

PECULIARIDADES JURIDICAS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

POR

ALEJANDRO NIETO

SUMARIO: I. EL DRAMA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.—II. ¿NORMAS PROGRAMÁTICAS O NORMAS INCOMPLETAS?: 1. *Normas programáticas*. 2. *Reacción doctrinal*. 3. *Un nuevo planteamiento: normas incompletas*. 4. *Mecanismos de complitud*. 5. *Peculiaridad de efectos de la norma constitucional*.—III. EL DESTINATARIO Y LA COACCIÓN.—IV. HETEROGENEIDAD.—V. PECULIARIDADES INTERPRETATIVAS.—VI. EL TRASFONDO POLÍTICO.

A Beatriz Santos, en testimonio del agradecimiento y afecto de los colaboradores de la R.A.P., ganados a lo largo de treinta y tres años de servicios callados y eficaces.

I. EL DRAMA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

La Constitución actual ha llegado a España en unas circunstancias tan desfavorables que los efectos que de ella, un tanto ingenuamente, se esperaban, se diluyen en un contexto entenebrecido. Esta afirmación afecta de un modo muy particular a la teoría constitucional o, si se quiere, a los constitucionalistas, a quienes el texto ha sorprendido en un momento muy delicado, que no parecen estar superando, antes al contrario.

Por lo pronto, sucede que la Constitución de 1978 ha venido en la cresta de un movimiento político, que veía en ella la cifra y coronación de la democracia, produciéndose así una deliberada identificación entre *esta* Constitución y democracia en general. La intención de este proceso es muy clara: de esta forma se añade un plus defensivo a la nueva Constitución, presumiblemente débil, mediante la descalificación —irracional, pero efectiva— de sus eventuales contradictores; tendencia avalada, además, por el pasado histórico inmediato, en el que convivían, y no por simple azar, antidemocracia y anticonstitucionalismo.

Ahora bien, con esta actitud se ha favorecido un planteamiento equívoco, cuyas consecuencias pueden ser muy peligrosas, dado que

la identificación es rigurosamente incorrecta, al margen de que en determinados momentos pueda ser una realidad, aunque más en sus aspectos positivos que en los negativos. Porque la experiencia nos demuestra con ejemplos irrefutables que hay países de democracia fuera de toda sospecha que carecen de Constitución escrita; de la misma manera que existen regímenes con Constitución formal, que no han recibido lo que la cultura política moderna considera sustancial para la democracia. A tal propósito —y sin necesidad de entrar en el resbaladizo tema de los países socialistas— basta pensar en los supuestos del Tercer Mundo, que, por puro mimetismo, han asumido el modelo de las Constituciones europeas, olvidándose de los principios democráticos que les sustentan.

En segundo término, la Constitución de 1978 ha venido propiciada por un movimiento filosófico-constitucional que ve en su texto la cifra y expresión de toda la vida del Estado y del ordenamiento jurídico y social, que en la norma fundamental debe reflejarse y se refleja. Lo curioso de esta actitud es que reproduce con casi dos siglos de retraso el pensamiento y las ilusiones del racionalismo jurídico de la Ilustración —fe ciega en el texto positivo, convicción de su omnipotencia y perfección técnica— junto con su larvada e inequívoca intención política: asegurar la supremacía del Estado frente a las fuerzas sociales, cuyas normas se subordinan incondicionalmente a las de aquél.

La concurrencia de los dos factores descritos potencia hasta el máximo el carácter sacro de la Constitución, defendida políticamente por la descalificación antidemocrática de sus eventuales detractores y, jurídicamente, por la presencia de un aparato de letrados, que magnifica su valor jurídico, marginando sus otras significaciones y vertientes operativas. En definitiva, y como consecuencia de lo que antecede, la ortodoxia política parece que sólo es posible dentro de la Constitución, tal como ha sido aprobada; la Constitución es un sistema ordinamental completo, que condena a la ilegalidad a cuanto no encuentre en ella un adecuado punto de conexión; sistema completo e invulnerable protegido por un colegio de juristas —el Tribunal Constitucional— y aplicado por juristas de acuerdo con técnicas exquisitamente jurídicas.

La falacia que todo esto representa se ha puesto de manifiesto, sin embargo, desde el primer día. La identificación entre la Constitución data y la democracia no es sólo un error doctrinal, es una equivocación

ción política de gran magnitud. Como todos los esquemas de defensa estática, el protagonista termina prisionero de sus propias murallas: cierto que se silencia a la crítica y se denuncia al presunto enemigo, pero la Constitución se ve condenada a un inmovilismo mortal. Hoy, concretamente, conocemos ya de sobra algunas de las incoherencias del texto, que le hacen inviable; pero la sacralidad a la que se le ha elevado y el temor al reproche antidemocrático cierran las posibilidades de una reforma y obligan a acudir a soluciones criptoconstitucionales, provocando unas contradicciones y unas tensiones que ni los juristas sinceros ni el Tribunal Constitucional podrán soportar por mucho tiempo. En España —al menos por ahora y mientras se mantenga la actitud denunciada— no es lícito políticamente asumir la reforma constitucional con la naturalidad con que se hace en otros países, que en tantos aspectos nos sirven de ejemplo y donde el texto —cabalmente por no haber sido declarado sagrado— es reformado periódicamente sin que se resienta su salud. Por así decirlo, una estrategia defensiva a ultranza y sesgada nos ha conducido a un callejón sin salida, con las consecuencias que ya estamos empezando a pagar muy caro.

Dada la naturaleza del presente artículo, no va a insistirse, sin embargo, sobre este punto, bastando con lo ya indicado. Aquí voy a referirme únicamente al otro aspecto de la cuestión, o sea a la magnificación de su sustancia jurídica y a las contradicciones que consigo lleva. Nuestros legistas oficiales, bien sea por ignorancia o por intereses personales, carecen de perspectiva histórica —en su doble dimensión diacrónica y sincrónica— y quieren repetir la aventura positivista de la Ilustración, sin más que modificar la palabra ley por la palabra Constitución.

Aceptando por principio la sacralidad del texto constitucional, aceptan igualmente su consecuencia más inmediata —la complitud—, tanto la ordinal como la de la exclusividad estatal y sus efectos indirectos: el manejo positivista de sus preceptos, su carácter normativo sin matizaciones, la interpretación jurídico-positiva y la conceptualización rigurosamente jurídica del Tribunal Constitucional. Y ni que decir tiene que la parafernalia «técnico-jurídica» de esta actitud lleva consigo el rechazo de los contradictores: Carl SCHMITT, por ejemplo, es condenado solemnemente, aunque no por razones técnicas o por torpeza intelectual (nadie se atreve a negar su genial agudeza)

sino, *a priori*, por antidemócrata, culpado, sin defensa, de ser el legitimador de las aberraciones hitlerianas.

Lo que sucede —y aquí está el drama de la teoría constitucional española— es que el positivismo jurídico con que se pretende abordar la Constitución ha demostrado inmediatamente su impotencia. La magnificación jurídica ha sido desbordada por la presencia efectiva de las fuerzas políticas y sociales, demostrando la necesidad de un planteamiento no jurídico de estos temas, que por sí solo sería obviamente insuficiente, pero que resulta temerario marginar. Aquí no se trata de exclusivismos ni de dominantes metodológicas: la Constitución es, al tiempo, un fenómeno jurídico y político, que no puede ser comprendido unilateralmente sin grave riesgo de disfunción.

Por otro lado, falla igualmente la complitud ordinamental que se pretende atribuir al texto. La Constitución —parafraseando una vieja cita— no es un continente con lagunas, es un archipiélago de islas de Derecho positivo. Frente a lo que han sostenido siempre los juristas positivistas, en la norma escrita no está todo el Derecho, de tal manera que con «técnicas» más o menos refinadas se pueden resolver los problemas. Hace falta algo más, como, quizá indeliberadamente, están haciendo ya aquellos juristas que, predicando el positivismo (ahora tópicamente llamado «técnica»), de hecho operan con fórmulas principialistas de valores, que son puro voluntarismo, aunque con rubor se disfracen de otra cosa.

En este punto, el Tribunal Constitucional está dando muestras de un realismo tan necesario como arriesgado. El Tribunal Constitucional está haciendo cada día algo que va mucho más allá de la simple interpretación constitucional. La jurisprudencia de valores, que habitualmente maneja, es una creación constitucional auténtica. Forzado quizá por la notoria incomplitud del texto de 1978, el Tribunal se ha erigido en una fuente constitucional de primer orden. Nadie que haya leído sus sentencias puede afirmar seriamente que es la boca de la Constitución y que en su aplicación se limita a rellenar lagunas de acuerdo con los propios conceptos, «técnicamente entendidos», de la Constitución. E incluso es previsible que insista cada vez más en esta actitud, si quiere sacar al Estado del pantano legalista en que está hundido. Tendencia que parecen compartir también, sin demasiados escrúpulos, algunos partidos políticos.

Tal es el drama, en resumen, de nuestra teoría constitucional: por un lado, ha sacralizado política y jurídicamente la Constitución, de-

clarándola inviolable con la misma ingenuidad que en su día lo hicieron las Cortes franquistas con los principios fundamentales del Movimiento; y por otro, a la hora de la verdad, enfrentados con el barro del ídolo que ellos mismos han creado, se ven obligados a acudir a fórmulas incoherentes con sus posiciones dogmáticas.

Se impone, por tanto —a mi modo de ver—, un proceso de sinceración: hay que tener el valor de llamar a las cosas por su nombre y de obrar en consecuencia sin temor a las maniqueas condenas antidemocráticas ni a la acusación de ser traidores a la ciencia del Derecho. No se ayuda a la Constitución ni a la democracia procediendo a falsas identificaciones ni sacralizando textos ni elevando barreras defensivas, que luego se vuelven contra su constructor. La Constitución no debe ser contemplada con criterios teológicos, sino políticos y jurídicos, que son más realistas. Así nos evitaremos las incoherencias que ahora se están cometiendo. Por así decirlo, la Constitución es una cosa demasiado seria como para dejarla en manos de teólogos y de juristas de corte inquisitorial.

Dejemos a un lado, pues, el viejo mito de la complitud positivista, porque la Constitución es algo más que un texto normativo y, al mismo tiempo, aunque no sea desde luego la simple hoja de papel de que hablaba LASALLE, tampoco es la cifra de todo el ordenamiento del Estado. Con independencia del «Boletín Oficial», la Constitución será lo que deseen las fuerzas políticas y sociales, y, en su caso, mientras sus sentencias sean respetadas (el tiempo lo dirá), lo que diga el Tribunal Constitucional.

En el presente trabajo me propongo realizar un esfuerzo de desmitificación del texto constitucional, intentando colocar las cosas en su sitio, al margen de cualquier dramatismo. El mejor modo de defender la Constitución es contemplarla desde una perspectiva realista; lo que no significa atacarla, antes al contrario.

No es lícito que los juristas contribuyan a alimentar falsas esperanzas, exigiendo a la Constitución lo que ésta ni quiere ni puede ofrecer. En los tiempos que corremos sería suicida negar la crisis del constitucionalismo (y ocioso es recordar en este contexto que «crisis» no es un término necesariamente peyorativo), cerrando los ojos a la realidad. Las Constituciones escritas no son una panacea democrática ni un *deus ex machina*, que garantiza por sí solo la realización del Estado de Derecho. No son tanto; pero son algo mucho más efectivo,

a saber: un instrumento insustituible, aunque no perfecto, para la convivencia política de la comunidad.

Por ello, en un deliberado ejercicio de modestia, convendría empezar recordando unas frases de BURDEAU («Zur Auflösung des Verfassungsbegriffs», hoy en *Verfassung*, Darmstadt, 1978, pp. 68 y ss.), que el mucho tiempo transcurrido desde que se escribieron se ha encargado de confirmar. Según este autor, las Constituciones modernas tienen un contenido tan impreciso y son tan asequibles a influencias externas, que la idea jurídica en la que dicen basarse termina recogiendo principios tan contradictorios que ya no sirven de base para un orden social homogéneo, puesto que, desde ellas, es posible cualquier desarrollo; en definitiva, «la Constitución, como consecuencia de no expresar una idea jurídica precisa ni coherente, se limita a sugerir procedimientos que, según sea la fuerza política dominante en cada momento, van a ser aplicados o no». Las últimas consecuencias de esta situación —sigue diciendo BURDEAU— no pueden ser más graves: cuando falta una voluntad política que le sirve de soporte, la Constitución se disuelve en ambigüedades y se convierte en «un falso respeto a las tradiciones jurídicas, en una coartada que encubre de mala manera la primacía de los hechos sobre el derecho», e incluso en un «mero símbolo, como está sucediendo en los Estados del Tercer Mundo, empeñados en tener una Constitución, que en el fondo nada tiene que ver con las de los países democráticos desarrollados».

Podrían multiplicarse advertencias similares; pero conste que aquí no se trata de formar un coro de agoreros catastrofistas, sino de tomar conciencia del problema y no sumarse a apologías frívolas, ni mucho menos alistarse en la orden de los caballeros de un santo sepulcro, vacío desde hace muchos años y en el que casi nadie, honestamente, puede creer.

Si observamos lo que está pasando en Europa (de la que se ha importado la letra de nuestra Constitución), puede comprobarse que la doctrina ha adoptado una actitud crítica desde el mismo momento de la publicación de cada Constitución; críticos han sido los comentaristas a cada uno de sus artículos y durísimas las observaciones a cada una de sus tendencias evolutivas. Y, sin embargo, no ha producido nunca escándalo, ni se ha considerado antidemocrático, antes al contrario, tal proceder. Y es que en Europa, a diferencia de en España, no se ha establecido esa fatal identificación entre democracia y

texto constitucional, que es lo que justifica entre nosotros conocidas actitudes de descalificación hacia autores críticos.

II. ¿NORMAS PROGRAMÁTICAS O NORMAS INCOMPLETAS?

Hablar, en abstracto, del carácter normativo de un precepto jurídico es algo que nos llevaría demasiado lejos, puesto que se trata de una de las cuestiones más polémicas de la Teoría General del Derecho o, si se quiere, de la Filosofía del Derecho. Aquí, según es sabido, hay tantas opiniones como escuelas y aun autores, sin que exista el más mínimo consenso sobre lo que debe entenderse por norma; y tal es probablemente la raíz de las diferencias doctrinales. En su consecuencia —y prescindiendo de disquisiciones eruditas—, en el presente estudio vamos a centrarnos en el planteamiento concreto con que se está abordando el tema entre nosotros; que es el de su aplicación directa, puesto que cuando nuestra doctrina insiste actualmente en el carácter normativo de la Constitución de 1978, se está refiriendo explícitamente a ello. Una vez aclarado este punto, entraremos en el análisis de las peculiaridades propias de una norma constitucional.

1. Normas programáticas

El origen de la discusión nos viene, una vez más, del Derecho germano. La literatura alemana de los años veinte puso efectivamente en duda la normatividad de la Constitución, como resultado de la constatación de que algunos artículos de la de Weimar tenían un carácter inequívocamente programático y, por tanto, no eran directamente aplicables. Esta tesis, superada luego por el constitucionalismo postbélico, se mantuvo en España durante mucho tiempo al calor de la peculiar naturaleza de nuestras «Leyes Fundamentales», habiendo encontrado expresa acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y más particularmente en la Sala 6.^a, a propósito del Fuero del Trabajo, aunque bien es verdad que progresivamente fue imponiéndose la opinión contraria:

Una sentencia de 31 de diciembre de 1940 expresó que el Fuero del Trabajo «y sus estatales definiciones tienen, sin duda, carácter programático definidor de derechos en potencia». Con un sentido más progresivo, la Sentencia de 6 de abril de 1942 lo conceptúa «con-

junto de principios para la estructuración social del nuevo Estado». Y una Sentencia de 28 de junio de 1963, de la Sala Cuarta, conociendo de materia laboral, admite como directamente invocable un artículo del Fuero del Trabajo, Ley Fundamental, lo cual prueba la viabilidad de aquellos preceptos constitucionales que supongan, no afirmaciones puramente políticas, sino directas expresiones de un mandato obligatorio, creador de verdaderos derechos en los que amparar una petición o fundamentar un recurso (M. ALONSO OLEA, *Curso de Derecho del Trabajo*, 2.^a ed., 1967, p. 123).

Conviene advertir, sin embargo, que el concepto de «norma programática» tiene en el Derecho español una gran amplitud, puesto que se manifiesta también en las leyes de bases (cfr., por ejemplo, Sentencias de 25 de enero y 14 de febrero de 1952), aunque quizá donde más se enfatice sea en el campo constitucional. En 1973, GARCÍA-TREVIJANO (*Tratado de Derecho Administrativo*, 3.^a ed., I, p. 217) escribe que

normas programáticas son las que se integran en las partes dogmáticas de las Constituciones... no pueden servir de base a un proceso judicial, ni menos aún a recursos de casación. Pueden dar lugar a responsabilidad administrativa por no actuarse concretamente. Se limitan a señalar directrices generales.

Y en la misma línea, VILLAR PALASÍ, *Derecho Administrativo*, 1968, páginas 296 y 299, distinguiendo entre las distintas clases de normas que integran una Constitución, afirma que «la parte dogmática de la Constitución tiene en el sistema continental una eficacia sólo indirectamente vinculante, en cuanto determina una pura obligación de la legislación posterior a ajustarse a estas líneas generales marcadas en la parte dogmática de la Constitución... La distinción (respecto de las otras partes) obedece a la falta de concreción de la *norma programática*». En cuanto a las declaraciones, «equiparables a la parte dogmática de las Constituciones, son normalmente puras leyes de *programa político* que vinculan al propio Estado».

Carácter programático que, en algunos casos y de forma harto

significativa, no impide producir efectos jurídicos ¡en perjuicio de los ciudadanos y sin posibilidad de amparo judicial! Así, la Sentencia de la Sala 3.ª, de 19 de noviembre de 1954, declara que

los principios fundamentales del Estado español son los del servicio fiel a la Patria, lealtad al Jefe del Estado y obediencia a las leyes, que según el artículo primero del Fuero de los Españoles *limitan y condicionan los derechos de los españoles y el ejercicio de los mismos*, a tenor del artículo 12 del propio Fuero, por lo que sus infracciones, al constituir actos que afecten al orden público, pueden ser sancionadas por el Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional.

Como ya antes había declarado, un tanto ambiguamente, la Sentencia de la Sala 4.ª de 21 de mayo de 1952:

El Fuero de los Españoles es ley que, *aparte de su carácter esencialmente normativo*, incluye preceptos constitutivos de la definición de los derechos y deberes de los españoles y amparadores de sus garantías, equivalentes aquéllos a una serie de normas constitucionales, y por ello, con la impugnación de actuaciones del Poder público, en base a dicho texto, se ejercita una acción de *carácter esencialmente político*.

Lo cual no impide, bien es verdad, que en otras materias, como es la propiedad privada (dato no menos significativo que el anterior), el Tribunal Supremo no vacile en aplicar directamente el Fuero de los Españoles en defensa de ella contra las eventuales extralimitaciones de la actuación administrativa:

El principio de reconocimiento y amparo de la propiedad privada, que formula solemnemente el punto décimo de la Ley Fundamental del Estado de 17 de mayo de 1958, en armonía con el artículo 30 del Fuero de los Españoles, impide que el intervencionismo estatal se desorbite en exigencias que no respondan al cumplimiento estricto de la función social que aquélla tiene asignada (Sentencia de 28 de marzo de 1960).

El proceso de juridificación (en este contexto: de normativización) de las Leyes Fundamentales fue iniciado por el artículo 3.º de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 («serán nulas las disposiciones contrarias a esta ley») y acentuado en los artículos 69 y siguientes de la Ley Orgánica del Estado, conforme a los cuales todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnere las leyes fundamentales es contrafuero; pero hay que reconocer que aunque el nuevo sistema abrió un portillo para una jurisprudencia progresista, las posibilidades eran demasiado escasas y no convencieron a nadie.

Tal era la situación preconstitucional, perfectamente detectada (según hemos visto) por la doctrina, y que provoca la obsesión por la aplicación directa de la Constitución que tuvieron los constituyentes de 1978, que se plasmó en el artículo 9.º.1 («Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución») y más todavía en el 53:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos (...).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1.ª del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Publicada la Constitución, vive el Derecho español unos meses de expectativa, a la espera de las primeras decisiones jurisprudenciales. Ahora bien, antes de que lleguen estos pronunciamientos definitivos, se producen algunas resoluciones que se inclinan inequívocamente por una solución avanzada. La primera de ellas es la Circular de 12 de diciembre de 1978, del Tribunal Económico-Administrativo Central, por la que se ordenaba la puesta en libertad de los sancionados con prisión subsidiaria como consecuencia del impago de multas impuestas por los Tribunales de Contrabando al amparo de la Ley de 15 de julio de 1964, reconociéndose así tanto la aplicación directa del artículo 25.3 de la Constitución como su eficacia retroactiva por tratarse de una disposición favorable. Unos días después, y con igual energía, la Circular de 30 de diciembre de la Fiscalía General del Estado ordena al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones penales procedentes

en defensa de los derechos fundamentales del capítulo II del título I de la Constitución sin esperar al desarrollo legislativo de los mismos. Y, en fin, la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 acuerda excluir de los expedientes matrimoniales la acreditación de heterodoxia, lo que significa reconocer que la Constitución ha modificado automáticamente los artículos 42 y 86 del Código civil y las disposiciones concordantes del Reglamento del Registro Civil. En este clima de tensión, aparece la Sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, de fecha 24 de septiembre de 1980, que se pronuncia por la inaplicabilidad directa de la Constitución en los siguientes términos: Argumentado por el recurrente que el artículo 24 de la Constitución había derogado, por incompatibilidad manifiesta, el artículo 40 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, el Tribunal rechaza esta tesis, afirmando que

tal disposición constitucional es una declaración de derechos y no expresa la forma y los medios en que tales derechos han de ser ejercidos por los Tribunales... sin que haya quedado derogada ni la disposición citada ni el artículo 40 de la Ley de esta jurisdicción.

Y anteriormente incluso, el Auto de 2 de mayo de 1980 califica el artículo 117.5, inciso 2.º, de la Constitución de

mandato para que, en el futuro, se dicte una ley que regule esta materia conforme a las directrices emanadas de la Constitución, acentuándose así, y puesto que ella misma lo previene, el carácter meramente programático o de declaración de principios que suelen tener los textos constitucionales, y que precisa, para su aplicación y efectividad, del adecuado desarrollo legislativo.

Sin infravalorar la trascendencia de estas resoluciones, no es lícito descalificar la actitud del Tribunal Supremo en esta época, puesto que su doctrina —cuidadosamente analizada por PRIETO SANCHIS (*Dos años de Jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuestiones constitucionales*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», 1, 1981, páginas 207 y ss.)— es mucho más matizada, dado que, en su opinión, el Tribunal Supremo «no suele negar, en general, el carácter norma-

tivo de la Constitución, sino que sencillamente considera el precepto constitucional invocado como no idóneo para resolver el litigio, debido a su cualidad de norma programática. El Tribunal Supremo niega ciertamente con frecuencia la aplicación directa de un precepto constitucional invocado por el recurrente (de ordinario, bien es verdad, con carácter acumulativo o a mayor abundamiento de su argumentación), pero ello no quiere decir que desconozca el carácter jurídico del precepto, puesto que, según doctrina reiterada del Tribunal, la Constitución sirve en todo caso como criterio interpretativo. Así, la Sentencia de la Sala Segunda, de 18 de mayo de 1979, refiriéndose al principio de igualdad que aparece en el artículo 14 de la Constitución, advierte que es uno de los

fundamentos básicos de justicia a tener en cuenta, no sólo en la elaboración de las leyes futuras, sino también en la interpretación y aplicación de las presentes, por lo que debe ser comprendido, aun sin necesidad de posterior desarrollo, entre aquellas normas jurídicas sustantivas mencionadas en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, cuya infracción puede dar lugar a la interposición del recurso de casación.

Llegando incluso a invocar en ocasiones hasta el espíritu constitucional. La Sentencia de 29 de enero de 1979 declara que las sanciones de orden público del régimen anterior

han quedado desprovistas de toda validez y eficacia jurídicas, pues las mismas respondieron a unos objetivos y legalidad que son incompatibles con los que constituyen el fundamento de la actual organización jurídico-política del Estado español, dotado de una Constitución que lo configura como un Estado social de Derecho, basado en principios democráticos, opuestos y superadores de los que sirvieron de justificación legal a dichas sanciones.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional en 1980 adopta una actitud resuelta: los artículos de la Constitución tienen fuerza para derogar directa e indirectamente, sin necesidad de ley interpuesta, cuantas disposiciones les sean contrarias:

la excepción contenida en el artículo 40, d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956... es contraria al artículo 108.1 de la Constitución española; y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela judicial de sus derechos, es contrario al artículo 24.1 de la misma; y como la disposición derogatoria tercera deroga a "cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución", dicho artículo 40 ha quedado derogado y no puede ser invocado por ningún poder público (Auto de 22 de octubre de 1980).

Tesis que luego se ratificaría y generalizaría en posteriores sentencias, empezando por la primera dictada por este Tribunal, la de 2 de febrero de 1981:]

principio (de la autonomía) que podría entenderse tiene un carácter meramente programático, en el sentido de suponer un mandato al legislador, pero sin valor aplicativo inmediato alguno. Pues bien, entendemos que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico —como afirma el artículo 1.º.4 del Código civil— que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma... En conclusión, en los supuestos en que existe una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestas a la misma.

Actitud que continúa en la de 15 de junio de 1981, en la que se declara que «los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.º.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y de obligaciones, y no meros principios programáticos».

La Sentencia de 20 de diciembre de 1982 sale al paso de la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de abril del mismo año (en la que se afirmaba que el artículo 14 de la Constitución «tiene alcance de una declaración de principio necesitada de ulterior desarrollo»), declarando en contra

que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema, y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.º.1, donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vincularidad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor. Decisiones reiteradas de este Tribunal... han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero, si es cierto que *tal valor debe ser modulado en lo concerniente a los artículos 39 a 52 de la Constitución, no puede haber duda a propósito de la vincularidad inmediata (es decir, sin mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 al 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos». Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley, y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial implican que esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos.*

Y un día después (21 de diciembre de 1982) la misma Sala Segunda insistía en que no puede olvidarse, en modo alguno, la eficacia directa e inmediata que la Constitución tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario *en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas.*

Declaraciones rotundas que han sido recogidas con avidez por una doctrina ansiosa de terminar con una situación que, encontrándose inicialmente entre la farsa y la ficción, había ido juridificándose progresivamente, aunque de una manera todavía insatisfactoria.

2. *Reacción doctrinal*

La lacerante cuestión de las normas programáticas, afrontada directamente por el texto constitucional en los términos que acaban de ser descritos, ha sido desarrollada teóricamente por la doctrina española en el contexto, más general, de la normatividad de la Constitución, de acuerdo con un planteamiento muy sencillo: la conceptualización de las Leyes Fundamentales del franquismo como normas programáticas es un intento justificativo de su carencia de efectos jurídicos inmediatos. En su consecuencia, si se restablece la naturaleza de la Constitución como norma jurídica y se desvanece la figura de norma programática, puede darse una explicación jurídica correcta al fenómeno de la aplicación directa proclamado en el artículo 53 de la Constitución. Con lo cual se consigue una interpretación tan progresista como fiel al texto y, al tiempo, se depura científicamente una mancha histórica de la Teoría Constitucional.

GARCÍA DE ENTERRÍA («La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución española de 1978*, 1980), que es entre nosotros (vale la pena contrastar su posición con la de BARILE en una obra de igual título, Florencia, 1961) quien primero y con más rigor defiende tal tesis, justifica su postura observando que el movimiento constitucional nace históricamente con la intención de instrumentar jurídicamente, a través de la Constitución, el doble principio de la autodeterminación política comunitaria y de la limitación del poder. El pueblo constituyente se reserva el poder originario y la potestad de intervenir en el ejercicio que del mismo se encomienda al Estado; un ejercicio que nace limitado por el control efectivo que retiene el pueblo y, sobre todo, por las zonas inmunes de libertad, que se autogarantizan los ciudadanos. En substancia, «el principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es esencial del constitucionalismo».

Lo que sucede, sin embargo —continúa el autor—, es que esta idea inicial se vio luego desnaturalizada en Europa como consecuencia del reaccionarismo restaurador, teorizado en el «principio monárquico», conforme al cual el monarca, «titular personal de la burocracia y del Ejército, es un poder preconstitucional, respecto del cual la Constitución será a lo sumo un cuadro de limitaciones *a posteriori*, pero nunca una fuente originaria de competencias y de Derecho». De esta manera, el centro de gravedad de la Constitución se traslada a

los aspectos organizativos institucionales y se magnifica el papel del Parlamento, con la consiguiente afirmación de la soberanía legal y de su inmunidad judicial. Es decir, que, en cuanto al Derecho material, la Constitución queda reducida a la enumeración de un sistema de fuentes, que van a ser las directamente operativas.

Por ello, lo que ahora se pretende es volver a los orígenes, devolviendo a la Constitución su valor normativo inmediato, con efectos vinculantes directos para los ciudadanos y para los poderes públicos, y también como punto de referencia para la validez de las normas inferiores, incluidas las leyes, cuyo contenido está sometido a los valores constitucionales. En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, tal es la posición de la Constitución española de 1978 y, para demostrarlo, aduce ejemplos contundentes de normas constitucionales que vinculan a los Tribunales y sujetos públicos y privados, e incluso de aplicación directa, en ciertas materias, por haber derogado todas las leyes que se opongan a su regulación, además del principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento.

Desde un punto de vista muy distinto, pero apuntando a los mismos objetivos, la normativización de la Constitución podría justificarse también, en mi opinión, dentro del largo proceso de juridificación de ámbitos, que durante el siglo XIX habían vivido — en el fondo, por las mismas causas que acaban de señalarse — al margen del Derecho, concretamente la organización. A lo largo de este proceso (resumido en STARCK en *El concepto de la Ley en la Constitución alemana*, 1979, esp. pp. 264 y ss.), se ha producido una reacción contra la doctrina antes dominante — y todavía hoy viva —, conforme a la cual sólo tienen valor jurídico las regulaciones que trazan límites entre sujetos de derecho. Frente a esta posición se está afirmando cada vez con más energía la tesis de que hay que extender el concepto de precepto jurídico hasta incluir las normas sobre organización y procedimiento del Derecho estatal y público en general. Es decir, que hay que considerar preceptos jurídicos o reglas de Derecho «todas las regulaciones que establecen el fundamento del poder estatal y de todo poder público, y contienen precisiones sobre su estructura, configuración y actividades de toda clase» o, lo que es lo mismo, «el concepto de precepto jurídico se extiende más allá del ámbito acotado por la fórmula de los límites para abarcar la fundamentación, la configuración y el ejercicio natural de la actividad soberana del poder público».

En resumidas cuentas, tenemos, pues, que hoy se afirma el valor

jurídico normativo de la Constitución con el apoyo, por un lado, de una reelaboración dogmática del Derecho de organización y, por otro, de una reconstrucción histórico-política del significado del constitucionalismo. La Constitución, en suma, es una norma jurídica, cuyo contenido material opera directamente, y sin excepciones, sobre los ciudadanos y sobre los poderes públicos.

3. *Un nuevo planteamiento: normas incompletas*

A nuestro modo de ver, sin embargo, esta doctrina, aunque venga inspirada por las intenciones políticas más elogiables, adolece del importante defecto de confundir normatividad con aplicación directa de las normas y control jurisdiccional. En 1983, afirmar esto implica desconocer una parte substancial de la Teoría General del Derecho. Identificar actualmente normatividad con aplicación directa y control jurisdiccional es un grave error técnico. Conviene, por tanto, colocar las cosas en su sitio: la Constitución es ciertamente una norma: eso nadie puede discutirlo; pero tal afirmación no conlleva la consecuencia de que sea siempre y en todo caso directamente aplicable. Apurando las cosas puede decirse que con la definición de la Constitución como norma se está procediendo a una mera tautología. Porque el problema no estriba en la calificación dogmática de la Constitución, sino en las consecuencias jurídicas que ello comporta. Dicho con otras palabras: desde el punto de vista técnico, *la cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, y en muchos casos (tanto en el Derecho público como en el privado) no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación.* Para comprobarlo, basta recordar que, como se ha demostrado antes, la jurisprudencia y la doctrina española de la época franquista nunca negaron que las Leyes Fundamentales fuesen normas; lo que rechazaban era su aplicación directa. Sin que quepa, al respecto, distinguir entre normas jurídicas y normas programáticas, puesto que a éstas se les han reconocido siempre determinados efectos jurídicos, aunque, desde luego, no el de su aplicación inmediata.

Para explicar el fenómeno resulta necesario profundizar un poco más en el análisis técnico de la cuestión, puesto que resulta harto rudimentario detenerse en la mera contraposición de normas jurídi-

cás versus normas programáticas. Probablemente la causa de la confusión se deba, una vez más, al planteamiento forense del tema, ya que desde una perspectiva procesal es fácil confundir lo normativo con lo invocable ante los Tribunales. Como ha señalado PRIETO SANCHEZ (*Dos años de Jurisprudencia...* cit., p. 225), «el error principal consiste en no diferenciar entre la eficacia de la norma y la posibilidad de hacer valer ante un Tribunal el derecho subjetivo que eventualmente pueda hacerse derivar de esa norma. Que el precepto sea ambiguo o contenga un simple programa o norma de acción no quiere decir que no sea jurídico, que no deba ser considerado por los Tribunales a la hora de interpretar el ordenamiento, de elegir la norma idónea y aplicarla». Sin olvidar tampoco que, como resume este mismo autor (p. 213), la Constitución tiene una influencia polivalente sobre los Tribunales, puesto que éstos la manejan con intenciones muy diversas: a) para aplicarla al caso concreto debatido; b) para decidir sobre la concordancia o antinomia, respecto de ella, de las leyes, reglamentos y actos jurídicos; y c) para interpretar, a su luz, las normas jurídicas. A lo que habría que añadir, como es obvio, la influencia de la Constitución sobre los demás poderes públicos (empezando por el Legislativo) y sujetos privados.

Puesto que el problema consiste en la determinación de la nornatividad de un texto, parece lógico que el análisis deba centrarse no ya en su aplicación por los Tribunales (efecto indirecto y dogmáticamente problemático, que se deduce de lo normativo), sino en la naturaleza de la norma. A cuyo efecto podría empezarse por la distinción entre los lenguajes normativo y no normativo dentro de un texto legal (cfr. CAPELLA, *El Derecho como lenguaje*, 1968, pp. 34-37): idea que promete ser muy fértil, pero que vamos a dejar para mejor ocasión o para plumas más autorizadas. Por nuestra parte, nos limitamos aquí a buscar una solución en la teoría de la complitud de las normas. Porque las antiguas Leyes Fundamentales eran ciertamente normas, e incluso normas jurídicas, pero no eran normas completas, y por ello no eran de aplicación directa. O, si se quiere: por no ser aplicables directamente, carecían de complitud.

La doctrina de la complitud de las normas, que arranca de BIERLING (al distinguir entre normas de primer y segundo grado) y de SOMLÓ, es resumida por LARENZ en los siguientes términos:

Una Ley consiste, por lo general, en una pluralidad de proposiciones jurídicas que tienen el sentido de una

orden de validez; pero no toda proposición es una proposición jurídica *completa*. Algunas proposiciones sirven sólo para determinar más detalladamente el supuesto de hecho, un elemento del supuesto de hecho, la consecuencia jurídica de una o varias proposiciones jurídicas; algunas de ellas se proponen limitar una proposición jurídica formulada de modo general; otras *no expresan directamente la consecuencia jurídica, sino que, por lo que a ello respecta, remiten a otra proposición jurídica*. Todas estas proposiciones son, como *proposiciones jurídicas, incompletas*, a pesar de que lingüísticamente son proposiciones completas. El que sean *proposiciones jurídicas incompletas* quiere decir que participan del sentido de validez de la ley (pretenden ser observadas), es decir, no son proposiciones declarativas, sino partes de órdenes de validez; pero *sólo desarrollan su fuerza constitutiva, fundamentadora de consecuencias jurídicas, en conexión con otras proposiciones jurídicas* (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, ed. castellana de 1962, pp. 174-175).

Este planteamiento de la Teoría General del Derecho ha sido aplicado reiteradamente por los constitucionalistas alemanes que más énfasis han puesto en la normatividad de la Constitución, para así explicar la circunstancia de su aplicabilidad autónoma, sin necesidad de caer en la calificación de norma programática, que tanto obsesionaba a los comentaristas del texto de WEIMAR.

Así, Herman HELLER —un reconocido paladín del valor normativo de la Constitución— nos ha proporcionado una explicación convincente del fenómeno (*Teoría del Estado*, pp. 274-277): La Constitución escrita —por la necesaria brevedad de su redacción, aunque no sólo por ello— «precisa siempre ser *complementada* por los elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados, pero no jurídicos. El contenido y modo de validez de una norma no se determina nunca solamente por su letra, ni tampoco por los propósitos y cualidades del que la dicta». Aquí operan en primer término los «principios éticos del Derecho», a los que necesariamente se remite la Constitución, bien sea de forma material (o sea formulando expresamente su contenido) bien sea de modo formal (o sea remitién-

dose a ellos en blanco). En cualquier caso, es la sociedad misma quien incrustando en la Constitución sus propios principios, dota de contenido jurídico a los preceptos constitucionales. «Sin esa apelación a los principios del Derecho, incluso en los casos en que el legislador no se remite expresamente a ellos, no se pueden comprender ni interpretar ni aplicar la mayoría de los preceptos positivos del Derecho Constitucional, pues nunca estará comprendido todo el Derecho en la letra de los preceptos jurídicos positivos. Si se prescinde de la normalidad social positivamente valorada, la Constitución, como mera formación normativa de sentido, dice siempre muy poco. La mayoría de sus preceptos jurídicos y, sobre todo, los más importantes, cobran únicamente un sentido practicable cuando se ponen en relación con los principios jurídicos que son expresión de la estructura social».

Las consecuencias —positivas y negativas— de esta técnica jurídica saltan a la vista: por un lado se logra perpetuar la vigencia de la Constitución, posibilitando su adaptación a los cambios sociales, y hasta se facilita su incesante interpretación progresista; pero por otro lado —y tal es el precio que hay que pagar por ello— se debilita su valor normativo estricto. Un buen ejemplo de ello, puesto por el propio HELLER, nos lo proporciona la historia del principio de igualdad, recogido desde siempre en las Constituciones y que, sin perjuicio de haberse mantenido en ellas la misma letra, con el transcurso del tiempo ha ido cambiando de contenido: «Originariamente se refería tan sólo a la igualdad política de los varones, hoy, en ciertos Estados, se refiere también a la de las mujeres; en la primera mitad del siglo XIX significaba sólo la igualdad de los derechos políticos, mientras que actualmente, y en medida creciente, significa también la igualdad social; hasta hace una década se aplicaba nada más que a la Administración, en tanto que hoy se le interpreta como límite y pauta también para el legislador».

La doctrina moderna sigue insistiendo en este dato de la incomplitud constitucional, cuyos preceptos actúan como perchas en las que hay que encajar luego el contenido material propiamente dicho, y que les viene de fuera. Si HELLER había insistido en esta función complementadora de los principios, Hans HUBER («Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung», 1971, hoy en *Verfassung*, cit., p. 309), se cuida de poner de relieve cómo la misma función corresponde en gran parte a las leyes administrativas:

la Constitución «depende de conceptos anteriores, de las leyes administrativas, que viene de abajo arriba... En muchas materias específicas del moderno Estado, la Constitución es cada vez más dependiente de abajo, es decir, que si quiere que sus preceptos signifiquen algo, ha de dotar de contenido a sus preceptos (con tanta frecuencia supertécnicos) con elementos provenientes del mundo que están conformando las leyes administrativas; *con lo cual obviamente pierde su poder normativo*».

Idea que sigue desarrollando Dieter GRIMM, «Verfassungsfunktion und Grundgesetzesreform», 1972, hoy en *Verfassung*, cit. esp., pp. 361 y 370, en una nueva dirección: la de las realizaciones técnicas, económicas y sociales o, si se quiere, la prestación de servicios. Porque los problemas modernos de la sociedad «exigen medidas positivas y éstas pueden ser ordenadas ciertamente por la Constitución, pero no realizadas por ella, dado que los objetivos se alcanzan no con el dictado de una norma, sino con las actuaciones materiales posteriores». En definitiva, «es inevitable que a medida que la Constitución gana en contenido programático, *lo pierde en aplicación inmediata*».

Estas citas (que podrían alargarse indefinidamente) nos demuestran cómo la doctrina alemana —de la que tan tributaria es la constitucional española— no ha caído en la trampa de plantear la cuestión en el terreno de la normatividad, prefiriendo hacerlo, mucho más correctamente, en el de la complitud. Importa señalar, no obstante, que algunos autores sí que han entrado excepcionalmente en la normatividad, pero no desde la perspectiva española, sino desde otra más profunda, haciendo referencia a los ámbitos del Estado prestador de servicios:

La normatividad de la Constitución es un concepto que se afirma en las Constituciones originarias como instrumento técnico para la defensa de los ciudadanos frente al Monarca. Pero como las cosas han cambiado, ya no puede mantenerse este esquema jurídico-mental. O mejor todavía: quizá siga valiendo para los derechos fundamentales (al menos para algunos), pero no para las otras partes, y en especial para la Administración prestadora de servicios. Porque aquí las leyes no son ejecución de la Constitución, sino que tienen autonomía propia: la Constitución es un mero límite, y el Estado, a través de las leyes, puede caminar en la dirección que

le parezca (FORSTHOFF: «Zur heutige Situation einer Verfassungsllehre», 1968, hoy en *Verfassung*, cit., p. 268).

Ahora bien, como este camino apuntado por FORSTHOFF ni es el propio de nuestro tema, ni ha encontrado seguidores en la doctrina dominante de su país, no procede que nos detengamos en él ni apuremos sus consecuencias, que nos desviarían de nuestro discurso.

4. *Mecanismos de complitud*

Esta falta de complitud de buena parte de los preceptos constitucionales (que, repetimos, nada tiene que ver con su carácter normativo) es obvia, y hasta natural en las partes organizatorias, pero llega incluso a las declaraciones de derechos y libertades, reproduciendo así la situación de la Constitución de WEIMAR y de las Leyes Fundamentales del franquismo. Lo que sucede es que la Constitución española de 1978 ha reducido hasta el máximo esta franja de aplicación indirecta de los derechos fundamentales, limitándola, por así decirlo, a lo inevitable. Esta es la gran diferencia del régimen anterior. Para comprobarlo, basta repasar y comparar el texto íntegro de dos números del artículo 53:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. *Sólo por ley, que en todo caso respetará su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)...*

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. *Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que les desarrollen.*

Esta situación —tal como ya ha atisbado agudamente entre nosotros VILLAR PALASÍ— es equiparable a la de la ley que necesita de un reglamento previo para ser aplicada: un fenómeno habitual y que se encuentra asumido por toda la doctrina europea. Es decir, que de la misma manera que hay leyes que se encuentran en estado de

quiescencia (FODERATO) o de potencialidad (LUCIFREDI) mientras no se dicte su necesario reglamento, así existen preceptos constitucionales sin aplicación directa hasta que no aparezca la ley necesaria a que ellos mismos —de forma expresa o por su propia naturaleza— se remiten.

Esta técnica, por muy inevitable que sea, no deja de resultar incómoda y hasta peligrosa para los ciudadanos, tratándose de derechos; o para las instituciones, si es que se trata de normas organizativas. Y como se da la circunstancia de que en nuestra Constitución abunda este tipo de preceptos, la consecuencia es, en efecto, un peligroso estado de quiescencia, que de algún modo, y para supuestos excepcionales, ha intentado resolver el Tribunal Constitucional.

A este propósito nada pudo hacerse, por ejemplo, de manera inmediata con la figura del Defensor del Pueblo, puesto que el artículo 53 de la Constitución se remite a la Ley Orgánica de su institución, y en consecuencia ha habido que esperar varios años a su funcionamiento; como nada se ha intentado hasta la fecha con los Tribunales Supremos de Justicia de las Comunidades Autónomas, mientras no se publique la ley intermedia de su organización. Pero, en cambio, en el supuesto de las «normas básicas» previstas en el artículo 149 de la Constitución, el Tribunal Constitucional, a partir de su Sentencia de 28 de julio de 1981, ha roto con el «estado de quiescencia» y, a través de la atrevida fórmula de dar un contenido material a tales normas básicas, ha evitado el peligro de que la pasividad del legislador del Estado bloquee la producción legislativa de las Comunidades Autónomas, impedidas, a primera vista, de legislar mientras no apareciera la norma básica previa del Estado. Porque de ninguna manera puede olvidarse que el titular de las leyes interpuestas se convierte, de hecho, en el señor de las normas posteriores, pudiendo alterar bien sea la efectividad de los derechos o de las instituciones, según los casos.

La incompletion de la norma originaria no implica siempre, pues, de forma necesaria un estado de quiescencia. La incompletion es, con frecuencia, un fenómeno deliberado: el autor de la norma no quiere autovincularse pronunciándose definitivamente sobre un tema, al ser consciente de la variabilidad de las circunstancias, y prefiere dejar las puertas abiertas para que una norma futura de rango inferior vaya adaptando el orden jurídico a la realidad política de cada momento.

Esto resulta clarísimo en nuestra Constitución, como puede comprobarse sin lugar a dudas en su regulación del sistema económico, por ejemplo.

Así lo formuló ya con toda claridad MEILÁN GIL para el Derecho Administrativo (*La distinción entre norma y acto administrativo*, 1967, pp. 45 y ss.), cuya tesis es perfectamente aplicable al Derecho Constitucional:

La norma, entendida genéricamente como formulación hipotética que a la previsión abstracta de un supuesto de hecho liga unas consecuencias, no siempre se manifiesta externamente de una vez. Pocas veces, me atrevería a decir, la norma administrativa aparece encapsulada en una disposición única. Es preciso reconstruir la regla, uniendo distintas disposiciones de concreción gradualmente distinta. La norma, entendida como regla jurídica completa, aparece así escindida en varias disposiciones; o lo que es lo mismo, algunos de sus elementos aparecen formalmente desgajados de la misma. Estos elementos tienen carácter y entraña normativa. No son aplicación de la norma, sino desarrollo de la misma. Son elementos integrantes de la norma; aunque desgajados de ella, la completan.

La existencia de estos elementos normativos desgajados no es una explicación artificiosa; obedecen, por el contrario, a un modo natural de proceder del Derecho Administrativo, caracterizado por la *garantía de la seguridad jurídica y la economía o estrategia en la producción normativa*. Para evitar que cambien los fines, cambian los medios; para evitar que toda la norma cambie se cambian determinados elementos de la misma. Es una técnica más, como la *extensio legis* o el *reenvío recepticio*, que permite seguir el inquietante proceso de la dinámica socio-económica sin aumentar innecesariamente el cambio normativo.

En definitiva, al cabo de cuanto antecede, hemos llegado a comprobar la tesis: el problema concreto de las normas programáticas, planteado por la Constitución de WEIMAR y por las Leyes Fundamentales del franquismo, no debe ser abordado técnicamente desde la perspectiva de la normatividad de la Constitución, sino desde el de

su aplicación directa, es decir, desde el de su eficacia. O lo que es lo mismo: *determinados preceptos constitucionales, aparentemente polémicos, son normas inequívocas, e incluso normas válidas, pero su eficacia se encuentra interferida por la peculiaridad de su naturaleza o por el tenor literal de su estructura.* Afirmación que nos obliga a entrar en el análisis de la peculiaridad de efectos de las normas constitucionales.

5. *Peculiaridad de efectos de la norma constitucional*

Las consideraciones que anteceden nos permiten ya clarificar el tema con un nuevo planteamiento, de acuerdo con las siguientes proposiciones:

a) *La innegable circunstancia de que algunos preceptos constitucionales no produzcan efectos jurídicos directos no autoriza a negarles la condición de normas jurídicas.*

La afirmación de que la Constitución es una norma jurídica —y no meramente programática— constituye un avance formidable en el proceso dignificador de la Constitución que, entre nosotros, debe superar no ya sólo la crisis general del liberalismo decimonónico, sino su derrumbamiento durante las dictaduras del siglo xx, en que se degradaron política y jurídicamente a simples declaraciones de principios formales, que no podían legitimarse ni por su origen ni por sus efectos. El salto que ahora se da, desde un repertorio de principios programáticos y retóricos a una norma jurídica es, en consecuencia, irrenunciable. De hecho, en el breve tiempo de vigencia de la Constitución de 1978, todo el sistema jurídico español ha experimentado un espectacular revulsivo, que hubiera sido inimaginable si no hubiese venido acompañado de esta concepción normativa estricta.

b) *La calificación de la Constitución como norma no autoriza, sin embargo, a desconocer la peculiaridad de su naturaleza.*

La tesis de que la Constitución es una norma es importante, desde luego; pero con tal afirmación nos quedamos a la mitad del camino, ya que todavía resulta necesario precisar las peculiaridades de su naturaleza y efectos. La Constitución es algo más que una norma jurídica ordinaria o, si se quiere, es una norma muy peculiar (y con ello no me estoy refiriendo sólo al tema de su jerarquía formal).

La variedad normativa es un hecho que se evidencia escolarmente en el capítulo primero de todos los Manuales de Derecho, donde se reconoce, sin excepción, que existen normas jurídicas y normas sociales. Pues bien, la Constitución es una norma tan particular, que bien merece una tipificación propia. Porque si se le considera como una simple norma jurídica —por muy importante que sea su rango—, se marginan algunos de sus elementos esenciales: circunstancia que ha provocado el desconcierto dogmático que ya se ha descrito y la tentación a excluirla de las normas jurídicas.

Pero la Constitución no es tampoco una simple norma social, puesto que sus efectos jurídicos son notorios y expresamente proclamados. Por otra parte, aunque la Constitución produzca determinados efectos jurídicos, es también algo muy diferente a una norma jurídica ordinaria: es al tiempo un proyecto de futuro, que se autoasigna la comunidad nacional, y a cuya realización se encomienda en gran parte al Estado, resignándose aquélla a perder en muchos casos los medios de coacción y control.

Así, por ejemplo, en 1978, el «pueblo soberano» ha declarado su intención de modernizar en particular la agricultura, la ganadería, la pesca y la artesanía, con el fin de «equilibrar el nivel de vida de todos los españoles»; y ha encomendado a los poderes públicos la realización de esta tarea. Nada más. Otra cosa será si los poderes públicos cumplen el encargo. Y si no lo hacen, el pueblo soberano no podrá acudir a los Tribunales ni a ningún otro remedio jurídico ordinario. Su única posibilidad será utilizar medios constitucionales (censurando la oposición al Gobierno infiel) o político-constitucionales (retirándole su confianza en las siguientes elecciones) o fácticos, como antes se ha dicho. Con este ejemplo se evidencia que los preceptos constitucionales no son normas jurídicas ordinarias, porque tienen un *minus* de efectividad jurídica y un *plus* de efectividad social; y, por lo mismo, tampoco son simples normas sociales.

Bien es verdad que la teorización conceptual de estas «normas constitucionales» está aún por hacer; pero al menos puede constatar su existencia y peculiaridad, tal como se intenta ya en el presente estudio. Quizá una primera pista de identificación sea la relevancia que en ellas adquiere la «función garantizadora», en los términos descritos por M. E. MAYER (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, ed. Darmstadt, 1965):

(determinadas) normas jurídicas actúan hacia el exterior no como normas, sino como garantías. Esta garantía consiste en que el Estado promete al ciudadano reconocer determinados intereses y obligaciones, poniendo su poder al servicio de su conservación. Se trata, pues, en todo caso, de una declaración de voluntad, que para los súbditos no es una orden, sino una promesa; no es una regla de conducta, sino un certificado de garantía. De esta forma, lo que para el Estado es una norma se convierte para los ciudadanos en una garantía. El Estado ordena a sus órganos que protejan de cierta manera determinados intereses... Las normas jurídicas cumplen su función garantizadora transformando obligaciones en obligaciones jurídicas y convirtiendo en derechos subjetivos la voluntad de los individuos, tendente a no dejar que se restrinjan sus intereses propios.

Ahora bien, el análisis de esta eventual nota caracterizadora nos desviaría demasiado de nuestros objetivos, por lo que conviene abandonar el tema y seguir centrados en la apuntada peculiaridad normativa de los «efectos constitucionales».

c) Algunos efectos jurídicos constitucionales.

La segregación de las normas constitucionales del bloque de las normas jurídicas ordinarias no significa desconocer sus eventuales efectos jurídicos.

Por lo pronto, la Constitución española, al concretar las intenciones de futuro de la comunidad nacional, ha positivizado unos valores fundamentales, que no sólo «debieran» inspirar la actuación política de los poderes públicos, sino que «deben» inspirar también las resoluciones jurisprudenciales, y muy particularmente las del Tribunal Constitucional, según este mismo se ha apresurado ya a reconocer en una Jurisprudencia que anteriormente ha sido transcrita, en la que se ha declarado la inconstitucionalidad de leyes por estar en contradicción con principios constitucionales, que de esta manera se hacían directamente operativos.

Un efecto que no es exclusivo ciertamente de las normas constitucionales, puesto que es un dato que acompaña también a las normas sociales y, por descontado, a las jurídicas ordinarias.

Nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo, se ha inspirado con frecuencia, y desde siempre, en normas inequívocamente sociales, como las religiosas y las éticas, juridificándolas así, aunque sin llegar a convertirlas en jurídicas. Actitud sancionada en el artículo 3.º.1 del Código civil, donde se advierte que «las normas se interpretarán... en relación... con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Así, la Sentencia de la Sala 2.ª de 8 de abril de 1981: «lo religioso no es un aspecto o un valor accesorio o circunstancial, sino esencial de la persona, y como tal garantizado por la Constitución española ... el hecho religioso es un valor comunitario, colectivo o social, de primera magnitud, y como tal asumible y asumido por la imparcial magistratura del Ministerio Fiscal». Pero —repito— nadie puede pretender que esa norma social de la realidad social se ha convertido, al aparecer en una sentencia, en norma jurídica.

Otro ejemplo de estos efectos jurídicos indirectos es el que aparece en el citado artículo 53.3: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (principios rectores de la política social y económica) informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que disponen las leyes que los desarrollen.»

El rigor de este precepto no puede ser aparentemente más extremado: prohibición de hacer alegaciones ante los Tribunales. Una prohibición, por lo demás, ilusoria, puesto que resulta difícil imaginar que una alegación de este tipo sea tachada de oficio por el juez; y sobre ello, contradictorio, puesto que una línea más arriba se dice que informarán la práctica judicial. Lo que literalmente significaría que los Tribunales deben tenerlos en cuenta, pero sin que se lo aleguen las partes. Pero prescindiendo de estos detalles técnicos de menor cuantía, lo importante es constatar que la Constitución, al prohibir la alegación ante los Tribunales, está suprimiendo lo que siempre se ha venido considerando como la esencia misma de las normas jurídicas, recordando incluso la figura de las «obligaciones naturales» de Derecho romano.

Por otro lado, la limitación que se hace a los principios del capítulo tercero tampoco es demasiado correcta, puesto que el «efecto informador» no es exclusivo de ellos, sino de toda la Constitución, desde el momento en que el artículo 9.º.1 sujeta los poderes públicos a la Constitución en general, y no sólo a los principios del capítulo

tercero del título segundo. De hecho, nuestros Tribunales han empezado a fundamentar sus resoluciones en textos constitucionales, incluso en materia económica, aunque no estén en el repetidamente citado capítulo tercero. Así, la Sentencia (Sala 4.^a) de 3 de noviembre de 1980: «la tesis favorable de la Sentencia apelada es coherente por los principios jurídicos que informan nuestro ordenamiento —artículos 128.2 y 130.1 y concordantes de la Constitución...».

Por lo que se refiere a derechos y deberes del capítulo segundo del título primero, los efectos jurídicos más notorios —e inequívocamente directos— aparecen en el artículo 53.1, donde —además de reiterar, una vez más e innecesariamente, que vinculan a todos los poderes públicos— se declara que «sólo por Ley que, en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (omitiendo, por cierto, la alusión expresa a los deberes), que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)».

Pero incluso en estos supuestos, tal como antes se ha observado, los efectos jurídicos —innegables— de la Constitución se ven matizados de ordinario por un complicado sistema de reenvíos y de normas interpuestas que completan la sumariedad inicial del texto en un grado cuantitativa y cualitativamente más intenso que el que se utiliza en las normas ordinarias.

d) *La Constitución es, por su naturaleza, una norma de definición de valores principales y, en consecuencia, una norma de reenvíos.*

Una buena parte del texto constitucional es, en sentido estricto, lo que VINOGRADOFF (*Introducción al Derecho*, 1957, p. 41) denomina una «guía de conducta», que «no es necesariamente un mandato, sino que comprende una declaración de lo que es bueno y lo que es malo, lo correcto y lo incorrecto». De aquí la necesidad de su desarrollo posterior, de esos reenvíos que concretan la guía de conducta, los valores principales, en mandatos (órdenes, prohibiciones) y sanciones.

En este sentido puede afirmarse que la Constitución es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide normativa kelnesiana): es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho. El «último motor inmóvil», que dirían los escolásticos.

La Constitución reenvía a la ley para la fijación del contenido de los derechos, y reenvía a los Tribunales para la concreción de los contenidos esenciales de tales derechos, que son vinculantes para la ley; y, a su vez, los Tribunales se remiten a una realidad metalegal. Con lo cual llegamos a una legislación político-coyuntural, controlada por una jurisdicción pretoriana. Y esto es, cabalmente, lo que caracteriza el ámbito constitucional y lo diferencia del ámbito del Derecho en sentido estricto. El proceso de juridificación de la Constitución tiene que tomar inmediata conciencia de ello para no desnaturalizar a esta norma suprema al rango de una norma ordinaria.

Y, por otro lado, esta remisión de los Tribunales a la realidad metalegal, que es una realidad social, nos descubre un aspecto de la Constitución que no suele estar suficientemente subrayado: la Constitución no es siempre una norma conformadora, es también una norma que refleja las situaciones sociales y jurídicas preexistentes, que se limita a asumir. Al menos esto es lo que ha hecho la Constitución española, deliberadamente no revolucionaria, puesto que, partiendo de una situación dada, pretende sólo garantizar que no se produzca un retroceso en el *status* de los ciudadanos (reconociendo unos derechos fundamentales) al tiempo que abre caminos que posibilitan al legislador y a los Tribunales un progreso en el camino de la democracia social que se proclama en el artículo primero de su texto.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de diciembre de 1982 no ilustra con singular precisión buena parte de los aspectos que hasta ahora han sido tratados:

Nuestro ordenamiento ha constitucionalizado el control parlamentario de la televisión pública estatal, y la llamada «televisión privada» no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Como allí se dice, *su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionales del artículo 20, es decir, que en todo caso, deben*

ser respetados los principios de libertad, igualdad y pluralismo político, como valores fundamentales del Estado. Y este último argumento, el de la *necesidad de una ley orgánica que exprese*, dentro del marco de la Constitución, *la decisión política de instituir la llamada televisión privada*, debe ser reiterado en esta ocasión por nosotros en su pleno alcance de generalidad, ya que sólo esta ley podrá considerar el conjunto de los problemas suscitados y darles una solución armónica.

Realmente resulta difícil encontrar un texto jurisprudencial que mejor exprese la idea de la remisión constitucional a contextos normativos y no normativos y a la correlativa necesidad de una ley interpuesta entre la Constitución y su operatividad.

III. EL DESTINATARIO Y LA COACCIÓN

Hasta aquí hemos visto cómo el inquietante problema del carácter programático de determinados preceptos constitucionales se reconduce técnicamente en el de su aplicación directa y efectividad, sin necesidad de poner en cuestión —o, en su caso, demostrar— su naturaleza normativa, puesto que su calificación de norma no evita la problematicidad político-jurídica indicada. La Constitución es una norma ciertamente, pero con tal afirmación no se avanza mucho, habida cuenta de la pluralidad, y aun confusión dogmática, del concepto de norma. Por ello, si se quiere precisar más la naturaleza jurídica de la Constitución, hay que seguir insistiendo hasta poner al descubierto buena parte de sus peculiaridades esenciales.

Subrayada ya la de su eficacia —y prescindiendo de los requisitos formales de su elaboración, aprobación y reforma, que son harto conocidos y no afectan a la substancia, y prescindiendo igualmente de su papel dentro del ordenamiento jurídico estatal— procede insistir ahora en la peculiaridad de sus destinatarios y del poder coactivo con que aparece.

A von JHERING debemos, hace justo un siglo (*Der Zweck im Recht*, 1877), la aguda observación de que los destinatarios de las normas no son, contra lo que venía admitiéndose como algo obvio, los ciudadanos, sino los poderes públicos y más particularmente los Tribu-

nales. Esta idea —analizada y precisada mil veces por la doctrina posterior (cfr. por todos M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, pp. 30 y ss.) nos lleva necesariamente a la constatación de que una norma tiene por lo común dos destinatarios: el cumplidor y el ejecutor. De ordinario, el destinatario aparente, y hasta con frecuencia explicitado, es el ciudadano, a quien corresponde cumplirla. Pero junto a él está el destinatario-aplicador —el Estado—, a quien corresponde imponer su cumplimiento en caso de resistencia.

Este esquema, sin embargo, sufre una importante peculiaridad cuando se trata de la Constitución. Porque, de acuerdo con ella, el destinatario explícito de alguno de sus preceptos es el Estado («El Estado, mediante ley, podrá planificar...»: art. 131.1), en otros son los poderes públicos («los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos...»: art. 130.1) y en otros es el legislador («la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público...»: art. 132.1).

La anunciada peculiaridad de la Constitución respecto de las demás normas jurídicas, resulta, pues, evidente: tratándose de este tipo de preceptos, el Estado aparece como destinatario-cumplidor, lo que se destaca como fenómeno inédito y dogmáticamente preocupante, por la circunstancia de que aquí coinciden el autor y el destinatario.

Para explicar esta anomalía podría acudir-se ciertamente a la ficción de que el autor de la norma es un sujeto ajeno al Estado; con lo cual se puede separar al autor del destinatario. El autor sería, por ejemplo, el pueblo, según la fórmula constituyente de los Estados Unidos de Norteamérica: «Nosotros, el pueblo americano.» Pero aunque esto fuera así, el sistema jurídico se vería gravemente afectado, porque ¿dónde queda el destinatario-aplicador? Descartado el pueblo —cuyas posibilidades de actuación en tal sentido son inimaginables fuera de la organización estatal— una de dos: o bien es el Estado (en cuyo caso habría de imponerse a sí mismo el cumplimiento de unas normas previamente incumplidas por él) o bien se acude a la ficción de substantivizar, al margen del Estado, al Tribunal Constitucional e incluso a los Tribunales ordinarios.

Formalmente, esta última solución es posible, desde luego, y por ella parece inclinarse el texto constitucional. Pero —independientemente de que, aun así, sigue en pie la curiosa peculiaridad de la fusión del destinatario-cumplidor y del destinatario-ejecutor en un sólo sujeto: el Estado— resulta irreal a todas luces, dado que la apli-

cación sólo es posible mediante la amenaza de la coacción, e incluso admitiendo que la fuerza de los Tribunales provenga directamente de la Constitución y no del Estado, sería inútil buscar en la realidad tal fuerza, al margen de éste. La Constitución, sin el Estado, es una hoja de papel, que no confiere poder alguno de coacción.

Nadie puede afirmar seriamente que un Tribunal, cualquiera que sea su naturaleza, dispone de medios reales para rectificar la acción del Estado incumplidor. ¿Cómo puede, en efecto, garantizar que «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores en el extranjero» (art. 42)? ¿Cómo puede garantizar que el Estado modernice la artesanía o la pesca, según ordena el artículo 130.1? Con simples medios jurídicos, esto parece, de toda evidencia, imposible. Al margen del Estado —más aún: frente al Estado— los Tribunales carecen de medios de coacción.

De lo anterior se deduce, entonces, que la peculiaridad constitucional respecto de los destinatarios arrastra una segunda peculiaridad —la de la coacción— aún más inquietante, puesto que obliga a replantear de nuevo la vieja cuestión de la coacción como elemento estructural necesario de todas las normas jurídicas.

Y, sin embargo, el tema dista mucho de ser nuevo. El dato de que la coacción opera de una manera muy peculiar en el Derecho Constitucional fue ya observado por Georg JELLINEK, y Gustav RÜMELIN se basó cabalmente en ello para negar que la coacción fuera un elemento necesario del Derecho:

No se puede afirmar que donde no hay coacción no hay Derecho. La Ley Fundamental del Estado que atribuye sus funciones a los órganos del poder estatal supremo es Derecho sin duda alguna, y hasta el Derecho más elevado e importante: el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Y, sin embargo, se carece en la cúspide de medios de coacción o, al menos, de las formas jurídicas de ejercerla, pues es propio de la naturaleza del poder supremo el no poder ser coaccionado por nadie. Si el Rey no proclama ninguna ley o no las ejecuta o no nombra ministros o no firma decretos, si el Parlamento o el Gobierno no se reúne, si los ciudadanos no acuden a las elecciones, no existe poder de coacción

alguno, como si estos hechos y sus consecuencias estuvieran fuera del Derecho («Reden und Aufsätze», Neue Folge, 1881; hoy en *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, 1973, p. 235).

Y en el mismo sentido, treinta años más tarde, Eugen EHRlich («Grundlegund der Soziologie des Rechts», 1913, hoy en *Begriff...*, cit., página 288):

Con frecuencia se ha puesto de relieve que casi todas las infracciones constitucionales pueden ser cometidas sin responsabilidad cuando la mayoría parlamentaria está de acuerdo. Y aunque es cierto que puede hablarse de la «coacción de la opinión pública» o de la «decepción general o de la contestación» y hasta de la reacción revolucionaria, ¿podría considerarse esta forma de amenaza de coacción, que no está jurídicamente prevista ni jurídicamente ordenada, como un elemento esencial del Derecho?

Exactamente en el mismo año, sir Paul VINOGRADOFF, argumentando la tesis de la innecesariedad de la coacción en la esencia de las normas jurídicas, acudía literalmente a estos mismos ejemplos del Derecho Constitucional germánico (*Common Sense in Law*, 1913; traducción española de 1957, p. 31):

El emperador alemán estaba obligado por el artículo 17 de la Constitución del *Reich* a promulgar las leyes aprobadas por el *Reichstag* y sancionadas por él; el párrafo 2 del artículo 11 le prohibía declarar la guerra sin el consentimiento del *Reichstag*; los artículos 12 y 13 le obligaban a convocar al *Reichstag* todos los años, etcétera. Pero supongamos que hubiese dejado de promulgar una ley, que hubiese declarado la guerra por su sola autoridad o que hubiese dejado de convocar al *Reichstag* a su legislatura anual. Todos estos actos habrían constituido, evidentemente, infracciones de normas jurídicas; sin embargo, no habría habido medio de coacción utilizable contra el jefe del Estado.

Deliberadamente no quiere entrarse aquí en la polémica a que necesariamente conducen las observaciones anteriores, o sea en la

cuestión de si la coacción es consustancial o no a la norma jurídica (cfr., sobre todo ello, BOBBIO, *Studi per una Teoria Generale del Diritto*, 1970, pp. 119 y ss.); a nuestros efectos, basta con resaltar que, al menos y en todo caso, la coacción juega un papel muy singular en la norma jurídica constitucional.

Tal como ha observado GEIGER (*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1947), la verdadera nota esencial de la norma jurídica es la obligatoriedad. Ahora bien, esta obligatoriedad no depende de la existencia de mecanismos institucionales de coacción, sino que se deduce de los hechos: si la forma de conducta establecida por la norma es violada, a ello se sigue regularmente una reacción por parte de la sociedad; reacción que puede proceder bien de los individuos actuando espontáneamente, bien de los órganos institucionales que la sociedad ha creado a este propósito (policía, tribunales). Pues bien, si el Estado no moderniza la artesanía, ya hemos visto que la reacción no puede provenir del Tribunal Constitucional y, si proviniera de la sociedad, lo sería con medidas fácticas (la conocida «marcha» o «sentada» de los artesanos) o políticas (la presión parlamentaria), que nadie puede calificar de jurídicas. Con lo cual nos aproximamos a las tormentosas fronteras del derecho como hecho (más precisamente: del derecho como fuerza) de Olivecrona. Porque, nótese bien, la eventual revuelta de los artesanos podrá fundarse formalmente en el artículo 130 de la Constitución, pero todo el mundo vería en esta invocación un simple pretexto y, de prosperar sus pretensiones, no sería por gracia de la Constitución, sino de su fuerza; y la mejor prueba de ello es que prosperaría igual aun cuando no existiese el artículo 130 citado; como ahora prosperan las pretensiones de los sectores industriales, que están logrando su modernización, a cargo del Estado, sin que la Constitución se haya acordado especialmente de ellos. Lo que sucede es que tienen más poder de exigibilidad —más fuerza— que los artesanos, constitucionalmente protegidos.

Las peculiaridades constitucionales en orden a los destinatarios de la norma y a la coacción nos llevan necesariamente al tema de las peculiaridades del Tribunal Constitucional, eventual destinatario-ejecutor de ella. Dentro de este tema —cuyo análisis completo desbordaría el ámbito del presente estudio—, a nuestros efectos importa sólo poner de relieve las nefastas consecuencias del sesgo forense que se quiere dar en España a los planteamientos constitucionales.

En otros lugares (*La vocación administrativa de nuestro tiempo*, en esta REVISTA, núm. 76, 1975), ya he denunciado el grave error que significa la contemplación de la acción del Estado desde la perspectiva exclusiva del control jurisdiccional. Una advertencia que felizmente empieza a ser tenida ya en cuenta. No obstante, todavía hay un importante sector doctrinal que pretende ahora insistir en este punto de vista respecto de la Constitución, como si la Constitución fuera, ni más ni menos, que lo que decide el Tribunal Constitucional, de acuerdo con la conocida frase de HUGHES: «Vivimos bajo una Constitución; pero la Constitución es lo que el juez dice que es»; y lo mismo, en Alemania, SMEND: «De hecho, la Constitución sólo vale en los términos en que el juez constitucional la interpreta».

El Derecho Constitucional es un conjunto muy amplio de reglas de conducta, mientras que el Derecho del Tribunal Constitucional no es más que una pequeña parte de aquel amplio círculo de reglas. Más allá de lo que decide el Tribunal se extienden los campos de la actuación jurídica del Estado, a los que no llega el Tribunal, bien sea porque no tiene ocasión de ocuparse de los conflictos (como sucede en el Derecho privado), bien sea porque no tiene facultades de intervencionalidad (como peculiaridad del Derecho Constitucional, antes señalada). Pretender reducir el Derecho Constitucional a las decisiones del Tribunal supondría una formidable mutilación de este Derecho y un desconocimiento de la realidad. Demos, pues, al Tribunal Constitucional lo que le corresponde —que es mucho— y no queramos poner puertas al campo. Con esta chata perspectiva forense podrán medrar ciertamente los abogados; pero ni el Derecho es coto exclusivo del Colegio de Abogados ni con ello se beneficia lo más mínimo el juego político y el juego democrático que garantiza la Constitución.

En contra de la opinión de HUGHES —que, en general, se remonta nada menos que a AUSTIN («El Derecho es el conjunto de normas reconocidas por los Tribunales de Justicia y aplicadas por ellos»)— y de quienes la suscriben, tanto en el Derecho anglosajón como en el continental, la Constitución no es lo que dicen los Tribunales, sino lo que hacen las fuerzas políticas que ocupan los órganos del Estado en su sentido más amplio. Encubrirse con el manto de la pureza «jurídica» para reducir este papel exclusivamente a los Tribunales, no es sólo una incorrección técnica, es, además, una ingenuidad vital cuando no una hipocresía.

IV. HETEROGENEIDAD

Hasta aquí ha venido hablándose indiferenciadamente de «normas constitucionales», como si constituyeran un bloque homogéneo, cuando la verdad es que se trata de disposiciones rigurosamente heterogéneas. Dentro de la rúbrica constitucional, por conocidas razones históricas y de funcionalidad política, se albergan preceptos muy variados, que, desde el punto de vista de su naturaleza, tienen muy poco en común. Por ello es errado pretender dar el mismo tratamiento, por ejemplo, a normas organizatorias que a normas garantizadoras de derechos fundamentales; y el no tener conciencia de ello es causa de buena parte de la esterilidad de las discusiones que a tal propósito se han levantado.

Más aún, la propia naturaleza de la Constitución es plural por sí misma, lo que aumenta las dificultades —y prueba la inutilidad— de su tratamiento único. En cualquier Manual pueden encontrarse, cuando menos, veinte o treinta concepciones constitucionales diferentes, y no menos prolijas resultan las enumeraciones de sus fines y funciones. Pues si esto es así ¿cómo es posible intentar dar un tratamiento único a tan heterogéneas normas?

Entre nosotros, Francisco RUBIO LLORENTE («La Constitución como fuente de Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, 1979, pp. 62-72) ha subrayado esta circunstancia, asumiendo la tipología alemana de SCHEUNER, y distinguiendo al efecto las siguientes variantes normativas de una Constitución: a) derechos fundamentales, b) garantías institucionales, c) mandatos al legislador, d) principios fundamentales y fines del Estado. Aun aceptando el valor normativo de todas estas variantes, precisa RUBIO que «los mandatos al legislador son fuente de Derecho objetivo e imponen obligaciones, pero su eficacia para engendrar también derechos subjetivos correlativos de estas obligaciones depende de que el legislador pueda ser forzado a dictar estas leyes sin las cuales se frustra el ejercicio real de derechos contenidos *in nuce* en la Constitución. No se trata, claro está, de que el juez pueda ordenar al legislador la emanación de una norma concreta, posibilidad excluida en cualquier sistema y reforzada en el nuestro por la inviolabilidad de las Cortes, sino de que el juez considere inconstitucional la omisión del legislador y considere en consecuencia ilegítimas situaciones o relaciones que no se

habrían consolidado si no hubiese existido tal omisión». Y en cuanto a los principios fundamentales, advierte que «no originan inmediatamente obligaciones exigibles ante los Tribunales de Justicia, aunque también puedan resultar de ellos, mediatamente, derechos sociales, pero sí imponen una obligación a todos los poderes públicos, si los vinculan, aunque el artículo 53 de la Constitución deja otra cosa».

Por otro lado —y primordialmente como consecuencia de la variedad de funciones— cada Constitución jerarquiza sus propios preceptos, ordenándoles en rangos diferentes. De esta forma ha procedido la Constitución española con las conocidas consecuencias de una variedad de sistemas a la hora de su desarrollo legal (a través de leyes orgánicas o no) y, sobre todo, en el trámite exigido para su reforma.

Basándose cabalmente en este último aspecto (consagrado en el artículo 79 de la Ley Fundamental de Bonn), la doctrina alemana ha afirmado sin vacilaciones el diferente rango de las normas constitucionales, con la lógica, aunque sorprendente, consecuencia de que las inferiores están sometidas a las superiores. Y por ello ha podido hablar O. BACHOF (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951) de normas constitucionales inconstitucionales, de la misma manera que su Tribunal Constitucional ha negado que los poderes constituyentes tengan absoluta libertad de decisión, dado que en todo caso se encuentran vinculados a «valores jurídicos superiores».

Ahora bien, cuando la diferencia de rango está señalada en la propia Constitución, la cosa no es grave, antes bien normal. Los riesgos empiezan cuando tales diferencias dependen de las valoraciones subjetivas del intérprete. Este sistema, de viejos antecedentes, se asienta en Europa a partir de SMEND, cuyas ideas han influido decisivamente en la evolución del derecho constitucional europeo posterior y parece encontrarse hoy muy afirmadas en España.

Según SMEND («*Verfassung und Verfassungsrecht*», parte III, 1928, hoy en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2.^a ed., 1968, pp. 233 y ss.), el núcleo de la Constitución está constituido por una serie de valores de diferente importancia. Desigualdad que arrastra la de las normas con ellos conectadas, con la consecuencia de que los preceptos constitucionales deben ser ordenados en una jerarquía que se corresponde con la de sus valores de referencia. Este planteamiento, como puede verse, representa un progreso de gigante respecto del riguroso positivismo jurídico anterior, pero ello no puede hacer desconocer

los peligros: la pretendida normatividad se disuelve en el subjetivismo de la apreciación de los valores. Efecto potenciado por el empleo deliberado del llamado método histórico-espiritualista, que, pasando por alto la letra del Derecho positivo, inserta los valores en las corrientes socioculturales (y económicas) de cada momento, en beneficio naturalmente de una evolución dinámica de la Constitución y en perjuicio, también inevitablemente, de su fijeza, de su transparencia, en una palabra, de su normatividad. Si la interpretación de la Constitución pasa así a manos de los jueces (y de los Gobiernos), es claro que su contenido normativo se degrada, tal como ha argumentado FORSTHOFF («Die Umbildug des Verfassungsgesetzes», hoy en *Verfassung*, cit., pp. 121 y ss.).

La heterogeneidad de las formas constitucionales incide de manera directa en la cuestión de su eventual programaticidad, que, en consecuencia, no puede ser resuelta de una forma única. La regla general —ya lo hemos visto— es que la Constitución se aplica en todo caso sin necesidad de que exista una ley ordinaria interpuesta. Pero también hemos visto cómo el Tribunal introduce una serie de matizaciones provocadas por la naturaleza de la norma debatida: bien sea porque se trata de un principio general del Derecho o de derechos de índole social y económica. La especificidad de los derechos constitucionales y de las normas que los regulan son de toda evidencia; pero el Tribunal Constitucional ha llegado a desestimar un recurso (Sentencia de 7 de diciembre de 1982) por no haberse aprobado aún la ley ordinaria de desarrollo del Derecho correspondiente.

V. PECULIARIDADES INTERPRETATIVAS

Una anterior cita de FORSTHOFF nos invita a entrar ya en el espinoso tema de la interpretación constitucional, que es una de las características más notables de este sistema normativo. La interpretación constitucional no puede seguir las mismas reglas que las de las normas ordinarias, no tanto por la brevedad y exacerbada abstracción de sus preceptos como por razones sustantivas de más peso.

Por lo pronto, las leyes y actuaciones administrativas no son un simple desarrollo de la Constitución, a diferencia de lo que sucede con los Reglamentos, que se limitan a desarrollar las leyes en que se basan. Por esta razón, los Tribunales ordinarios (contencioso-administrativos en particular) están acostumbrados a contrastar dos textos

jerarquizados comprobando en qué medida el reglamento se ajusta positivamente a ley. En cambio, la jurisdicción constitucional, al contrastar las leyes con la Constitución, ha de operar de una forma muy distinta; puesto que la Constitución nunca señala al legislador el contenido de sus disposiciones. El legislador es libre con tal que no contradiga la Constitución.

Como ha señalado Ulrich SCHEUNER («Staatszielbestimmungen», 1972, hoy en *Verfassung*, cit., p. 347), «el legislador es libre de seguir consideraciones sociopolíticas, tendencias que persiguen el fomento de determinados grupos e incluso tendencias cuyo objetivo es la modificación de las estructuras sociales existentes. La Constitución no puede dar indicaciones precisas en cuanto que está pensada para una comunidad pluralista, en la que coexisten puntos de vista muy diferentes». En definitiva, y en la lapidaria formulación de Hans HUBER («Formenrichtung der Verfassung und deren Auslegung», 1971, hoy en *Verfassung*, cit., p. 309), «la legislación no es ejecución de la Constitución, sino un libre y renovado principio creador».

A nadie pueden escapar las trascendentales consecuencias de estas circunstancias: a diferencia del Tribunal ordinario, el Constitucional se mueve entre dos puntos de referencia inestables: por un lado, leyes que mantienen su libre capacidad de creación, y por otro, un texto constitucional sumario, abstracto, neutral incluso y abierto a todas las posibilidades. En estas condiciones nada tiene de particular que sus facultades se eleven a límites inimaginables en la jurisdicción ordinaria. Manejando este tipo de texto es claro que no puede seguir el método interpretativo del positivismo jurídico, puesto que le faltan precisamente las bases positivas de referencia, y ha de embarcarse en unos criterios de valor. FORSTHOFF, en Alemania, ha denunciado repetidamente los riesgos de este método, señalando que trastornan por completo la idea del Derecho y vacían a la Constitución de contenido jurídico. Pero hay que reconocer que este modo de proceder es en gran parte irremediable, aunque sea al precio de caer en el derecho libre más descarnado. Tal es precisamente una de las características de las normas constitucionales. Guste o no guste, el Tribunal Constitucional maneja en cada país la Constitución como si se tratase de un bloque escultórico tosco, que en cada sentencia se moldea hasta darle un contorno preciso.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tomado conciencia desde el primer momento de este carácter «comprimido» de la Constitución,

que se reduce en ocasiones a la declaración de meros principios, a los que, sin embargo, reconoce fuerza normativa de aplicación directa y derogatoria de las leyes que les contradigan, como hemos tenido ocasión de comprobar desde la primera Sentencia de 2 de febrero de 1981. De esta forma ha entrado el Tribunal en una vía de interpretación principialista y de valores, quizá la única posible, pero desde luego muy arriesgada, por cuanto reconduce algunas sentencias a un puro decisionismo. El Tribunal se encuentra, en efecto, en ocasiones sin otra apoyatura normativa que dos principios supergenéricos, y para resolver se inclina convencionalmente por uno de ellos. Valga de ejemplo el planteamiento que se hace en la Sentencia de 20 de octubre de 1982:

Dos principios contrapuestos llevan a dar a esta cuestión respuestas rigurosamente excluyentes. De una parte, el principio de seguridad, que consagra el artículo 9.º.3 de la Constitución...; de la otra, el principio de justicia (art. 1.º.1 de la Constitución) y, por extensión, el de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales (art. 53.1)... Una solución inspirada exclusivamente en el primer principio llevaría claramente a la desestimación pura y simple del presente recurso, en tanto que llevaría a estimarlo la que sólo tomara en consideración el segundo.

Quizá —repetimos— sea éste el único camino posible para resolver los litigios concretos; pero es explicable que los aludidos riesgos de su utilización hayan despertado la preocupación de los juristas y hasta del propio Tribunal.

El Auto del Pleno de 21 de marzo de 1983 es un buen exponente de lo que se está diciendo: el Tribunal admite a trámite un recurso interpuesto contra la Ley Orgánica 6/1983, de 2 de mayo, de reforma de elecciones locales, pero se adjuntan dos votos particulares (a los que se suman otros dos magistrados, es decir, hay cuatro disidentes de un colegio de once). Pues bien, estos dos votos particulares, rigurosamente contrarios entre sí, coinciden en denunciar el peligro indicado. Así el voto de RUBIO LLORENTE expresa la preocupación de que

la encomiable voluntad de hacer justicia sólo puede ac-
tuarse dentro de los límites immanentes del razonamien-

to jurídico, cuya transgresión abre el camino al activismo judicial y trastorna el delicado equilibrio de los poderes del Estado.

Y el voto particular de TOMÁS Y VALIENTE hace una advertencia no menos grave:

con el máximo respeto debido al Tribunal, me veo obligado a manifestar que la resolución de la que discrepo vulnera no sólo los principios de la lógica jurídica, sino también los límites de las competencias de este Tribunal, que no es un árbitro llamado a dirimir contiendas según su leal saber y entender, sino un órgano constitucional de naturaleza jurisdiccional, que tiene en el Derecho su instrumento y su límite.

Aunque no se haya expresado con tanta rotundidad, la misma preocupación late en el voto particular de AROZAMENA a la Sentencia de 25 de enero de 1982, donde advierte que el uso de «recomendaciones al legislador» incide en áreas que no son propias del Tribunal Constitucional; y por otro lado, critica también a la Sentencia por entender que «la interpretación está vinculada por unos cánones o criterios que el Juez debe seguir. Los elementos presentes en el artículo 3.º del Código civil obligan a un ajuste de la interpretación a los preceptos, pero no a una modificación o inaplicación de los mismos».

En cuanto a la doctrina constitucionalista, ha caído igualmente en este círculo de hierro, del que no acierta a salir, antes al contrario cada día agrava con su actitud. Porque inicialmente pretende consolidar la juridicidad de los textos, su valor formal, única garantía de la seguridad jurídica; pero, por otro lado, la magnificación de los valores y de los principios le está conduciendo, quizá sin querer, por derroteros muy distintos, dado que la jurisprudencia de valores está en las antípodas de la seguridad. GARCÍA DE ENTERRÍA (en el prólogo a Luciano PAREJO, *Estado social y Administración Pública*, 1983, p. 11) ha formulado esta contradicción en los siguientes términos: «Estamos con ello descubriendo un ámbito jurídico, a la vez que nuevo respecto a toda tradición, especialmente fascinante, por las técnicas principales que pone en marcha y por los problemas que plantea su necesaria articulación con los valores tradicionales de nuestra técnica secular, la certeza del Derecho, la seguridad jurídica, la imprescindi-

ble formalización de la justicia (formalización no en el sentido peyorativo del concepto de «formalismo», sino en el de cerrar el paso a la desformalización propia de la justicia del cadáver, del Derecho libre, libre apreciación del juez, uso alternativo del Derecho y tendencias análogas, que rompen la necesaria objetividad y «positividad» —que no es tampoco positivismo— del Derecho). La incidencia de las fulgurantes decisiones de los Tribunales constitucionales, con sus pretensiones de definición de los valores jurídicos supremos, sobre la técnica y los hábitos jurídicos depurados y establecidos por la historia, es uno de los espectáculos más apasionantes que a los juristas no es dado contemplar hoy» (los subrayados son nuestros).

Este planteamiento parece correcto, desde luego; pero se está muy lejos aún de haber encontrado esa «necesaria articulación» que predica; puesto que la verdad es que en ocasiones la interpretación se cierra en un formalismo inaceptable, que repugna a la justicia y en ocasiones se abre a la más pura creación libre del Derecho, con harta frecuencia practicada y que nunca se tiene la honestidad de reconocer, antes se encubre con anatemas retóricos.

Sea como fuere —y sin necesidad de entrar en detalles que habrían de llevarnos muy lejos—, con lo dicho basta para probar la peculiaridad interpretativa de las normas constitucionales. Un libro como el de Mario DOGLIANI, por ejemplo, *Interpretazioni de la Costituzione*, 1982, nada tiene que ver con cuanto hasta ahora se había escrito sobre la interpretación en lo que suele denominarse Teoría General del Derecho. Y lo mismo puede decirse de la apasionada polémica que sobre la interpretación constitucional se ha levantado en el Derecho alemán.

VI. EL TRASFONDO POLÍTICO

Las consideraciones precedentes han intentado perfilar de forma sumaria algunas de las peculiaridades más significativas de la Constitución en cuanto norma. Se trata, por tanto, de un planteamiento deliberadamente parcial, que en ningún caso autoriza a olvidar que lo más importante de la Constitución es la carga política que la acompaña y que califica su verdadera sustancia. Porque aunque todas las normas jurídicas tienen un significado político, más o menos intenso, según los casos, en la Constitución opera este factor de ma-

nera decisiva. Desconocer este dato y pretender construir una teoría constitucional al margen del mismo, supondría trabajar en el limbo más estéril de los formalismos. Conste, sin embargo, que, como se ha repetido, no constituye tal tema objeto del presente estudio, puesto que su misma envergadura precisaría de un análisis pormenorizado independiente. De aquí que vayamos a limitarnos a unas breves alusiones desde la perspectiva normativa en que nos hemos colocado.

A tal propósito, la clave nos la va a proporcionar la vieja distinción de M. E. MAYER entre normas jurídicas y normas de cultura, que aún conserva íntegra su potencia para la comprensión de lo que es el Derecho y el valor de las normas.

Como es sabido, este autor dedicó en 1903 una monografía genial (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, ya citada) al estudio de las relaciones entre ambas clases de normas. Pues bien, siendo la Constitución una norma jurídica y formando parte las reglas políticas del bloque difuso de las normas culturales, de acuerdo con su esquema se deduce que la Constitución vale en tanto en cuanto refleje con fidelidad una norma cultural de naturaleza política: ni más ni menos. Cuanto mejor refleje la Constitución una norma cultural política, será más fiable y más operativa, tal como con una técnica más rudimentaria había intentado explicar ya LASALLE, y también, desde otra perspectiva, desarrolló luego hasta sus últimas consecuencias Carl SCHMITT. Si no se logra este reflejo o identificación, el texto constitucional, pese a todo su aparato formalista, no será más que una «hoja de papel», puesto que lo que de veras opera es el sustrato de la norma cultural.

Esta tesis nunca ha podido ser rechazada teóricamente, por mucho que repugne a la racionalidad del positivismo jurídico, puesto que la realidad se encarga de demostrarlo cada día; pero su manejo necesita determinadas precisiones, puestas ya de relieve por el propio M. E. MAYER, y que en materia constitucional resultan singularmente importantes.

En una sociedad moderna las normas culturales políticas carecen de la homogeneidad propia de las de una sociedad tradicional. El pluralismo social en nuestra época puede permitir, a lo sumo, la cristalización de alguna norma cultural política de carácter principal (por ejemplo, y siempre con muchas disidencias, el federalismo o la democracia), pero la unanimidad nunca llega a ser profunda y cada grupo asume variantes propias, cuya defensa constituye cabalmente

la vida política. Pues bien, la Constitución opera —y mucho— cuando el texto, enfrentado ante una pluralidad de normas culturales políticas o de grupos que actúan con arreglo a normas diferentes, se pronuncia por una tendencia determinada.

En este supuesto, ordinario y habitual, se inicia un proceso circular o de doble flujo: por un lado, la norma cultural política legitima y hace operativa a la Constitución, según se ha explicado; pero por otro lado, la norma constitucional presiona sobre la sociedad para imponer la decisión que ha seleccionado, extendiendo a la masa social, es decir, a los otros grupos, su criterio. El éxito o fracaso de la operación dependerá, pues, del resultado de tal presión: si es efectiva, se robustecerá la norma cultural política de base y, en su consecuencia, la Constitución será aceptada y cumplida; mientras que si no se logran estos objetivos, faltará la identificación entre ambas normas, y la jurídica no será cumplida más que por el grupo que haya asumido la político-cultural.

Tal es el mecanismo normal de las relaciones; que no es aplicable, de ordinario, a las normas de organización, puesto que con referencia a ellas no existen las correspondientes normas culturales de apoyo. Una norma cultural política puede consistir, por ejemplo, en las reglas de juego de un régimen democrático parlamentario bicameral. Pero si el Senado debe tener doscientos o cuatrocientos miembros, no es propio de la norma cultural. En tales casos, la norma jurídica surge y actúa de manera autónoma.

