODRÍGUEZ-ZAPATA: «Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: La Constitución española», en *La Constitución española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, pp. 564 y ss.

de la función legislativa y confrontándolo con la función peculiar de la Justicia Constitucional.

Hay una afirmación unánime en la jurisprudencia de todos los ordenamientos: el Tribunal Constitucional no puede controlar la oportunidad o conveniencia de la ley.

En su sentencia 86/1982, de 23 de diciembre (ponente GÓMEZ-FERRER), el Tribunal español ha afirmado:

«Parece oportuno efectuar una precisión acerca de la función y alcance del recurso de inconstitucionalidad. Y a tal efecto, es necesario partir del artículo 27.1 de la LOTC, el cual indica que a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, "el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y, a tal efecto, enjuicia la conformidad con la misma de la ley, disposición o acto impugnado".

Esta es la primera observación que debemos efectuar. Nuestro juicio se ha de circunscribir a determinar la conformidad con la Constitución de la ley impugnada. No es, por tanto, un juicio de valor acerca de si la regulación adoptada es o no la más oportuna, porque este es el campo de actuación en que han de moverse las distintas opciones políticas, dentro del marco de la Constitución, como corresponde al pluralismo político que propugna su artículo 1.º como uno de los valores superiores del Ordenamiento.

No se puede pretender, pues, ni se puede esperar del Tribunal Constitucional un tipo de actuación de alcance diverso al que ha quedado precisado por su Ley Orgánica.»

Si buscamos una explicación dogmática a esta declaración, la encontramos, sin duda, en el respeto a la función peculiar del legislador que, casi necesariamente, se vulnera cuando el Tribunal formula juicios de oportunidad para sustituir los expresados por el Parlamento. Así lo afirmó, en forma ya clásica, LEIBHOLZ y así lo confirma la doctrina alemana más reciente (15).

(15) Cfr. LEIBHOLZ: «El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la política», en *Problemas fundamentales de la democracia moderna* (IEP), Madrid, 1971, pp. 165 y siguientes.



Es obvio que la discriminación de las funciones peculiares de los distintos órganos constitucionales plantea graves dificultades. No obstante, utilizando los criterios de *adecuación* orgánica y funcional (*Organadäquanz; Funktionsgerechtigkeit*), puede determinarse, caso por caso, hasta dónde llega el control del Tribunal. Un ejemplo paradigmático, cercano al *self-restraint*, lo ofrece la importante sentencia de nuestro Tribunal de 1 de junio de 1981 (cuestión de inconstitucionalidad 231/80; ponente RUBIO LLORENTE). La falta de un presupuesto procesal, en sentido amplio, conduce al Tribunal a no pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada. La prejudicialidad de la cuestión respecto del fallo del juez *a quo* era discutible. La norma cuestionada era plenamente aplicable al caso. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que el pronunciamiento sobre su validez o invalidez no puede alterar el sentido del fallo en el juicio principal. Considera así, como condiciones de la cuestión de inconstitucionalidad, tanto la aplicabilidad al caso de la disposición denunciada cuanto que de la validez o invalidez de ésta dependa el fallo.

Y este planteamiento, riguroso, lo fundamenta el Tribunal en su respeto al legislador:

«Este requisito deriva, como queda dicho, de la naturaleza misma de la jurisdicción constitucional y del lugar que ocupa en un Estado social y democrático de Derecho, cuyos órganos legislativos son la representación del pueblo (art. 66 de la Constitución). La ley, como emanación de la voluntad popular, sólo puede ser en principio derogada o modificada por los representantes de esa voluntad, y sólo para el caso de que el precepto legal infrinja la Constitución se ha concedido a este Tribunal la potestad de anularla. Esta potestad sólo puede ser utilizada, sin embargo, cuando así lo exigen razones muy graves y sólidas; cuando un órgano constitucional o parte sustancial de él afirman la existencia de esa

---

tes; K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, Munich, 1980, pp. 956 y ss. y bibliografía, *ib. cit. y spec.* K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12 edición, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, pp. 223 y s. Los criterios de adecuación orgánica y funcional los tomo de S. MAGIERA: *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Berlin, 1979, pp. 88 y ss.; para el concepto de *Staatsleitung*, pp. 44 y siguientes, *et passim*. Cfr. un resumen de la construcción italiana del *indirizzio politico* en P. BARILE: *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padua, 1978, pp. 235 y ss.

infracción, o cuando, de no ser declarada dicha infracción, un órgano judicial hubiera de verse en la situación de violar la Constitución porque, estando sometido al imperio de la ley (art. 117.1 de la Constitución), carece de facultades para inaplicarla, aunque la considere contraria a una norma más alta, pero anterior en el tiempo. Cuando estas razones sólidas y graves no existen, el respeto al legislador exige que este Tribunal se abstenga de hacer pronunciamiento alguno.»

Estos impecables razonamientos no serían, sin embargo, satisfactorios si se toma en consideración que la norma cuestionada (el artículo 252 de la Compilación de Cataluña) era efectivamente incompatible con la nueva Constitución, como no oculta el Tribunal. Pero el hecho es que el Parlamento de Cataluña, a través de todas las fuerzas políticas representadas en él, había manifestado su convencimiento de tal incompatibilidad en una sesión especial en la que debatió la providencia por la que el Tribunal Constitucional le concedía audiencia en el proceso incidental. Y que, tras señalar que ello era lógico en un ordenamiento que había permanecido congelado desde hace más de doscientos cincuenta años, había manifestado su propósito de hacer uso de las competencias que el Estatuto de Autonomía le había concedido (art. 9.2) para adecuar urgentemente la Compilación a la realidad de nuestro tiempo.

Estas circunstancias no son ignoradas, ni silenciadas, por el Tribunal Constitucional, que afirma:

«El hecho de que, como en el presente caso sucede, se trate de una norma cuya acomodación al espíritu de los tiempos se ha visto dificultada por circunstancias históricas que no son imputables al legislador hoy competente, el cual, por lo demás, ha dado muestras de una plausible diligencia para acometer esta tarea actualizadora, no es, sin duda, determinante, pero refuerza aún más, si ello es posible, la necesidad de dar toda su trascendencia a las exigencias procesales en el ámbito de los procesos de inconstitucionalidad.»

De donde resulta que el Tribunal formula una indiscutible apelación al legislador (*Appellentscheidung an den Gesetzgeber*), pero en un caso en que todo un Parlamento había declarado su voluntad de atender esa apelación con urgencia. La sentencia, por ello, contiene una versallesca respuesta al legislador. El Tribunal se limita en el ámbito esencial de su función de control (*Kernbereich*) para no invadir el terreno de la función reservada al legislador autónomo. Pocos ejemplos existen, en Derecho comparado, de una relación tan correcta entre el Tribunal Constitucional y un órgano legislativo. El órgano adecuado (*funktionsgerecht*) para resolver la antinomia era el Parlamento autónomo. Ante su declaración expresa, el Tribunal aplica con rigor los límites procesales de su actuación.

Desde una perspectiva dogmática puede afirmarse, en efecto, que las Cortes Generales son el órgano potencialmente idóneo —a nivel estatal— para el ejercicio de una función de *dirección política* (*Staatsleitung*) que, en cambio, no es adecuada para el Tribunal Constitucional. Las Cortes Generales o, más rectamente, el complejo Gobierno-Cortes Generales, recibe de la investidura popular el libre ejercicio de esa función conformadora y creadora.

La intervención del Tribunal Constitucional en ese terreno es siempre patológica; ya se deba a la inactividad del Parlamento (*supplenza della Corte*, en la experiencia italiana) o al decisionismo del Tribunal (*government by judges*). Por ello no creo, pese a la autorizada voz de MAURO CAPPELLETTI en contrario, que sea *supplenza patologica* la intervención de un Tribunal Constitucional en las omisiones, ambigüedades o contradicciones normativas del legislador (16) ni que sea *supplenza* la actividad *creativa* de los jueces constitucionales. El problema no consiste en determinar si el Tribunal Constitucional realiza o no una actividad creadora, sino en indagar si esa actividad —que realizan todos los jueces del mundo— corrige, o no, la función de conformación y dirección que sólo compete (bajo la Constitución) a la ley como expresión de la voluntad del Parlamento.

En suma, el Tribunal Constitucional no puede declarar o establecer una *dirección política* propia contraria al Parlamento. Cuando parece actuar así está declarando una *dirección política constitucional* a la que, como el Parlamento, también el Tribunal está sometido. Mientras se mantenga dentro de tales límites no realiza, a mi juicio,

(16) Cfr. M. CAPPELLETTI: *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano*, en «REDC», 4, pp. 14 y ss.

actividad supletoria alguna, sino la misión que la Constitución le ha encomendado.

¿Es *adecuado* el Tribunal Constitucional para realizar una interpretación creadora que supla omisiones, ambigüedades o contradicciones? Convendría indagar sobre el papel que —en circunstancias similares en el terreno de las fuentes— han desempeñado determinados Tribunales de Justicia. Y, al igual que en el Edicto del Pretor, puede que se contienen en las sentencias de 23 de diciembre de 1982 y de 1 Constitucional. Así, en los *arrêts de règlement* de los parlamentos franceses, en el Antiguo Régimen, o en las consultas sobre dudas de ley dirigidas al rey, en forma de dictamen, por nuestras Audiencias (verbigracia, arts. 86 y 90.14 del Real Decreto de 26 de septiembre de 1835). El papel de *oracles* reconocido a los Tribunales aúlicos en el pasado pudiera ilustrar sobre la idoneidad de un Tribunal Constitucional, como *Cour souverain*, para resolver, en forma jurisprudencial, un panorama confuso de fuentes del Derecho.

La función peculiar del Tribunal Constitucional en el control de la función legislativa debe ser construida en torno a tres afirmaciones que se contienen en las sentencias de 23 de diciembre de 1982 y de 1 de junio de 1981, que hemos citado:

A) *El Tribunal como órgano de garantía* (fdto. 2 de la S. 23-XII-1982), por contraposición a la ley como acto de dirección manifestado por el Parlamento.

B) *La ausencia de poder de iniciativa en el propio Tribunal Constitucional* (fdto. 2 de la S. 23-XII-1982), lo que nos lleva a las peculiaridades estructurales y funcionales del Tribunal, magistralmente expuestas por CAPPELLETTI (16).

C) *Respeto al legislador, salvo que por razones sólidas y graves sea necesario asegurar la primacía de la Constitución* (fdto. 4 de la S. de 1-VI-1981).

## VI. LA ZONA CRÍTICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La zona fronteriza entre el *núcleo esencial* (*Kernbereich*) de la función legislativa y el *núcleo esencial* del control de constitucionalidad de las leyes puede ser acotada con una técnica sobradamente conocida en Derecho.

Podemos afirmar la existencia de un *área de certeza* del control nomofiláctico del Tribunal, en la que se resuelve, sin problemas, mediante el silogismo de la inconstitucionalidad. Asimismo existirá una *zona cierta* de la función legislativa libre (sea en las Cortes Generales o en los Parlamentos autónomos) como manifestación *política* de la función de dirección. Pero, junto a ellas, existe lo que CRISAFULLI llama, con acierto, una *zona crítica* (17), en la que el legislador no es totalmente libre, ni el Tribunal seguro.

Basta con examinar el artículo 1.1 de la Constitución para afirmar que, como en todo Estado social y democrático de Derecho, esa zona ha de ser necesariamente amplia. Y, aunque el terreno sea resbaladizo, contamos para cubrirla con un Tribunal que, como ha afirmado el magistrado RUBIO LLORENTE, es «el más puro de todos los europeos» (18).

Sin duda, corresponde a cada ordenamiento jurídico arbitrar técnicas propias, de acuerdo con su tradición, para resolver los problemas que se plantean en este terreno. Es esta el área en la que se producen las llamadas sentencias interpretativas, basadas en los principios de *favor legis* o *favor conventionis*; las manipulativas; las apelaciones al legislador o, en fin, todas aquellas técnicas en las que el Tribunal ejercita un *self-restraint* ante el temor al vacío normativo o a invadir el terreno esencial del legislador (19). El terreno, en fin, en el que se produce la mayor inseguridad de la jurisprudencia.

Pero en él se puede avanzar con técnicas conocidas por el jurista. Cualesquiera que sean las diferencias nacionales siempre habrá un punto universal de encuentro que, como ha puesto de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA, es «justamente la unidad de ese método jurídico de manejo y articulación de principios generales y de conceptos técnicos, de apotegmas instrumentales y, en definitiva, de todo el arsenal, modesto por su empaque teórico, pero perfectamente operativo, que es la *tópica jurídica*» (20). Pues bien, utilizando las construcciones

(17) V. CRISAFULLI: «Giustizia costituzionale e potere legislativo», en *Scritti Mortati*, vol. IV, p. 137. El trabajo fue presentado como relación de síntesis en la III Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, lo que acrecienta el valor de sus afirmaciones.

(18) RUBIO LLORENTE: *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*, en «RDP», 16, p. 35.

(19) Cfr. CRISAFULLI: *Op. ult. cit.*, pp. 139 y ss., y STERN: *Op. cit.*, II, pp. 958 y ss.; cfr. la magnífica exposición de N. MÜLLER: *Die rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung*, Berna, 1980, páginas 89 y ss.

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 233, en nota; 209 y ss.

dogmáticas de otros ordenamientos, podemos intentar construir en el nuestro tres técnicas de control en esa zona crítica que hemos mencionado: la desviación de poder; el control de los presupuestos de hecho, y el control de los pronósticos del legislador.

## VII. EL EXCESO DE PODER EN LA DOCTRINA ITALIANA

La aplicación de la figura de la *desviación de poder* (*eccesso di potere*) a la justicia constitucional se debe a la doctrina italiana.

Como han señalado nuestros administrativistas, la *desviación de poder* tiene un alcance y significación distintos en los derechos francés, italiano y español (21). No obstante, en la medida muy limitada en que ello es posible, la reflexión italiana presenta aspectos de interés en España.

Hay que destacar, en la doctrina anterior a la Constitución de 1948, un artículo clásico de CARNELUTTI, publicado en 1947. Una sentencia de la Corte de Casación (de 28 de julio de 1947) consideró que una disposición legislativa del ordenamiento provisional había violado el principio de división de poderes. En efecto, había convalidado, con efecto retroactivo, determinados reglamentos idénticos en su contenido a otros que el Poder judicial venía declarando ilegales en sucesivas sentencias firmes (22).

Aunque en este caso debiera hablarse de desviación de poder como incompetencia absoluta (*straripamento di potere*) (23), presenta un notable interés al garantizar el núcleo esencial de la función jurisdiccional frente al Poder legislativo (24). Dada la existencia en España de una reserva de jurisdicción (art. 117.3 CE), estimo que tal doctrina es plenamente aplicable en nuestro ordenamiento.

Peró fue la propia Constitución italiana la que, necesariamente, llevó a la doctrina a una pronta y refinada elaboración del vicio de *desviación de poder* de la ley en su sentido teleológico propio. Vicio

(21) Cfr., *omnibus*, GARCÍA DE ENTERRÍA Y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1979, 3.ª, vol. I, p. 466.

(22) F. CARNELUTTI: *Eccesso di potere legislativo*, en «Rivista di Diritto Processuale», 1947, II, pp. 193 y ss. (cit. por PALADÍN, en *op. cit.*, infra, nota 23).

(23) Así, L. PALADÍN: *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, en «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 1956, pp. 1034 y ss.; 1036. Para el *straripamento di potere* remito al trabajo de S. MARTÍN-RETORTILLO: *El exceso de poder como vicio del acto administrativo*, en el número 23 de esta *Revista*, pp. 112 y ss. Cfr. igualmente el mencionado trabajo para todos los problemas del exceso de poder en Italia, pp. 91 y ss.

(24) Cfr. RODRÍGUEZ-ZAPATA: *Op. cit.*, en nota núm. 1.

que, en su significación italiana, vamos a denominar *exceso de poder*, conforme a la traducción española que Sebastián MARTÍN-RETORTILLO dio a la expresión *eccesso di potere*, para diferenciarlo de *desviación de poder* en su posible aplicación a España (25).

El punto de partida se encuentra en el artículo 134 de la Constitución italiana, que establece:

«La Corte Constitucional enjuicia: Las controversias relativas a la legitimidad (*legittimità*) constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones.»

Como es sabido, en el ordenamiento italiano el concepto de legitimidad (o legalidad) del acto administrativo se contraponen antitéticamente al concepto de *mérito* (oportunidad o conveniencia) con una significación de valor meramente procesal e histórico (26). En consecuencia, la expresión *legitimidad constitucional* de la ley del mencionado artículo 134 tiene por finalidad, como se puso pronto de relieve, la exclusión de un control sobre la *oportunidad o conveniencia* de las leyes, en el sentido ya visto en la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 23 de diciembre de 1982.

Pero la doctrina no se detiene en esta consideración, sino que pretende traspasar al Derecho Constitucional el concepto mismo de *legitimidad* administrativa sobre el que, obviamente, cabía construir la *legitimidad constitucional*. Y dado que en el ordenamiento italiano los vicios de legitimidad administrativa son tres: *incompetencia*, *exceso de poder* y *violación de ley* (art. 26, texto único de la Ley del Consejo de Estado), centra su atención en el *exceso de poder* como vicio de *legitimidad* de la ley.

Sin embargo, la evidente proximidad existente entre el *exceso de poder* y el *mérito* explica las dudas de la doctrina. Y un sector de ella llegó a admitir que el control de la Corte se extendiese también al *mérito* de las disposiciones enjuiciadas. Así resultaba, paradójicamente, que el vicio excluido por la Constitución podía ser readmitido en una configuración dogmática poco rigurosa del *exceso de poder*.

(25) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO: *Op. cit.*, y *La desviación de poder en el Derecho español*, en el número 22 de esta REVISTA, pp. 129 y ss.

(26) Cfr. ALESSI: *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1974, páginas 235 y ss.

El legislador zanjó el problema. El artículo 28 de la Ley ordinaria número 87, de 11 de marzo de 1953, estableció que:

«El control de legitimidad de la Corte Constitucional sobre una ley o acto con fuerza de ley excluye cualquier valoración de naturaleza política, y todo control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento.»

Sin embargo, la precisión legal fue demasiado expeditiva. Si se limitaba a interpretar el artículo 134 de la Constitución, era superflua. Si, al admitir expresamente una discrecionalidad legislativa, intentaba privar a la Corte del control de legitimidad por *exceso de poder*, admitido implícitamente el citado artículo 134, era inconstitucional. Así lo entendieron voces tan autorizadas como MORTATI (27) y PALADÍN (28).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han acusado, a mi juicio, el impacto de ese precepto. Aunque la jurisprudencia, en aplicación del principio de igualdad, es incisiva, como AGRÓ ha demostrado magistralmente (29), la Corte hace frecuentes alusiones al *poder discrecional del legislador* —entendido como poder libérrimo— para justificar su *self-restraint* (30). La doctrina posterior a 1953 tiene exquisito cuidado en no defender, directa o indirectamente, un control sobre el *mérito* de las leyes.

Podemos reducir a tres las orientaciones de la doctrina italiana en su intento de construir una categoría dogmática del *exceso de poder* del legislador:

(27) MORTATI: *Le leggi provvedimento*, Milán, 1968, p. 212.

(28) PALADÍN: *Op. cit.*, pp. 1045 y s.

(29) AGRÓ: «Comentario al artículo 3 de la Constitución italiana», en *Commentario della Costituzione*, cit., *Principi fondamentali*, Bolonia-Roma, 1975, páginas 145 y ss.

(30) Vgr. sentencias números 6/1960, 70/1960, 81/1966, etc. En la sentencia número 38/1965, la Corte acepta la expresión: «... non riscontrandosi alcun eccesso nell'esercizio del potere discrezionale del legislatore...» También se alude al fenómeno del exceso de poder, indirectamente, en la sentencia número 121/1972 («Non si può ritenere d'altra parte che il legislatore del 1966 abbia ecceduto dai suoi poteri...») Pero en la sentencia número 37/1969, la Corte niega «l'ipotizzabilità stessa di un vizio di eccesso di potere legislativo rilevabile dalla Corte». Vid. la crítica áspera de MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II, Padua, 1976, página 1414, *in nota*. La negación del término *exceso de poder* es índice de los buenos modales con los que la Corte se dirige al legislador. Pero, aparte de la etiqueta, el control se efectúa frecuentemente. Cfr. Pizzorusso; *Op. cit.*, pp. 112 y s. y jurisprudencia, *ib. cit.*



a) *La comparación entre ley y acto administrativo*

Esta orientación, que es la originaria, ha servido para negar (GUARINO, GIANNINI) la admisibilidad de un *exceso de poder* del legislador. Como réplica se ha demostrado, aunque sólo parcialmente, que en ciertos supuestos sí cabe un *exceso de poder* como vicio de la causa o del fin objetivo de la ley.

La ley, afirma GUARINO, no es jamás fruto de un poder discrecional; es decir, vinculado en el fin y susceptible de control de legitimidad por *exceso de poder*. Las leyes, a diferencia del acto administrativo, son obra de un poder político que, por naturaleza, es libre en el fin.

Expuesta en tales términos, (como hace recientemente CRISAFULL), esta doctrina merece más de una objeción. Hay que señalar los numerosos supuestos en los que la Constitución *especializa o funcionaliza* la ley, situándola en una situación similar a la de la discrecionalidad administrativa. Piénsese, por ejemplo, en muchas de las normas programáticas que se contienen en nuestra Constitución (vgr. arts. 39 a 52 CE) y, sobre todo, en el ejemplo paradigmático del artículo 55.2 de la misma.

Pero la tesis de GUARINO es mucho más profunda. Es obvio que algunas normas constitucionales imponen límites a la ley ordinaria. Pero en las leyes, el fin no es un elemento autónomo, sino que se confunde con el contenido. Y es al contenido de la ley, y no a su fin, al que, en su caso, se dirigen los límites constitucionales.

GIANNINI, partiendo del desdoblamiento entre *norma y fuente*, que ya vimos afirmado en ESPÓSITO, precisa más la doctrina. Los vicios de la ley son extremadamente simples. Las normas tienen una *propria suitá* con relación al acto o fuente que las produce. Por ello los vicios de la norma jurídica tienen características *sui generis* que no se encuentran en el negocio jurídico o en el acto administrativo. No tienen causa, ni motivos, ni fin. La discrecionalidad es, por definición, una cualidad de la actividad o fuente, no de la norma. La ley sólo puede ser declarada inconstitucional en cuanto viole una norma fundamental sobre la jerarquía de las fuentes. Y siempre tendrá un único vicio, un vicio de su objeto: una contradicción entre lo que ha querido el legislador supraordinado y lo que ha querido el legislador subordinado. En otras palabras, una contradicción objetiva entre los principios materiales incorporados en normas contrapuestas.

La construcción es sólida y difícilmente superable. Se puede objetar, como hizo PALADÍN, que no demuestra que el fin sea un elemento autó-

nomo del acto administrativo o, por lo que se refiere a la *Entfremdungstheorie*, que construye una metafísica de las normas ajena a la realidad. Cita los casos de *leyes-medida* (*Massnahmegesetze; Zweckgesetze*) como ejemplos en los que la visión tradicional y objetiva de la norma es inaplicable. MODUGNO, por otra parte, alega el supuesto de contradicción entre la *motivación expresa de la ley*, cuando exista, y sus disposiciones normativas o el de contradicción lógica intrínseca entre una disposición aislada y todo el contexto normativo de la ley para poner de relieve la existencia de un vicio sintomático (*contraddittorietà del provvedimento*), subsumible en el exceso de poder. Y, en tales hipótesis, existirá el vicio aun aceptando la *Entfremdungstheorie*, ya que la separación de las normas de la voluntad de sus autores es lo que permite apreciar la contradicción entre el todo y las partes; entre la *mens* o *ratio legis*, objetivamente considerada, y el significado literal de sus disposiciones.

Pero, *adducere inconueniens non est solvere argumentum*. Aceptando los postulados de que parten los autores, la tesis dista mucho de estar superada (31).

b) *La elaboración de un concepto propio de exceso de poder como vicio de la función legislativa*

Renunciando a encontrar el vicio de *exceso de poder* en la propia norma, se puede tratar de construir como vicio de la actividad legislativa, es decir, como vulneración de fines impuestos *ab extra* a la función legislativa por la Constitución. La legislación siempre se encuentra vinculada al fin, aunque sea genérico, de desarrollar el *programa constitucional*. En este sentido puede hablarse de *discrecionalidad legislativa* en cuanto que la Constitución está plagada de disposiciones programáticas, elásticas o, en fin, vinculantes normativamente. Así resulta especialmente en la *función legislativa especializada*, a la que antes me he referido.

No ignora MODUGNO, máximo defensor de esta tendencia, las diferencias entre la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad del legislador, pero sostiene que tales diferencias —evidentes para cualquier jurista— pueden servir para afirmar una mayor libertad de la

(31) Cfr., para las tesis reseñadas, PALADÍN: *Op. cit., passim*, y *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, en «Riv. Trim. Dir. e Procedura Civ.», 1964, p. 304, con amplísima exposición y agudas advertencias críticas. En igual forma, MORTATI: *Istituzioni, op. loc. cit.*, y CRISAFULLI: *Lezioni di Diritto Costituzionale*, vol. II, Padua, 1978, pp. 330 y ss.

ley o una mayor dificultad del control, pero no para negar la existencia de tal discrecionalidad.

Un problema esencial radica en la necesidad de precisar el parámetro del juicio de inconstitucionalidad. Ya hemos visto cómo el artículo 33 de la LOTC exige, en España, precisar el precepto constitucional que se entiende infringido. De donde se deduce (PALADÍN) la imposibilidad de que todo el texto constitucional o el *espíritu* de la Constitución sean denunciados como disposición infringida. O el presunto vicio de la función se puede precisar, con relación a un precepto constitucional (y entonces el exceso de poder devendría pura y simplemente *violación de ley* o infracción constitucional directa) o sería inimpugnable.

Esta objeción no es desconocida en España. En efecto, en los debates sobre la Ley reguladora del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República se enfrentaron RECASENS SICHES y JIMÉNEZ DE ASÚA, en la posibilidad de control de la efectiva realización de las normas programáticas constitucionales. Y el motivo de la disputa fue, precisamente, discutir si se debía mantener la expresión «*texto constitucional*» o «*precepto constitucional*» como parámetro del recurso (32).

Pero MODUGNO da una respuesta satisfactoria a tal crítica. Lo que, además, le sirve para subsumir el control constitucional sobre el principio de *igualdad* (art. 3 C. it.) en el exceso de poder. En efecto, el precepto constitucional que se invoca como infringido es examinado por el Tribunal a la luz de otras normas constitucionales que con él conectan. Así ocurre, especialmente, con el principio de igualdad ante la ley, que es como *el espejo de todas las demás normas constitucionales*. A través de él las disposiciones invocadas devienen operativas no ya como un límite externo de la legitimidad de la ley examinada, sino vinculando internamente toda la función legislativa. En efecto, son frecuentes los casos en los que la Corte italiana entiende vulnerado el principio de igualdad ante la ley junto con otras normas constitucionales. Y ese examen conjunto le permite controlar la finalidad perseguida por el legislador (función del principio de igualdad del art. 3 C. it. en tal hipótesis), aunque la otra disposición constitucional vulnerada no consintiera *prima facie* valoraciones finalísticas.

(32) «Diario de Sesiones», núm. 345 (debates al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales), p. 13117 (26 de mayo de 1932). Sobre la desviación de poder y la Constitución de 1931, cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO: *La desviación de poder*, cit., pp. 157 y ss., con datos del máximo interés.

Antonio S. AGRÓ cita el ejemplo de la sentencia núm. 1/1962 de la Corte italiana. En ella se examinaba la contradicción con el artículo 28 de la Constitución (que no condiciona los fines del legislador) de las normas que excluían la responsabilidad del Estado en los accidentes ocurridos a sus funcionarios por causa del servicio. La contemplación del artículo 3.º de la Constitución (principio de igualdad) permitió al Tribunal afirmar que tales normas iban encaminadas a privar a una categoría de ciudadanos de derechos que, cuando el Estado incurre en responsabilidad, corresponden a todos los demás. Y ello por razones de economía y de protección de los intereses del propio Estado. Lo que llevó a su declaración de inconstitucionalidad (33).

Por todo ello, el principio de igualdad puede funcionalizar *toda la actividad legislativa*, sirviendo como una norma de cierre de todo el sistema (34).

c) *La renuncia a una construcción lógica y unitaria del exceso de poder*

Las dificultades dogmáticas que las dos perspectivas anteriores plantean y la extrema amplitud del vicio de *exceso de poder* en el ordenamiento italiano han conducido a otro sector de la doctrina a negar la posibilidad de una construcción lógica del *exceso de poder* del legislador.

En efecto, en el Derecho administrativo italiano, junto al exceso de poder como *sviamento* (traducción bastante exacta del *détournement de pouvoir*) se encuentran múltiples figuras llamadas *sintomáticas* (*travisamento dei fatti; illogicità manifesta; manifesta ingiustizia; disparità di trattamento; contraddittorietà; difetto della motivazione*, etcétera), de muy dudosa subsunción en un vicio del fin o de la causa.

Esta elaboración histórica, empírica y no lógica del exceso de poder en la jurisprudencia italiana, es lo que lleva a Livio PALADÍN a proponer una visión sintomática del *exceso de poder* del legislador. Llega a tal conclusión después de haber realizado lo que, a mi juicio, ha sido el estudio más profundo y lúcido de todas las posibilidades de tal vicio de *exceso de poder*.

Por *exceso de poder* del legislador se alude, afirma, a una síntesis de figuras sintomáticas heterogéneas, carentes de explicación lógica.

(33) AGRÓ: *Op. cit.*, pp. 149 y ss.

(34) Además de la bibliografía citada en nota 31, *adde.*, MODUGNO, voz *Legge (vizi della)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milán, 1973, pp. 103 y ss., donde hace una exposición resumida de su postura.

Pese a su rigidez, la Constitución genera un sistema normativo elástico cargado de conceptos imprecisos y de fluctuantes criterios directivos. Privar al Tribunal Constitucional del control del respeto a esos criterios o de la concreción fiel de esos conceptos significaría sacrificar la parte más sensible de la Constitución misma. Muchas veces tal control exige investigaciones metajurídicas encaminadas a concretar remisiones imprecisas de la Constitución (orden público, intereses generales, pluralismo, grupos significativos, etc.). Pues bien, el control incisivo y penetrante que se realiza para concretar estos conceptos es el control por *exceso de poder*. Se trataría, en fin, de un mero *nombre* con el que, descriptivamente, se alude a una forma de control realizado por la Corte Constitucional (35). Muy cerca de esta concepción se encuentran otros juristas, como CRISAFULLI o MORTATI (36).

#### VIII. DESVIACIÓN DEL PODER, CONTROL DE LOS PRESUPUESTOS DE HECHO Y CONTROL DE LOS PRONÓSTICOS DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL

¿*Quid iuris* en el ordenamiento español? El escaso favor que nuestros Tribunales de justicia han prestado a la definición legal y doctrinal del vicio de desviación de poder (37) obliga a trasplantar con suma cautela la construcción italiana a nuestro Derecho. Pero es que, además, no resulta necesario en nuestro ordenamiento un concepto tan amplio y agnóstico como al que ha llegado PALADÍN. La tendencia al *déclin du détournement de pouvoir* comprobada, hace ya tiempo, por nuestra doctrina (38), nos puede permitir, junto a una visión no excesiva de la desviación de poder, aludir a técnicas que en España deben ser autónomas, como el control de los hechos determinantes o el control de los pronósticos del legislador. Y, desde luego, admitir resueltamente la conveniencia de que el Tribunal Constitucional se sirva de ellas en esa *zona crítica* de que antes se habló.

Como se afirmó al principio de este trabajo, no parece plausible la consideración del control de constitucionalidad como control exquisitamente *nomofiláctico*. Se puede negar, por tanto, la visión objetiva de la norma como algo carente de fin, causa o motivo. Al menos en

(35) PALADÍN, en *Legittimità e merito*, cit., pp. 321 y ss.

(36) Cfr. obras citadas en nota 31.

(37) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentario a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1978, pp. 1029 y ss.

(38) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en el número 38 de esta REVISTA, pp. 169 y ss.

sede interpretativa, el artículo 3.º 1 de nuestro Código civil advierte de la necesidad de atender al *espíritu* y *finalidad* de la norma. Y así ocurre, además, con la actividad de nuestro Tribunal Constitucional.

En los supuestos de control de los presupuestos habilitantes de los decretos-leyes (39), nuestro Tribunal manifiesta haber ejercido un control riguroso del procedimiento o actividad preparatoria, examinando incluso el expediente administrativo de elaboración del mismo (fundamento 2.º de la sentencia 29/1982, de 31 de mayo; ponente DÍEZ DE VELASCO). Ciertamente es que, pese a su fuerza de ley, no nos encontramos ante *leyes* en sentido formal. Pero, entre otras ocasiones, el Alto Tribunal ha cimentado su *interpretación verdadera* (40) en los pormenores de una tramitación parlamentaria complicada (fundamento 2.º de la sentencia 10/1982, de 23 de marzo; ponente TRUYOL SERRA). Y, aún más, una sentencia que parece de puro trámite, por basarse en precedente idéntico, podría llegar a ser trascendental si, como *a contrario sensu* parece dar a entender, admite que pueden ser relevantes, como vicio de una ley autonómica, la omisión de trámites prelegislativos cuando así se exijan en una norma estatal de carácter básico (fundamento 3.º de la sentencia 82/1982, de 21 de diciembre; ponente DÍEZ DE VELASCO) (41). Por último, hay que destacar el valor indudable que nuestro Tribunal ha otorgado a las exposiciones de motivos de las leyes (fundamento 7 de la sentencia de 12 de noviembre de 1981; Rec. núm. 185/1981; ponente DÍEZ DE VELASCO), lo que, como ya vimos en MODUGNO, no puede dejar de ser significativo a la hora de detectar una autolimitación teleológica de la norma.

Sin dejar de señalar la necesidad de una construcción dogmática más acabada, me parece que el vicio de desviación de poder debe ser construido como vicio de la *función legislativa* que, en algunos casos, se cristaliza en la *causa* o *fin* de la norma, pero, en otros, adquiere un valor autónomo.

Y así se puede hablar de desviación de poder en los supuestos en que la Constitución especializa y limita una determinada ley.

(39) Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, J.: *Las Diputaciones permanentes y el control sobre el Decreto-ley*, en «RDP», 15, pp. 37 y ss.

(40) En el sentido que le dan ARACÓN REYES y RUBIO LORENTE en «La jurisdicción constitucional», en *La Constitución*, cit., dirigido por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, pp. 815 y ss.

(41) Así parece desprenderse *a contrario sensu*, aunque no sea seguro, del texto de la sentencia, sobre todo si se compara con la anterior número 69/1982, de 23 de noviembre.

Pensemos en los artículos 54, 107, 136.4 ó 165 de la Constitución. A mi juicio, contienen algo más que una mera reserva de ley orgánica. Configuran las leyes orgánicas que postulan como *leyes constitucionalmente necesarias*. Y ello en el sentido de que, una vez emanada la ley orgánica del Defensor del Pueblo, del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas o del Tribunal Constitucional, el legislador puede modificarlas o alterarlas, pero no derogarlas totalmente (más rectamente, *abrogarlas*) sin sustituirlas por otra nueva (42).

En el supuesto de una ley orgánica cuyo único objeto fuese *abolir* la ley orgánica del Tribunal Constitucional, no sería fácil afirmar la infracción directa de ningún precepto constitucional ni la incompetencia del legislador. Salvo que se considerase que el artículo 165 de la Constitución no ha atribuido potestad para ese fin al legislador orgánico. Sería factible hablar de desviación de poder.

¿Podríamos extender más este planteamiento? La doctrina contenida en la sentencia de 28 de julio de 1981 (Rec. 40/81; ponentes RUBIO LLORENTE, GÓMEZ-FERRER y ESCUDERO DEL CORRAL) advierte de la necesidad de mantener la regulación de ciertas instituciones de relevancia constitucional «en términos reconocibles para la imagen que de la(s) misma(s) tiene la conciencia social en cada tiempo y en cada lugar». ¿Se puede exigir al legislador orgánico que respete una determinada conformación mínima de los órganos fundamentales?

Aunque, a diferencia de la hipótesis de abolición pura y simple, la respuesta no pueda ser claramente positiva —so pena de desorbitar los poderes del Tribunal— no excluyo que en casos graves fuese lícito un control por desviación de poder. Por ejemplo, ¿qué fin podría tener una ley que suprimiese la *prorogatio* de los magistrados del Tribunal Constitucional? Pensemos en la difunta *Alta Corte per la Regione siciliana* (43).

Pero este último supuesto, al que, si el Tribunal pudiera controlar la reforma constitucional parcial, habría que añadir la absurda tesis de la *doble reforma constitucional* (obviar el obstáculo del artículo 168 CE modificándolo antes por la vía del artículo 167) (44), recuerda

(42) Cfr. RODRÍGUEZ-ZAPATA: *Ley orgánica del Consejo de Estado*, Madrid, 1980, página 42.

(43) RODRÍGUEZ-ZAPATA: *La Corte constitucional italiana: ¿modelo o advertencia?*, en «RDP», pp. 68 y s., en nota 30.

(44) Cfr. el debate en Italia sobre la *revisione in due tempi* en Giuseppe VOLPE, comentario al artículo 139 de la Constitución italiana, en *Commentario della Costituzione (garanzie)*, cit., pp. 736 y ss.

mucho la desviación de poder como control de la *moralidad* constitucional. Y, en tal terreno, es inútil aventurar lucubraciones teóricas.

Siguiendo la orientación de la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 4 de abril de 1972 (45), podríamos aceptar la figura de la *desviación de procedimiento* (*détournement de procédure*) cuando «con el fin de conseguir una determinada finalidad pública se utiliza un procedimiento que no es el específicamente previsto por la ley, lo cual aparece en ocasiones como un instrumento al servicio de desviaciones sustanciales».

¿Es aplicable tal supuesto a nuestra Constitución? Ya hemos señalado la complejidad de nuestro sistema de fuentes. En él, la ley se ha escindido en el seno de las propias Cortes Generales (y en el de algún Parlamento autónomo) en varias especies (leyes de pleno y de comisión; leyes de armonización; estatutos y, *last but not least*, leyes orgánicas y leyes ordinarias).

Nuestro Tribunal Constitucional ha prohibido extremar *el instrumento de la ley orgánica*. Así, con más claridad aún que en la sentencia sobre el Estatuto de Centros Docentes, en la sentencia 6/1982, de 22 de febrero (ponente FERNÁNDEZ VIAGAS), en cuyo fundamento 6.º se afirma:

«El artículo 81 de la CE se refiere al desarrollo *directo* de los derechos fundamentales; pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la ley orgánica en materias concretas, que, como se ha dicho, convierte a las Cortes en *constituyente permanente*, no puede extremarse, con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de leyes orgánicas, ya que es difícil encontrar una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental.»

Ese riesgo, del que previene el Alto Tribunal, puede controlarse por la técnica de la *desviación de poder*, bajo la especie de *desviación de procedimiento*.

(45) Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control*, en «REDA», 2, pp. 303 y ss.



Finalmente, otros casos, que ya coinciden con los señalados por la doctrina italiana, serían subsumibles también bajo el concepto de desviación de poder.

Así, el establecimiento por parte del Estado de bases que dejaran vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad Autónoma (sentencia 1/1982, de 28 de enero; ponente TOMÁS Y VALIENTE) o la ley que no agota su ámbito de reserva, en la regulación que contiene, remitiendo a reglamentos o prescripciones autonómicas materias esenciales —fundamento 15 de la sentencia de 13 de febrero de 1981 (Rec. 189/80) y sentencia de 16 de noviembre de 1981, fundamento 4.º (Rec. núm. 184/81).

En todos los supuestos mencionados se puede cumplir el requisito exigido por el artículo 33 de la LOTC de precisar «el precepto constitucional que se entiende infringido». Se escapa así a una de las objeciones formuladas por PALADÍN (sobre la imposibilidad de que el *ungeschriebenes Verfassungsrecht* sea asumido como parámetro de control), aunque, como es evidente, se corre el riesgo de caer en la alternativa: que el vicio de desviación de poder devenga, pura y simplemente, infracción directa de la Constitución.

Pero no creo que así sea. En primer lugar, la más autorizada doctrina advierte que no es correcto afirmar que sólo es posible hablar de desviación de poder en presencia de actos en los que no concurra ningún otro vicio de legalidad. Por el contrario —prosiguen— «es perfectamente posible, e incluso muy frecuente, que la desviación de poder coexista en un mismo acto con cualesquiera otras infracciones legales» (46). Pero, en segundo lugar, difícilmente se podrá reducir el *amplio margen de error* de que siempre disfrutará el legislador si no es recurriendo a la valoración teleológica que hemos propugnado.

En cambio, no me parece necesaria la técnica de la desviación de poder en otros ejemplos esgrimidos en Italia: leyes de bases demasiado indeterminadas; el llamado «abuso del decreto-ley» (47) o de la delegación en Comisión de leyes reservadas al Pleno (art. 75.3 CE). En tales casos se estará ante una infracción constitucional directa que, tal vez, como en los presupuestos habilitantes de los decretos-leyes o en el posible abuso de leyes de armonización, requerirá del

(46) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso*, cit., p. 395 y jurisprudencia, *ib. cit.*

(47) JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, p. 39, a quien agradezco sus indicaciones y reflexiones sobre el tema.

Tribunal el control de hechos determinantes o concreción de los pronósticos del legislador.

Y son estas dos últimas técnicas las que contribuyen a cerrar aún más la red sin desmalladuras de la Justicia constitucional. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, el hecho de haber dotado de potestad al Tribunal Constitucional para acordar la práctica de prueba (art. 89 de la LOTC) es un acierto de nuestra legislación (48). También lo es la potestad de solicitar la remisión del expediente y de los informes o documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional. El debate surgido en la República Federal Alemana a propósito de la propuesta *Dichgans* de recortar los poderes del B. V. G. en la investigación de la verdad así lo aclaran (49).

Y es a través de estos instrumentos, bien conocidos en la jurisprudencia contencioso-administrativa, como se puede producir en España el control *sintomático* que la doctrina italiana —con incertidumbres— se ve constreñida a encasillar en el exceso de poder.

Se pueden funcionalizar a través de principios generales del Derecho que han tenido ingreso en nuestra Carta Fundamental. Así, amén del esencial principio de igualdad (art. 14), ha afirmado el Tribunal Constitucional que:

«Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el artículo 9.º 3 de la Constitución —legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad— no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de Derecho» (sentencia de 20 de julio de 1981; Rec. 38/81; ponente FERNÁNDEZ VIAGAS).

Dos ejemplos claros del control de los hechos determinantes resultan de la sentencia del B. V. G. en el caso de la homosexualidad (50)

(48) GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. loc. cit.*, en nota 20.

(49) Fritz OSSENBUHL: *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, en *Bundesverfassungsgesetz und Grundgesetz* (Libro Jubilar), vol. I, Tubinga, 1976, pp. 462 y s.

(50) B Verf GE, 6, 389 (1957). Cfr. OSSENBUHL: *Op. cit.*, pp. 479 y ss.

y en la Sentencia italiana sobre *spaghetti* (51). En la primera de ellas el Tribunal alemán invitó a neurólogos, siquiatras, un sociólogo y un policía para que asesorasen oralmente y por escrito sobre la naturaleza de la homosexualidad. La sentencia rechaza que sea discriminatoria la tipificación penal de la homosexualidad masculina por exclusión de la femenina, con una amplísima justificación de las diferencias entre ambas. En el caso italiano, el Tribunal solicitó de los Ministerios oportunos todas las razones que pudieran haber servido para prohibir usar harinas de grano duro en la fabricación de pastas alimenticias, mas no del pan, que se contenía en la Ley número 580, de 4 de julio de 1967. En la sentencia, con cita de estadísticas y de debates parlamentarios, se demuestra que carece de todo sentido seguir castigando la fabricación de *spaghetti* con harina de grano duro. La Corte, que ejercita un *self-restraint*, concluye en una apelación al legislador, para que valore nuevamente la situación.

En los supuestos de control de hechos determinantes, el Tribunal puede completar o concretar una valoración insuficiente. Tal es el caso de la sentencia de B. V. G. sobre la *Tierschutzgesetz* de 1972 (52). Pero este control se extiende también, y con ello se debilita, al examen de los pronósticos del legislador.

Como afirma OSSENBÜHL, pronóstico es la anticipación intelectual del futuro y el *arte de la probabilidad*. En cuanto tal pertenece por esencia a la política, ya que decisión política es el intento de influir la situación futura del mundo. Y así, los fallos de la política son los errores en la anticipación intelectual del porvenir. Por consiguiente, todo pronóstico implica, por esencia, inseguridad.

Frénate a ello, el Tribunal Constitucional representa la tensión hacia la racionalidad y la seguridad. En esa medida puede el Tribunal Constitucional controlar los pronósticos del legislador: atenuando su inseguridad y controlando su deficiencia (*Rationalitätsdefizit*).

Y en ese control, el Tribunal se sirve de los principios generales del ordenamiento incluidos en nuestra Carta Fundamental. Así, el principio de igualdad (art. 14) y el más amplio de *interdicción de la arbitrariedad*. Mientras la igualdad exige *comparación*, la arbitrariedad

(51) Sentencia 20/1980, en «Giur. cost.», 1980, fasc. 2-4 (*Parte prima*), páginas 171 y ss.

(52) *Vid.* su sentido en OSSENBÜHL: *Op. cit.*, p. 474.

proscribe las medidas injustas irracionales impuestas, indiscriminadamente, a todos los ciudadanos (53).

En la sentencia 3/1983, de 25 de enero (ponente ESCUDERO DEL CORRAL), se encuentra un caso de enjuiciamiento del pronóstico del legislador. Allí se revela la necesidad de que el control atienda a la realidad fáctica sobre la que ha de operar el precepto:

«No es fácil para este Tribunal apreciar debidamente, en el análisis de una cuestión de inconstitucionalidad, la posibilidad de distorsión o, incluso, de serias limitaciones del derecho a la tutela en supuestos concretos de aplicación de la norma, porque para ello se requería el conocimiento individualizado del diverso casuismo.»

Pero, a pesar de ello, el Tribunal encuentra suficientes razones para formular una indubitable *apelación al legislador* para que corrija la excesiva rigidez de la norma. Y ello porque, a pesar de la inseguridad de todo pronóstico, se entiende que:

«Si es posible, en abstracto, entender que, en determinados supuestos excepcionales, la plena adecuación al derecho constitucional puede exigir una mayor flexibilidad en la aplicación del repetido artículo.»

La conclusión, *típica* de la zona insegura en la que se mueve el Tribunal, cobra nueva luz si consideramos que logra, corregir una incorrecta valoración del legislador. Y si la situación transitoria recomendada no es muy brillante, asegura que las Cortes Generales atenderán, sin duda, la apelación que se les ha dirigido.

Pero a pesar de todo lo dicho, el legislador sigue gozando de un amplísimo margen de libertad y de inmunidad (sentencias 24/1982, de 13 de mayo; 10/1982, de 23 de marzo). Y nuestro Tribunal (sentencia 51/1982, de 19 de julio) no entra en ese margen si no le es estrictamente necesario.

(53) Cfr. la soberbia exposición de Eckart KLEIN: «The principle of Equality and its protection in the Federal Republic of Germany», in *Constitutional Protection of Equality*, edited by T. Koopmans, Leyden, 1975, pp. 99 y s.