

JUICIO DE LEGITIMIDAD E INTERPRETACION CONSTITUCIONAL: CUESTIONES PROBLEMATICAS EN EL HORIZONTE CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Por GUMERSINDO TRUJILLO

SUMARIO

Preliminar.—1. *Jueces y Constitución:* 1.1. La etapa transitoria. 1.2. El incidente de inconstitucionalidad. 1.3. Constitucionalidad de la jurisprudencia.—2. *Otras cuestiones problemáticas:* 2.1. Publicidad e independencia: las opiniones disidentes. 2.2. Los criterios hermenéuticos: aplicabilidad del artículo 3.º 1 del Código Civil. 2.3. Consensualismo constituyente, interpretación evolutiva y uso alternativo del Derecho constitucional

PRELIMINAR

Al analizar la solución adoptada por el constituyente español respecto del juicio de legitimidad constitucional, surgen de inmediato un sinnúmero de interrogantes que constituyen otras tantas cuestiones prácticas con las que políticos y juristas hemos de enfrentarnos tras la entrada en vigor de la Constitución.

Algunas de estas cuestiones —de importancia manifiesta, según veremos— serán objeto de nuestra consideración en este trabajo, redactado más con el ánimo de suscitar un debate en el que puedan confrontarse nuestros problemas actuales con las enseñanzas deducidas de las experiencias que nos transmitan nuestros colegas extranjeros, que de ofrecer un juicio definitivo sobre los mismos; juicio que, por lo demás, mal podría contar con sólidos fundamentos, al estar pendiente aún la normativa complementaria de la Constitución, y ser una de las características más salientes del texto consti-

tucional la remisión a la ley —orgánica o no— de buen número de temas que debieron quedar resueltos en el nivel constituyente.

Dichas cuestiones se refieren a la interpretación que deba darse al texto constitucional en relación con el grupo de problemas a que se hace referencia en el sumario, cuyo planteamiento no parecerá ocioso si se tiene en cuenta que la inmediatez de todos ellos (excepto quizá el último) hace aconsejable clarificar las opciones y soluciones posibles.

1. JUECES Y CONSTITUCION

De los importantes temas que cabe plantear en torno a las relaciones entre las jurisdicciones *ordinaria* y *constitucional*, voy a referirme al papel de los jueces en el tiempo que ha de mediar entre la entrada en vigor de la Constitución y el funcionamiento efectivo del Tribunal constitucional; a la regulación del juicio incidental de inconstitucionalidad, y al control de la constitucionalidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1.1. *La etapa transitoria (hasta la entrada en funciones del Tribunal constitucional)*

Con la entrada en vigor de la Constitución pueden plantearse importantes cuestiones relativas a la *validez* o a la *vigencia* de aquellas normas anteriores que se hallen en pugna con el nuevo texto fundamental sin que se haya previsto, al menos de modo expreso, la *autoridad competente* para resolver las cuestiones de esta naturaleza que pudieran plantearse antes de que el Tribunal constitucional comience a funcionar. El legislador constituyente se ha limitado a declarar derogadas «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución» (disposición derogatoria, apartado 3) sin determinar a *quién* corresponde declarar que una norma dada se opone —total o parcialmente— a la Constitución y que, consiguientemente, ha quedado derogada —en todo o en parte— al entrar ésta en vigor. ¿Podrán los órganos judiciales ordinarios cumplir transitoriamente este cometido, o habrá que esperar a que inicie sus actividades el Tribunal constitucional para que cobre plena eficacia el mandato constitucional derogatorio?

En favor de la competencia judicial puede en principio sostenerse que puesto que se trata de decidir sobre la derogación o vigencia de una norma dada, corresponde a los jueces ordinarios (en el ejercicio de su deber de discernir el Derecho aplicable) apreciar la existencia o inexistencia de la oposi-

ción determinante de la derogación y, en su caso, inaplicar dicha norma. Pero las cosas no son tan simples.

La generalidad de la cláusula constitucional derogatoria exige del operador jurídico una actividad interpretativa que ha de orientarse hacia el doble plano de la norma preconstitucional cuestionada y del correspondiente parámetro constitucional. En el primero de ellos, dicho operador debe investigar si la oposición es sólo *aparente* (por ser posible una interpretación conforme a la Constitución) o bien si es *real*, determinando en este segundo caso si la misma afecta a los *requisitos formales* del acto normativo (de modo que por aplicación de la regla *tempus regit actum*, sea una oposición constitucionalmente irrelevante) o bien se trate de una oposición sustancial de la *norma* contenida en dicho acto (contraste que determinaría la constatación de la derogación y la subsiguiente inaplicación de un Derecho que ha perdido su vigencia). Pero esta actividad del operador jurídico presupone su actuación en el segundo de los planos indicados, pues sólo desde la interpretación del contenido y alcance del precepto constitucional podría establecerse con firmeza si la norma pre-constitucional pugna o no con la Constitución, con lo que surge la duda de si el juez ordinario puede cumplir los cometidos indicados pese a incidir sobre competencias reservadas al Tribunal constitucional. ¿Cabría entender que hasta que no funcione dicho Tribunal puede el juez asumir tales funciones como algo inherente a sus deberes de discernir el Derecho aplicable, respetar la jerarquía normativa y resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción?

En el Derecho constitucional comparado es ampliamente ilustrativo el tratamiento que esta temática recibió en Italia en los años transcurridos entre la entrada en vigor de la Constitución y el comienzo de las actividades de la Corte constitucional (1948-1956). Se entendió allí, en un primer momento, que un conflicto entre la Constitución y las leyes anteriores podía presentarse bajo las distintas figuras de la «abrogación» y de la «ilegitimidad constitucional». El primer supuesto presupone que la norma «vieja» resulte contraria a una norma constitucional *de eficacia inmediata*. Pero si el contraste se produce con una norma constitucional *programática* o de *eficacia diferida*, estaríamos ante un supuesto de ilegitimidad constitucional. Esta distinción permitiría compatibilizar los respectivos papeles de la jurisdicción ordinaria y de la Corte constitucional. La primera entendería de la abrogación, limitándose a inaplicar la norma «vieja» contradicha por una norma constitucional de eficacia inmediata; la segunda conocería de la ilegitimidad constitucional (1). El enfoque varió sustancialmente con la iniciación de las activi-

(1) Cf. CRISAFULLI: *Lezioni di Diritto costituzionale*, 4.ª ed., Padua, 1976, vol. II, 1, págs. 180-183; ZAGREBELSKY: *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, págs. 42-48;

dades de dicha Corte que en su primera sentencia (1/1956) consideró que la ilegitimidad constitucional es un instituto que se mueve en una esfera distinta de la abrogación, englobando todos los casos en los que se determine un contraste con la Constitución (incluyendo aquellos que de otro modo hubiesen podido calificarse como abrogación), argumento sobre el que basó su monopolio de la competencia para conocer de este tipo de cuestiones (2). La jurisprudencia posterior de la Corte se ha orientado en sentido favorable a la afirmación de la exclusividad de su competencia para juzgar de las relaciones entre las leyes anteriores y la Constitución (lo que supone la absorción del criterio cronológico por el criterio jerárquico). Y, por otra parte, la jurisprudencia ordinaria tiende también a traducir los conflictos entre ambos tipos de normas en términos de validez, planteándolos siempre como cuestiones de constitucionalidad ante la Corte (3).

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, pensamos que los argumentos favorables a la competencia judicial *transitoria* para inaplicar las disposiciones preconstitucionales discordantes de la Constitución son por lo menos atendibles.

BARILE: *Scritti di Diritto costituzionale*, Padua, 1967, págs. 46-49. Véase, además, el denso y sugerente trabajo de MORTATI: *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, en *Id., Scritti*, vol. II, Milán, 1972, págs. 43 y sigs.

(2) Para la correcta comprensión de este fallo, no hay que perder de vista que, como indica ZAGREBELSKY, la Corte sólo afirmó que, surgiendo ante ella una cuestión de constitucionalidad, el control de ésta absorbe el problema de la abrogación, con lo que no se ha prejuzgado el problema preliminar relativo a la posibilidad de que los jueces comunes «ni siquiera lleguen a plantear la cuestión de constitucionalidad, reteniendo prejudicialmente la abrogación de la ley» (*op. cit.*, pág. 45). ZAGREBELSKY llega incluso a afirmar que «desde el punto de vista del mecanismo procedimental previsto para plantear ante la Corte la cuestión de constitucionalidad, la posibilidad indicada parece permanecer abierta» (*loc. cit.*).

(3) Cf. CRISAFULLI, *op. cit.*, pág. 183. Debe señalarse que la Constitución italiana —a diferencia de la nuestra— remitía la resolución de las cuestiones de legitimidad constitucional al Derecho anterior a la misma (VII de las «Disposiciones transitorias y finales»). Ahora bien, según interpretaba la mayoría de la doctrina, las posibilidades de control que tal Derecho ofrecía a los jueces eran mínimas (mero control formal relativo a la existencia y eficacia formal de la Ley; cf. ESPOSITO, *La Costit. italiana. Saggi*, Padua, 1954, pág. 286). Por lo cual los términos del problema eran muy parecidos a los que hoy pueden plantearse en nuestro ordenamiento. También en Alemania se plantearon estas cuestiones, entendiéndose que si las Leyes anteriores contradicen la Ley Fundamental, «quedan derogadas sin necesidad de acudir al criterio del mayor rango, bastando la simple aplicación de la regla *lex posterior derogat legi priori*. Cada tribunal puede resolver por sí mismo, de forma definitiva, los problemas jurídico-constitucionales que la aplicación de tal regla plantea» (STEIN, *Derecho político*, trad. esp., Madrid, 1973, pág. 234).

En favor de la competencia de los órganos judiciales ordinarios cabría, en efecto, invocar —además de los preceptos del Código Civil que imponen a los jueces y Tribunales «el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», y sancionan la carencia de validez de «las disposiciones que contradigan otras de rango superior» (art. 1.º apartados 7 y 2, respectivamente)— el artículo 9 de la Constitución, cuyo apartado 1 —al preceptuar la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico— obliga a los jueces a no aplicar normas que vulneren la Constitución (lo que, lógicamente, presupone el examen y la decisión correspondiente sobre su discordancia con la norma fundamental). Refuerza esta tesis el propio artículo 9 cuando en su apartado 3 garantiza, entre otras cosas, la jerarquía normativa.

Cierto que la argumentación contraria podría apoyarse en estos fundamentos: *a)* en la reserva de competencia para conocer del recurso y de las cuestiones de constitucionalidad a favor del Tribunal constitucional (Constitución, arts. 161 *a)* y 163 *b)* en la prohibición de que los jueces conozcan cuestiones de esta naturaleza (*Idem*, art. 163); *c)* en la prohibición impuesta también a los jueces de suspender un proceso en el que se haya suscitado una de tales cuestiones (*Idem*, art. 163; aunque, según veremos luego, es dudoso que una interpretación lógico-sistemática permita confirmar la efectividad de esta prohibición).

Estas razones, sin embargo, no obstante su indudable peso, no nos parecen del todo decisivas:

a) En primer lugar, porque la reserva de estas competencias a favor del Tribunal constitucional significa tan sólo que ninguna otra instancia está legitimada *para dictar un fallo que cancele definitivamente del ordenamiento jurídico la norma inválida por ilegitimidad constitucional*. Y este no es manifiestamente el caso del juez ordinario que no aplica una norma que considera derogada (fallo que como se sabe, *sólo afecta a las partes*) (4).

b) Por otro lado, la prohibición de que los jueces conozcan cuestiones de constitucionalidad (art. 163) ha de entenderse referida a aquellas normas con rango de ley, *aplicables al caso*, circunstancia que naturalmente presupone que el juez indague su vigencia antes de ocuparse de su aplicabilidad.

c) Y, finalmente, por la necesidad de extraer consecuencias operativas del *carácter superconstitucional* del Título preliminar (según resulta de la

(4) Ciertamente se nos podrá argüir que la cuestión no es tan inocente, pues éste fue el punto de partida del *Judicial Review* norteamericano. Pero no debe desconocerse que aquí tratamos de una *situación transitoria* y, por otra parte, que en el marco constitucional en que reflexionamos existe ya una jurisdicción constitucional *ad hoc* prevista (circunstancia que, manifiestamente, no concurría en Norteamérica).

específica protección que le confiere el procedimiento agravado de reforma constitucional con que se le garantiza —cf. art. 168, 1—, Título en el que se encuentra el art. 9 antes invocado, cuyos apartados 1 y 3 no pueden ser considerados como normas programáticas ni de eficacia diferida.

1.2. *El incidente de inconstitucionalidad*

Además de la acción de inconstitucionalidad (restrictivamente regulada en orden a la legitimación para interponerla, al igual que sucede en otros Tribunales constitucionales), la Constitución prevé la posibilidad de un *incidente de inconstitucionalidad* respecto de una norma: *a)* con rango de ley; *b)* aplicable al caso controvertido, y *c)* de cuya validez dependa el fallo. Si, concurrendo estos requisitos, considera el órgano judicial que conoce del caso que dicha norma puede ser contraria a la Constitución, tramitará dicho incidente ante el Tribunal constitucional (art. 163).

Ahora bien, pese a estas precisiones, el propio precepto adolece de un sorprendente grado de indeterminación al poner en manos del legislador ordinario (por mayoría simple —pues sólo se habla de «ley» y no de «ley orgánica»—) la determinación de los *supuestos, forma y efectos* de esa remisión al Tribunal constitucional, con la única —y, negativamente importante— limitación constitucional de que los efectos —¿de tal remisión?— *nunca podrán ser suspensivos*.

La imprecisión constitucional es preocupante. Y resulta lamentable que una cuestión tan importante como la de las discordancias entre el texto constitucional y su desarrollo legislativo y reglamentario —que tanto contribuyó a desprestigiar al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República (5)— haya suscitado tan escasa atención de un constituyente que en ningún momento —según se desprende del Diario de Sesiones— ha sabido hacer o permitido que se hiciera una valoración consecuente de nuestra propia experiencia constitucional.

Porque en este punto, bueno será recordar —como oportunamente destacó en el Senado el profesor Ollero— que este artículo 163 incorpora una importante rectificación del sistema austríaco, intentada ya por la Constitución republicana española (art. 100) y perfeccionada más tarde por las Constituciones de Italia (Ley constitucional de 9 de febrero de 1948, art. 1.º) y de Alemania Federal (Ley fundamental, art. 100).

En efecto, la Constitución española de 1931, además de legitimar a toda

(5) Cf. J. TOMÁS VILLARROYA: *El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)*, en «Revista del Instituto de Ciencias Sociales», Barcelona, 1968.

persona natural o jurídica para acudir al Tribunal de Garantías Constitucionales —art. 23, 1.º— (lo que, en principio, parecía abrir la puerta a una verdadera *acción popular* de inconstitucionalidad), facultaba a los Tribunales de Justicia para suspender un procedimiento y formular consulta al Tribunal Supremo, cuando hubieren de aplicar una ley que estimaren contraria a la Constitución (art. 100). Pero el desarrollo legislativo y reglamentario de estas bases constitucionales condujo a un sistema definido por estos rasgos:

a) Carencia de un recurso directo de inconstitucionalidad a favor de los particulares (al interpretarse la declaración constitucional del artículo 123, 1.º, ya referida, como relativa sólo al recurso de amparo).

b) Regulación de un incidente de inconstitucionalidad que determina la intervención del Tribunal Supremo, con estas dos posibles alternativas: 1) De mostrarse este Tribunal favorable a la inconstitucionalidad alegada por una de las partes, sería él y no la parte quien plantearía la cuestión ante el Tribunal de Garantías, suspendiéndose mientras tanto el pleito; 2) Pero si el dictamen del Tribunal Supremo fuese negativo, se reserva a la parte su derecho a interponer recurso de inconstitucionalidad, no se suspende el curso del litigio, y se debe depositar una fianza (Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales de 30 de junio de 1933, art. 31).

De este modo, el criterio de los jueces inferiores habría de pasar por el tamiz del Tribunal Supremo antes de acceder al de Garantías, lo que significaba un reforzamiento evidentemente excesivo, del supremo órgano judicial.

Con todo, sin embargo, el sistema tenía el mérito de innovar el modelo austríaco, incorporando elementos del sistema difuso de impronta americana, lo que sin duda facilitaba la acción del Tribunal de Garantías, que de esta suerte podría conocer de aquellas leyes que consideradas inconstitucionales por un particular, no afectaran a los restantes entes legitimados para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad en la medida necesaria para inducirles a ello.

La solución italiana, como se sabe, acoge este sistema, introduciendo importantes innovaciones que marginan la mediatización del Tribunal Supremo: siempre que el juez *a quo* no considere manifiestamente infundada la alegación de inconstitucionalidad, y ésta sea relevante para la resolución del litigio, se remite motivadamente la cuestión al Tribunal constitucional, suspendiéndose mientras tanto el proceso principal. De este modo, la solución ofrece las ventajas siguientes: 1) Permite plantear una cuestión de esta naturaleza ante los jueces inferiores, con la posibilidad de que éstos difieran directamente al Tribunal constitucional el conocimiento de la misma; 2) Comporta la suspensión del juicio principal hasta que se decida sobre la legitimidad constitucional de la norma aplicable.

En la misma dirección se orienta la solución alemana, si bien en ésta aparece reforzado el papel del juez que es quien está constitucionalmente legitimado para suscitar la cuestión, sobre cuyo fundamento debe formarse una opinión cierta (sin que valgan las meras dudas).

En esta perspectiva, nuestra Constitución prefigura un modelo que incorpora caracteres de una y otra fórmula y, al propio tiempo, contiene graves defectos que, aunque subsanables en vía legislativa, no por ello dejarán de adolecer de la falta de una verdadera garantía constitucional respecto de los extremos a que se refieren. Nuestra regulación constitucional, en efecto: a) No limita el poder de apreciación del juez. En Italia, este poder sólo puede operar cuando la cuestión sea manifiestamente infundada, Tampoco garantiza a las partes el derecho a suscitar tal cuestión, aproximándose en este punto al modelo alemán (del que no obstante se destaca al permitir que la simple duda («pueda ser contraria», dice el art. 163) pueda motivar que el juez remita la cuestión al Tribunal constitucional). b) Queda al arbitrio del legislador ordinario, como ya se dijo, la determinación de los *supuestos, forma y efectos* con que puede plantearse tal cuestión ante el Tribunal constitucional. Y, sobre todo, c) Los efectos que establezca dicho legislador «en ningún caso serán suspensivos», precepto que sume al intérprete en un mar de dudas, puesto que si lo que quiere decir es que el juez *a quo* no puede suspender el proceso en el que se ha planteado un incidente de este tipo, se dará la injustificable contradicción de obligarle a fallar conforme a un Derecho de cuya constitucionalidad duda, sin la posibilidad de aplazar dicho fallo hasta que el órgano que la Constitución establece —justamente a tal efecto— pueda resolver dichas dudas. Lo cual podría llevar a la aberrante consecuencia de que —dado el precepto contenido en el art. 161, 1 a) a cuyo tenor, la declaración de inconstitucionalidad no afecta al valor de cosa juzgada de la sentencia eventualmente recaída— sea superfluo el incidente de inconstitucionalidad planteado si el juez *a quo*, ateniéndose al precepto constitucional no suspende el juicio y —por imperativos procesales— debe fallar antes de que el Tribunal constitucional haya resuelto (6).

(6) Sobre esta cuestión nos parecen atendibles los argumentos lógicos y sistemáticos aducidos por GALEOTTI, en el curso del coloquio al que se presentó esta ponencia, para avalar una interpretación consistente en entender que la prohibición de los efectos suspensivos debería entenderse referida no al juicio *a quo*, sino a la norma con rango de Ley cuestionada (vid. S. GALEOTTI y B. ROSSI: *El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española: medios de impugnación y legitimados para actuar*, en «Revista de Estudios Políticos», en este mismo número, pág. 119).

1.3. *Constitucionalidad de la jurisprudencia*

El grupo socialista del Congreso introdujo en el proyecto de Constitución un precepto que remitía a la Ley la regulación de «los supuestos de revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad» (art. 157, 2, Proy.). La razón de este precepto se encuentra en el artículo 1.º, 6 del Código Civil (reformado en 1973-74) a cuyo tenor: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.» No es, pues, exactamente, como señala la doctrina civilista, fuente del derecho, sino algo muy próximo, a lo que se le asigna la función de complemento o de integración del ordenamiento jurídico, de lo cual puede sin duda derivar «cierta trascendencia normativa» (7).

Pero los motivos del precepto del proyecto indicado no eran sólo técnicos, sino también políticos.

Es una cuestión *técnica* en cuanto que cabría pensar (quizá sin mucho fundamento) que la ausencia de una referencia expresa a la jurisprudencia podría suponer una «fuga» o «escape» de dicha jurisprudencia con trascendencia normativa al control del Tribunal constitucional. Pero es *política* en la medida en que los jueces inferiores —presuntamente más progresivos que los superiores— podrían de esta suerte, acudiendo al Tribunal constitucional, desligarse en cierto sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, facilitándose de este modo la adecuación del ordenamiento jurídico a los nuevos fundamentos político-constitucionales.

Ahora bien, si la *ratio* última del precepto en cuestión era un deseo del constituyente de desligar a los jueces o Tribunales inferiores de una absoluta sumisión al Tribunal Supremo, no dejaba de ser sorprendente que para ello se buscara un camino que, de entrada, supone la constitucionalización del valor complementario de la jurisprudencia (y con ello la definitiva consagración del valor normativo complementario de la doctrina reiterada de dicho Tribunal) con el consiguiente reforzamiento de la relación de dependencia de los restantes órganos judiciales.

En el texto definitivamente adoptado, la cuestión ha quedado un tanto ate-

(7) Cf. L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, págs. 174-178. Vid., asimismo, C. DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, Madrid, 1976, quien, aceptando que la jurisprudencia no es en nuestro ordenamiento fuente *formal*, afirma la condición de fuente *real* del Derecho (especialmente, págs. 100-104).

nuada, dado que esos posibles supuestos de revisión de la jurisprudencia del Supremo se reducen a la afirmación del artículo 161, 1 a) según la cual «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la Jurisprudencia, afectará a ésta...» Disposición que si por una parte puede parecer obvia (en cuanto que es la consecuencia lógica implícita en la declaración de inconstitucionalidad de tal norma), hay que pensar no obstante que —puesto que la Constitución no debe contener declaraciones obvias— dicho precepto tiene un sentido. ¿Pero cuál?

Puestos a buscar una interpretación lógica, pudiera verse en este precepto una vía abierta a las sentencias «interpretativas», en virtud de las cuales el Tribunal constitucional se limitaría a declarar, no que la disposición con rango de ley controvertida es inconstitucional, sino que *en tal o cual interpretación* sí lo es (o no lo es) (8). Esta interpretación, que es congruente con el tenor del precepto, ofrece, sin embargo, el inconveniente de facilitar quizá que el Tribunal propenda a hacer valer de alguna manera su propia interpretación *de la ley*, con mengua de los cometidos propios de los poderes legislativo (interpretación *auténtica*) y judicial (interpretación *jurisprudencial*), siendo así que su cometido genuino es la interpretación *de la Constitución*.

2. OTRAS CUESTIONES PROBLEMATICAS

De entre las muchas cuestiones que cabe plantear respecto de la nueva institución, vamos a referirnos ahora a las relaciones entre la publicidad de las actuaciones y la independencia del Tribunal; a los límites de la interpretación evolutiva y —como presupuesto de ésta— a la determinación de los criterios hermenéuticos.

2.1. *Publicidad e independencia: las opiniones disidentes*

El artículo 164, 1, de la Constitución dispone que «las sentencias del Tribunal constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* con los votos particulares, si los hubiere». En sí mismo, este principio de publicidad no es objetable. Pero si en el terreno de los principios la solución parece correcta, posible es que en la práctica sean considerables sus inconvenientes

(8) Vid. MORTATI: *Istituzioni di Diritto pubblico*, 9.ª ed., Padua, 1976, págs. 1422 y siguientes; LAVAGNA: *Istituzioni di Diritto pubblico*, 3.ª ed., Turin, 1976, págs. 1034 y sigs.; ZAGREBELSKY, *op. cit.*, págs. 150 y sigs.; CRISAFULLI, *op. cit.*, págs. 363 y sigs.

(o más exactamente, los inconvenientes de la constitucionalización de un aspecto que bien pudo quedar a la prudencia del legislador ordinario o del propio Tribunal constitucional en el ejercicio de las potestades autonormativas que sin duda habrán de atribuirle las normas de desarrollo de la Constitución). La solución adoptada es criticable, especialmente si se tiene presente:

a) Que el sistema adoptado para la designación de los jueces de dicho Tribunal pone prácticamente en manos del Parlamento la decisión sobre el particular (puesto que de hecho decide el nombramiento de ocho de los doce jueces, a los que hay que añadir otros dos que dependen de la mayoría parlamentaria gubernamental) (cf. art. 159, 1). De ello pudieran derivar ciertas coloraciones políticas, motivadas por los compromisos que han de preceder a las correspondientes propuestas de nombramiento.

b) Que la amplitud con que se regula la exigencia de cualificación profesional de los jueces (art. 159, 2), favorece las relaciones de lealtad-devoción hacia las fuerzas políticas que postulan las respectivas candidaturas.

Si se tiene presente la experiencia republicana española —donde cada cuestión se convirtió en un problema político explotado ante la opinión pública— podríamos encontrarnos con que las sentencias fueran «de derechas» o «de izquierdas», con la consiguiente pérdida de *auctoritas* del Tribunal.

Parece por todo ello muy recomendable tener a la vista prescripciones del tipo de la contenida en el artículo 18 de las *Normas integrativas* que para sí mismo se dictó la Corte constitucional italiana (24 de marzo de 1956), que prohíbe se haga mención del juez que ha redactado la sentencia.

Claro que sobre el particular, la doctrina y la práctica constitucional contemporánea están más bien del lado de la publicidad, invocándose al respecto la importancia de las *Dissenting Opinions* en la evolución de la jurisprudencia constitucional norteamericana. O los ejemplos de los Tribunales constitucionales de Alemania Federal o de Turquía (9).

Creemos que pese a la referida orientación del constituyente, nada impide que la ley que regule esta materia prohíba hacer mención en la sentencia, no de los votos disidentes, sino de sus autores. En la etapa de consolidación de la institución, éste podría ser un expediente adecuado para al menos paliar los riesgos apuntados.

En todo caso, pensamos que puede ser clarificador para un debate sobre este tema (y sin duda sobre otras de las muchas cuestiones problemáticas

(9) MARANINI (ed.): *La giustizia costituzionale*, 1966 (donde se contiene un trabajo de MORTATI sobre *Considerazioni sul problema dell'introduzione del «dissent» nelle pronunce della corte costituzionale italiana*). Cf., asimismo, AIKIN: *The Role of Dissenting Opinions in American Courts*, en «Il Politico», Pavia, 1968.

que plantea la solución acogida por la Constitución) no desconocer la naturaleza jurisdiccional, no política, del Tribunal constitucional. En este sentido —y en la medida en que ello puede incidir en la sugerencia que se acaba de hacer, disipando una mala inteligencia de la misma, hemos de indicar: a) Que, a nuestro juicio, la intervención del Parlamento y del Gobierno en la propuesta de los miembros del Tribunal constitucional no genera ninguna relación representativa, puesto que es correcto entender que el acudir a tales sujetos es una mera técnica de designación; b) Que quienes deben rendir cuenta ante la opinión son los representantes políticos, los parlamentarios. Los jueces constitucionales deben sin duda ser sensibles a dicha opinión; pero sólo en el sentido en que deban serlo para captar «la realidad social del tiempo» en que han de aplicar las normas (según previene el art. 3º, 1, del Código Civil).

Esto nos lleva al conocido problema de la «politicidad» de los Tribunales constitucionales. Y aunque el desarrollo de este punto requeriría un tratamiento específico, no queremos dejar de señalar la conveniencia de distinguir estos tres aspectos del tema: a) las opiniones políticas de los jueces; b) la trascendencia política del fallo; c) la dependencia político-partidista del juez o del Tribunal. Frente a los dos primeros aspectos, poco o nada se puede hacer, en un afán de proteger la independencia del Tribunal. Pero respecto del tercero, es de todo punto necesario que la legislación sobre el mismo extreme las cautelas y ate los muchos cabos que la normativa constitucional ha dejado sueltos.

2.2. *Los criterios hermenéuticos: aplicabilidad del artículo 3º, 1, del Código Civil*

El artículo 3º, 1, del nuevo Título preliminar del Código Civil establece que «las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu o finalidad de aquéllas».

Por lo que concierne a nuestro tema, no es cuestión de detenernos ahora en la exégesis del precepto. Tan sólo indicar que refleja una concepción objetivista de la actividad interpretativa, y abre holgada puerta a la *interpretación evolutiva*.

El problema que queremos plantear en relación con este precepto es el de su aplicabilidad a la interpretación constitucional. La cuestión reside en determinar si —dado el superior rango de nuestra Constitución— puede enten-

derse que el intérprete constitucional auténtico, el Tribunal constitucional, se encuentra o no vinculado por unos preceptos contenidos en una ley ordinaria.

Pienso que hay que inclinarse por una respuesta afirmativa en base a un cúmulo de razones de las que, sintéticamente, hay que destacar al menos éstas: a) el *carácter materialmente constitucional* de las normas sobre la interpretación, por referirse a la actividad suprema del Estado (esto es, a la actividad normativa y su desarrollo) (10); b) el *carácter general del Título preliminar*, cuyos preceptos se refieren a la generalidad del ordenamiento jurídico; c) la *naturaleza instrumental de las normas de interpretación* que desaconseja plantear respecto de ellas una cuestión de rango; d) la *falta de un precepto constitucional que obste a su aplicación* en materia constitucional.

2.3. *Consensualismo constituyente, interpretación evolutiva y uso alternativo del Derecho constitucional*

Por último —y en relación con su carácter evolutivo— vamos a referirnos a la importancia de la actividad interpretativa del Tribunal constitucional en la hipótesis, no inverosímil, de una fuerza política mayoritaria dispuesta a realizar un programa, revolucionario en su contenido, practicando una especie de acelerada interpretación evolutiva de la Constitución, con el fin de hacer un «uso alternativo» de sus preceptos, expresión con la que se quiere significar una interpretación que sea el contrapunto de la que en un momento dado inspira la praxis político-constitucional de quienes estén alternando en el poder. Es, en este sentido, algo más que una «política alternativa» (que, por definición, sí cabe bajo un mismo marco constitucional democrático-pluralista). Es una «alternativa de uso» de unos esquemas normativos que continúan siendo válidos, pero con los que, en su aplicación práctica, se tiende a favorecer los intereses dominantes en un contexto histórico particular, según resulte de la correlación de fuerzas que en ese momento se expresen a través de los dispositivos que para ello ofrece el sistema político.

¿Podría el Tribunal constitucional actuar de elemento acelerador o retardatario de tal proceso en base a su condición de intérprete constitucional auténtico?

La referencia obligada a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados los preceptos», si por una parte excluye la actitud retardataria, no

(10) Atinadas consideraciones sobre las relaciones del Derecho constitucional con las otras ramas jurídicas se contienen en MORTATI: *Scritti*, op. cit., vol. II, págs. 267 y siguientes.

por ello fundamenta sin más una actitud legitimadora de una interpretación alternativa entendida como algo distinto a una interpretación evolutiva que, como tal, presupone una tensión dialéctica entre el proyecto de orden diseñado por las normas y el contenido sustancial que él mismo adopte en cada contexto histórico, según venga determinado por la recíproca relación de las fuerzas que ocupan la escena política. Tensión en la que el Tribunal es el llamado a una permanente actualización de la funcionalidad de la Constitución que permita a ésta ser marco de convivencia democrática, y no dique de contención, destinado a ser tarde o temprano desbordado. La cuestión en todo caso está en determinar cuáles son los límites en que dicho Tribunal habría de desenvolver su actuación.

En nuestro horizonte constitucional, el problema tiene especial significación, por tratarse de un *marco constitucional de compromiso* en el cual —una vez superado el «consensualismo» de la etapa constituyente— cabe pensar que las distintas fuerzas políticas se esforzarán en ver reflejada en la Constitución sus propias concepciones, con mengua incluso de las de otras que contribuyeron igualmente a su elaboración.

A nivel jurídico, debería quedar claro que el carácter que haya podido tener la negociación *no debe ni puede comprometer la naturaleza de la Constitución como acto de soberanía del pueblo español*, lo que —de cara al problema que nos ocupa— significa:

a) Que todas las partes o aspectos de la Constitución obligan igualmente al intérprete.

b) Que, en consecuencia, éste debe operar siempre sobre la base de una interpretación *sistemática* y al tiempo *evolutiva*, en la que debe tender a conciliar los distintos principios a que dicha Constitución obedece en función de aquellas *exigencias del contexto social* acordes con los *finés* que la Constitución persigue.

c) Que en ningún caso, en fin, la interpretación puede ser tal que anule el *carácter democrático y pluralista* del orden político que la Constitución pretende encauzar.

Esto no debe significar en modo alguno que entendamos que deba asignarse a la Constitución la función de mantener la correlación de fuerzas existentes en el presente momento histórico (y que de ello deba el intérprete extraer las consecuencias pertinentes). Al contrario, el éxito de la misma residirá precisamente en su aptitud para permitir la instrumentación de políticas diversas, en función de la conformación de la escena política que vaya siendo determinada por la continuada dinámica electoral.

Pero esta variabilidad alcanza un límite absolutamente infranqueable

—desde una perspectiva jurídico-constitucional, se entiende— que está representada por la indestructibilidad del pluralismo básico del sistema. *Cualquier política que intente legitimarse en una interpretación constitucional que suponga, prácticamente, la exclusión jurídica y política de las otras opciones, supone pura y simplemente la destrucción de la Constitución* (11).

(11) En la ya abundante bibliografía —especialmente italiana— sobre el tema del «uso alternativo del Derecho» no existe, que sepamos, un tratamiento específico de la temática de la interpretación de la Constitución por parte de la jurisdicción constitucional. El trabajo de J. M. LASO (*Fundamento constitucional del uso alternativo del Derecho*, en «Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político de la UNED», Madrid, 1978) contempla un aspecto diferente del que aquí hemos querido suscitar. El sugestivo ensayo de C. LAVAGNA: *Costituzione a socialismo*, Bolonia, 1977, sin una explícita adscripción a la doctrina de uso alternativo, aunque con manifiestas concomitancias con la misma, ofrece particular interés para el estudio de la perspectiva indicada.