

Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico

María Luisa Balaguer Callejón



Derecho Público



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia,
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la Unión Europea

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

María José Cíaurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

Eugeni Gay Montalvo, Abogado.

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE y Presidente de la Fundación Jean Monnet pour l'Europe.

Doctora Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

Emilio Jiménez Aparicio, Abogado.

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

Fernando Martín Díz, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

Doctor Nuno Piçarra, Professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

Miguel Recuerda Girela, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED.

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

PRÓLOGO DE PETER HÄBERLE



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2022

Primera edición: marzo de 2022

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© María Luisa Balager Callejón.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIPO CEPC papel: 091-22-014-5
NIPO CEPC PDF: 091-22-013-X
NIPO CEPC ePUB: 091-22-012-4
NIPO AEBOE papel: 090-22-072-8
NIPO AEBOE PDF: 090-22-071-2
NIPO AEBOE ePUB: 090-22-070-7
ISBN: 978-84-340-2812-8
Depósito legal: M-8413-2022

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A mi familia veinticinco años después. A los que están,
a algunos que se fueron y a los que han ido viniendo,
esperanza de otro mundo más humano.*

ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	15
NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN	17
ABREVIATURAS	21
INTRODUCCIÓN	23
CAPÍTULO I. INTERPRETACIÓN Y ORDENAMIENTO	27
I. INTERPRETACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO. EL ESTADO LEGAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	28
1. El lugar de la interpretación en el Estado constitucional de dere- cho	28
2. Interpretación constitucional e interpretación de la Constitución ...	31
II. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ..	34
1. Constitución y poder constituyente	34
2. Constitución y reforma de la Constitución	38
3. Constitución y mutación constitucional	43
III. CONSTITUCIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO	45
1. La interpretación de la Constitución	45
A) La formación del método jurídico en el derecho público	45
B) La Constitución normativa y la interpretación del derecho	48
C) Las normas constitucionales	54

	Páginas
2. La articulación entre el derecho constitucional y el ordenamiento jurídico	59
A) Las peculiaridades de la interpretación constitucional	59
B) Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho privado	63
C) La exigencia del pluralismo metodológico en la interpretación constitucional	64
IV. ÓRGANOS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO. LOS APLICADORES JURÍDICOS	67
1. El poder judicial	69
A) La legitimación del poder judicial	69
a) El voto particular	80
B) El poder judicial en el conjunto de los poderes del Estado ..	82
a) El CGPJ como órgano de gobierno del poder judicial	82
b) La independencia	82
c) La responsabilidad del poder judicial	84
2. La jurisdicción constitucional	86
A) Jurisdicción constitucional concentrada y jurisdicción constitucional difusa	86
B) El precedente en la jurisdicción constitucional difusa	94
a) La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente	95
b) La igualdad y el precedente	98
c) Elementos de flexibilidad del precedente	99
d) Valoración del precedente en el conjunto de la actividad interpretativa	100
e) El precedente y la seguridad jurídica	101
f) El ordenamiento jurídico español y los sistemas de jurisdicción	102
C) La jurisdicción constitucional en España	108
a) Las exigencias del texto legislativo	117
b) Seguridad y certeza jurídicas	118

	Páginas
CAPÍTULO II. LAS TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN	123
I. LA INTERPRETACIÓN Y EL DERECHO	123
1. El concepto de interpretación jurídica y su evolución histórica .	125
2. Interpretación jurídica y teorías del derecho	126
II. LA INTERPRETACIÓN COMO CONOCIMIENTO DE LA NORMA	127
1. El literalismo, el intencionalismo y el originalismo	130
2. La tópica y la dogmática jurídica	133
A) La tópica	133
B) La dogmática jurídica	135
a) El neoconstitucionalismo y la interpretación del derecho	139
III. LA INTERPRETACIÓN COMO PROCESO DE ARGUMENTACIÓN	140
1. Insuficiencias del método cognitivo	140
2. El proceso interpretativo	144
3. Interpretación y lenguaje	146
4. Interpretación y argumentación	149
A) La argumentación como justificación del derecho	149
B) El axioma <i>in claris non fit interpretatio</i> y la posibilidad de una única solución correcta	154
a) La interpretación como acto del conocimiento y de la voluntad	159
b) Pluralidad de significados en la actividad interpretativa	160
C) Imposibilidad de una sola solución correcta	164
a) Los casos difíciles	167
b) El lenguaje jurídico y la búsqueda de significados	168
c) La interpretación como experiencia compartida .	170
D) La articulación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional	172
E) Conclusiones	173

	Páginas
IV. LOS LÍMITES DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA	175
V. LA INTERPRETACIÓN «CONFORME»	179
 CAPÍTULO III. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y FUENTES DEL DERECHO	181
I. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y FUENTES DEL DERECHO	182
1. La distinción entre la interpretación y la aplicación del derecho	182
2. La interpretación de las normas y las fuentes del derecho	183
A) Introducción	183
B) Pluralismo ordinamental	184
C) La producción del derecho	185
a) La ley	186
b) La costumbre	188
c) Las lagunas	188
d) La analogía	190
e) Omisiones legislativas	192
e.1) Las omisiones legislativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	193
e.2) Relación entre las omisiones legislativas y el de- recho de igualdad	196
3. La interpretación en el derecho positivo	198
A) Las reglas sobre la interpretación en el derecho positivo	198
B) Las exposiciones de motivos y los preámbulos como crite- rios de interpretación de las normas jurídicas	199
II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	200
1. Concepto	200
2. Funciones	202
3. Clases de principios	204
4. Fuentes del derecho y principios generales del derecho	206
5. Principios y valores	209
6. Relación entre los principios generales del derecho y otras figu- ras afines	210
7. Los principios generales del derecho y la interpretación del dere- cho	211

	Páginas
III. INTERPRETACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES	212
1. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales ..	212
2. Límites a los poderes públicos	216
3. La interpretación de los derechos fundamentales conforme al artículo 10.2 de la CE	217
IV. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN EL PROCESO JUDICIAL	219
1. La interpretación y el proceso. La fijación de los hechos	219
2. La prueba	222
A) La interpretación del material probatorio	222
B) La valoración de la prueba	225
3. La terminación del proceso	226
V. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS Y LA VINCULACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	227
1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico español	228
A) La motivación de las sentencias	231
a) La motivación de las sentencias en la institución del jurado	232
b) La motivación de las resoluciones judiciales	234
2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional como fuente del derecho	235
3. Los límites de la interpretación «conforme»: el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad	240
CAPÍTULO IV. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN LA ARTICULACIÓN DEL DERECHO ESTATAL Y AUTONÓMICO	245
1. Introducción	245
2. Las posibilidades interpretativas del art. 149.1.1 CE	250
3. La importancia de la regulación de los derechos estatutarios	254
4. La interpretación del derecho en una distribución territorial del poder	258

	Páginas
5. El concepto de prevalencia	258
6. Los problemas de legitimación y su respuesta interpretativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	260
A) La legitimación activa de los órganos ejecutivos para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad frente sus propias Asambleas Parlamentarias	263
B) El problema de los títulos competenciales transversales	266
CAPÍTULO V. DERECHO EUROPEO	269
1. Introducción	269
2. La integración europea y su evolución a través del derecho comunitario	272
A) El Acta Única Europea	272
B) La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional respecto de la posibilidad de contradicción entre el Tratado Constitucional Europeo y la Constitución española (CEU y CE).	273
C) El Tratado de Lisboa	274
3. La relación entre el derecho europeo y el ordenamiento constitucional español en la interpretación constitucional de derecho	276
4. El comportamiento de los jueces estatales de España respecto del derecho comunitario. El diálogo entre tribunales.	277
5. La dificultad de conciliación entre normas europeas de defensa de los derechos fundamentales en la Unión Europea y derechos estatales	281
6. El caso Melloni como paradigma de diálogo entre tribunales	282
7. Las técnicas de articulación entre el derecho estatal y el derecho comunitario	287
A) El TEDH	290
CAPÍTULO VI. LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO EN LAS SOCIEDADES CONTEMPORÁNEAS	295
1. La interpretación en el uso alternativo del derecho	295
2. Posmodernismo y derecho. La huida del derecho del control jurisdiccional	303
3. Propuesta de una teoría interpretativa-axiológica del derecho ...	307
CONCLUSIONES	311
BIBLIOGRAFÍA	317

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

He accedido, con agrado, a la petición de escribir un prólogo al presente trabajo de María Luisa Balaguer Callejón, por dos tipos de motivos: los de carácter personal-subjetivo y los de carácter suprapersonal-objetivo. Sobre los primeros: el trabajo que aquí se publica aborda este gran tema bajo todos sus aspectos de interés: ordena el problema de interpretación constitucional de manera convincente en el sistema global, coordinado del «Estado constitucional», y se enfrenta tanto con las modernas doctrinas metodológicas como con la filosofía del lenguaje. La cuestión del pluralismo queda igualmente ilustrada, así como la de las fuentes del derecho, en particular de los «principios generales del derecho», y el problema de la relación entre la jurisdicción constitucional y (también conocida así en Alemania) la «jurisprudencia ordinaria» (expresión desafortunada que desconoce que también los «tribunales ordinarios», en cuanto vinculados a la Constitución, son igualmente, en un sentido profundo, «tribunales constitucionales»). La autora cuida su impresionante discurso científico no solo con doctrina española, sino incorporando también la erudición de juristas extranjeros: en particular italianos, franceses y alemanes. Llega así a un «diálogo en la cumbre», no solo con los clásicos (E. Betti, R. Carré De Malberg, H. Kelsen, H. Heller y R. Smend), sino atendiendo a los más jóvenes autores todavía vivos como G. Zagrebelsky de Italia o L. Favoreu de Francia, consiguiendo así un fragmento del permanentemente renovado, también en la ciencia, «pacto cultural entre generaciones» de Europa.

Lo anterior me conduce al aspecto extrapersonal, al europeo. Un trabajo fundamental como el que aquí puedo presentar, incluso partiendo de un marco nacional (español, en este caso), solo es posible hoy, si su tema es abordado, tanto en la forma como en el contenido, desde la ciencia jurídica del derecho común europeo y aplicando el derecho comparado como «quinto» método de

interpretación. La europeización de las culturas jurídicas nacionales se ha hecho tan intensa en nuestro tiempo –no solo debido a Maastricht– que el «jurista europeo», se convierte en un desiderátum. Esto se tiene que manifestar también en las monografías. España se distingue así en el «concierto europeo» desde hace casi dos décadas, por su especial apertura en el ámbito del «Estado constitucional europeo» y su intensa búsqueda del diálogo con otras repúblicas científicas y sus correspondientes tribunales constitucionales. También en eso el trabajo aquí presentado de la doctora Balaguer Callejón es un ejemplo.

La «comunidad científica» española cuida desde hace tiempo, con gran arte y mucho éxito, un especial, aun cuando «pequeño», género literario: el «prólogo». No pocos libros de las prometedoras nuevas generaciones científicas han sido distinguidos por los maestros con un «prólogo», hasta el punto de que se puede hablar de una «cultura del prólogo», muy románica, también en la ciencia jurídica. A ella quieren servir estas líneas desde Alemania. Es deseo ferviente de su signatario contribuir igualmente al desarrollo de relaciones hispano-alemanas cada vez más intensas, en el proceso recíproco de enseñanza y aprendizaje y en los vínculos personales de los científicos entre ambos países.

Le deseo al libro, más allá de España, un buen eco.

PETER HÄBERLE
Bayreuth/St. Gallen, junio de 1997

NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Hace veinticinco años que la editorial Tecnos publicó esta obra, concebida entonces desde una consideración del derecho constitucional ya evolucionado en el Estado español, veinte años después del establecimiento democrático de las elecciones legislativas de 1977. Mi interés por el ordenamiento jurídico constitucional es una clara consecuencia de mi proceso de formación universitaria, en el que todavía el régimen franquista estaba vigente, y cuya desaparición hubo de esperar hasta la aprobación de la Constitución de 1978, que con algunas leves reformas permanece vigente. Esa etapa de transición política contribuyó a despertar mi interés por los estudios relacionados con la normatividad y la interpretación de los textos constitucionales a los que contribuí desde la consideración concreta de la interpretación de la Constitución

Agotada esa primera edición, el interés por los temas relacionados con la actividad interpretativa de las normas ha desarrollado una importante labor doctrinal que se ha tenido en cuenta previamente a esta segunda edición. Se trata, por tanto, de una edición revisada y aumentada de manera importante por la exigencia de integrar el acervo producido en tantos años de desarrollo constitucional a través de las leyes, la doctrina y la jurisprudencia.

El hecho de que haya sobrevenido al ordenamiento estatal una estructura institucional en Europa, que desde finales del pasado siglo toma presencia jurídica en los Estados miembros, ha producido cambios importantes en el ámbito jurisdiccional de los que aquí se intenta dar cumplida cuenta. Pero es, además, el importante desarrollo que adquiere la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo que exige la consideración de estos veinticinco años como decisivos en la consolidación de la doctrina de este tribunal como un corpus específico capaz de subvenir a las exigencias interpretativas de la jurisdicción ordinaria.

Más allá de la jurisprudencia, las teorías doctrinales que desde la academia se imponen como paradigmas interpretativos han avanzado en estos años hasta situarse en cuanto a su importancia como instrumentos auxiliares de la labor del juez, contribuyendo a la evolución de un derecho que presta atención a la integración de los principios y valores de la actividad interpretativa, junto con el texto de la ley y la Constitución. Es ese pluralismo interpretativo el que satisface las exigencias del pluralismo ordinamental que ha traído el nuevo siglo al derecho. Un ordenamiento jurídico propio de una sociedad cada vez más centrada en los derechos subjetivos, las libertades y los valores constitucionales, frente a la consistencia de los derechos patrimoniales, privados y civiles que caracterizarían otras épocas en el derecho. La inexigencia formalista y la preocupación de la justicia material reemplazan al viejo derecho de propiedad, de la literalidad y la inmutabilidad del texto.

Al desarrollo de la doctrina sobre la interpretación de las normas jurídicas que se produjo en los años posteriores a la promulgación de la Constitución española de 1978, le ha seguido, sin solución de continuidad, una sostenida ampliación de perspectivas cada vez más sugerentes sobre la naturaleza de las normas constitucionales en relación con otras normas jurídicas: la peculiaridad o no de una interpretación constitucional, las diferencias entre el Tribunal Constitucional como órgano constitucional en su actividad interpretativa, e incluso la propia concepción del derecho y sus posibilidades de realización de los fines del Estado social y democrático.

En algún caso, la doctrina ha vuelto su mirada hacia teorías del derecho transformadoras, como la escuela libre, el uso alternativo del derecho o teorías constructivistas superadoras de una concepción formal propia de la jurisprudencia conceptual o positivista. En estos años, la evolución que sobre el estudio del derecho han conseguido disciplinas como la filosofía del derecho o la ciencia política, en su aportación desde las nuevas teorías neoliberales que relacionan la teoría del Estado con la sociología, revitalizan la actividad interpretativa de las normas jurídicas y la sitúan en un paradigma muy distinto a las corrientes de finales del pasado siglo.

Pero hay sobre todo dos circunstancias históricas que justificarían la necesidad de una reedición de esta obra. La primera hace referencia al desarrollo ampliamente normativo de nuestro ordenamiento jurídico interno como consecuencia de una completa determinación del título VIII de la Constitución, que en este periodo histórico culmina su evolución competencial, al punto de que algunos de los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas han sido sustituidos en la primera década de este siglo, y otros revisados o modificados parcialmente, lo que ha generado una amplia dogmática jurídica sobre algunas

competencias de importancia para la interpretación normativa, como la posibilidad de que los estatutos integraran derechos fundamentales o instituciones judiciales propias con competencias en materias constitucionales.

La segunda exigencia tiene que ver con la integración de España en la Unión Europea y las consecuencias que esto produce en el ordenamiento estatal y en el orden aplicativo del derecho. Es también desde este siglo cuando el proceso de integración europea culmina en los términos en que lo hacen posible las circunstancias históricas, y el TFUE se constituye en una fuente primaria del derecho para nuestro Estado. Toda la producción jurídica de la UE y sus órganos constituye la referencia de nuestra producción jurídica interna e incluso en derecho interno del Estado, al exigirse su congruencia con el europeo, impondrá categorías jurídicas susceptibles de modificar la dogmática jurídica que en materia interpretativa se habría venido sosteniendo por nuestra jurisprudencia.

De ahí que el libro haya adicionado dos capítulos que pretenden dar cuenta de la irrupción del derecho autonómico y europeo en un derecho altamente centralizado, como sería el que en España se sostiene durante las décadas iniciales del desarrollo constitucional, no tanto en materia autonómica, cuya jurisprudencia constitucional acoge de inmediato ese desarrollo, cuanto en la penetración de los tribunales europeos, cuyo proceso de asunción por parte de la jurisprudencia española presenta algunas peculiaridades importantes.

De este modo se justifica la necesidad de la segunda edición de esta obra cuya finalidad es actualizar las teorías de la interpretación del derecho con las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que den cuenta del momento actual en que se encuentra.

ABREVIATURAS

A	Aranzadi.
AP	Audiencia Provincial.
CE	Constitución Española.
CC	Código Civil.
CC. AA.	Comunidades Autónomas.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CP	Código Penal.
DA	Disposición adicional.
DF	Derecho Fundamentales.
DH	Derechos Humanos.
<i>EdD</i>	<i>Enciclopedia del Diritto.</i>
ET	Estatuto de los Trabajadores.
FJ	Fundamento Jurídico.
FF. JJ.	Fundamentos Jurídicos.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LPL	Ley de Procedimiento Laboral.
LPJDF	Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<i>QC</i>	<i>Quaderni Costituzionali.</i>
RA	Referencia de Aranzadi.
<i>RAP</i>	<i>Revista de la Administración Pública.</i>
<i>RCEC</i>	<i>Revista del Centro de Estudios Constitucionales.</i>
<i>RCG</i>	<i>Revista de las Cortes Generales.</i>
<i>REDC</i>	<i>Revista Española de Derecho Constitucional.</i>
<i>REP</i>	<i>Revista de Estudios Políticos.</i>
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Ley.
RDLeg	Real Decreto Legislativo.
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Político.</i>
<i>RFDUC</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.</i>
<i>RJCM</i>	<i>Revista Jurídica de Castilla-La Mancha.</i>
<i>RTDP</i>	<i>Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.</i>
<i>RVAP</i>	<i>Revista Vasca de la Administración Pública.</i>
St	Sentencia.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TPCC	Título Preliminar del Código Civil.
TC	Tribunal Constitucional.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.
VP	Voto particular.
VV. PP.	Votos particulares.

INTRODUCCIÓN

La Constitución se entiende en la actualidad como el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad¹. La Constitución es la resultante de un proceso de confluencia entre las diferentes fuerzas políticas del Estado, que se «constituyen», que forman un orden «constitutivo», alcanzando un consenso acerca de las cuestiones básicas que afectan a la convivencia social, forma de Estado, sistema político, división del poder y protección de los derechos fundamentales. Este acuerdo, textualizado, se protege mediante mecanismos e instituciones que garantizan su supremacía. Y así, la Constitución queda establecida en la sociedad como un orden creado para la coexistencia en comunidad, de diferentes opciones políticas que consiguieron encontrar normas de convivencia en tolerancia mutua.

Siendo la Constitución la norma fundamental del Estado, el centro del ordenamiento jurídico, interesa analizar cómo ha de configurarse la actividad interpretativa del derecho, en un sistema en el que todas las normas han de ser conformes a esa norma fundamental. La razón de ser de esa supremacía constitucional, la legitimidad constitucional, en definitiva, es la referencia obligada de toda investigación que pretenda dar cuenta de la interpretación del derecho en la actualidad.

Este estudio pretende avanzar en conceptos que ya son clásicos del derecho constitucional, como punto de partida para estudiar la interpretación de la Constitución en su adecuado contexto, que no ha de ser diferente de cualquier otra actividad interpretativa del derecho. Ello porque mantener dos cánones interpretativos supone mantener dos conceptos distintos de normas jurídicas,

¹ HÄBERLE, P. (1978). «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß ein Pluralismuskonzept», en la recopilación del mismo autor, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Duncker & Humblot (p. 122).

ordinarias y constitucionales, conceptos que implican a su vez una percepción de la naturaleza de los preceptos constitucionales poco aceptable desde la perspectiva de la unidad del ordenamiento.

Para llegar hasta aquí, habremos de efectuar un recorrido extenso y a veces irregular. Ante todo, es necesario conocer la evolución que conduce hasta el Estado social y democrático de derecho, en el que las Constituciones responden plenamente a ese carácter normativo, por su generación a través del pacto social, que legitima plenamente su normatividad.

Visto esto, es necesario que analicemos los métodos que tradicionalmente han servido a la interpretación de las normas.

La insuficiencia del método subsuntivo, verdadero paradigma todavía en la interpretación, sirve para incentivar la búsqueda de otros métodos, alternativos o complementarios, no solo para el derecho constitucional, sino para cualquier otro sector del ordenamiento. La articulación entre el derecho constitucional y el ordenamiento jurídico en su conjunto evidenciará la necesidad de la unidad metodológica, sin perjuicio de que pueda hablarse de una pluralidad que no afecta la naturaleza de la norma, sino que alude a las posibilidades interpretativas de cada método.

El estudio de la actividad interpretativa exige asimismo preguntarse acerca de los intérpretes. Ante todo, de la superior interpretación que realiza la jurisdicción constitucional, a la que se dedica, por tanto, un apartado específico. También es cierto que el poder legislativo debe interpretar la Constitución en su labor de creación del derecho. Por último, es el poder judicial el que está llamado por la propia Constitución al ejercicio de la interpretación y aplicación del derecho en el desarrollo de su función jurisdiccional.

Las corrientes interpretativas que intentan superar el concepto subsuntivo de la metodología tradicional, admitiendo la creatividad del intérprete, e intentando adicionar nuevos métodos que den cuenta de esa realidad², constituyen el sustrato de esta obra, que entiende que la unidad del ordenamiento debe ser tenida en cuenta a efectos de analizar la interpretación de la Constitución en el contexto de la interpretación del derecho. La última parte de este trabajo intenta dar cuenta de los principales problemas hermenéuticos que se suscitan en el proceso de aplicación del derecho en un ordenamiento jurídico autónomico y supraestatal. La pluralidad de ordenamientos jurídicos no solo entraña dificultades en ese proceso en lo que se refiere a los criterios de solución de conflic-

² Así el método comparatista, de acuerdo con la elaboración de Peter Häberle, en diversos trabajos. Cfr., por ejemplo, HÄBERLE, P. (1997). «Problemas fundamentales de una teoría del regionalismo en perspectiva comparada», en *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Tecnos.

tos, sino en cuanto a la interpretación de esos criterios y de las normas que deben regir, en general, las relaciones interordinamentales.

Mientras los criterios sustantivos han sido objeto de una reflexión amplia en la doctrina, no ocurre lo mismo con los criterios hermenéuticos. Las teorías sobre interpretación del derecho, sometidas casi en exclusiva a la tensión dialéctica con la producción del derecho, tienden a no salir del círculo a que esa fuerza las obliga. Se dejan así fuera del debate las condiciones a las que la actividad interpretativa debe someterse para hacer frente a las necesidades de coherencia y unidad del ordenamiento. Naturalmente, para salir de ese círculo es necesario justificar previamente la opción por una concepción de la interpretación que tenga en cuenta la potencialidad creadora que se abre a la misma, más amplia, si cabe, en un ordenamiento plural. En lugar de negar esa potencialidad, el jurista debe controlarla para hacer posible la unidad del ordenamiento. Para ello, es necesario determinar cuál es la función que deben cumplir en el ordenamiento las «reglas sobre la interpretación jurídica» y cuáles son los factores de ordenación interna de esas reglas.

Por último, hemos de tener en cuenta que uno de los principales problemas que se plantean al abordar el análisis de la interpretación del derecho consiste en la dificultad que presenta la delimitación conceptual entre la interpretación y otras técnicas, figuras e instituciones. La interpretación es, por así decirlo, una disciplina propia que integra planteamientos propios de la teoría general del derecho y de la dogmática, por cuanto no puede encuadrarse totalmente en ninguna de ellas. La teoría general del derecho es mucho más amplia que la interpretación de las normas, aunque haya algún intento doctrinal de entender el derecho desde el punto de vista de la actividad judicial concretada en la interpretación. Igualmente puede decirse que la interpretación es una parte de la dogmática jurídica, aquella que pone el acento en la actividad encaminada a la determinación del sentido de la norma.

Las teorías de la interpretación deben diferenciarse, en todo caso de las teorías de la aplicación del derecho, en las que este se contempla desde el punto de vista de la vigencia que adquiere la norma cuando se aplica, porque la interpretación de las normas no va siempre referida a la aplicación, sino que la actividad hermenéutica es más amplia. Igualmente, es preciso distinguirla de las teorías de la argumentación judicial, porque los contornos de interpretación y argumentación también son diferentes. La interpretación constituye una parte de las decisiones judiciales, pero no coincide plenamente con la actividad judicial. En definitiva, la interpretación supone una actividad encaminada a determinar el sentido de la norma. Es razonable pensar que su finalidad se orienta a la aplicación posterior de esa norma, pero esa es otra fase del proceso.

CAPÍTULO I

INTERPRETACIÓN Y ORDENAMIENTO

SUMARIO: I. Interpretación y ordenamiento jurídico. El Estado legal y el Estado constitucional de derecho. 1. *El lugar de la interpretación en el Estado constitucional de derecho.* 2. *Interpretación constitucional e interpretación de la Constitución.* II. Los límites de la interpretación constitucional. 1. *Constitución y poder constituyente.* 2. *Constitución y reforma de la Constitución.* 3. *Constitución y mutación constitucional.* III. Constitución y ordenamiento jurídico. 1. *La interpretación de la Constitución.* A) La formación del método jurídico en el derecho público. B) La Constitución normativa y la interpretación del derecho. C) Las normas constitucionales. 2. *La articulación entre el derecho constitucional y el ordenamiento jurídico.* A) Las peculiaridades de la interpretación constitucional. B) Las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho privado. C) La exigencia del pluralismo metodológico en la interpretación constitucional. IV. Órganos de interpretación y aplicación del derecho. Los aplicadores jurídicos. 1. *El poder judicial.* A) La legitimación del poder judicial. a) El voto particular. B) El poder judicial en el conjunto de los poderes del Estado. a) El CGPJ como órgano de gobierno del poder judicial. b) La independencia. c) La responsabilidad del poder judicial. 2. *La jurisdicción constitucional.* A) Jurisdicción constitucional concentrada y jurisdicción constitucional difusa. B) El precedente en la jurisdicción constitucional difusa. a) La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. b) La igualdad y el precedente. c) Elementos de flexibilidad del precedente. d) Valoración del precedente en el conjunto de la actividad interpretativa. e) El precedente y la seguridad jurídica. f) El ordenamiento jurídico español y los sistemas de jurisdicción. C) La jurisdicción constitucional en España. a) Las exigencias del texto legislativo. b) Seguridad y certeza jurídicas.

I. INTERPRETACIÓN Y ORDENAMIENTO JURIDICO. EL ESTADO LEGAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

1. El lugar de la interpretación en el Estado constitucional de derecho

La configuración de la actividad interpretativa no puede desligarse de las condiciones generales que conforman el ordenamiento jurídico y del desarrollo histórico a que este se ve sometido. Es conveniente, por tanto, esbozar siquiera brevemente la evolución del ordenamiento jurídico, que no es otra cosa que la evolución del concepto de Estado que conduce desde el Estado legal al Estado constitucional de derecho. El entendimiento de la labor del intérprete es completamente distinto en un sistema jurídico como el liberal, basado en sus orígenes en la pretensión de reducir a la nada la actividad interpretativa (la interpretación como exclusiva determinación de la voluntad del legislador), frente al sistema jurídico actual.

El Estado liberal, en cuanto Estado legal de derecho¹, se contrapone en Europa claramente al Estado constitucional, en cuanto Estado social de derecho. La concepción del ordenamiento y de la actividad interpretativa sufren una evolución similar desde la pretensión unitaria y simplificadora del Estado liberal-legal al reconocimiento del pluralismo y la complejidad propia del Estado social-constitucional².

Para el liberalismo, el principal problema del Estado es el de sus límites. Gerber plantea así el derecho público, como un problema de hasta dónde el Estado puede interferir en la vida de los ciudadanos³. Libertad de conciencia, libertad de pensamiento, de prensa, de profesión, derecho a la jurisdicción, a las garantías del proceso, asociación, ciudadanía, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad de domicilio son para Gerber límites esenciales del Estado, junto con los derechos adquiridos de los ciudadanos⁴.

¹ FORSTHOFF, E. (1986). «Concepto y esencia del Estado social de derecho», en *El Estado social*. CEC (p. 97).

² No en vano esta transición se comienza a esbozar en la segunda mitad del siglo XIX coincidiendo con el comienzo de los movimientos obreros revolucionarios en Europa, y se perfila de una manera decisiva en el período de entreguerras, especialmente en Alemania. *Cfr.* sobre el origen y la evolución del concepto de Estado social: LUCAS VERDÚ, P. (1975). *La lucha por el Estado de Derecho*. Studia Alborno-tiana; GARCÍA-PELAYO, M. (1991). «Las transformaciones del Estado contemporáneo». *Obras completas*, t. II. CEC, p. 1.594. *Cfr.*, igualmente, sobre su naturaleza de *desideratum*, más que de experiencia histórica demostrable: APARICIO, M. A. (1993). *Introducción al sistema político y constitucional español*. Ariel (p. 60).

³ «Questi limiti dal potere dello Stato, sono considerati parti costitutive della stessa legge fondamentale e inserite tra le norme fondamentali del diritto pubblico». GERBER, C. F. (1971). *Diritto pubblico*. Giuffrè (p. 120).

⁴ *Ib.*, p. 121 y ss.

En el Estado constitucional de derecho se tienen que reformular totalmente los postulados del Estado liberal. En las constituciones normativas es necesario recomponer toda la teoría del derecho. La reivindicación decimonónica de un Estado abstencionista deja paso a un Estado intervencionista, que suplanta funciones tradicionalmente atribuidas a la iniciativa privada⁵, donde el pacto social ha conseguido mantener parcelas de poder a conservar por los distintos agentes sociales, cuya finalidad es ganar cada vez más implantación en la sociedad.

El proceso de transformación hacia un Estado social de derecho lo genera de alguna forma el Estado de derecho en su evolución, de modo que las conquistas sociales son asimiladas por ese modelo de Estado que se transforma progresivamente e incorpora un contenido material, que rebasa el aspecto puramente formal del derecho liberal⁶. La manera en que ha devenido históricamente esta evolución, ha sido fruto de diferentes circunstancias históricas en cada país⁷. Sus consecuencias se extienden no solo a la organización estatal, sino también al conjunto del ordenamiento jurídico y a la estructura constitucional.

El origen y la evolución del Estado social de derecho ha sido considerado como una discontinuidad histórica del Estado liberal por la ruptura que supone la configuración de una sociedad cuyas bases teóricas estarían en la filosófica kantiana y la configuración de Hegel de los modelos de la propiedad privada, los Estados abstencionistas como legitimadores de un orden natural que dividía a la sociedad en función de criterios de justicia, y en una raigambre modernista, que quiebra cuando la formación de las clases obreras adopta una importante presión sobre el modo de producción capitalista. El impacto del Estado social se refleja en el derecho desde su juridificación y su normativización, produciendo un cambio en la teoría general del derecho que supera la alteridad de los sujetos para adentrarse en la relación intermediada por el Estado, que dinamiza el ordenamiento jurídico desestructurando el sistema tradicional de las fuentes, alterando algunas, como el principio de legalidad por el de constitucionalidad y dando entrada en la constitución a las contradicciones de clase, como la negociación colectiva que reconoce el conflicto social⁸.

A una ley que representaba la voluntad de una clase sobre otra, le sucede la fragmentación de la ley en la que intervienen los actores del conflicto me-

⁵ Bajo las condiciones del capitalismo, se limita la actuación del derecho privado y se incrementa la del derecho público. MÜCKENBERGER, U., y HART, D. (1977). «La formación de los juristas y la función legitimadora de las categorías jurídicas», en *La formación del jurista*. Civitas (p. 70).

⁶ *Ib.*, p. 94.

⁷ En Alemania, la evolución del Estado de derecho a un Estado social es puesta de manifiesto sobre todo por Abendroth. Cfr: ABENDROTH, W. «El Estado de derecho democrático y social como proyecto político», en *El Estado social*. CEC (p. 9-40).

⁸ CABO, C. de (2000). *Sobre el concepto de ley*. Trotta (p. 10 y ss.).

dante el pacto social. Ahora también muestra la relación entre el poder y el derecho, en un reparto que, si bien es escaso para una de las clases, puede expresar su correlación de fuerzas⁹. El sujeto histórico colectivo del constitucionalismo del Estado social articula las contradicciones como un garantismo de coexistencia pacífica. El sujeto individual es consecuencia de los procesos de aislamiento que proporciona la producción social y el fin de la historia deja un derecho sin sujeto; eso hace que el constitucionalismo resulte insolidario por su individualismo y por no reconocer ese valor en los sujetos débiles¹⁰.

El Estado social surge para dar respuesta al modelo de sociedad industrial¹¹. Y se caracteriza justamente porque no permanece indiferente ante los comportamientos económicos de la sociedad. Es su función constitucional, incluso, regularlos e intervenirlos¹². Precisamente la relación entre la actividad económica del mercado y el Estado estriba en la asunción por parte de este de un ámbito importante de la actividad económica, en el Estado social de derecho¹³. No hay que perder de vista que el Estado ha asumido el desarrollo técnico de la sociedad como una forma de realización del orden político¹⁴. Consecuencia de lo anterior es que el derecho constitucional no se reduce al ámbito de lo político, sino que abarca lo social¹⁵. Esta ampliación del campo de lo constitucional, tiene una importante repercusión metodológica, que marca la transformación de planteamientos característicos de las concepciones del

⁹ *Ib.*, p. 20.

¹⁰ CABO, C. de (2006). *Teoría constitucional de la solidaridad*. Marcial Pons (p. 24).

¹¹ GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, p. 1597.

¹² A este respecto, Ferrari señala la diferencia en el orden normativo entre el derecho en el sistema liberal y en el Estado social. El Estado social asume una menor certeza jurídica, en cuanto «la diferencia sustancial respecto a la sociedad liberal reside en el hecho de que también los poderes públicos quedan libres de interactuar con los particulares como sujetos autónomos y a la vez privilegiados». FERRARI, V. (1989). *Funciones del Derecho*. Debate (p. 151). Y, al contrario, el Estado social exige, a su vez, ciertos límites a la libertad negocial de los particulares, en tanto en cuanto no se pueden realizar contratos que no tengan en cuenta la vinculatoriedad de los derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho de la igualdad y la interdicción de la discriminación. O, en su caso, la necesidad de respetar el derecho de asociación de los individuos, como un límite a la autonomía de los socios, etc.

¹³ BERTI, G. (1990). *Interpretazione costituzionale*. CEDAM (p. 231).

¹⁴ Para E. ForsthoFF, cabe imaginar tres posibilidades de relación entre realización técnica y orden político. En la primera, el Estado se identifica con la técnica en cuanto que controla los medios de producción y promueve todo proceso técnico. La segunda, en cuanto que define el marco dentro del que se va a desarrollar la realización técnica, y la tercera en cuanto el Estado ejerce un papel regulador de la iniciativa privada, desempeña una función complementaria de la sociedad industrial. FORSTHOFF, E. (1975). *El Estado de la sociedad industrial*. Instituto de Estudios Políticos (p. 61 y ss.).

¹⁵ «Per questo non deve sembrare strano che, affondando e affinando l'interpretazione costituzionale, venga naturale formulare come regola di equilibrio dell'ordinamento la necessità del confronto tra la norma política e la norma sociale, tra la política come autorità e l'economia ovvero la spontaneità sociale come libertà dei singoli o dei gruppi». BERTI, *op. cit.*, p. 234.

Estado legal de derecho, a otros que se derivan de las condiciones del Estado constitucional de derecho¹⁶.

La función reguladora que la Constitución cumple se manifiesta, no obstante, en su dimensión más clara, en el seno del ordenamiento jurídico. Como indica Zagrebelsky, el sustrato pluralista del Estado constitucional de derecho conlleva una heterogeneidad dentro del sistema jurídico, que impide considerar al ordenamiento mismo como algo preestablecido. Por el contrario, es la Constitución ahora la que debe reconducir a unidad esa pluralidad¹⁷. Es la Constitución, en definitiva, la que permite reconstruir el ordenamiento. De ahí la trascendencia que adquiere, en esta nueva situación, la interpretación constitucional. En efecto, esa función unificadora se verá facilitada u obstaculizada (incluso impedida) dependiendo de la existencia de reglas de interpretación que hagan posible la integración del pluralismo, no solo en los procesos de producción de normas sino también en los procesos de aplicación del derecho.

2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La trascendencia de la interpretación constitucional solo se explica desde la interrelación entre la Constitución y el ordenamiento jurídico y, por ello, la «interpretación constitucional» adquiere unos perfiles propios que permiten diferenciarla de la «interpretación de la Constitución». En efecto, para poder cumplir su función unificadora del ordenamiento, la interpretación constitucional no puede ya ceñirse a los límites estrictos de la interpretación de la Constitución: esta última es tan solo el núcleo de la primera. La Constitución es, desde luego, el germen mismo de la reordenación del sistema jurídico, que solo puede producirse desde los principios y valores constitucionales. Pero la Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo que se impone como una verdad revelada y única sobre el conjunto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y se extiende para renovar, de manera constante, esa conciliación y pacificación social.

Esta doble faceta que manifiesta la función de la Constitución en el ordenamiento jurídico se refleja igualmente en la interpretación, en cuanto que contiene los elementos que sirven para configurar el parámetro de la legitimidad dentro

¹⁶ Cfr., al respecto, BALAGUER, F. (1997). «Constitución normativa y ciencia del derecho», en *Estudios de derecho público en homenaje a J. J. Ruiz-Rico*, cit., p. 89-112.

¹⁷ ZAGREBELSKY, G. (1992). *Il diritto mite*. Einaudi (p. 45 y ss).

del ordenamiento, donde la reconstrucción de ese parámetro debe hacerse por medio de la interpretación de la Constitución. Ese parámetro carece de finalidad propia, pues su sentido no es otro que la interpretación del ordenamiento jurídico y su modulación debe efectuarse desde la interpretación constitucional.

El modelo garantista de la democracia constitucional viene del cambio de paradigma que constituye el avance de una constitución programática a otra garantista. A partir de las constituciones normativas la ley deja de ser parámetro de validez porque ahora lo es la Constitución y el juicio sobre la ley la mantiene ya supeditada al juicio sobre su constitucionalidad. El cambio que la constitución normativa opera sobre la actividad interpretativa de las normas consiste en la adecuación de todas las normas al contenido constitucional, juicio de constitucionalidad por el que se inicia ahora toda actividad interpretativa, toda prueba de constitucionalidad. Ese cambio de paradigma se reorientará todavía cuando, en ordenamientos como el nuestro, irrumpa otra fuente del derecho supra-Estados como lo está siendo la normativa europea, cuyo concepto de primacía alterará nuevamente los criterios interpretativos de las normas.

Ahora la sujeción del juez no será ya a la ley sino a la Constitución. Pero, además, también al sistema de fuentes establecido, por decir mejor, ya que a la Constitución estatal se sobrepone, en términos que tienen que ver con la interpretación, aunque no sometidos exactamente a principios como el de jerarquía, textos supranacionales y resoluciones judiciales de obligado acatamiento.

Conceptos como el de validez de la ley dejan de presentarse en el ámbito interpretativo desde una consideración generalizada para adoptar la flexibilidad de su aplicación o inaplicación en función de criterios de competencia. Así, una norma estatal ha de plegarse a una autonómica en función de las competencias que asuma esa comunidad, o incluso que la ejercite o no, en cuyo caso, cláusulas como la supletoriedad podrán ser tenidas en cuenta, para aplicar en un tiempo u otro, en función de que ordenamiento jurídico tenga vigencia. De este modo, la ley pierde centralidad en la actividad jurisdiccional interpretativa en función de criterios aplicativos muy diversos.

El esquema garantista de los derechos derivado de la estructura de las constituciones normativas exige esfuerzos interpretativos hasta entonces innecesarios. A la ley se sobrepone también la garantía de los derechos fundamentales capaz de desplazar su constitucionalidad si de su interpretación deriva una consecuencia lesiva para un derecho fundamental constitucionalmente reconocido. A través de la cuestión de inconstitucionalidad, el juez queda facultado, pero también obligado, a plantearla si tiene fundadas dudas sobre la constitucionalidad en su aplicación.

La complejidad en la actividad interpretativa de las normas que se produce hoy en los ordenamientos jurídicos exige nuevas formulaciones de la teoría de las

fuentes del derecho, pero también de una teoría de la interpretación que integre las nuevas fuentes en el viejo sistema al que desborda. Una teoría de la interpretación debe partir de nuevas formulaciones teóricas de lo que debe entenderse hoy por la actividad interpretativa, el sistema de la resolución de antinomias y su superación y, sobre todo, de cuál debe ser el modelo jurisdiccional que exige el Estado de los derechos, el Estado social avanzado que ha derivado la vieja teoría subjuntiva en esfuerzos de ponderación, proporcionalidad, integración de los principios y los valores, en la compleja aplicación del derecho. Así y que pese a su importancia en el derecho privado, algunas fuentes del derecho como la costumbre, han ido perdiendo fuerza normativa en el derecho¹⁸.

La actividad jurisdiccional ha derivado a los derechos, tanto en los conflictos del derecho privado como en los del público. La complejidad de un derecho civil antes encauzado a la propiedad privada y al tráfico mercantil hoy ha sido desplazada por conflictos atinentes a la filiación, matrimonio, derechos informativos o relacionados con la imagen, las libertades y otros que se alejan de contenidos puramente patrimoniales para demandar tutela judicial o reconocimientos legales como grupos identitarios. Todo este mundo que se impone socialmente al amparo de un desarrollo constitucional de los derechos se desplaza en la conflictividad social hacia derechos y garantías que han transformado la interpretación normativa, desbordando el método interpretativo que, en el viejo modelo liberal del derecho, aparecía como un conflicto entre dos partes.

La distinción que se puede hacer sobre los derechos fundamentales como personalísimos e inalienables en relación con los patrimoniales resulta útil para dar cuenta de la necesidad de reconocer este cambio. La irrupción de los derechos fundamentales no se satisface en muchos casos con la indemnización patrimonial en la lesión de un derecho, sino con la exigencia de su reconocimiento por parte de los poderes públicos, o con la obligación de hacer por parte de quien haya infringido ese derecho. El *habeas corpus* exige poner en libertad a quien esté indebidamente retenido, el derecho de rectificación exige la publicación en un medio, porque la sanción pecuniaria no sirve al restablecimiento del derecho¹⁹.

El constitucionalismo es el nuevo paradigma del derecho, y lo es por la constitucionalización de los derechos fundamentales, que tiene como consecuencia indirecta la de atender, en el ámbito de la interpretación, a los principios y valores

¹⁸ P. González-Trevijano ha llamado la atención acerca de los escasos estudios que sobre la costumbre se publican en el derecho constitucional. Su obra, *La costumbre en derecho constitucional*, constituye un importante tratado sobre el tema. Cfr: P. GONZÁLEZ-TREVIJANO. «La costumbre en derecho constitucional». *Congreso de los Diputados*. Madrid. 1989.

¹⁹ *Ib.*, p. 46.

constitucionales, que en relación con los principios generales del derecho, aparecen dotados de mayor fuerza jurídica y de garantías que fuerzan la interpretación²⁰.

Se puede comprender, entonces, la radical diferencia en la concepción de los procedimientos interpretativos que se da en el Estado legal y en el Estado constitucional de derecho. Aquí cobra sentido la cuestión de qué aporta a la interpretación de las normas el modelo de Estado, y cómo ha de determinarse de forma distinta la aplicación del derecho en uno u otro modelo. De la interpretación concebida como mera fórmula de determinación textual de una voluntad unívoca y homogénea (manifestación en última instancia de la soberanía del legislador), se pasa a la interpretación como combinación de principios, valores y métodos en orden a integrar los textos en el proceso de aplicación del derecho. De la *interpretación de la ley* a la *interpretación del ordenamiento*.

Esto supone, por tanto, que la interpretación de la Constitución no puede fundamentarse en la estructura tradicional de la interpretación de la ley. De ahí que no pueda ser solamente interpretación de la Constitución, sino, sobre todo, interpretación constitucional del ordenamiento. Solo así resulta posible que la Constitución cumpla, bajo un sustrato social pluralista, su función de reconstrucción del ordenamiento: con la inevitable pérdida de sustantividad como norma que se deriva de la integración entre Constitución y ordenamiento. Lo mismo ocurre, como veremos, con el método interpretativo aplicable al orden constitucional; en un sistema que se construye democráticamente (en el sentido de una democracia pluralista) la interpretación de la Constitución no puede ser algo distinto de la interpretación del derecho. Porque la interpretación del derecho tampoco puede ser algo distinto de la interpretación de la Constitución. O la interpretación es una mera técnica de determinación de una voluntad soberana encerrada en sí misma (y entonces ya no es democrática) o es el resultado de un proceso de integración de intereses y valores abierto a la sociedad y al ordenamiento. Lo primero se enmarca más claramente dentro del concepto tradicional de interpretación de la Constitución. Lo segundo, en la idea de interpretación constitucional del ordenamiento.

II. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. Constitución y poder constituyente

La interpretación de las normas en un Estado social y democrático de derecho ha de efectuarse teniendo en cuenta el marco constitucional de ese

²⁰ *Ib.*, p. 65.

Estado. Su plasmación está en el texto escrito en el que se encuentran contenidos los principios y valores por los que la sociedad se rige. Por tal razón, es importante tener en cuenta el proceso por el que se lleva a cabo la formación de esa voluntad constituyente en la que quedan establecidos esos valores que la sociedad recoge en detrimento de otros que permanecen ocultos y no se plasman en el texto constitucional. De este modo, el pacto social interesa en cuanto límite de la actividad interpretativa, porque al intérprete no le está permitido rebasar las posibilidades que le ofrece el texto, por encima del texto mismo. Si las rebasa, deja de realizar interpretación constitucional para entrar en el terreno de la ilegitimidad constitucional²¹.

El proceso de la formación de ese pacto constituyente adquiere importancia en la actividad interpretativa, y de ahí que debamos estudiar brevemente las condiciones en que se produce el pacto social. Las teorías que se han ocupado del poder constituyente, surgen históricamente unidas a los primeros movimientos constitucionalistas en Francia y los Estados Unidos. El otro gran modelo, el modelo anglosajón, partía de la formación de un derecho consuetudinario, que se incorpora a la mentalidad colectiva, como el resto de los usos y costumbres sociales. Sin embargo, esta explicación histórica del pacto constituyente no ha inspirado a las grandes formaciones teóricas, que eluden estas circunstancias históricas subyacentes, y que pueden ser capaces por sí solas de explicar un sistema jurídico. Tanto la teoría kelseniana, que remite a una norma hipotética, como la regla de reconocimiento de Hart, o la posición original de Rawls, han dado siempre por supuesto ese momento constituyente²².

²¹ Cuando existe una colisión frontal con el texto de la Constitución, se produce, según el TC, «una contradicción irreductible por vía de interpretación». El TC ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de los límites de la interpretación de las normas constitucionales en relación con la necesidad de reforma constitucional, en su Declaración de 1 de julio de 1992. En aplicación del artículo 95.2 de la CE, el Gobierno de la nación somete a consulta al Tribunal Constitucional la eventual contradicción entre el artículo 13.2 de la CE y el artículo 8, B, ap. 1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción del artículo G B, 10, del Tratado de la Unión Europea. Contestando a las argumentaciones del Gobierno, el TC en su FJ 4, declara que «los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa (por los cauces del Título X)», frente a la posición del Gobierno que veía posible el acomodo constitucional del artículo 13.2 y el artículo 8 B, 1 del TCCEE por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 CE. Por el contrario, para el TC el artículo 93 «no es cauce legítimo para la «reforma implícita o tácita» constitucional». El TC concluye afirmando que «existe una contradicción, irreductible por vía de interpretación», por lo que la ratificación del Tratado exigía la reforma constitucional. Sobre la diferencia entre reforma constitucional y primacía del derecho comunitario, RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A. (1994). «Los límites constitucionales a la cesión de competencias a la Unión: comentario a la Declaración del TC español sobre el Tratado de la Unión Europea». *Rev. Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 3 (p. 684 y ss).

²² Así, para Kelsen, a la pregunta «por el fundamento de la validez de una primera constitución histórica estatal, es decir, una constitución no originada en una enmienda constitucional de una constitución previa, la respuesta sólo puede ser –si se renuncia a referir la validez de la Constitución del Estado, y la validez de las normas producidas de conformidad a ella, a una norma establecida por una autoridad metajurídica, como Dios o la naturaleza– que la validez de esa Constitución, el suponer que

Sin embargo, en la teoría del poder constituyente pueden encontrarse con seguridad los elementos indicativos de la configuración de un sistema jurídico. La reciente historia española ha demostrado que es posible fusionar ambos aspectos: la circunstancia histórica de una dictadura desaparecida por extinción de la vida del dictador, y la generación de un pacto constituyente, que era un evidente pacto social. Esta experiencia nos muestra la importancia de la relación entre una situación social de cambio, y el sistema constitucional que se conforma a partir de ella. Porque ese nuevo poder político se expresa por medio de la transformación del ordenamiento jurídico, y ello con independencia de que la ocupación del poder haya tenido lugar mediante un acto único, revolucionario, o de forma progresiva y pacífica.

En las construcciones teóricas sobre el poder constituyente es posible diferenciar, siguiendo a Negri, tres fases.

En un momento inicial, se considera al poder constituyente como trascendente al derecho, sin integración en el orden establecido, sino como un fenómeno anterior a lo que precede y que, una vez realizado el hecho, desaparece para dar paso al derecho formalmente constituido²³.

Más tarde se entenderá el poder constituyente como algo immanente al derecho, sin que quepa distinguir entre el poder constituyente y el orden constituido como no sea en secuencias de integración, concebidas como los pasos de un proceso en el que los hechos se juridifican, dando paso al derecho. Al constituirse el poder, la Constitución se repliega en sí

es una norma obligatoria, tiene que ser «presupuesta», si es que debe ser posible interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos de producción o de aplicación de normas jurídicas generales válidas, y los actos realizados en aplicación de esas normas jurídicas generales, como la producción o aplicación de normas individuales válidas». Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho*. UNAM (p. 208). La «regla de reconocimiento» de Hart, solventa el problema del origen de un sistema jurídico, considerando que esa regla es un «hecho». «Una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe solo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque, mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, «existir» aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento solo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho». Hart, H. L. A. (1980). *El concepto de derecho*. Editora Nacional (p. 137). Acerca de la relación entre la norma fundamental de Kelsen, y la regla de reconocimiento de Hart, Páramo, J. R. de (1984). H. L. A., *Hart y la teoría analítica del derecho*. CEC (p. 252 y ss). Finalmente, el concepto de «posición original» de J. Rawls es, según él mismo dice, una noción intuitiva. Rawls, J. (1979). *Teoría de la justicia*. FCE (p. 40).

²³ Integra Negri en esta posición a Jellinek y a Kelsen. Negri, T. (1994). *El poder constituyente*, Libertarias/Prodhufo, S. A. (p. 20). Y sigue respondiendo al esquema subyacente de un pacto social ficticio, en el sentido en el que es considerado por Rousseau, como aquel pacto en el que «cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo». Rousseau, J. J. (1992). *El contrato social*. Alianza (p. 23).

misma y se muestra como organismo²⁴, y el poder constituyente queda de alguna forma absorbido por ella²⁵.

En lo sucesivo, el poder constituyente pasa a ser poder constituido, y el hecho, entendido como el momento en el que las fuerzas políticas culminan el acuerdo, se convierte en derecho, por lo que ese acto pasa a vincular a toda la sociedad²⁶.

Ciertamente, el poder constituyente hace referencia a un poder político que carece de límites materiales²⁷. En ese sentido, puede considerarse todavía válida en el plano puramente político la formulación de Sieyès por la que, por medio de la Constitución, la sociedad (la nación) no puede vincularse a sí misma de manera permanente²⁸. Pero esta afirmación, de carácter político, no puede trascender al ámbito del análisis jurídico de la Constitución. En ese terreno, es preciso constatar que la Constitución supone un vínculo y que ese vínculo, expresado bajo la forma de la supremacía constitucional y de la normatividad de la Constitución, debe ser respetado, pues de otro modo se inserta un poder político y sin límites dentro del orden jurídico-constitucional²⁹. Las concepciones de Sieyès, que se encuentran en el origen mismo de la teoría del poder constituyente, solo tienen sentido en el contexto histórico de la comprensión de la Constitución como obra de un poder soberano (el de la nación, el de la burguesía misma) que no conoce límites. No tienen encaje, sin embargo, en la Constitución pluralista, donde el poder constituyente no es otra cosa que el pacto democrático que da lugar a la Constitución.

Que ese pacto podrá ser reformulado en el futuro, y hasta sustancialmente alterado por la voluntad social, resulta evidente. Pero, al mismo tiempo, es preciso constatar que su transformación solo podrá manifestarse en el orden jurídi-

²⁴ NEGRI, *op. cit.*, p. 204.

²⁵ A partir de aquí, «el poder constituyente no solo se define por la Constitución, sino que se reduce a un elemento formal del gobierno». *Ib.* p. 205.

²⁶ «Lo decisivo continúa siendo aclarar la transición del acto político a la norma jurídica». STERN, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. CEC (p. 316).

²⁷ BALAGUER, F. (1992). *Fuentes del Derecho* (tomo II). Tecnos (p. 29).

²⁸ SIEYÈS, E. J. (1991). *El tercer Estado y otros escritos de 1789*. Espasa Calpe (p. 214). En sentido similar se han pronunciado otros autores, como M. Aragón, para quien «La única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter de soberano [se refiere al pueblo], es la autolimitación procedimental, y no la autolimitación temporal». ARAGÓN, M. (1989). *Constitución y democracia*. Tecnos (p. 34).

²⁹ Cómo indica Pedro de Vega por referencia a nuestra Constitución, «El hecho de que la única legitimidad, y el único límite del poder de revisión sean los establecidos en el propio procedimiento, determina que, en sus contenidos y en el ejercicio concreto de su voluntad, el poder de revisión aparezca como un poder absolutamente libre y sin control. Y, naturalmente, un poder limitado en la forma, pero libre en el ejercicio de su voluntad, con capacidad de cambiar todos los principios, valores y normas que fundamentan ideológicamente el sistema, termina siendo el auténtico soberano del Estado». VEGA, P. de (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos (p. 159 y 160).

co, por medio de la reforma de la Constitución, pues, de otro modo, estaríamos hablando de un nuevo acto constituyente, de naturaleza política. La diferenciación de los dos niveles de análisis, político y jurídico, es extremadamente necesaria en esta sede. Nadie puede negar la posibilidad, siempre abierta desde el pleno del poder, de incumplir, vulnerar y hasta derogar la Constitución.

Hoy, como hace doscientos años, la sociedad no posee más vínculos que aquellos que ella misma quiera darse. Pero esos vínculos no dejan de serlo porque la sociedad pueda modificarlos o romperlos en el futuro.

2. Constitución y reforma de la Constitución

La transformación de un poder constituyente ilimitado³⁰ en diversos poderes sometidos a límites nos marca claramente el sentido de la supremacía de la Constitución sobre los poderes ordinarios³¹. La división del poder que se contempla en las constituciones democráticas y el sometimiento del legislador al control de la jurisdicción constitucional nos facilitan la consideración ya natural del sometimiento de los poderes del Estado a la Constitución misma y, por tanto, la diferenciación igualmente natural entre poder constituyente y poderes constituidos.

Cuestión distinta se plantea en relación con la diferenciación entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado³². En este caso nos encontramos ante un poder que aparenta tener la misma naturaleza, que no se manifiesta dividido, sino concentrado, y que da lugar a normas que se integran plenamente dentro de la propia Constitución. Pero la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no adquiere toda su plenitud hasta que no se diferencia entre poder constituyente originario y poder de reforma. Si esta última distinción es posible, será igualmente posible la pri-

³⁰ Desde el punto de vista jurídico, lo que no implica que carezca de límites y condicionamientos de otro tipo. Incluso podría hablarse hoy también de ciertos límites jurídicos inherentes. Los compromisos internacionales, especialmente los contraídos con la Unión Europea no dejarían de condicionar de forma más o menos intensa, en función de la voluntad política de cambio subyacente en el proceso.

³¹ KRIELE, M. (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. De Palma (p. 111).

³² Tanto en la teoría del pacto social, como en la consideración de que la Constitución es el paso de un poder constituyente a un poder constituido, la doctrina coincide en la diferente naturaleza de las normas de reforma constitucional, con respecto al resto de las normas constitucionales. Así, para Burdeau, las normas de reforma forman parte del «poder constituyente constituido» y hay dos formas de hacer una constitución, la originaria, que no parte de una constitución previa válida, siendo por tanto un poder constituyente originario, y la derivada, prevista en una constitución vigente con poder de revisión, y que constituye un poder constituyente constituido. BURDEAU, G. (1981). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Nacional (p. 108).

mera. En caso contrario, queda siempre abierta para el poder legislativo la ruptura constitucional como alternativa al sometimiento a la normatividad de la Constitución.

Ahora bien, más allá de las objeciones políticas a la supremacía de la Constitución sobre el poder de reforma, se han planteado objeciones «lógicas» (desde la perspectiva de la lógica jurídica) que se reiteran permanentemente en la doctrina desde la conocida teoría de Ross³³, al considerar la imposibilidad lógica de las normas autorreferentes.

A. Ross parte de que el procedimiento de creación de una norma viene definido por las normas de competencia. A su vez, «las condiciones materiales definen el objeto o contenido de la norma que puede ser sancionada mediante el procedimiento indicado»³⁴.

Las normas son válidas si satisfacen a su vez la norma de competencia. Como la cadena de autoridades no puede ser infinita, llega un momento en que la máxima autoridad es competente para dictar una ley, pero no hay, sin embargo, autoridad por encima que se la atribuya, sino que hay que darla por presunta³⁵. De ahí que las normas constituyentes determinen a la vez la competencia material y formal, la de la autoridad y la del objeto a regular.

Por eso, las leyes de reforma de la Constitución son a la vez normas de competencia y normas de sanción, pero esto es una imposibilidad lógica, porque no es posible que una norma establezca su propio procedimiento de reforma³⁶, ya que se daría el caso de una norma autorreferente, es decir, que afirma su propia validez, de la forma «esta proposición es verdadera», lo que la privaría de sentido³⁷.

Y así, para Ross, todo cambio de un sistema a otro «es un fenómeno extrasistemático, un cambio fáctico sociopsicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento»³⁸.

El planteamiento de Ross acerca de la imposibilidad de normas autorreferentes se acerca a Kelsen en cuanto a la necesidad de reconducir la escalada

³³ Ross, A. (1977). *Sobre el derecho y la justicia*, Universidad de Buenos Aires (p. 77).

³⁴ *Ib.*, p. 78.

³⁵ *Ib.*, p. 78.

³⁶ Una proposición no puede referirse a ella misma (*Ib.*, p. 80). Si nos encontramos con una norma que establece un procedimiento de reforma, pueden ocurrir dos cosas, o que la nueva constitución fruto de la reforma anterior no valga, carezca de validez, por ser poder no constituyente sino constituido anteriormente o que la nueva constitución desplace a la anterior, en cuyo caso, la norma que establecía la reforma no fue válida.

³⁷ Por lo tanto, una norma de reforma de la Constitución tiene que estar «fuera del ámbito del procedimiento jurídico». *Ib.*, p. 79.

³⁸ *Ib.*, p. 81.

de normas a una hipótesis inicial³⁹, pero se diferencia en que, mientras para Kelsen la norma fundamental es presupuesta, para Ross esta norma es extrajurídica y la constituyen las circunstancias del cambio social⁴⁰.

Nino solventa el problema fuera del derecho: «Todo juicio de validez tiene en última instancia carácter moral; el sistema jurídico no es autosuficiente en cuanto a generar su propia validez»⁴¹. Esto tiene mucho que ver con la posición general de Nino en torno a la última justificación del derecho por la moral.

Entiende que un sistema jurídico en su conjunto no puede justificarse en las normas positivas, sino que el derecho requiere una justificación moral⁴². Otro autor que da una solución al problema de la reforma desde fuera del derecho es F. Laporta, para quien la reforma es un problema que nos *expulsa* del derecho hacia los hechos sociales, hacia las pugnas de la vida política y social⁴³.

Bulygin da una solución dentro del derecho: los sistemas jurídicos son momentáneos. Por tanto, el sistema que prevé la reforma de la Constitución y el que la lleva a cabo no coinciden en el tiempo y, por lo tanto, son sistemas distintos. Al no ser el mismo sistema, se pierde la autorreferencia y la norma no justifica su validez dentro del mismo sistema, sino en otro⁴⁴.

La consecuencia de la derogación de una norma en un sistema es que pierde su pertenencia. Esa norma ya no pertenece a ese sistema, pero si entra en vigor otra norma, el sistema cambia, estamos ante otra norma que entra en el sistema y pertenece a él.

Luego el cambio del sistema es constante, y el sistema es momentáneo⁴⁵. Pero como se ve, el orden jurídico es el mismo, y todos los cambios han tenido lugar dentro del derecho. Con ligeras variaciones, es la respuesta que intenta I. de Otto.

Situado en los sucesivos momentos que presenta la reforma constitucional, entiende que «con las normas de reforma ya derogadas no es posible enjuiciar las que han venido a sustituirlas, porque las antiguas, situadas en el mismo plano que las que hay que enjuiciar, ya no existen como normas jurídicas»⁴⁶.

³⁹ NINO, C. S. (1984) «Ross y la reforma del procedimiento de reforma constitucional». *Alf Ross: estudios en su homenaje*, vol. 2. Edeval (p. 347).

⁴⁰ «Por revolución o evolución». A. Ross, *op. cit.*, p. 79.

⁴¹ NINO, *op. cit.*, p. 363.

⁴² «La validez normativa de las normas jurídicas, depende de presupuestos morales que, finalmente, no pueden apoyarse en ninguna norma jurídica». *Ib.*, 364.

⁴³ LAPORTA, F. (1984). «Norma básica, Constitución, y decisión por mayorías». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 1 (p. 42).

⁴⁴ BULYGIN, E. (1991). «Tiempo y validez», en *Análisis lógico y Derecho*. CEC. Mientras los sistemas jurídicos son momentáneos, el «orden jurídico» no lo es, y representa una secuencia de sistemas jurídicos (p. 197).

⁴⁵ *Ib.*, p. 197.

⁴⁶ OTTO PARDO, I. de (1985). *Defensa de la Constitución y partidos políticos*. CEC (p. 33).

Recientemente, Carlos Alarcón Cabrera ha intentado la refutación a Ross desde la lógica deóntica. A la aparente paradoja Alarcón la llama «el puzle de Ross». Pone el ejemplo a través del artículo 167 de la CE⁴⁷.

La característica común a todos estos planteamientos es que conducen a la ruptura de la línea divisoria entre poder constituyente y poder de reforma, sobre la base de una identificación total entre la reforma de la Constitución y la Constitución misma (de otro modo no sería posible oponer ese postulado lógico). Sin embargo, no se puede afirmar que estamos ante dos poderes de la misma naturaleza. Y ello porque reforma y Constitución están sometidas a condiciones distintas o, para decirlo más correctamente, mientras la Constitución no está sometida en su aprobación a límites jurídicos, la reforma sí lo está. Este solo hecho nos permite dar cuenta ya de la calidad jurídica diferenciada de una y otra. Por lo demás, la Constitución es, como indica F. Balaguer, la única fuente que se agota en sí misma, mientras que la reforma es una fuente equiparable en ese sentido a las demás. De ahí que el postulado de Ross no sea aplicable, según este autor, por cuanto, cuando la Constitución contempla normas referentes a la reforma constitucional, no está estableciendo normas que sean aplicables al poder constituyente (que se agota con la aprobación de la Constitución), sino normas que son aplicables al poder de reforma (que solo actúa después de ser aprobada la Constitución y está sometido a los límites establecidos en la misma)⁴⁸.

Si Constitución y reforma tienen distinta naturaleza (aun cuando las normas que se aprueban con el ejercicio de los procedimientos de reforma se integren plenamente en la Constitución), la interpretación de la Constitución está sometida a condicionamientos claros derivados de su propia normati-

⁴⁷ El artículo 167 de la Constitución española sería un ejemplo de autorreferente. Esto implicaría, según Ross, tres cosas: que es un artículo autorreferente, que su derogación haría caer en contradicción, y que otro artículo 167 que lo sustituya caería en las mismas contradicciones. Para Alarcón, Ross confunde la naturaleza jurídica de la norma que regula la reforma constitucional, o, en su caso, la derogación de la norma de reforma. Y ello, porque se trata de normas «hipotético-constitutivas», es decir de normas que «no son condición de aquello sobre lo que versan, como las reglas constitutivas, sino que ponen condiciones para que un acto posea un determinado valor». ALARCÓN CABRERA, C. (1995). «Derogación», en *Deóntica de la validez*. Tecnos (p. 134). De igual forma, para Alarcón, el artículo 88 de la Constitución danesa, cuando establece el sistema de reforma constitucional, no es autorreferente porque «atribuye un predicado a una expresión lingüística a través de otra expresión construida en un metalenguaje, en un lenguaje de diferente nivel». *Ib.*, 139.

⁴⁸ Para F. Balaguer no hay autorreferencia porque «el postulado por el que una proposición no puede referirse a sí misma no es aplicable a la reforma de la Constitución. En efecto, la reforma no es una proposición que se refiera a sí misma, porque reforma y Constitución son dos fuentes distintas, expresiones ambas de una voluntad normativa de naturaleza diferente, con desigual potencialidad jurídica y sometidas a un régimen diverso. La reforma está sometida a condiciones jurídicas; la Constitución sólo lo está a condiciones políticas. La reforma es expresión de un poder constituido (constituyente constituido); la Constitución es expresión de un poder constituyente». *Fuentes del derecho*, t. I, p. 38.

dad. En efecto, la exigencia procedimental que supone la reforma implica un sometimiento de todos los poderes constituidos a la Constitución, que obliga a asumir el texto constitucional como límite mismo de la actividad interpretativa.

Esta consideración de la rigidez constitucional no puede por menos que ser completada por referencia a otros elementos, que confluyen en la determinación de los límites y las posibilidades de la interpretación constitucional. La complejidad del ordenamiento, la integración en el ámbito interno del derecho supranacional, las características genéricas de los preceptos constitucionales y de la Constitución como marco de la actividad política, todo ello, son elementos que inciden en la interpretación (tanto de la Constitución como del resto del ordenamiento). Esto nos conduce a la diferenciación entre reforma y mutación constitucional, donde la interpretación constitucional adquiere un claro sentido normativo.

La idea de la reforma constitucional es recurrente en el constitucionalismo en la medida en que expresa una aspiración de aquellas fuerzas políticas que no consiguieron materializar algunas de sus posiciones en el texto constitucional, pero también constituye un interés recurrente por parte de la academia en relación a aquellos aspectos que muestran, en su aplicación práctica, una defectuosa técnica legislativa en relación con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Finalmente, cada generación biológica reivindica su derecho a la autodeterminación jurídica desde una legítima aspiración en igualdad con generaciones anteriores. Más allá de todas estas consideraciones, las publicaciones que se suceden en congresos y foros jurídicos hacen referencia a las reformas apenas se cumplen los primeros aniversarios de la publicación de sus textos, mientras las fuerzas políticas llamadas a impulsar las reformas difícilmente consiguen los acuerdos necesarios para tramitarlas.

Lo que podría caracterizar hoy el estado de la situación son una serie de publicaciones que plantean la reforma constitucional desde varias perspectivas: de una parte, la necesidad de un ajuste constitucional por haberse producido en las últimas décadas un desarrollo importante en materia legislativa en el ámbito interno, por el amplio desarrollo autonómico donde un número importante de estatutos de autonomía ha sido revisados desde las dos últimas décadas, e igualmente la expansión del derecho europeo y la progresiva integración en ese proceso por parte del Estado español, que exige una importante adaptación constitucional.

Pero, además, en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico, y, sobre todo, con el texto constitucional, quizás la necesidad un cambio de modelo constitucional tenga que ver más que nada con el cambio de una sociedad analógica a una sociedad digital, que conlleva la exigencia de tratar al derecho desde esa inevitable perspectiva.

3. Constitución y mutación constitucional

La idea de una constitución inmutable en el tiempo se aleja de cualquier consideración de un derecho dinámico y susceptible de adaptación a los momentos en que se aplica. Desde una consideración realista del derecho, el acto interpretativo que se traduce en la aplicación normativa actualiza en cada momento el derecho. Y desde ese concepto constructivista y creativo de las normas jurídicas en la interpretación, las mutaciones constitucionales se entienden como una inevitable evolución.

El desarrollo del concepto de mutación constitucional pertenece a Jellinek, que distingue entre reforma y mutación de la Constitución⁴⁹. Las mutaciones constitucionales se producen por necesidad política, porque el normal funcionamiento de las instituciones demanda cambios, y por el desuso de competencias de los órganos constitucionales. Sea cual fuere la causa, las mutaciones constitucionales acaban finalmente expresando un sentido diferente de la Constitución, que puede llegar a producir como consecuencia que una determinada interpretación deje de ser congruente con ella⁵⁰. A diferencia de la reforma, que expresa formalmente una modificación constitucional, la mutación puede ser el resultado de un proceso de interpretación imperceptible, en cuanto a su solución de continuidad en el tiempo, como puede serlo la interpretación, considerada desde el punto de vista más general, de la evolución jurisprudencial en la aplicación del derecho. A diferencia de la reforma, la mutación no explicita el cambio de la actitud o la derivación del intérprete hacia nuevos argumentos jurídicos, sino que se enmarca en el propio *continuum* interpretativo al que se someten todas las normas.

⁴⁹ «Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación». JELLINEK, G. (1990). *Reforma y mutación de la Constitución*. CEC (p. 7). Este concepto se mantiene en la actualidad. Así, para Hesse, la mutación constitucional consiste en la alteración del contenido constitucional, dejando el mismo texto: «Modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente». HESSE, K. (1983). *Escritos de Derecho constitucional*. CEC (p. 91). Igualmente, P. de Vega entiende que la mutación constitucional implica «una modificación en el contenido de las normas que, conservando el mismo texto, adquieren un significado diferente». P. DE VEGA, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁰ El cambio en el sentido de las palabras puede producir una mutación constitucional, porque el sentido de la palabra se aleje del texto constitucional, pero también porque los cambios producidos en la sociedad hagan caer en desuso la norma. P. de Vega distingue, con Kelsen, entre mutaciones lingüísticas y mutaciones políticas, pero estos dos fenómenos no agotan todas las posibilidades de mutación constitucional. Los usos sociales moldean constantemente la norma constitucional, como cualquier otra norma jurídica. La cuestión es si estos cambios, verdaderas mutaciones, acaban traduciéndose en oscilaciones y cambios de línea interpretativa por parte de los órganos de aplicación del derecho. (*Ib.*, p. 180 y ss).

Desde el punto de vista de la interpretación constitucional, esta diferencia en la formalización del cambio operado sobre el texto tiene su trascendencia. Así, la reforma exige un cambio de sentido en la interpretación. La sustitución de un texto por otro determina sencillamente la necesidad de acotar un nuevo campo interpretativo, el del nuevo texto, cuya interpretación puede guardar o no relación alguna con el anterior. Pero cuando se trata de un texto reinterpretado por una nueva realidad sociopolítica, que ha destacado otro sentido de la letra escrita, el problema se convierte en una cuestión de límites de la mutación, y revierte así a la cuestión general de hasta dónde puede llegar a forzarse un texto sin incurrir en un exceso interpretativo⁵¹. Esto es, a identificar los límites de la mutación constitucional con los límites de la actividad interpretativa en cuanto a la obligación de respetar el texto que es objeto de interpretación⁵².

Para Heller, la mutación constitucional debe tener en cuenta que la Constitución no debe llegar a ser un proceso, sino una forma de actividad⁵³. La mutación expresa así los cambios en los principios básicos de la sociedad y tiene, por tanto, un sentido dinámico, con el que pretende significar que la realidad social es mutable, y que, por tanto, las normas han de adaptarse al tiempo en que han de ser aplicadas. Ahora bien, mutación y cambio entendidos como evolución social no permiten en sí mismos la desnaturalización de los contenidos materiales de la Constitución, de modo que el pacto social pueda quedar desvirtuado, y no responda con una mínima aproximación a las expectativas sociales de las fuerzas políticas que la acordaron. Así pues, la mutación tiene unos límites, por encima de los cuales hablamos de pérdida de vigencia del pacto social. Y por ello, la interpretación de la Constitución ha de respetar esos límites de forma sostenida y constante, teniendo en cuenta, además, que las fuerzas políticas (las que se mantengan), tampoco permanecen en la posición en la que estaban a la firma del pacto, sino que a su vez están sujetas a cambios políticos que se traducen en diferentes mayorías parlamentarias. El

⁵¹ K. STERN, *op. cit.*, p. 337.

⁵² «El contenido de la norma constitucional solo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto. La fijación de este marco es también una cuestión de interpretación, valiendo para ella lo que se aplica a toda interpretación constitucional: donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma, y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional». K. HESSE, *Escritos de Derecho...*, p. 109.

⁵³ HELLER, H. (1992). *Teoría del Estado*. FCE (p. 268). La sutil distinción entre proceso y producto sirve a H. Heller para reafirmar el carácter establecido y asegurado de la Constitución, en parte estática, y en parte dinámica (p. 269). Quiere evidenciar la necesidad de que la Constitución se asiente socialmente, que sea una norma normada (p. 271), de manera que la relación entre sociedad y Constitución sea una relación normalizada. Si se rompe esta relación, no existe Constitución.

equilibrio de todas estas posiciones constituye, de un modo u otro, el derecho constitucional en su conjunto.

La Constitución española se ha visto sometida a un importante estrés en relación con dos circunstancias importantes en la evolución de la política de las últimas décadas, que son el desarrollo del estado autonómico y el proceso de la integración europea. Como veremos más adelante, ha sido desde esos dos espacios geopolíticos desde donde el derecho ha crecido en relación con categorías jurídicas completamente necesitadas de innovación en la aplicación por parte de los jueces y tribunales estatales. Más allá del desarrollo de una dogmática jurídica de creación y desarrollo de los derechos fundamentales, con técnicas depuradas y normatividad cada vez más estricta, los derechos vienen planteando estas aspiraciones desde la creación misma del Estado social, y su construcción teórica, tanto en España desde antes del inicio de la transición política como en el derecho comparado que ofrecen Italia y Alemania.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho autonómico, la introducción en el ordenamiento de los estatutos de autonomía y la firma de los tratados europeos exigen importantes cambios de paradigma en la resolución de las posibles colisiones competenciales en el proceso de selección de las normas jurídicas y su aplicación. Estas operaciones superan en buena parte los métodos interpretativos basados en las operaciones meramente subsuntivas, y obligan al juez y al resto de los operadores jurídicos a realizar complejas operaciones para compaginar y acomodar preceptos que a veces aparecen como difíciles de adaptar, cuando no son totalmente contradictorios. Ahora, para determinar la norma de aplicación, el supuesto de hecho de la norma no es más que un elemento de información en relación con la compleja operación de los criterios de validez, aplicación directa y otros que pueden desplazar la norma en función de la territorialidad o la competencia directa.

III. CONSTITUCIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. La interpretación de la Constitución

A) LA FORMACIÓN DEL MÉTODO JURÍDICO EN EL DERECHO PÚBLICO

La concepción restrictiva de la interpretación jurídica que se impone a lo largo del siglo XIX en Europa va unida al asentamiento del Estado liberal. Rompe, desde luego, con concepciones más flexibles tales como las de la escuela histórica en Alemania, que partió siempre de una consideración más

abierta de la función del intérprete⁵⁴. La escuela histórica, desde una posición iusprivatista, intenta reaccionar frente al positivismo extremo de origen francés que había intentado resolver el derecho al margen del sentimiento del pueblo y de su historia⁵⁵. Planteamientos procedentes de esa escuela serán también los que den lugar a la reacción antipositivista frente a la jurisprudencia de conceptos. Sin embargo, es cierto que en las construcciones metodológicas que se asientan en Europa en torno al «derecho común» y en general al derecho codificado, prevalece la consideración de la actividad interpretativa, especialmente la jurisdiccional, como una mera operación de subsunción lógica de los hechos en la norma.

Más aún, en el ámbito del derecho público, los planteamientos hermenéuticos de un Savigny o un Ihering se reformulan por autores tan destacados como Gerber o Laband, dando lugar a la acuñación de un denominado «método jurídico» que establece una disociación tajante entre lo jurídico (reducido al nivel del derecho estatal) y cualquier otro orden de la realidad⁵⁶. Esta limitación de los planteamientos metodológicos se situaba en la línea de defensa de posiciones ideológicas e intereses sociales determinados, y condicionó el

⁵⁴ Es el caso de Savigny, que asume el papel creativo del juez en la interpretación. La interpretación es un acto intelectual que supone un trabajo científico. SAVIGNY, M. F. C. (s.f.). *Sistema del Derecho Romano actual*. Centro Editorial Góngora (p. 183). Bien es verdad que la interpretación legal «tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad» (p. 184). Pero, no obstante, el juez está obligado a «dar un sentido a la ley más oscura y a decidir conforme a ese sentido» (p. 184). De acuerdo con eso, la interpretación «es un acto libre de la inteligencia» (p. 185).

⁵⁵ Ciertamente, la escuela histórica del derecho presenta peculiaridades importantes entre los autores, por no decir en el seno de un mismo autor, como es el caso de Ihering, a lo largo de su pensamiento científico. Así, en lo que se refiere a la hermenéutica, el Ihering de la primera etapa concede al intérprete la mera posibilidad de organizar el material jurídico para interpretarlo. Pero «nada de lo que logre desentrañar la jurisprudencia podrá considerarse como algo nuevo, sino que continuará siendo la materia jurídica original dispuesta de otra manera». IHERING, R. von (1994). «Teoría de la técnica jurídica», en *El ámbito de lo jurídico*, de P. Casanovas y J. J. Moreso. Crítica (p. 85). La dificultad de la aplicación del derecho, debida en gran parte a la imprecisión de la norma, no está ausente en Ihering, que intenta solventar el problema de la aplicación, exigiendo que las leyes fuesen «precisas, claras y detalladas». Pero esto no es suficiente para la correcta aplicación judicial del derecho. Es necesaria una técnica jurídica, para facilitar la aplicación del derecho a cada caso concreto. Lo que llama Ihering, la aplicabilidad del derecho, la vertiente práctica, es una parte de la técnica jurídica que intenta facilitar la operación jurídica de determinación de la norma al juez. Se puede determinar el pleno sentido de la norma a través de tres operaciones, al análisis, la concentración y la construcción. El análisis jurídico tiene ya para Ihering un factor de explicitación fundamental en el lenguaje. Finalmente, esta función de la técnica jurídica de descomposición en elementos simples que realiza el análisis Ihering la denomina «la química del derecho» (p. 63-69). El Ihering de la segunda época es consciente de la dificultad que presenta reducir el papel del juez a un mero automatismo, y en su obra *El fin en el Derecho*, dedica un capítulo extenso a plantear fórmulas para resolver adecuadamente, en un sistema jurídico, la organización judicial, la independencia y neutralidad ideológica del juez, su formación jurídica, y la propia estructura judicial. IHERING, R. VON (1978) *El fin en el Derecho*. Heliasta (p. 191 y ss).

⁵⁶ C. F. GERBER, *op. cit.*, p. 91 y ss. LABAND, P. (1977). *El Derecho presupuestario*. IEF. Para un estudio detallado de las posiciones doctrinales de esa época en Alemania, *cfr.* PÉREZ ROYO, J. (1978). «El proyecto de Constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX», *ReP*, n.º 1 (p. 67). También BALAGUER, F. (1991). *Fuentes del Derecho* (tomo I). Tecnos (p. 19-30).

desarrollo posterior del derecho público a través de los autores que siguieron basándose, en un contexto social diferente, en tales premisas metodológicas⁵⁷.

Es justamente en el terreno del derecho público donde se manifestarían los fuertes debates doctrinales sobre la idoneidad de este método jurídico, para afrontar las exigencias hermenéuticas de la Constitución. Existen posiciones encontradas en la doctrina a la hora de determinar si la interpretación de la Constitución es abordable por el llamado método jurídico o dogmático, que responde a las formulaciones alemanas del historicismo de Savigny, o las características de las normas constitucionales impiden utilizar ese método. Esta polémica se manifiesta con toda su crudeza durante el período de entreguerras, especialmente en el mundo germánico, donde tanto el positivismo formalista como la reacción antipositivista alcanzan su máxima expresión teórica en el ámbito del derecho público⁵⁸.

De esta reacción, paralela a una transformación sustancial de los fundamentos constitucionales del Estado liberal, asentado tras la Segunda Guerra Mundial sobre el pluralismo, surgen tendencias integradoras que se basan en una concepción más amplia, tanto de lo jurídico como de la actividad interpretativa⁵⁹.

En el ámbito del antiguo «derecho común», la atención sobre el proceso de aplicación del derecho hace ya tiempo que se orientó hacia la superación de

⁵⁷ Como Kelsen, que desarrolla la mayor parte de su obra en los EE. UU. La segunda edición de su *Teoría pura del Derecho*, en 1960, mantiene intacto el concepto de derecho como orden que representa un conjunto de normas cuyo fundamento de validez es una norma fundante. No interviene en ese orden jurídico elemento alguno ajeno a la propia juridicidad que debe depurar todo elemento extraño al derecho. (*Teoría pura...*, p. 45).

⁵⁸ Es el caso de Smend o de Heller. El primero rechaza de plano la aplicación del método jurídico en el estudio del derecho constitucional y apuesta decididamente por un método científico, de asimilación al resto de las ciencias. «Así como no puede existir un derecho constitucional satisfactorio y operativo sin una fundamentación metodológica clara y consciente en una teoría general del Estado y de la Constitución, tampoco es posible una teoría viable del Estado y de la Constitución sin una metodología propia que no puede ser jurídica, sino necesariamente adecuada a la metodología de las ciencias del espíritu; tan sólidamente fundada en una teoría del conocimiento como la metodología de cualquier otra ciencia del espíritu». SMEND, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. CEC (p. 39). Por su parte H. Heller considera la normatividad como un elemento de la Constitución, pero la Constitución no se agota en la normatividad, sino que «La Constitución normada consiste en una normalidad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente por la costumbre, la moral, la religión, la urbanidad, la moda, etc. Pero las constitucionales, tanto jurídicas como extrajurídicas, son, a la vez que reglas empíricas de previsión, criterios positivos de valoración del obrar». (HELLER, *op. cit.*, p. 271). C. Schmitt reacciona negando carácter normativo a la Constitución, y distinguiendo entre Constitución y ley constitucional. SCHMITT, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Alianza (p. 45 y ss).

⁵⁹ Así, K. Hesse (*op. cit.*), siguiendo la línea marcada por Smend, ve la interpretación constitucional desde una posición integradora, en la que el intérprete debe intentar aunar y reflejar los valores sociales, asimismo, P. Häberle intenta ampliar la interpretación constitucional a una sociedad abierta de intérpretes constitucionales, de manera que la interpretación constitucional no se entienda limitada a los órganos estatales, sino que los actores del proceso y todos los intervinientes sean a su vez intérpretes. Distinto es que haya una interpretación «vinculada» a la Constitución por parte de los órganos del Estado. HÄBERLE, P. (1996). *Retos actuales del Estado constitucional*. IVAP (p. 24).

los planteamientos reductores que se habían acuñado desde la escuela de la exégesis⁶⁰. En especial, la solución silogística ha sido objeto de críticas permanentes que han dado cuenta del sentido puramente ideológico de sus presupuestos⁶¹ y de la imposibilidad fáctica de entender la interpretación y aplicación desde un marco tan limitado⁶².

Tanto las tendencias hermenéuticas en el campo del derecho público como las que se manifiestan en el ámbito del derecho privado caminan en la misma dirección: hacia la revalorización de la función del intérprete, la incorporación de elementos y de métodos de interpretación más amplios, y la consideración unitaria del ordenamiento jurídico, entre otros. Especialmente, es de destacar una convergencia sustancial superadora de la división estricta en que el Estado liberal había situado al derecho público y al derecho privado.

Esa convergencia viene exigida por las características propias del Estado constitucional de derecho y por la función que desarrolla la Constitución dentro del ordenamiento jurídico, de la que ya hemos dado cuenta. La cuestión que cabe plantearse ahora es si esa convergencia no es solo material, sino que se extiende también, o debiera extenderse, a los planteamientos metodológicos que inspiran la hermenéutica jurídica en uno y otro ámbito.

B) LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA Y LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

La interpretación constitucional adquiere su auténtica dimensión como interpretación jurídica cuando la Constitución se dota de plena dimensión normativa. La interpretación de la Constitución va ligada a la determinación de su carácter normativo. Cuando se niega la condición normativa de la Constitución, se está admitiendo implícitamente que su interpretación se ha de efectuar en función del carácter programático de sus normas. En tal caso solamente, por tanto, no como reglas de derecho positivo, sino como ciertos principios inspiradores de la ley, entendida esta como derecho propiamente normativo. Así, es el método jurídico clásico el que opera en el campo interpretativo, no como método de interpretación constitucional, sino como método de interpre-

⁶⁰ La repuesta en Francia: GÉNY, F. (1919). *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*. Reus. Y en Alemania: (Cfr.) LARENZ, K. (1966). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel.

⁶¹ Este modelo es válido hasta que las transformaciones sociales exigen otra cosa. BARCELONA, P. (1977). *La formación del jurista*. Civitas (p. 42).

⁶² La subsunción como método de aplicación del derecho es la concepción del derecho como un modelo, que supone la idealización de unas ciertas categorías jurídicas. Pero la formación de esos modelos, impide «precisamente tomar conciencia real de los condicionamientos económicos, culturales, históricos, y concretos de las categorías y de las instituciones jurídicas». (*Ib.*, p. 41).

tación legal, en el que la Constitución supone, en cierto modo, parte de los principios del ordenamiento. Pasar del plano legal al plano constitucional implica preguntarse acerca de la idoneidad del método jurídico para el derecho constitucional⁶³.

Las peculiaridades atribuidas tradicionalmente al derecho constitucional, obligan a plantearse si la interpretación de la Constitución se ha de efectuar conforme a las técnicas hermenéuticas generales a todos los sectores jurídicos, o si debe realizarse desde planteamientos específicos. La dificultad que ofrece un debate de esta naturaleza se complica por cuanto la respuesta depende en gran medida de las premisas de partida.

Ciertamente, la unidad metodológica difícilmente podría predicarse desde la reducción que supone la orientación tradicional del llamado «método jurídico», tanto a lo que al derecho público se refiere, cuanto a los planteamientos silogísticos de la aplicación del derecho.

Las posiciones respecto de la polémica entre homogeneidad y heterogeneidad metodológica son muy diferentes. Para algunos autores, existe una clara especificidad de las normas constitucionales que no se extiende, sin embargo, a la interpretación constitucional como tal⁶⁴. Otros, por el contrario, parten de la necesidad de una interpretación específicamente constitucional, aunque no totalmente desvinculada de una teoría general, sino como una hermenéutica particular que «comparte los principios básicos que conforman la teoría general»⁶⁵.

⁶³ K. STERN (*op. cit.*, p. 163) ve necesaria la aplicación de la dogmática jurídica al derecho del Estado, entendida ésta como «la obtención de enunciados sobre el contenido y estructura del derecho vigente, de sus conceptos e instituciones, y de las consecuencias que han de ser extraídas de ello sobre todo para la aplicación del derecho a la solución de cuestiones jurídicas concretas».

⁶⁴ «Los métodos clásicos de interpretación resultan mediatizados cuando la norma a interpretar tiene rango constitucional». ALONSO GARCÍA, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. CEC (p. 24). Pero, a continuación: «La única especialidad de la interpretación de las normas constitucionales reside en que éstas son más amplias, abiertas, elásticas. Sin embargo, la Constitución contiene normas bien precisas y las leyes ordinarias conceptos abiertos» (p. 24).

⁶⁵ CANOSA, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. CEC (p. 58). La posición doctrinal de Canosa está muy cerca de la integración, porque atribuye a la hermenéutica constitucional por él diseñada una importancia mayor que al resto de las hermenéuticas particulares, «ésta podría ser colocada en una posición de preeminencia jerárquica y se identificaría, en ocasiones, con la teoría general misma cuando tuviera que valorar un derecho derivado y el resultado de la interpretación constitucional sobre esa disposición estuviera en desacuerdo con el producto de la interpretación inspirada en los cánones hermenéuticos propios de la rama a la que pertenece el precepto en cuestión». Sin embargo, siguiendo el discurso de R. Canosa, se puede llegar perfectamente a la posición de coincidencia entre la Teoría General del Derecho y lo que él llama la hermenéutica constitucional, pues es evidente que si se asume que la Constitución es la cúspide de la pirámide normativa, se está en condiciones de aceptar que todo el derecho de nuestro ordenamiento está supeditado en su validez al derecho constitucional, y, por lo tanto la unidad metodológica aquí no es más que la garantía de una integración del ordenamiento jurídico garante de plenitud del ordenamiento, a la hora de la creación del derecho en la aplicación de la norma.

Siguiendo esa línea de entendimiento de que la interpretación constitucional constituye una forma de interpretación diferenciada de otras actividades interpretativas *ratione materiae*, se llega a la conclusión de que la interpretación constitucional es una forma de interpretación de alguna manera reservada al TC, cuya función y finalidad podrían en cierto sentido diferir de la actividad interpretativa ordinaria. De ese modo pueden confundirse dos distintos aspectos de una relación del TC con las normas jurídicas, porque una cosa sería el acto interpretativo e incluso aplicativo del derecho, y otra las consecuencias que de este acto se deriven. Y en ese sentido es cierto que el TC innova el derecho y lo crea con efectos generales para los demás intérpretes, en la medida en que su doctrina es de obligado acatamiento, pero esto no implica en sí mismo que utilice una metodología o técnica jurídica distinta. Es cierto y se ha puesto de relieve que el TC supuso desde su inicio una importante innovación en el mundo del derecho y que ha desarrollado teorías innovadoras como la del *balancing*, el uso de los principios jurídicos como instrumentos para apoyar algunas pretensiones de justicia material o incluso valores constitucionales como materia interpretativa suficiente en la que conceder determinados derechos, pero esta diferenciación sobre la jurisdicción ordinaria debería servir a una ampliación del campo interpretativo en los operadores jurídicos y no como factor de separación.

El TC ha desarrollado técnicas muy innovadoras, al punto de permitir una relectura del artículo 3 CC, o del axioma *in claris non fit interpretatio*, pero también en el campo semántico y sintáctico, en el que encuentra posibilidades de lectura de conformidad constitucional para fundamentar algunos fallos en los que la mera modificación del sentido literal permite opciones de constitucionalidad, también en referencia a preceptos abiertos en normas jurídicas, que desde los principios generales del derecho permiten acomodo constitucional que pueden conservar las normas sometidas a enjuiciamiento desde un sentido semántico distinto.

Igualmente, se ha servido a veces de los antecedentes históricos y legislativos o los trabajos parlamentarios, en los que se podía comprobar la intención del legislador y las tesis originalistas que permitieran decidir acerca de la norma impugnada.

Una apertura a los diferentes métodos permite opciones que vayan en la línea del *favor constitutionis*, sin perjuicio de que a veces las intenciones de los constituyentes no sean un criterio idóneo, sino que también tenga importancia el contexto. Lo contrario sería favorecer la petrificación del derecho que distanciaría las normas jurídicas de las necesidades reales de una sociedad en permanente cambio⁶⁶.

⁶⁶ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 84-139.

Ahora bien, estas consideraciones han de entenderse desde la articulación del derecho en un conjunto ordenado y sistemático que permita sostener una coherencia entre las normas constitucionales e infraconstitucionales, de manera que no estamos ante un ordenamiento constitucional desvinculado del resto de las fuentes del derecho, sino que las constituciones normativas exigen coherencia normativa desde el principio de la jerarquía normativa y ello exige una metodología integradora de los intérpretes del derecho.

Es cierto que la jurisdicción constitucional es de creación reciente, y en relación con una jurisdicción ordinaria de corte positivista, atenta a la letra de la ley, se sobrepone ahora desde una interpretación valorativa y constructivista del derecho, lo que puede dar lugar a entender que la interpretación constitucional es distinta de la interpretación de la ley⁶⁷. Pero no es este el correcto planteamiento de la situación, porque el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado por todos los operadores jurídicos y no se trata de que la jurisdicción ordinaria interprete la ley y la jurisdicción constitucional la Constitución, sino que ambas jurisdicciones deben resolver en derecho conforme al sistema de fuentes, lo que significa que todo tribunal aplica la constitución y las leyes, por lo que el método que desde el TC se determina para la interpretación es el mismo que debe ser seguido por los tribunales de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, los principios y valores constitucionales han de estar contenidos en la aplicación de las normas jurídicas de igual modo.

Una crítica a las teorías originalistas de la interpretación llama la atención acerca de cómo puede llegarse a esa posibilidad de evitar el progreso en los procesos de racionalización del derecho⁶⁸.

Entre la discrecionalidad del juez (interpretativismo) y una decisión que indague en el significado de la norma, hay un itinerario intelectual que es precisamente lo que constituye la actividad jurisdiccional en el campo de la toma de la decisión. Y aquí se deben considerar legítimas tantas posibilidades como sean posibles dentro del texto que no debe ser desbordado⁶⁹.

⁶⁷ En relación con esa idea de la creación del derecho por la vía interpretativa de las normas, en una refutación de las tesis originalistas, ver JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta (p. 72). Para el autor, quien interpreta no solo reproduce, sino que también produce, porque el lenguaje también en el derecho vincula al intérprete en su significación actualizada y viva. Porque la fidelidad a la voluntad histórica del constituyente no solo es engañosa y hermenéuticamente insostenible, sino negadora de aquello que la propia Constitución ha querido que sea hacer compatible la permanencia del derecho, de ahí lo de contenido esencial con una acción conformadora del legislador.

⁶⁸ BELTRÁN, M. (1989). *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*. Civitas.

⁶⁹ *Ib.*, p. 41 y ss.

Ahora bien, si debe iniciarse la operación desde la construcción original de la norma e intentar el acomodo textual, a veces el mero transcurso del tiempo revela que la intención hoy no tiene por qué ser esa, e incluso que las propias palabras no son las mismas, y que, en el propio proceso de formación de la voluntad de la cámara legislativa, esa voluntad reflejó diferentes opciones y argumentos que pueden ser tenidos en cuenta en ese concepto evolutivo del derecho.

Y es ese entendimiento en el que se niega la realidad constitucional en la medida en que esa realidad es plural, donde adquiere sentido un pluralismo interpretativo legitimado en la misma fase creativa del derecho.

Igualmente principios como el de la proporcionalidad entendido como un principio general del derecho constitucional, contribuyen a la actividad interpretativa de las normas desde una constitución garantista, en relación con los límites y ponderación de los derechos fundamentales, sobre todo cuando están en conflicto⁷⁰.

Se refiere fundamentalmente a los límites de los derechos fundamentales en la actividad interpretativa por jueces y tribunales, pero cabe preguntarse si, además, también es útil en el resto de la actividad interpretativa no específica de los derechos y en general en las normas jurídicas.

En los casos difíciles de control de leyes, donde no se acomodan operaciones de subsunción de las normas ante claros supuestos de hecho, es preciso crear una norma adscrita a esa operación que facilite la interpretación. En estas situaciones, el principio de proporcionalidad se proyecta como un criterio estructural para la fundamentación correcta de las normas adscritas en los casos difíciles. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁷¹.

Y esto justamente porque, a diferencia de otros principios que también sirven al derecho en su función interpretativa, como la buena fe o las presunciones *iuris tantum* y otras, aquí la exigencia de un proceso de racionalidad que no se desarrolla en el vacío sino ajustado al caso, y mediante la utilización de mecanismos jurídicos como la idoneidad, permite valorar si la proporcionalidad se conecta a la resolución del caso conforme a derecho.

En los recursos de amparo en los que es la casuística la que exige valoraciones sujetas al derecho supuestamente conculcado, pero, además, en una relación de equilibrio con otros derechos también fundamentales, es precisamente el principio de proporcionalidad el que permite los ajustes precisos para conseguir una resolución materialmente justa.

⁷⁰ BERNAL PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. CEPC.

⁷¹ *Ib.*, p. 147-152.

Por otra parte, y en relación también con los derechos fundamentales, las teorías más formalistas intentan aplicar y decidir el derecho sobre aspectos solamente formales, pero estos derechos no solo aparecen desde las constituciones normativas, sino que exigen precisamente a veces una relectura de la dogmática jurídica en la que se asientan, y en su coercibilidad directa sin intermediación legislativa, lo que contribuye a la generalidad y apertura de su positivación. Pensemos en situaciones como las de aquellos derechos que exigen a veces una concreción en su formulación, como el derecho de igualdad regulado en el artículo 14 CE con una máxima apertura constitucional, o en el caso de derechos prestacionales en los que la proporcionalidad se tiene que relacionar con otros ámbitos del derecho, por no recurrir a la conocida correlación entre libertad de expresión e información con el derecho al honor o a la intimidad. Finalmente, hoy se configuran cada vez en su exigencia constitucional de algunos derechos sociales por grupos que postulan su reconocimiento, como los trans, las personas discapacitadas, algunos principios rectores y en definitiva tantas situaciones como exijan el desenvolvimiento de un derecho en cambio constante y acelerado ante el que el mero formulismo jurídico muestra su insuficiencia.

La vinculación de la ley a los derechos fundamentales igualmente exige mecanismos de integración interpretativa. Las teorías del contenido esencial, como exigencia ineludible para el legislador, tanto en su contenido absoluto como relativo, han de justificarse para que estos derechos puedan ser restringidos en función de la proporcionalidad con que se ejerzan, como tempranamente se señaló en la STC 11/1981⁷².

Pero también a los fallos del Tribunal Constitucional como una manera de graduar sus efectos, en un ejercicio de autocontrol. El principio de proporcionalidad se ha usado mucho también en las sentencias interpretativas como manera de graduar la constitucionalidad de un precepto en función de su grado de afectación al derecho fundamental. La STC 178/1985 sobre el arresto del quebrado limitado a un tiempo imprescindible y a su casa, o la prolongación gubernativa de la incomunicación de un preso, STC 199/1987, con lo que se condiciona a la proporcionalidad la validez del precepto⁷³.

Esto no significa que la proporcionalidad sea igualmente útil para el control de constitucionalidad de las leyes en relación con normas en las que el

⁷² Ver también la STC 196/1987, que en su FJ 5 relaciona ambos conceptos en cuanto que «las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no solo que respeten en su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas en atención a la finalidad que pretenden».

⁷³ GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2015). «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional». Arazandi (p. 132).

legislador excede notoriamente de sus atribuciones, o en los que algunas leyes han de ser valoradas en relación con situaciones como las de los estados de alarma que han tenido lugar en fechas recientes en nuestro ordenamiento, y cuya sujeción a la constitucionalidad permitía un ajuste conforme al principio de proporcionalidad⁷⁴.

En relación con los límites del principio de proporcionalidad se ha sostenido en general que no debe operar, ni ante normas taxativas como las del derecho penal, ni desde una concepción que llegue a desnaturalizar algunos derechos con los que se contraste, como en esa relación que hemos visto de los límites respectivos entre el honor y la libertad de expresión, pero en algunos casos la jurisprudencia del TC ha llegado a abolir leyes penales declarando la inconstitucionalidad de un precepto que modificaba las penas de delitos relacionados con el terrorismo, por considerar desproporcionada la norma desde este principio de proporcionalidad.

En la proporcionalidad, cuando se habla de la finalidad perseguida por las medidas restrictivas de los derechos, ha de entenderse que no se trata de ver si existen otras medidas, sino de si la que el legislador ha considerado está dentro del margen de esa legítima restricción⁷⁵.

C) LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Las posiciones favorables a una interpretación constitucional específica parten generalmente de la singularidad de las normas constitucionales en relación con el ordenamiento jurídico. En especial se destaca la ambigüedad, el carácter abierto, incluso incompleto de las normas constitucionales, frente a las normas que integran los sectores jurídicos particulares. Esta argumentación olvida, por un lado, la diversidad propia de las normas contenidas en los textos constitucionales, que presentan un grado de concreción variable, y, por otro, la existencia de una diversidad similar en las otras normas del sistema jurídico⁷⁶.

⁷⁴ En general, las resoluciones y actos de los parlamentos y ejecutivos europeos en relación con la situación del COVID-19, que se adoptaron en los primeros meses de la pandemia para la contención del virus, fueron validadas por este principio de proporcionalidad que analizaba la relación de las medidas adoptadas por los poderes públicos con la gravedad y amenaza que representaban para la vida de las personas. En nuestro ordenamiento se han sucedido tres resoluciones judiciales al respecto, que han estimado inconstitucionalidad de las medidas del Gobierno, al ser excesivas a juicio de la mayoría del tribunal las limitaciones a los derechos fundamentales de la libertad o del artículo 23 CE en su vertiente de desempeño del derecho de representación política.

⁷⁵ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 230.

⁷⁶ La tendencia a considerar la especificidad del derecho constitucional como excluyente de un sistema común de derecho, con respecto a la norma civil o penal, se quiere justificar por la ambigüedad que

Ciertamente, se pueden observar principios generales en el ordenamiento que presentan una dificultad similar en su concreción y aplicación a los que se contienen en la Constitución⁷⁷.

Igualmente discutibles son los planteamientos que hacen descansar esa singularidad del derecho constitucional en su consideración como un «derecho político» que se opone, en cuanto político, a los otros sectores del ordenamiento donde la cualidad política estaría totalmente ausente y el carácter jurídico sería, por tanto, componente exclusivo de las normas.

Se utiliza así el término «político» con una cierta ambivalencia, ya que junto al prejuicio de la inexistencia de dimensión política en el derecho en general (algo ciertamente imposible, pues el derecho expresa opciones y decisiones políticas inherentes a las normas que se integran al ordenamiento a través de la actividad del Parlamento y del Gobierno), se incorpora el prejuicio de la neutralidad política en la interpretación del derecho⁷⁸.

impide parámetros exactos de medida interpretativa, como no lo son el resto de las normas del ordenamiento. A ello hay que objetar que las normas de los distintos órdenes jurisdiccionales también pueden ser ambiguas. García de Enterría señala, a modo de ejemplo, más de cincuenta artículos del Código Civil que representan conceptos jurídicos indeterminados. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1984). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Civitas (p. 22). A propósito del control por parte del juez de la actividad de la Administración, considera los conceptos jurídicos indeterminados como un esfuerzo en la labor interpretativa. *Cfr.*, del mismo autor, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas (1995), p. 127. Es importante cómo García de Enterría, retomando un sector de la doctrina alemana, hace hincapié en el carácter legal de los conceptos jurídicos indeterminados, más propiamente que conceptos jurídicos, dice, debían llamarse conceptos legales indeterminados, en cuanto es la ley la que, imposibilitada de mayor concreción, crea los conceptos jurídicos indeterminados, para que el aplicador jurídico concrete en cada caso su sentido. A diferencia de los actos discrecionales de la Administración, los conceptos jurídicos indeterminados son revisables por los jueces, naturalmente, «con un cierto margen de apreciación». *Ib.*, p. 129.

En el derecho existen conceptos que, aunque lingüísticamente pudieran ser precisos, a la hora de ser interpretados como conceptos jurídicos presentan un alto nivel de imprecisión. SAINZ MORENO, F. (1976). *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad*. Civitas (p. 40).

⁷⁷ La peculiaridad de las normas constitucionales es paralela a la peculiaridad de las normas civiles o de otro orden jurisdiccional. No tiene que entrañar mayor dificultad interpretativa el derecho fundamental de la presunción de inocencia que el principio de la buena fe contractual.

⁷⁸ La oposición entre lo político y lo jurídico parte por lo común de suponer la racionalidad en el derecho y la irracionalidad en la política. Funcionan como dos extremos de polaridad uno a instancias del otro, de modo que se es más científico cuando se pierde politicidad y se es más neutral cuando se gana en juridicidad. Lo jurídico se hace objetivo a expensas de lo político, que es contingente, efímero, oportunista. Y, además de esta polaridad, la que sostiene que cuanto más público es el derecho más cercano a la política y a esos factores, y cuanto más privado más lejano. Para I. de Otto, no se puede distinguir la argumentación jurídica de la política en una pretendida falta de racionalidad política frente a la racionalidad del derecho. Se trata de una diferente racionalidad de ambas cuestiones. «Lo que caracteriza a la racionalidad política es que se argumenta y es argumentable desde los fines que persigue [...]. Aun cuando en la argumentación política puedan estar presentes otros muchos elementos, ésta su conexión directa con los fines la sitúa en el terreno en el que es racionalmente argumentable a partir de datos empíricos. La decisión en la que se aplica el derecho, y en concreto la decisión judicial, se basa en un modelo argumental distinto. La decisión solo puede alcanzar aceptación general, esto es, legitimidad, si se basa en unas premisas que a su vez gocen de esa aceptación, porque del juez se exige que trate todos los casos por igual e imparcial-

Lo constitucional, en cuanto expresión de un derecho que es político, exigiría una actitud interpretativa especial que compensara ese rasgo especial que lo «diferenciaría» del resto del derecho. El círculo se cierra y de una sola vez se consiguen (o se pretenden conseguir) dos efectos acumulados: negar sentido político al derecho vigente, como si por el solo hecho de ser vigente dejara de expresar opciones políticas, y afirmar a la vez la cualidad difícilmente jurídica de la Constitución, por entrañar su interpretación y aplicación riesgos de parcialidad política. La orientación claramente antidemocrática a que pueden conducir tales planteamientos se compagina con su confrontación inevitable con la normatividad de la Constitución que, por esta vía, se puede reducir a mero documento programático.

Por tanto, entender la interpretación constitucional como una interpretación distinta, y sometida a cánones distintos de otros sectores del ordenamiento, puede tener como consecuencia (no siempre pretendida) el aislamiento de la Constitución respecto de la aplicación de las normas no constitucionales. Pero este efecto de separación no solo tiene un reflejo importante en el reconocimiento real de la Constitución como norma suprema, sino que debilita su incidencia en el resto de la aplicación de las normas jurídicas. Pues cuestión distinta, aunque paralela a la de la naturaleza de la interpretación de la Constitución, es la de la incidencia que tiene la normatividad de la Constitución sobre la interpretación del ordenamiento jurídico. No se puede desconocer el modo en que las constituciones han contribuido a la intensificación de la actividad judicial, precisamente por el carácter abierto de gran parte de las normas constitucionales y por la obligación a que someten al juez (y al aplicador del derecho en general) a realizar una interpretación de la ley conforme con la Constitución⁷⁹.

K. Hesse entiende la Constitución desde la normatividad y dice que esta se actualiza en cada acto interpretativo. Esa posibilidad de extender la normatividad constitucional hasta el límite interpretativo la hace especialmente pertinente para mantener su superioridad como norma⁸⁰.

La actividad interpretativa no es para Hesse una «ejecución constitucional», sino una obra de creación; la Constitución es abierta e incompleta porque no es un código, es pretendidamente abierta para permitir múltiples opciones

mente, y esto significa que se aporten tanto los elementos subjetivos del juzgador como las particularidades del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión de este». OTTO, I. de (1989). *Estudios sobre el poder judicial*. Ministerio de Justicia (p. 78).

⁷⁹ Para Rubio Llorente la CE, precisamente por su normatividad, ha llevado a una judicialización del ordenamiento, lo que «implica la necesidad de una doctrina interpretativa clara, generalmente aceptada y de aplicación constante». RUBIO LLORENTE, F., Prólogo de *La interpretación de la Constitución*, de E. Alonso García (p. XXIII).

⁸⁰ K. HESSE, *op. cit.*, p. 25 y ss.

interpretativas. Abierta también al tiempo, para que a la vez tenga rigidez y movilidad, y se actualice cada vez que se interpreta.

El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable que permita un resultado igualmente racional y controlable creando certeza y previsibilidad lejos del decisionismo. Y, en ese sentido, la ayuda que proporcionan las tradicionales reglas de la interpretación presenta difíciles problemas, porque no se trata de descubrir la voluntad del legislador: si hemos entendido que la interpretación no es un acto de ejecución ni de subsunción, esa voluntad como tal no existe.

Tampoco una interpretación literal, histórica, original, ni sistemática, gramatical o teleológica sería una carta blanca, porque todas ellas serían parciales e incompletas. Se trata de una labor de concretización y de ahí su naturaleza creativa, donde el contenido de la norma solo queda completo con su interpretación en la vinculación de esa actividad a la norma. Este proceso se llevará a cabo a través de una actuación tópica orientada y limitada por la norma en el bien entendido de que no queden a la libre discrecionalidad del intérprete los *topoi* que deba traer a colación, sino aquellos que se encuentren relacionados con el problema y teniendo siempre como límite el propio texto constitucional.

De ahí también la importancia de la ayuda de principios como el de la unidad, la concordancia práctica, la corrección funcional y la fuerza normativa de la Constitución⁸¹.

La interpretación de las normas en Guastini se acoge a los principios. Hace referencia a la atribución de significado a un texto normativo, o bien a la calificación jurídica de un supuesto de hecho. Así que hay una interpretación abstracta y otra concreta, dos conceptos sobre la interpretación. De una parte, el sentido es generalmente equívoco. De la otra, el intérprete se acerca al texto con un sentido previo que lo condiciona.

Guastini distingue tres fases en el proceso: una fase de cognición, otra decisoria, y una tercera creativa. La cognitiva consiste en la identificación de los diferentes significados, la decisoria en elegir uno de ellos y la creativa es consecuencia de la situación política en la que se desenvuelve⁸².

Ahora bien, la interpretación es un acto de conocimiento o de la voluntad, en un principio de conocimiento de sentido unívoco, y el neocognitismo contemporáneo la ve como una operación de margen discrecional para el juez

⁸¹ *Ib.*, p. 45-70.

⁸² GUASTINI, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta (p. 33).

en una buena medida. Finalmente, el escepticismo realista considera que el texto normativo es susceptible de diversas interpretaciones y que exige un significado entre los potencialmente posibles⁸³.

Una técnica interpretativa es un procedimiento que parte de un enunciado normativo para llegar a un significado. En todo caso debe argumentarse y esta exigencia argumentativa exige expresar la intención del legislador y algunas directivas derrotables que cederán a la última.

La especificidad de la interpretación constitucional estriba para Guastini en que demanda métodos especiales. Esto es debido a que el texto presenta diferencias por su objeto, que es materia constitucional. Normas generales de organización y distribución de poderes estatales y las relaciones entre estos y sus ciudadanos.

Además del objeto, el contenido constitucional no solo formula reglas, sino también principios y valores; aunque esto no es exclusivo de los textos constitucionales, otras disciplinas jurídicas también tienen esa axiología.

Y por sus relaciones políticas cambiantes, esos valores son evolutivos en cuanto a las exigencias interpretativas, son normas que están sobre otras en la medida en que las leyes cambian con mucha facilidad y los textos jerárquicamente superiores han de admitir su constitucionalidad siguiendo un plano evolutivo del derecho.

Las constituciones no se reforman con la misma frecuencia que la mayoría de las leyes, son textos más duraderos y esto exige igualmente criterios de adaptación en la interpretación para buscar la coherencia y armonización del ordenamiento.

La interpretación se sirve técnicas que contribuyen a detectar el sentido del texto. Y estas técnicas pueden ser de pura literalidad, si el texto se explica solamente utilizando el sentido lingüístico, pero cuando el sentido de la norma no presenta esa univocidad, es necesario acudir a técnicas como el argumento *a contrario*, la intención del constituyente, o la interpretación restrictiva, extensiva o sistemática. Y, desde luego, los principios, que son como normas fundamentales de auxilio interpretativo, algunos admitidos como axiomas. Así, el principio de *in dubio pro-reo*, o *pacta sunt servanda*, cuya aplicación depende de la fuerza que despliegue en relación con otras normas que el autor denomina *derrotables*, como el principio de proporcionalidad, normas genéricas que deben ser completadas o concretadas. Esa ponderación entre los principios crearía lo que el autor denomina «una jerarquía axiológica móvil»⁸⁴.

⁸³ *Ib.*, p. 39-42.

⁸⁴ *Ib.*, p. 67-88.

Otros, como G. Zagrebelsky, diferencian entre el concepto de ley como contenido formal y la justicia como contenido material de la ley⁸⁵. Igualmente, entre los principios cuya fuerza vinculante está en sus posibilidades interpretativas, y las reglas, que son de obligado cumplimiento⁸⁶.

Pero en todo caso la relación de los jueces con el derecho es siempre, e ineludiblemente, la de la aplicación de ese derecho mediante la búsqueda de la norma adecuada, lo que remite inexcusablemente a los métodos interpretativos. En cada caso, la indagación del derecho es un suceso problemático que exige la comprensión de sentido y dirige y condiciona la comprensión de valor de cara al juicio.

De ahí la importancia del papel del juez como garante de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, y de la necesaria y dúctil coexistencia entre las leyes, los derechos y la justicia.

2. La articulación entre el derecho constitucional y el ordenamiento jurídico

A) LAS PECULIARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución ocupa una posición central en el ordenamiento jurídico⁸⁷, en virtud de la cual puede decirse que la relación entre Constitución y normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía, sino de supremacía⁸⁸. Esta diferenciación nos manifiesta cómo, además de su condición jerárquicamente superior sobre el resto de las normas, la Constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico. Una consecuencia de lo anterior, de gran importancia en cuanto a la interpretación jurídica, es la potenciación de la interpretación sistemática sobre cualquier otra técnica⁸⁹.

Naturalmente, esta incidencia sobre el ordenamiento jurídico, incluido el ámbito de la interpretación del derecho, se explica solo desde la consideración normativa de la Constitución. Pero, a su vez, la condición normativa implica que la Constitución ha de ser interpretada como una regla del derecho positivo.

⁸⁵ ZAGREBELSKY, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta (p. 93).

⁸⁶ *Ib.*, p. 109.

⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA (1985), *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Civitas (p. 49). NIETO, A. (1983). «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *RAP*, n.º 100-102 (p. 385).

⁸⁸ *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces (p. 466 y ss). *Vid.*, igualmente, BALAGUER, F., *Fuentes del Derecho*, t. II (p. 30).

⁸⁹ *Vid.* PIZZORUSSO, A. (1989). «L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi». *RTDP*, n.º 1 (p. 10 y ss). En similar sentido, R. CANOSA, *op. cit.*, p. 98.

Esto nos plantea, junto al problema de la interpretación constitucional, el de la interpretación de la Constitución. El debate permanente en este ámbito se centra en determinar si es posible utilizar criterios hermenéuticos comunes al resto del ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, es necesario recurrir a técnicas específicas, elaboradas especialmente para adaptarse a las peculiaridades de las normas constitucionales⁹⁰.

La opción por una hermenéutica constitucional no deja de ser una vía discutible en su fundamento y en sus consecuencias. En cuanto a lo primero, porque se basa en una diferenciación entre normas constitucionales e infraconstitucionales que no parece que tenga alcance suficiente como para exigir una diferenciación hermenéutica sustancial. En cuanto a lo segundo, por trazar una línea de separación entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, que puede perjudicar la propia normatividad de la Constitución. Esa línea no resulta congruente con las exigencias, también hermenéuticas, derivadas de los principios constitucionales⁹¹. Esto no quiere decir que no puedan establecerse preferencias en las técnicas concretas de interpretación de la Constitución⁹². No hay que olvidar tampoco que la propia Constitución contiene ciertas «pautas hermenéuticas»⁹³, que deben ser tenidas en cuenta, necesariamente, para su interpretación.

⁹⁰ Luchaire considera que existen muchas reglas de interpretación, elaboradas por otras ramas del derecho, que al intentar aplicarlas al derecho constitucional plantean dificultades, por lo que «hay que elaborar principios de interpretación adecuados al derecho constitucional». LUCHAIRE, F. (1984). «El Consejo Constitucional Francés», en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. CEC (p. 84). Estos métodos de interpretación que él propone son la unidad de vocabulario, el principio del efecto útil, la interpretación por el contexto, la interpretación en función de la materia, y la conciliación entre reglas contradictorias. Pero, ciertamente, no es fácil alcanzar a comprender en qué consiste tal peculiaridad de la interpretación constitucional, respecto de otras ramas del ordenamiento, pues parece evidente que tales criterios interpretativos o métodos de interpretación sirven igual a todo el derecho.

⁹¹ Así, T. Freixes apunta soluciones que están en la vía de la integración del método de interpretación de la Constitución en armonía con la hermenéutica general. Su punto de partida para llegar a esa solución lo constituye la exigencia del Estado social de derecho. El efecto de irradiación del derecho constitucional se resiente si no tenemos en cuenta esta exigencia, por lo que la interpretación de la Constitución debe tener en cuenta su función y su estructura. FREIXES, T. (1992). *Constitución y derechos fundamentales*. PPU (p. 116).

⁹² La inclusión de la interpretación de la Constitución en la hermenéutica general no obvia que ciertos métodos de interpretación sean más idóneos que otros. EZQUIAGA, F. J. (1984). «Los argumentos interpretativos en las sentencias del TC: El argumento de la autoridad», en *La interpretación de la Constitución*. III Cursos de Verano de San Sebastián, UPV (p. 121). Podrían ser el sistemático y el teleológico. Los dos factores que señala Ezquiza, el objeto de la interpretación, que es la Constitución y los sujetos llamados a interpretarla que son el TC, no resultan criterios muy exactos, porque la constitución normativa –se ha dicho ya–, no presenta como texto peculiaridades tan distintas a las del resto del ordenamiento, y en cuanto atañe al sujeto, la Constitución ha de ser interpretada sin excepción por todos los operadores jurídicos y no sólo por el TC.

⁹³ En expresión de R. Canosa, para quien la misma Constitución contiene elementos que facilitan su interpretación o pautas hermenéuticas. Serían el artículo 10.2, el 53.2 y el 168 (*op. cit.*, p. 193).

Sin embargo, más que preguntarse por la incidencia que la materia constitucional tiene respecto de la propia interpretación de la Constitución, cabría preguntarse por su incidencia en relación con la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto⁹⁴. Es precisamente la normatividad constitucional la que hace entrar en cuestión una cierta forma de hermenéutica jurídica tradicional. La insuficiencia del método jurídico tradicional para interpretar la Constitución deriva de que este está elaborado con categorías iusprivatistas, mientras que el texto de la Constitución responde y llama al pluralismo político⁹⁵. Esa crisis de los métodos tradicionales es el fruto de la peculiar posición de la Constitución en el ordenamiento jurídico, que no viene a sustituir simplemente a la ley, ocupando su lugar, sino que reestructura el ordenamiento jurídico sobre bases nuevas⁹⁶. De ahí que, si la interpretación se ordena también a la realización del principio de seguridad jurídica, vital a cualquier ordenamiento⁹⁷, las técnicas hermenéuticas a aplicar en el ordenamiento no pueden ser (o no pueden ser solo) las de la interpretación de la ley propias del Estado legal de derecho. De otro modo, el nuevo sistema de relaciones jurídicas establecido por la Constitución normativa quedaría privado del referente hermenéutico que completa el círculo de la supremacía de la Constitución sobre el ordenamiento.

Se debe a P. Häberle la propuesta que él denomina una «sociedad de intérpretes constitucionales», como posibilidad de una máxima apertura del derecho constitucional, que no debe ser patrimonio de los jueces constitucionales, ni siquiera de los operadores jurídicos, sino fruto del sentimiento constitucional colectivo que en Europa se formule como propuesta de una cultura. La cultura constitucional consiste en una forma de entendimiento entre todos los agentes sociales, desde las organizaciones sindicales y partidos políti-

⁹⁴ En esta línea de pensamiento, algunos autores se plantean si no sería más correcto ir a la búsqueda de nuevos métodos, pero no solo para la interpretación de las normas constitucionales, sino para superar las insuficiencias de los métodos tradicionales. Hasta cierto punto, las normas constitucionales, en su interpretación, determinan métodos nuevos. SCHNEIDER, H. P (1991). «Constitución y método», en *Democracia y Constitución*, CEC (p. 53). También reclama esas innovaciones metodológicas K. Hesse (*op. cit.*, p. 43).

⁹⁵ QUADRA SALCEDO, T. DE LA (1987). «Interpretación de la Constitución y órganos del Estado», en *División de poderes e interpretación*, de López Pina (ed.). Tecnos (p. 33).

⁹⁶ Vid. F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho*, t. I, p. 54 y 138 y ss.

⁹⁷ Hesse remite a la posibilidad de contemplar un derecho constitucional material. Descalifica directamente la interpretación voluntarista que pretende ver en el legislador, o en la ley, la verdadera posibilidad interpretativa en la aplicación del derecho. La aplicación consiste en una operación de ajuste en donde la norma ha de ser racionalmente vivida por el intérprete. Esto, que en todos los casos es así, en el derecho constitucional adquiere mayor importancia porque las normas constitucionales son normas abiertas. Aquí, la concreción de la norma se efectúa mediante la operación de aplicación, la norma se cierra así en ese acto de aplicación. «El cometido de la interpretación es el de hallar el resultado constitucionalmente correcto a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por decisión». K. HESSE, *op. cit.*, p. 37.

cos hasta la comunidad científica⁹⁸. Esto convierte a los tribunales constitucionales (y al juez constitucional en su caso) en tribunales sociales *sui generis*⁹⁹.

Hesse considera la justicia constitucional como una conciliación entre el legislador y la función de salvaguarda de la Constitución cuya jurisprudencia tiene efectos ordenadores y estabilizadores, de modo que el equilibrio entre esta y los poderes del Estado, más la jurisdicción ordinaria, exige prudencia y respeto. Y a la interpretación constitucional la ve como una forma específica de interpretación, aunque sus resoluciones tengan plena jurisdiccionalidad¹⁰⁰. Y esa peculiaridad se hace depender de que su función está en los grandes problemas de Estado que finalmente tiene que resolver¹⁰¹. Es ese sentido político lo que caracterizaría la jurisdicción constitucional en relación con las decisiones de los tribunales de la jurisdicción ordinaria¹⁰².

Todo esto conforma la cultura constitucional con que Häberle define el contenido de las constituciones contemporáneas y ese derecho vivo que muestran como una cultura político-democrática, donde todos somos guardianes de la Constitución, porque la justicia constitucional también forma parte de la cultura democrática de un pueblo.

Y en ese desarrollo del constitucionalismo europeo, Häberle considera tres etapas que serían las tres fases históricas del constitucionalismo. La primera, en Norteamérica y Weimar; la segunda, después de 1945, y la tercera desde 1989¹⁰³. Ahora estaríamos en una nueva fase con el desarrollo de las leyes penales internacionales que miran a un consenso mundial de mínimos con un contenido materialmente constitucional.

Los tribunales constitucionales son participantes reales y efectivos en el contrato social, de modo que la interpretación constitucional sería el quinto método hermenéutico, y el efecto contaminante de la jurisdicción constitucio-

⁹⁸ HESSE, K., y HÄBERLE, P. (2005). *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Porrúa (p. 25 y ss). Tanto Hesse como Häberle abundan en la función del TC como órgano pacificador de conflictos constitucionales de la máxima importancia, y de ahí su carácter político difícil de negar, en la medida en que actualizan la Constitución, que es un contrato social, aun cuando abarque algo más que el capital y el trabajo, porque en la Constitución estamos todas las personas, grupos sociales, minorías y personas débiles. De ese modo, se puede decir que la Constitución conforma la cultura jurídica de un pueblo como expresión democrática (p. 112 y ss).

⁹⁹ BRAGE CAMAZANO, J. (2005). «El Tribunal Constitucional Federal y la jurisdicción constitucional en Alemania, con particular referencia al pensamiento de P. Häberle y K. Hesse (estudio introductorio)», en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional* (*Ib.*).

¹⁰⁰ (*Ib.*, p. 72 y ss). «La función jurisprudencial y el Tribunal Constitucional en la ley de Bonn» (K. Hesse).

¹⁰¹ (*Ib.*, p. 91 y ss). «El Tribunal Constitucional como poder político» (P. Häberle).

¹⁰² Es la función de la actualización permanente de la Constitución como contrato social, que no abarcaría solo al capital y al trabajo sino a todos los grupos sociales desde emigrantes a discapacitados a los que puedan surgir en las nuevas sociedades de cambios como las actuales. (*Ib.*, p. 103-112).

¹⁰³ *Ib.*, p. 130 y ss.

nal en el ámbito europeo determinaría también una Constitución europea compuesta de constituciones parciales.

B) LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO PRIVADO

Es posible hablar de «situaciones de mixtura»¹⁰⁴ entre el derecho constitucional y el derecho privado, cuando ha de realizarse una interpretación en la que se relacionen normas de ambos derechos. El efecto de irradiación de la norma constitucional en el derecho ordinario configura a este constitucionalmente. Esto crea situaciones difíciles para un Tribunal Constitucional, ya que la articulación entre el derecho común y el derecho constitucional se lleva a cabo fundamentalmente mediante dos controles, el de la inconstitucionalidad de las normas y el del recurso de amparo, y en ambos casos, será el TC el órgano encargado de fijar los criterios definitivos. En la medida en que el derecho civil precede a las constituciones normativas en Europa, el problema de adecuación se mantendrá durante un período de tiempo razonable, hasta que el ordenamiento adquiera congruencia¹⁰⁵.

Todo esto hasta que las diferentes categorías dogmáticas que rigen el derecho privado y el derecho público vayan integrándose en un período sucesivo de adaptación.

El problema más importante consiste en determinar las competencias de los tribunales constitucionales y las de los tribunales ordinarios. De una parte, el Tribunal Constitucional solo debe intervenir, según el propio Tribunal, cuando se produzcan situaciones de derecho constitucional, pero, por otra parte, a los tribunales constitucionales nada relacionado con los derechos fundamentales debe serles ajeno¹⁰⁶. De tal manera, incluso, que el derecho privado resulta ser un escenario especialmente apropiado para el desarrollo de los derechos fundamentales, habida cuenta que estos no se desenvuelven en un específico ámbito del derecho público, sino que, muy al contrario, el ejercicio de los derechos fundamentales, salvo los de las libertades frente al Estado, se desarro-

¹⁰⁴ Así las califica Böckenförde en BÖCKENFÖRDE, E. W. (1993). *Escritos sobre los derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft (p. 111).

¹⁰⁵ Un tercer elemento de articulación, quizás el más efectivo a la larga, es el mecanismo de interpretación conforme, capaz de adecuar progresivamente derecho legal y derecho constitucional. HESSE, K., «Constitucionalidad, derecho común y jurisdicción ordinaria», en *División de poderes e interpretación*, López Pina (ed.). Tecnos (p. 127).

¹⁰⁶ Refiriéndose al TCF alemán, dice Böckenförde, que la resolución de esta cuestión sigue siendo «un arcano del Tribunal», *op. cit.*, p. 111.

llan en el seno de la sociedad, y afectan de forma habitual a las relaciones civiles, mercantiles, laborales y, en general, a la vida social de las personas.

El tratamiento de las relaciones entre el derecho privado y el derecho constitucional tiene un reflejo todavía incipiente en España, generalmente sobre las huellas de las teorías alemanas sobre la *drittwirkung* o relación de vinculación a particulares de los derechos fundamentales. Hay que decir, sin embargo, que con los derechos fundamentales no se agota la eficacia constitucional de los efectos a particulares, ni la incidencia de la Constitución en el derecho privado. Pasar el derecho civil por el tamiz de la Constitución es atravesar este de las categorías de derecho público, que vierten efectos en algunos casos muy importantes sobre parcelas del derecho en las que no intervenía más que la autonomía de la voluntad, cuyo límite estaba en la ley¹⁰⁷.

C) LA EXIGENCIA DEL PLURALISMO METODOLÓGICO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La unidad metodológica se ha planteado tradicionalmente, no como una opción científica que favorecería las posibilidades interpretativas del derecho, sino como una exigencia del propio método, que condicionaba toda actividad al encuentro de la verdad jurídica. Cuando se pone en cuestión la infalibilidad del método jurídico, se plantea a su vez el pluralismo como una exigencia metodológica de la interpretación jurídica que permite resolver las insuficiencias de cada método particular. En la medida en la que se van introduciendo elementos en la interpretación, podemos decir que la metodología va, a su vez, experimentando un cambio: de la rigidez del método jurídico, a un pluralismo que, en cuanto actividad reglada y controlada, enriquece las posibili-

¹⁰⁷ Naturalmente que la vinculación del derecho privado al derecho constitucional no aparece sino cuando las constituciones son normativas y tienen reconocido un estatus jurídico, que les permita ocupar el primer lugar en las fuentes del derecho. Mientras tanto, el derecho privado y el derecho constitucional no tenían ninguna relación, al menos desde el punto de vista de la aplicación del derecho. Sin embargo, conviene decir que esta obiedad estaba de alguna forma determinada históricamente, por la idea, asentada en la dogmática jurídica del siglo XIX, de que la ley y la Constitución no seguían ni tenían que seguir posiciones coincidentes, porque precisamente una de las funciones de la Constitución era permitir el libre desenvolvimiento de la actividad legislativa privada sin interferencias de los poderes públicos. (HESSE, K. (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*. Civitas). Tendremos que esperar dos guerras mundiales para que toda la política se juridifique mediante la normatividad de las constituciones, y más aún para que se establezcan garantías procesales tendentes a hacer efectivos los derechos reconocidos constitucionalmente. Aquí se puede decir que comienza a desplegarse eficacia la relación, ya de hecho imprescindible, entre la norma constitucional y la norma legal.

dades interpretativas¹⁰⁸. Desde esa perspectiva, la pluralidad de métodos nos permite ampliar el propio concepto de derecho y abrirlo a los fines sociales que persigue¹⁰⁹.

El pluralismo metodológico no es incompatible con la unidad interpretativa que se construye a partir de la supremacía de la Constitución. Pero esa unidad descansa ya sobre la base de una diferenciación estructural entre diversas disciplinas en el ordenamiento jurídico que obliga a recurrir a los criterios hermenéuticos específicos de cada una de ellas¹¹⁰. A ese pluralismo estructural hay que unir el que surge del inevitable reflejo que el pluralismo, en cuanto principio constitucional, tiene en toda actividad jurídica, incluida la interpretación misma del derecho. Como ha dicho P. Häberle, no hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales¹¹¹. Y, por tanto, la

¹⁰⁸ Como hace notar Villar Palasí, el pluralismo metodológico ofrece posibilidades de enriquecimiento de la actividad interpretativa. «La interpretación aplicativa es una operación lógico-valorativa». VILLAR PALASÍ, J. L. (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Tecnos (p. XVII).

¹⁰⁹ Para Zagrebelsky existen muchos métodos y deben utilizarse todos, cuantos más métodos, más abiertas son las soluciones y más crecen las posibilidades. Estos son al mismo tiempo limitación y medio, porque de la posición que se adopte se desprende una ontología del derecho que condiciona la interpretación. Así, el pluralismo metodológico evidencia el rechazo de una idea exclusiva del derecho y lo abre a los fines sociales que persigue. «Cuando existe una concepción ontológica del derecho (cuando se parte de que el derecho es...), la previsión de los métodos sirve a limitar la actividad del intérprete, de manera que se respete la naturaleza del derecho. Pero cuando se admite un pluralismo metodológico, es decir, cuando se admite el irrumpir de las exigencias de los casos en la interpretación del Derecho, hay que poner en primer lugar el fin del derecho». ZAGREBELSKY, G. (1987). «La Corte constitucional y la interpretación de la Constitución», en *División de poderes e interpretación*, López Pina (ed.). Tecnos (p. 169). Dicho esto, hay que tener en cuenta que el derecho tampoco puede ser la suma de los casos, sino un ordenamiento. Y esto es «norma adecuada al derecho». Por lo tanto, el derecho ha de ser constantemente reconstruido para permitir la decisión judicial en base a esa tarea de permanente reconstrucción. O sea, la combinación de distintos métodos significa ir integrando permanentemente en el derecho los cambios sociales, pero siempre en un núcleo común que es precisamente el ordenamiento. (*Ib.*, p. 170).

¹¹⁰ Lo fundamental en la aplicación de un método a la interpretación es su pertinencia, su adecuación a la naturaleza de la norma que hay que interpretar. En este sentido es verdad que cada rama del ordenamiento jurídico, adquiere en virtud de los principios generales del derecho, una vertiente interpretativa, quizás no totalmente consciente, pero de alguna forma, determinada por todas esas circunstancias. Es elemento caracterizador del derecho penal la tipicidad, en relación con el principio de autonomía de la voluntad del derecho civil, o del carácter tuitivo del derecho laboral, y de alguna forma esto determina en derecho penal la exclusión, como elemento interpretativo, del contexto histórico o sistemático. Al contrario, el derecho constitucional, de normas abiertas, favorece la aplicación del estudio sistemático.

R. Peralta ha señalado la necesidad de interpretar todas las normas según el contexto sistemático en el que se desenvuelve la misma Constitución. Esto daría un cierto protagonismo al criterio sistemático como referencia obligada en la interpretación. «El aplicador-intérprete de la norma indaga el significado real de la misma para su más correcta aplicación, tarea en la que amplía su operación interpretativa en el marco de distintos contextos hasta colocarse en el contexto jurídico básico que no es otro que el de la norma fundamental, ley superior del conjunto normativo». PERALTA, R. (1994). *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Universidad Complutense de Madrid (p. 51).

¹¹¹ P. Häberle plantea la cuestión de los participantes en la interpretación de la Constitución de una sociedad abierta, con la siguiente tesis: «En los procesos de interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No

Constitución, en la medida en que es vivida por la sociedad, es interpretada y reinterpretada de manera constante por todos los que conforman esa realidad social. Cuestión diferente, como es lógico, es el efecto que tengan las interpretaciones de la Constitución realizadas por órganos estatales, cuya vinculación es obligada, en relación con el grado de cumplimiento pacífico de los particulares. Más aún ahora la idea de una sociedad abierta en un mundo globalizado exige una Constitución abierta de una pluralidad de intérpretes constitucionales. Esa exportación de la filosofía de Popper al derecho efectuada por Häberle es muy pertinente en el siglo XXI, como referencia a la imposibilidad de abordar el ámbito interpretativo del derecho desde las posiciones rígidas o unilaterales de un ordenamiento jurídico pensado para un concepto de ciudadanía estable y nacional, poco útil para un derecho globalizado, no solamente en supra-Estados, sino en áreas de desarrollo múltiple como el derecho autonómico, y en lo que se refiere a la garantía local, desde el respeto a esa institución por áreas geográficas comprometidas en ese entorno.

Es, pues, un acierto el hecho de que se abra una vía de interpretación constitucional desde el pluralismo metodológico, tanto como desde un pluralismo ordinamental exigente con la satisfacción de la justicia material y menos comprometida con técnicas interpretativas formalistas y rígidas que no posibilitarían una interpretación conectada a los valores reales de las sociedades contemporáneas.

Y si esto es importante en el ámbito estatal, lo es aún más en el incipiente derecho europeo que señala en esta obra Häberle y que veinticinco años más tarde adquiere un desarrollo mucho más precisado de mentes y argumentos abiertos a la construcción de un marco europeo¹¹².

Hay que decir que la apertura constitucional no la entiende Häberle como una sola expansión de los criterios jurídicos contenidos en las normas, sino como un nuevo método integrador de la cultura constitucional y del entendimiento del derecho como ciencia, que incluye, además, una mirada al entendimiento de los fundamentalismos como la mejor posibilidad de entendimiento entre civilizaciones y un esfuerzo de Europa por la integración. Cuestiones como el velo y la escolarización obligatoria debe ser abordadas desde el diálogo con evitación de enfrentamientos que pongan en peligro la paz de los estados¹¹³.

hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales! [...]. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista», en *Retos actuales del Estado constitucional*, p. 18.

¹¹² *Ib.*, p. 100 y ss.

¹¹³ *Ib.*, p. 143 y ss.

IV. ÓRGANOS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO. LOS APLICADORES JURÍDICOS

La interpretación de las normas en el Estado social de derecho viene atribuida a una pluralidad de órganos. No se debe confundir, por tanto, la atribución a los jueces de la función jurisdiccional con carácter exclusivo por mandato del artículo 117 de la Constitución, con la atribución de la función interpretativa de las normas¹¹⁴. Por el contrario, hay un número indeterminado de agentes sociales que intervienen muy activamente en el proceso de interpretación de las normas, no solo en el tráfico jurídico en general, sino en la aplicación concreta del derecho. Como ha puesto de relieve P. Häberle refiriéndose a la interpretación de la Constitución, en un sentido amplio, son intérpretes todos los agentes sociales¹¹⁵. Pero la figura del juez es la más importante en el proceso interpretativo, porque es siempre la última voz y tiene las facultades ejecutivas para hacer cumplir su propia interpretación de las normas.

La interpretación judicial no agota el campo de la interpretación del derecho. Muy al contrario, su interpretación es algo que incumbe tanto a todos los que deben aplicarlo como a los que deben cumplirlo. En cuanto a los primeros, las normas son interpretadas por diversos órganos estatales que las aplican al resolver las cuestiones que les presentan los ciudadanos o para determinar los ámbitos competenciales propios de esos órganos.

En cuanto a los segundos, esta interpretación es necesaria para determinar su esfera de actuación dentro del ordenamiento, lo que incluye la alegación en defensa de sus intereses en caso de conflicto. Precisamente hablamos

¹¹⁴ Hoy apenas si nos resuelve el problema de la delimitación conceptual de la jurisdicción, su significado etimológico, en el que se basaban los procesalistas clásicos. Decir el derecho, no es una potestad exclusiva del poder judicial, y por lo tanto tener jurisdicción, no se puede identificar con tener la posibilidad de decir, ni tan siquiera de aplicar el derecho. J. L. Requejo, llama la atención acerca de la imposibilidad de llegar a un concepto absoluto de jurisdicción abogando por su carácter relativo. En tanto en cuanto la función de decir el derecho puede corresponder tanto a la creación como a la aplicación, la jurisdicción no se justifica como función exclusiva y excluyente de los tribunales de justicia, y hay que «delimitar el concepto absoluto de jurisdicción sobre el que nuestra Constitución ha confeccionado el concepto relativo (positivo), de dicha función estatal en tanto en cuanto ha ordenado de un determinado modo cómo y quién debe ejercitarla». REQUEJO, J. L. (1989) *Jurisdicción e independencia judicial*. CEC.

¹¹⁵ P. HÄBERLE, *Retos actuales...*, p. 17 y ss. Para Häberle, la interpretación de la Constitución supone un diálogo permanente de la sociedad, de modo que no se limita a los órganos del Estado, sino que está presente toda la sociedad. Distinto es que haya una interpretación «vinculada» de la Constitución, que es la realizada por los órganos estatales (p. 21 y ss). Las partes, el abogado, los emisores de dictámenes y la doctrina realizan funciones interpretativas propias respecto de la norma. Todas estas funciones pueden ser abordadas, junto con la interpretación administrativa, en un estudio que tenga por objeto la interpretación. Limitarnos, pues, al estudio de la interpretación judicial no es más que una exigencia metodológica de acotar un campo de investigación, pero debe explicitarse la limitación, para justificar esa reducción importante.

de interpretación de las normas por referencia al poder judicial, porque es a este a quien corresponde decidir esos conflictos y establecer el criterio último respecto del sentido que deba atribuirse a las normas que deben aplicarse a los mismos ¹¹⁶.

El número de operadores jurídicos no se identifica con el poder judicial, siendo numerosas las aplicaciones del derecho que se producen en el seno de la Administración del Estado, y si se quiere, de entidades semipúblicas, instituciones como los partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y multitud de entidades corporativas de derecho público y privado, en las que el derecho se aplica de modo voluntario o sancionador, sin que el operador jurídico sea un juez. Otra cuestión es que sea el juez el que, en un Estado de derecho, pueda revisar judicialmente toda actuación jurídica del Estado o de los particulares, y tenga, en esta *iuris dictio*, la última palabra. Dicho de otro modo, la posibilidad de decir la última palabra acerca de un conflicto de intereses entre las partes.

Ciertamente, si entendemos la aplicación del derecho en un sentido muy estricto, se podría llegar a decir que el juez es el único que aplica el derecho, porque sigue siendo el único legitimado para decir en caso de conflicto cuál es el derecho.

Si en un conflicto no hay necesidad de intervención judicial, el derecho se cumple por el propio mandato incorporado a la norma. Es precisamente cuando el derecho no se cumple cuando se requiere la aplicación por parte del juez.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que esa resolución ha sido el final de un proceso en el que las partes han sostenido un papel activo, en principio más activo que el juez en algunos momentos del proceso, como puede ser la prueba; y cuyas argumentaciones han podido inducir a esa conclusión, variando en el juez posiciones de principio. No reconocerlo así eliminaría por estéril el derecho de defensa, y, por extensión, cualquier derecho de los justiciables en el proceso. De ahí, pues, que deba adquirir cada vez más importancia el papel de los distintos operadores jurídicos, y no limitarse a la figura del juez, que, con ser el elemento decisivo, realiza su función en un entramado procesal

¹¹⁶ Tarello distingue muy diferentes tipos de interpretación de las normas. TARELLO, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. A. Giuffrè (p. 19 y ss). Según el objeto sea de carácter autónomo o heterónomo, según el objeto sea contractual o legal, según tenga vocación interindividual o plural. Y una importante división de la interpretación como actividad o resultado. Otra distinción importante para Tarello, es la que hace referencia a la interpretación doctrinal diferenciada de la categoría de creadores y aplicadores, que se conceptúa como una interpretación privada, en el sentido de no oficial, por contraposición a la autorizada o pública (p. 21-55).

en el que las partes, los abogados¹¹⁷ y el ministerio fiscal, en su caso, condicionan en gran medida su actuación¹¹⁸.

Bien es verdad que, desde el punto de vista de la conformación del ordenamiento, únicamente la decisión y la fundamentación del juez se incorporan al proceso de producción del derecho, pero, como ha destacado P. Häberle, a través de la interpretación del derecho, sobre todo del derecho constitucional, se produce una comunicación específica entre Estado y sociedad¹¹⁹.

1. El poder judicial

A) LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

El poder judicial como poder del Estado se diferencia de los demás poderes en orden a su legitimación. La teoría de la representación sigue siendo un criterio válido de legitimación de los poderes ejecutivo y legislativo, pero el poder judicial carece de un elemento similar a la representación para justificarse. Ciertamente, es a través del poder judicial como la sociedad da cumplimiento a la justicia, pero el poder judicial en sí mismo tampoco adquiere en esta funcionalidad su justificación¹²⁰.

En cuanto órganos de justificación del derecho, los tribunales asocian el derecho y la obligación con el concepto de justicia¹²¹. De este modo, el derecho empieza a justificarse en función de un interés superior, el interés público, que se convierte en un factor de legitimación del derecho y, por extensión, de «ese»

¹¹⁷ El abogado, en la medida en que formula las peticiones al juez, es el primer contacto entre la Administración de Justicia y el justiciable. Pero, por definición, el abogado formula una visión parcial del derecho, la que aboga por el éxito en la pretensión de la parte a la que representa. Para Tarello no existe, a diferencia de la interpretación científica o doctrinal, una interpretación letrada, del abogado. Este es un operador casual que cada vez defiende la interpretación de su cliente. «L' avvocato muta la propria interpretazione a seconda dell' interesse del suo patrocinato e la sua proposta di interpretazione vale solo per la singola causa». (*Ib.*, p. 66).

¹¹⁸ Es ilustrativa, a este respecto, la diferenciación de Perelman en realidad al papel del abogado ante un juez o ante un jurado, o las argumentaciones esgrimidas en la instancia o en casación, que ponen de manifiesto la retórica de la defensa ante la necesidad de convencer de sus argumentos. PERELMAN, Ch. (1979). *Lógica jurídica y nueva retórica*. Civitas (p. 209). También se debe denotar la importancia del jurado como órgano de decisión del derecho, del que no se puede decir que sea órgano de interpretación, al menos en un sentido amplio. Su actividad se limita a constatar si ha existido o no un hecho. La calificación jurídica del hecho, y, por tanto, la interpretación de las normas jurídicas, pertenece al juez.

¹¹⁹ P. HÄBERLE, *Retos actuales...*, p. 21.

¹²⁰ Llama Soper a los tribunales órganos de justificación del derecho, en cuanto «instituciones cuya función primaria es asumir esta responsabilidad de justificar la forma en que se imponen las sanciones y se resuelven los litigios». SOPER, P. (1993). *Una teoría del derecho*. CEC (p. 174).

¹²¹ *Ib.*, p. 181.

sistema jurídico. Para realizar esa función, los tribunales tienen que ostentar una legitimidad propia, algo que no siempre ha sido fácil de conciliar con los planteamientos democráticos propios del Estado constitucional. En efecto, para el Estado legal de derecho, esa legitimidad se confería sobre la base del sometimiento absoluto del juez a la ley, como expresión de la voluntad popular. En la medida en que el juez carecía de posibilidades (teóricas, al menos) de crear derecho y se limitaba a aplicar el derecho emanado de la voluntad popular, cumplía una función técnica al servicio de la democracia liberal.

Cuando, por el contrario, se asume el carácter inevitable de la intervención del juez en el proceso de producción del derecho en el momento de su aplicación¹²², es necesario apelar a nuevas fuentes de legitimación que desechen la imposible idea de una conexión obligada al factor representativo¹²³.

La legitimidad del poder judicial en un sistema democrático debe contemplarse desde la perspectiva del control del poder. En una democracia compleja que respete el pluralismo, debe haber no solo instituciones representativas, donde se impone la mayoría, sino también instituciones de control. De ese modo, el poder judicial es una institución que contribuye a garantizar (como el Tribunal Constitucional en su ámbito) el pluralismo. De ahí deriva su legitimidad democrática, de su sometimiento al ordenamiento jurídico. Pero esa legi-

¹²² En la Europa continental, el tránsito de una concepción a otra se manifiesta ya desde la tensión entre la jurisprudencia de intereses y la de conceptos. La jurisprudencia de intereses parte de dos ideas fundamentales: «A) El juez está obligado desde luego a conocer el derecho positivo. La función del juez consiste en proceder al ajuste de intereses del mismo modo que el legislador. La disputa entre las partes le presenta un conflicto de intereses. Ahora bien, la valoración de los intereses llevada a cabo por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual que el juez pudiera hacer según su criterio. B) Las leyes aparecen incompletas, a veces inadecuadas, incluso contradictorias, cuando se las confronta con la riquísima variedad de problemas que los hechos sociales van suscitando sin parar por el correr de los días». RECASENS SICHES, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Porrúa (p. 62).

N. Bobbio, en sentido crítico respecto de la jurisprudencia de intereses, entiende que tiene un aspecto positivo, en cuanto supone la entrada de un nuevo método de interpretación del derecho en la aplicación de las normas, que tiene la virtualidad de poner fin a la idea de que el derecho responde al esquema de la subsunción lógica. Pero, al duplicarse las posibilidades de elección, de alguna forma el método viene condicionado por una decisión apriorística acerca de cuál es la solución que se vislumbra al caso. De este modo, «el juez adoptará este o aquel método según pretenda obtener este o aquel resultado. Esto implica considerar que los jueces de hecho producen la decisión antes que los argumentos que la justifican». BOBBIO, N. (1980). *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara (p. 29). Respecto de esta idea, ELY, J. H. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press (p. 72-85) considera como exigencia del juez su vinculación al sistema democrático, y su integración en la actividad interpretativa de las normas de los valores ampliamente compartidos desde la textura abierta de la Constitución.

¹²³ Situados en el punto en que no es posible pensar en una aplicación del derecho sin creación, Cappelletti, preocupado también de la legitimación del derecho, centra el problema como sigue: huir de los mismos factores de legitimación de los otros dos poderes del Estado, porque no necesariamente legitimación tiene que equivaler a representación. CAPPELLETTI, M. (1990). «Des juges législateurs?», en *Le pouvoir des juges*, Presses Universitaires D' Aix (p. 84).

timidad democrática no es ya solo la del sometimiento a la ley, sino también la del sometimiento a la Constitución. Esto explica las facultades que el juez tiene respecto de la ley (posibilidad de inaplicar leyes estatales o autonómicas en conflicto, o leyes anteriores a la Constitución) y respecto de los reglamentos contrarios a la Constitución y que lo acercan más al sistema de control jurisdiccional del ordenamiento americano que al tradicional europeo.

Este modelo, que implica la legitimación por el sometimiento al ordenamiento jurídico, plantea el problema de si el juez ha de estar o no personalmente comprometido con el sistema social y democrático del derecho que aplica. Y, en tal sentido, es importante señalar que la diferencia entre el juez legal y el juez de un ordenamiento constitucional estriba en la implicación del juez en el sistema de valores constitucionalmente diseñado ¹²⁴.

Por ello, en el Estado constitucional adquiere especial importancia en la legitimación del poder judicial la motivación de las resoluciones judiciales ¹²⁵. El acto interpretativo de un juez, que pese a tratarse de un jurado, ha de dictar un veredicto, surge de la violencia del Estado, que mediante esa resolución e interpretación normativa la trasfiere a un Estado, que es verdadero detentador de la violencia ¹²⁶.

Lo que quiere decir Cover es que el derecho y, por lo tanto, la interpretación judicial, se desenvuelven en un acto violento en el que la fuerza es el condicionante. Y, de este modo, el juez trasfiere al aparato del Estado también la cobertura de una acción que puede llegar en algunos Estados a la pena de muerte del reo. De manera que la vinculación del juez debe ser siempre a la

¹²⁴ El compromiso del juez tiene dos niveles, el de su papel en la sociedad, y el de ciudadano que se inserta en un sistema social y político. Uno de ellos, el segundo, lo sitúa teóricamente al mismo nivel que el resto de los ciudadanos, y el primero le confiere un estatus especial. Pero, en todo caso, cuando aplica el derecho o cuando se comporta socialmente, el juez participa en la toma de decisiones sociales, y esto no puede hacerse al margen de cuáles son los argumentos que benefician o perjudican su propio criterio. Cuando un juez en un régimen dictatorial sentencia a cadena perpetua por un delito de sedición, sus implicaciones en este proceso de decisión, o son queridas, o trascienden el sentido de la norma escrita necesariamente. Cuando un juez en un Estado social y democrático de derecho sentencia de forma absolutoria una conducta favorable a la libertad de expresión, está contribuyendo al desarrollo de las libertades formales de este Estado. En ese sentido, DWORKIN, R. (1990). «Retorno al derecho natural», en *Derecho y moral*, de J. Betegón y J. R. de Páramo (coord.). Ariel (p. 27).

¹²⁵ La Constitución establece en el artículo 120, pf. 3, que las sentencias serán siempre motivadas. Esta exigencia de motivación es un requisito que satisface la necesidad de tutela judicial, permitiendo al justiciable conocer las razones por las que se decide acerca de su derecho. Pero no solo se conceden derechos a través de las sentencias, sino que muy frecuentemente las resoluciones judiciales en forma de autos pueden traducir derechos, bien derivados de las sentencias, bien inadmitiendo demandas acerca de esos derechos. De ahí la exigencia del artículo 87 de la LOPJ, de extender la motivación también a los autos. El artículo 248 de esta ley establece la obligación de los jueces de motivar los autos.

¹²⁶ COVER, R. (2002). *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Gedisa (p. 144 y ss.).

Constitución, sin que frente a ella pueda oponerse siquiera la propia conciencia del juez ¹²⁷.

De este modo, la decisión judicial ha de fundamentarse en la lógica que debe presidir toda operación jurídica del juez, como operación racional ¹²⁸. Esta operación culmina en una resolución judicial, cuya motivación permite distinguir la arbitrariedad de la racionalidad y garantizar el sentido de futuras decisiones judiciales. No hay que olvidar que el derecho, en su fase de aplicación, se manifiesta como modelo a seguir, o expectativa de futuro de la línea interpretativa adoptada por el órgano jurisdiccional ¹²⁹.

El artículo 117 de la Constitución enmarca la función jurisdiccional en la posición clásica de impartir justicia sin más sometimiento que la ley ¹³⁰.

Posner desarrolla hasta nueve teorías de comportamiento judicial: la actitudinal, basada en la actitud política que proyecta en sus casos, sobre todo, el Tribunal Supremo; la estratégica, valorando lo que otros jueces opinen de él; la sociológica, en función del comportamiento del resto del tribunal; la psicológica, dominando su propia incertidumbre; la económica, en función de la utilidad de su resolución; la organizacional, respetando el precedente; la pragmática, valorando los efectos que se pueden producir; la fenomenológica, pro-

¹²⁷ Pero más allá de los actos concretos que en cada caso se le exijan, el juez interpreta el derecho y esto lo hace compelido por la Constitución y alineado con el aparato del Estado. El juez puede estar convencido de lo contrario, pero debe seguir la línea jerárquicamente establecida. (*Ib.*, p. 89 y ss.).

¹²⁸ D. Simon ha puesto de manifiesto el sofisma impecable que conlleva el silogismo como método irrefutable de la independencia judicial: partiendo de una ley general, clara y abstracta, el juez «encuentra», no crea, la norma. A un sistema jurídico perfecto, se corresponde un sistema de lagunas, por ejemplo, la consulta al legislador, pero si ese *référé* no es posible, porque el sistema no lo prevé, entonces hay que poner en marcha un «método». «Las instrucciones de interpretación, llamadas comúnmente “teoría del método”, son, por lo tanto, las que garantizan que el juez no inventa el derecho, sino que lo encuentra». SIMON, D. (1985). *La independencia del juez*. Ariel (p. 72).

¹²⁹ Porque «los Tribunales, en las razones que aducen para su decisión, expresan su opinión sobre los hechos pertinentes, las normas legales aplicables, las razones en favor o en contra de ciertas interpretaciones de estatutos o precedentes, y quizás otros puntos de vista, que han podido inducir a los jueces a actuar de una forma determinada. Aquí no se establecen, pues, leyes o normas generales; pero cuando el juez sabe que sus argumentos se considerarán como interpretación autorizada de la ley existente (o que se utilizarán probablemente para justificar una decisión sobre un caso futuro), su posición es similar a la del legislador. De hecho, al referirse a un caso concreto, está estableciendo normas generales». OLIVECRONA, K. (1980). *El Derecho como hecho*. Labor Universitaria (p. 108).

¹³⁰ Todo el artículo 117 está mediatizado por una idea, que es la de sujeción a la ley. Así, el pf. 1 establece que los jueces son independientes, y están sometidos solamente «al imperio de la ley». El pf. 2 establece la inamovilidad de los jueces, que sólo pueden ser separados por las causas y con las garantías «previstas en la ley». El pf. 3 establece la función jurisdiccional, según las competencias expresamente atribuidas «en la ley». El pf. 4 limita la función jurisdiccional, según le sean «atribuidas por la ley». El pf. 5 manda a una ley la regulación del ámbito castrense para conseguir la unidad jurisdiccional, que se completa con el pf. 6 donde se prohíben los tribunales de excepción, y todo el artículo 117, como puede observarse, descansa sobre la idea de que la función jurisdiccional está enmarcada en la ley.

curando encontrarse bien consigo mismo, y la legalista, buscando la conformidad con el derecho ¹³¹.

D. Simon pone de manifiesto la evolución de esa independencia del juez como exigencia democrática que responde a la estricta división de poderes que conformó las democracias formales de Occidente. Pero, como él señala, no en todos los momentos históricos esto ha sido así, ni tampoco en las dictaduras europeas del siglo xx. Más allá de nuestra etapa de dictadura franquista del pasado siglo, en la que ya se puso de manifiesto esta relación por la doctrina académica ¹³², Simon analiza cómo evolucionó la aplicación judicial de derecho en la época de Weimar ¹³³, donde los jueces no sostuvieron una actitud excesivamente proclive a colaborar en los valores de la República. Así, expresiones como «puerca república» o «república judía» no se consideraron injuriosas. En su momento, y en algunas sentencias, harían gala, según este autor, de sus rasgos nacionalistas, antiliberales y antisemíticos, y ese concepto decisionista-absolutista de la ley que se siguió, como también la adherencia a Hitler, fue lo que determinó que en 1945 se intentara ir a una apoliticidad. Se habían vinculado, según Rabruch, a ese derecho del crimen en forma de ley, y se reanudó la discusión interrumpida en Weimar sobre el papel de los jueces.

Otto Bachof considera que no puede seguirse manteniendo en el derecho constitucional una visión del poder judicial tradicional porque ya no responde a la realidad. El juez constitucional de la nueva Constitución alemana tiene un papel de defensa de la constitución que no cabe ignorar desde la dogmática jurídica de la interpretación normativa. En un concepto del poder suma cero, Bachof identifica el poder judicial como sustraído al ejecutivo y legislativo.

Que algunos autores considerasen que la ley fundamental de Bonn fuese el paso del Estado de derecho al Estado judicial no dejaba de ser una alarma injustificada. De la boca que pronuncia las palabras de la ley se habría pasado al decisionismo judicial. La sumisión del poder legislativo a un control judicial, de contraste de las leyes con la Constitución, atribuyendo a los tribunales constitucionales el monopolio del rechazo de una ley por su inconstitucionalidad, supondría una limitación de la soberanía popular. Sin embargo, es importante indagar en qué significa el control de constitucionalidad, no desde la relación entre los poderes del Estado, sino desde la consideración de lo que exige una constitución normativa, a cuya supremacía han de contraerse todos

¹³¹ POSNER, R. A. (2011). *Cómo deciden los jueces*. Marcial Pons (p. 39 y ss.).

¹³² BASTIDA, F. (1986). *Jueces y franquismo*. Ariel.

¹³³ D. SIMON, *op. cit.*, p. 52-60.

los poderes del Estado, incluido el poder legislativo en su actividad de creación de normas que exige no superar la Constitución¹³⁴.

La exigencia de proteger los valores constitucionales y los derechos fundamentales positivados en el texto constitucional demanda el respeto y defensa de la Constitución en su valor normativo y en el ámbito legislativo. Simon apela a la frase de Krüger, de que, si «antes los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes valen solo en el ámbito de los derechos fundamentales». De un concepto de ley previo al derecho a un concepto de derecho previo a la ley. Porque no puede probarse que el origen de la ley tenga que ver con un sentido trascendental al hombre como sería entendible en otras épocas históricas, sino como obra humana que crea un orden político basado en valores que constituyen la «cultura occidental».

Sobre la función política del juez y la posible contravención de la división de poderes, son antidemocráticos porque al Parlamento se hurta su capacidad de decisión. Al ser un legislador negativo no se otorga poder alguno sobre la legislación, sino el control de una ley que contradiga la Constitución. El juez está aquí sometido a la ley, pero a la ley constitucional.

Y es que este modelo de poder judicial que la Constitución diseña, gira en torno a dos puntos no siempre conciliables, y de los que pueden surgir contradicciones insuperables: de una parte, la exigencia de la motivación, establecida en el artículo 120 de la Constitución, y considerada dentro del contenido esencial del derecho de tutela judicial efectiva, y, de otra parte, la sumisión del juez a la ley. No siempre el juez puede construir una sentencia motivada acatando una ley, porque nada garantiza que el contenido de la ley sea racionalmente justo en sí mismo, para permitir una motivación suficiente dentro de la independencia del juez. Y ello porque se ha partido de la base de que hay dos categorías perfectamente identificables, que, sin embargo, no lo son, la justicia que se busca en la motivación y la racionalidad que se supone en la ley¹³⁵.

¹³⁴ Lo que se llama «enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la constitución». (*Ib.*, p. 32-39).

¹³⁵ Belaïd ha puesto de manifiesto cómo el origen de la concepción clásica de la función jurisdiccional ha tenido como importante consecuencia que esta se considere en una subordinación a la ley como fuente central del derecho, que no es real. «Les faits ont montré que fixer le droit n'est pas le monopole du législatif et que même si dans les temps modernes le rôle de celui-ci s'est accru, il n'est pas devenu exclusif. La conception unitaire des sources du Droit doit être abandonnée pour laisser la place à une conception pluraliste, seul cadre valable pour expliquer le caractère créateur et normatif de la fonction juridictionnelle». BELAÏD, S. (1974). *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Bibliothèque de Philosophie du Droit, vol. XVII (p. 261).

Por consiguiente, si queremos crear una teoría adecuada de la interpretación de las normas, es de todo punto exigible que centremos el concepto de la función jurisdiccional desde la función en sí misma que los jueces realizan en la aplicación del derecho, y no como ha venido haciéndose hasta hace poco, desde la sumisión a la ley¹³⁶. Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que la jurisdicción constitucional ha reformulado de manera indirecta, la sujeción del juez a la ley, que deberá serlo en cuanto a la interpretación que de ella realice el TC¹³⁷.

Por ello, hay que entender que la sumisión del juez al derecho no implica necesariamente la sumisión a la ley, sino, en todo caso, a un sistema de fuentes establecido¹³⁸.

Si consideramos la posibilidad de que el juez se mueva, no en el ámbito de la ley, sino en el del ordenamiento, la función jurisdiccional tiene una centralidad propia y definida en el marco del conflicto de intereses que marca la actividad jurisdiccional¹³⁹. Y podemos asimismo abandonar la idea de que la subsunción dé cuenta real de la interpretación de las normas, y buscar una importante fuente de legitimación en las mismas resoluciones judiciales¹⁴⁰.

De este modo, el juez ha de convencer, no solo a las partes, sino a un auditorio, potencialmente universal¹⁴¹.

¹³⁶ Para Larenz, la diferencia entre que el juez esté sometido a la ley o al derecho, es especialmente relevante en el método subsuntivo, de relativa inoperancia, en cuanto que la aplicación del derecho exige otras funciones de adaptación, no expresamente previstas en la operación meramente lógica de la subsunción. El operador «tiene que tomar la ley como expresión de una voluntad del legislador orientada hacia pensamiento jurídico en conexión con el conjunto del ordenamiento jurídico y obviamente de los principios que el ordenamiento lleva consigo y que van más allá de la ley». LARENZ, K. (1990) *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas (p. 171).

¹³⁷ ZAGREBELSKY, G. (1988). *La giustizia costituzionale*. Il Mulino (p. 505). No solo en cuanto tiene siempre abierta la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, que le evitará siempre aplicar una ley injusta (el contenido material de justicia constitucional va a permitir que, de manera casi universal, el criterio de constitucionalidad penda sobre cualquier ley), sino que, además, las sentencias que produce el TC son de obligado seguimiento por el juez.

¹³⁸ Respecto de la relación, entre la independencia y la vinculación del juez a la ley, ver I. de OTTO, *Estudios sobre el poder judicial*, p. 171 y ss.

¹³⁹ «Elle consiste à régler, sur la base du Droit et suivant une procédure déterminée, les litiges qui peuvent surgir entre les sujets de Droit». S. BELAID, *op. cit.*, p. 263.

¹⁴⁰ Con fundamento en Habermas y en otros autores (Popper), se ha pretendido enmarcar la aplicación judicial del derecho en una actividad de diálogo social. Para algunos autores este diálogo, al ser figurado, es tanto más engañoso cuanto el juez elabora solo las preguntas y las respuestas. Lo que D. Simon llama «una discusión metaética de las consecuencias» no está garantizado porque «no solo queda sin respuesta la pregunta sobre el tipo de valores hacia los que ha de orientarse la interpretación, sino que también queda pendiente el problema respecto al cómo se han de hacer operativas tales estrategias de fundamentación». D. SIMON, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴¹ Para Rodríguez Mourullo, a las partes, a los tribunales superiores, al resto de los jueces, y a cualquier ciudadano. RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1988). *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Civitas (p. 23).

Se trata de poner en relación la exigencia de la motivación, con las insuficiencias metodológicas de la lógica formal. En efecto, la necesidad de argumentar las decisiones judiciales trae consigo la necesidad de una lógica de la argumentación¹⁴².

Y, por tanto, de ahí la necesidad de controlar este uso de la argumentación, e intentar formular una teoría acerca de una lógica de la argumentación, pues de lo contrario se estará en la creencia de que la decisión judicial se conduce por una lógica formal, cuando en realidad se está utilizando la lógica retórica¹⁴³.

De este modo, a las teorías de la subsunción se suceden las teorías de la argumentación, que, partiendo de la inevitabilidad creadora del juez, intentan conocer y controlar los factores que intervienen en el proceso de decisión¹⁴⁴.

El juez ha de tomar una decisión, y esto le exige optar por una, entre un número indiferenciado de posibilidades¹⁴⁵.

Por consiguiente, los modos de legitimación actual apuntan a unos criterios de legitimación, pero no solo ya del poder judicial, sino de todos los poderes del Estado (y, en general, de todo poder social) mediante formas de legitimación por un sustrato universal ético conseguido a instancias de comunicación social, mantenida mediante procesos de razonamiento común, capaces de convencer a los sujetos sociales de todas aquellas cuestiones que componen la vida en sociedad¹⁴⁶.

¹⁴² *Ib.*, p. 36.

¹⁴³ *Ib.*, p. 39.

¹⁴⁴ HASSEMER, W. (1992). «Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Debate (p. 202). Muy importante el control, por lo tanto, de unos «espacios de decisión» de los que el juez dispone al crear el derecho (p. 215).

¹⁴⁵ La psicología social está en condiciones de proporcionar información sobre algunos condicionantes personales del juez en sus resoluciones. [SOBRAL FERNÁNDEZ, J., y PRIETO EDERRA, A. (1994). *Psicología y ley*. Eudema]. Definen la decisión jurídica como un proceso de construcción deconstrucción, en el que además de los factores legales, intervienen otros extralegales, y además de manera decisiva. (p. 20). El principal problema, señalan estos autores, no es solo la complejidad de la decisión, sino el intento de simplificación de que ha sido objeto a través de la lógica silogística (p. 25). Estudios empíricos de psicología social han puesto de relieve cómo se producen diferencias importantes en las decisiones judiciales, en función de algunas variables como son el agente de la decisión (jurado o juez de derecho), o jueces de distintas áreas geográficas en EE. UU. (p. 45 y ss.). Los autores realizan un experimento entre 130 jueces españoles, con las variables del juez: sexo, edad, y número de años de ejercicio. Es importante, ya que, de los 130 seleccionados, solo 32 llegaron a cumplimentar totalmente la prueba, y esta presenta, según los autores, una amplia diferencia en el grado de severidad de las penas. Obsérvese que son todos los casos penales, lo que debería haber favorecido la rigidez legal de la aplicación de la norma por los principios de tipicidad y legalidad penales. Además, los ejes explicativos de la disparidad son, precisamente, los factores de tipo ideológico (p. 56 y ss.).

¹⁴⁶ Llegar a esta situación solo es posible en una sociedad de amplias comunicaciones que puede conseguir la comunicación instantánea en un número amplio e indeterminado de culturas, a las que homologa progresivamente. La moral universalista a que alude Habermas en (1986) *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Amorrortu (p. 108), es consecuencia, según el autor, del traspaso de un modelo,

Por ello, se hace preciso que la legitimidad se base en una comunicación intersubjetiva, en el mutuo reconocimiento a través del discurso, de que una decisión es acertada o errónea, según pautas previamente establecidas por medio de un lenguaje común¹⁴⁷. Acción comunicativa que excede de la razón, porque en toda acción comunicativa se transmiten contenidos intersubjetivos que exceden las posibilidades de racionalidad externa, y están mediatizados por el lenguaje, cuyas posibilidades de conocimiento exceden de las meramente racionales y se adentran en la intersubjetividad¹⁴⁸, y con capacidad de disentir de la mayoría.

Se ha estudiado desde el derecho constitucional la jurisprudencia más reciente en materia de implicaciones del juez en los campos valorativos propio de la política y en el peligro de la pérdida de objetividad por parte de sus resoluciones judiciales¹⁴⁹. De hecho, las recusaciones de los jueces forman parte del nivel de aceptación o deslegitimación de la opinión pública sobre el poder judicial y en algunas de las resoluciones puede detectarse un cierto nivel de politización de la justicia. En lo que se refiere al TC, hay una jurisprudencia todavía poco asentada que va desde la recusación en función de ciertos criterios de valoración hasta la que se ha mantenido en relación con la recusación sus miembros¹⁵⁰.

Así, en su inicio, la jurisprudencia considera en la STC 47/1982, y el auto 195/1983 deja asentado, que no se puede recusar a un juez por sus posiciones políticas al ser un asunto privado al que ese juez tiene derecho. Posteriormente, el ATC 35/1993 resuelve sobre la recusación de cuatro magistrados del Tribunal Supremo por parte de parlamentarios de HB y dice que nadie

el del derecho formal burgués, a una moral política universal (p. 110), interiorizada por los «ciudadanos» como respuesta a un Estado que se legitima en unos principios considerados asimismo universales.

¹⁴⁷ Si bien las sociedades complejas ya no se cohesionan intersubjetivamente, a través de una comunicación de los individuos, sino de una integración sistémica, con lo que el sistema político adquiere una autonomía privilegiada. A esto se une un lenguaje que pretende ser universal, reformulando conceptos clásicos elementales como democracia, poder, dominación, etc. (*Ib.*, p. 157).

¹⁴⁸ Hay que tener en cuenta, dice Habermas, que la acción comunicativa no está sujeta solo a restricciones externas, sino también internas, «pues el potencial racional del habla está entretejido con los recursos que ofrece el particular mundo de la vida en que en cada caso nos movemos». (1989). *El discurso filosófico de la modernidad*. Taurus (p. 385).

¹⁴⁹ SERRA CRISTÓBAL, R. (2004). *La libertad ideológica del juez*. Universidad de Valencia (p. 67).

¹⁵⁰ En lo que se refiere a la recusación de magistrados del Tribunal Constitucional se puede señalar una primera jurisprudencia de inadmisión de la recusación, una segunda línea de aceptación y finalmente una situación más o menos nueva creada en relación directa con el conflicto de la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde se dieron una diversidad de circunstancias. En algún recurso se hizo una recusación de todo el tribunal en función de su imparcialidad a lo que contestó desestimando la recusación y más tarde algunas recusaciones individuales que originaron distintas opciones, en algunos casos se produjo la abstención y se renunció voluntariamente a ella por parte del magistrado afectado, y en otros casos se tramitó y se desestimó.

puede ser descalificado por sus ideas, y no cabe por tanto la recusación, ni siquiera si esas ideas fueran ciertas. Y en la STC 162/1999 se produce un giro por el que se estima la recusación y, a partir de ahí, se inicia una línea jurisprudencial de una mayor elaboración teórica.

Esta referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos da una orientación acerca de cómo puede ser interpretada la recusación, sentando una doctrina poco favorable a la libertad de expresión en los comportamientos que la magistratura del tribunal debe guardar para no crear dudas sobre su imparcialidad. Las resoluciones, generalmente en forma de autos, pero con algunas providencias por las que la recusación se rechaza *ad limine*, se empezaron a dictar en la década de los ochenta a los noventa, y relacionadas en su práctica totalidad con situaciones de marcado carácter político.

Un grupo inicial en el que la empresa Rumasa solicita la recusación del presidente del Tribunal, o de un grupo de magistrados, se rechaza mediante auto por el que se considera manifiesta su improcedencia, al estar basada en la relación entre el presidente del Gobierno de España y el del Tribunal. (AATC 226/1988, 379/1993, 380/1993, 194/2003). Otro grupo al presidente Jiménez de Parga desde 2001, por manifestaciones valorativas que podían condicionar su objetividad (Auto 224/2001, 226/2002, 193/2003 y 61/2003, donde se contiene un voto particular firmado por cinco magistrados, que esta vez eran partidarios de la admisión de la recusación). El siguiente Auto 376/2004 resuelve la pretensión de recusación de dos magistrados, uno porque habría formado parte de la Sala de lo Social del TS y la otra por presidir la comisión negociadora de un convenio colectivo que afectaba a la empresa actora del recuso de amparo. Ambas recusaciones se desestimaron porque el primero cesó como magistrado durante la tramitación y la segunda cambió de sala, dejando de conocer del asunto. Aun así, el Tribunal, en una consideración de mayor abundamiento, afirmó que no se había producido ningún motivo de recusación.

El siguiente Auto 18/2006 resuelve la desestimación de un recurso de amparo contra un magistrado que había participado en un trabajo profesional como catedrático de Derecho Constitucional en un libro sobre la Comunidad Autónoma de Cataluña, y fue recusado por el Partido Popular al considerar que estaría privado de objetividad. En ese primer caso, el amparo se desestimó, pero dos votos particulares expresaron la disidencia de que un asesor pudiera ser objetivo en la posterior valoración del nuevo estatuto de autonomía de Cataluña. Posteriormente, el PP volvió a presentar la recusación contra el mismo

magistrado al tramitarse el recurso de inconstitucionalidad sobre el EAC y esta fue admitida con cinco votos en contra.

Lo que evidencia este auto, más allá de otras razones igualmente importantes, es la diferente consideración que de la relación con el caso enjuiciado puedan tener los magistrados acerca de su función en el juicio de constitucionalidad de las normas. Desde la posición de la magistratura de origen académico, se constata en los votos particulares la defensa de la libertad de expresión y de manifestación de esos criterios en ámbitos que son propios e inseparables de la función del profesorado universitario, por definición de cuáles son sus cometidos esenciales, la investigación de los conocimientos del área a la que pertenecen. Y desde esa consideración, la publicación de trabajos previos, o incluso coincidentes en el tiempo, sobre temas que puedan ser objeto de procesos de inconstitucionalidad, no solamente está en la esencia de su cometido, sino que debería valorarse para su nombramiento como magistrado del Tribunal, como un mérito preferente. Que sentido tendría si no que un profesor de Derecho Constitucional pudiera ser nombrado, si precisamente su función futura coincidirá con su preparación en la materia.

Pero más allá de la recusación en temas de extraordinaria importancia política, como fue este caso, en general las recusaciones han sido desestimadas por el TC, que ha tenido pocas estimaciones y en su caso acompañadas de votos particulares de hondo calado. Así en el Auto 81/2008, se recusa a dos magistrados por sus manifestaciones anticipadas en relación con la reforma de la LOTC que se llevó a cabo por la LO 6/2007 en las que se mostraban contrarios al contenido de la ley. Según los recurrentes, tales manifestaciones los incapacitaban para ser objetivos en la valoración del recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra la referida ley. Por mayoría se estimó la recusación y se formularon dos votos contrarios: el primero, por entender que las manifestaciones de los magistrados se hicieron en el ámbito interno de la institución del TC, en una carta a su presidenta, y el segundo, porque las manifestaciones de los dos magistrados habían trascendido a la prensa por filtración desde el mismo tribunal, lo que los colocaba fuera de los supuestos legales de recusación.

En el Auto 141/2013 se admitió la recusación contra una magistrada del TC que había formado parte de un tribunal que juzgó el asunto antes de la interposición del recurso de amparo. La magistrada se abstuvo por su propia iniciativa en el trámite de admisión del recurso de amparo, pero no se formalizó la abstención, que fue estimada por medio de auto.

El Auto 119/2017 no admitió la recusación de la presidenta del Parlamento de Cataluña por recusación al pleno del Tribunal con carácter preventivo, en un

incidente de ejecución, porque la imposibilidad de que se pudiera tramitar por otro tribunal, dada la naturaleza del TC, impedía su tramitación.

Y en el Auto 17/2020 se desestimó la recusación de un magistrado por realizar manifestaciones en el voto particular a una sentencia del mismo tribunal, que no estimaron causa suficiente, dada la naturaleza de las manifestaciones.

Más allá de estas resoluciones, en los últimos años las abstenciones voluntarias de los magistrados han permitido que algunas recusaciones se den por admitidas ante la iniciativa voluntaria de algunos miembros del tribunal en la presentación del escrito de recusación. Y la última resolución respecto de este tema se encuentra hasta el momento en el Auto 17/2022, de 25 de enero, Este Auto desestima las solicitudes de aclaración y los recursos de súplica, contra el Auto 107/2021, de 15 de diciembre, que inadmite las recusaciones formuladas en distintos procesos de amparo promovidos en causas penales contra magistrados del Tribunal Constitucional por supuesta parcialidad. El Auto 107/2021, da un giro doctrinal respecto de los requisitos para recusar a los magistrados o magistrada del TC en función de criterios o juicios de valor expresados con anterioridad a su nombramiento o fuera de su función jurisdiccional.

a) *El voto particular*

Los votos particulares constituyen la expresión de una disensión interpretativa por parte de uno o varios jueces, que se apartan de la interpretación efectuada por la mayoría¹⁵¹. La institución del voto particular en un ordenamiento jurídico solo se puede explicar como una renuncia anticipada a la verdad, y como una opción por encontrar en la pluralidad los mejores argumentos de decisión. G. Cámara pone de manifiesto esta cuestión relacionando la actividad interpretativa con el voto particular¹⁵². A través de los votos particulares, las minorías pueden llevar al convencimiento a la mayoría del tribunal e invertir el sentido de su argumentación¹⁵³.

En nuestro ordenamiento, la Constitución reconoce el voto particular en el artículo 164,1. La LOTC lo regula en su artículo 90,2 y la LOPJ lo recoge también en su artículo 206,1.

¹⁵¹ Ezquiaga destaca que la primera causa de votos particulares en el TC está precisamente en las discrepancias interpretativas. *El voto particular*, p. 124.

¹⁵² El voto particular es la «evidencia misma de la “peculiaridad” de las normas y de la interpretación constitucionales». (G. Cámara Villar, *op. cit.*, p. 13).

¹⁵³ *El voto particular*, p. 89.

Ezquizaga pone de manifiesto que la primera causa de votos particulares han sido las discrepancias interpretativas¹⁵⁴.

La institución del voto particular surge con la reticencia de una pretendida minusvaloración de las sentencias que es expresión del pluralismo político. Permite reflejar opiniones que pueden ser seguidas por arte de la ciudadanía que no está con la mayoría y se ve reflejada en el voto particular. Hace evolucionar la jurisprudencia y valora la posición de un juez porque determina la importancia individual del juzgador.

El voto particular es una institución reciente en el ordenamiento y tiene que ver con algunas de las notas que caracterizan al derecho constitucional y también con una moderna concepción del derecho que renuncia a las verdades y axiomas como el de la «posibilidad de una única solución correcta». El concepto de derecho desde una consideración del todo ajena al pluralismo, realizada desde la subsunción normativa logística y racional, no puede permitir la desviación de una alternativa constructiva de la resolución judicial a la que en principio cabe atribuir la misma legitimidad que la de la mayoría, aun cuando no surta de manera inmediata efectos jurídicos ni tenga efectividad en orden a la legitimación de la sentencia de la mayoría.

Frente a la idea de pérdida de prestigio del tribunal o de disminución de la legitimación de sus decisiones, está la de la libertad de expresión del juez disidente y la del favorecimiento de la publicidad de las resoluciones judiciales, cuyo contenido explícito legitima a la justicia. De cara a la sociedad se debe dar publicidad a las deliberaciones y aspectos internos de la discusión, porque la sociedad debe verse reflejada también en las resoluciones judiciales e identificarse con posiciones que, no siendo mayoría, son las que comparte. Esto da cuenta de una mayor atención a la sociedad por parte de los tribunales, que se preocupan de reflejar y difundir su trabajo con sus discrepancias. Porque un mayor conocimiento es también un mayor control por parte de la opinión pública.

El voto particular se puede considerar como una jurisprudencia alternativa, y junto con la reforma constitucional parcial o total, y la mutación constitucional, muestra el desarrollo «una conversación jurídica» abierta en materia constitucional¹⁵⁵.

¹⁵⁴ *Ib.* p. 124. Claramente los artículos 14, 24 y 20 CE, donde confluyen dos circunstancias muy concretas: primero se trata de normas de máxima apertura, y segundo, de derechos fundamentales ejercitados de forma casi permanente.

¹⁵⁵ HESSE, K., y HÄBERLE, P. *Estudios sobre la jurisdicción*, p. 151 (P. Häberle: El Tribunal Constitucional como poder político).

B) EL PODER JUDICIAL EN EL CONJUNTO DE LOS PODERES DEL ESTADO

a) *El CGPJ como órgano de gobierno del poder judicial*

Uno de los principales problemas que plantea el poder judicial en su núcleo teórico es el de la propia consideración del poder judicial. A este respecto, se mantiene un debate importante acerca de dónde se reside el poder judicial, si en el juez o en sus órganos de gobierno. En derecho positivo, el problema parece resuelto si tenemos en cuenta las resoluciones del propio Tribunal Constitucional con respecto a la naturaleza jurídica del Consejo General del Poder Judicial, definido como el órgano de dirección del poder judicial. Sin embargo, la cuestión no puede considerarse definitivamente resuelta por un factor, al menos, de relativa importancia, porque determinar un poder del Estado parece exigir, hasta cierto punto, una representación física que materialice ese poder. Así, las Cortes Generales son la materialización de un concepto, el poder legislativo, que adquiere corporeidad en una institución que está determinada en espacio y en tiempo. El poder judicial parece un concepto intelectual predicable de los jueces en su conjunto, pero no está físicamente contenido en un órgano que represente este poder, salvo que se entienda que el CGPJ se identifica con el poder judicial, lo que no parece acertado ¹⁵⁶.

b) *La independencia*

Del poder judicial se predica la independencia como garantía de justicia. Contrariamente al resto de los poderes del Estado, que se suponen partidarios, la justicia ha de ser neutral, o no es justa ¹⁵⁷.

La independencia del poder judicial no es un concepto unívoco ¹⁵⁸, sino que por independencia se entienden al menos estas dos cuestiones: la indepen-

¹⁵⁶ En la STC del TC 45/1986, de 17 de abril, sobre conflictos de competencia, el TC resolvió y desestimó el conflicto de competencias presentado por el Consejo General del Poder Judicial ante el Tribunal Constitucional. Aquí ya el TC sienta el criterio de negar al CGPJ la legitimidad para accionar ante el TC en representación del poder judicial. El Consejo representa al poder judicial solo en cuanto a las competencias y atribuciones que tiene conferidas el Consejo». El poder judicial es un poder de configuración plural». (FJ 5). La STC 108/1986, ratifica todos estos extremos al considerar que la independencia del poder judicial no es autogobierno, ni autonomía que radiquen en el Consejo. (FJ 8). Lo que se consagra es la independencia de cada juez a la hora de impartir justicia, para denotar que la función jurisdiccional es exclusiva y excluyente.

¹⁵⁷ Se habla en la doctrina de tres notas que caracterizan al poder judicial: la independencia, la inamovilidad y la «naturalidad». ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y MOVILLA, C. (1986). *El poder judicial*. Tecnos (p. 117 y ss.).

¹⁵⁸ P. González Granda sistematiza la independencia judicial en una pluralidad de sentidos, lo que es demostrativo de lo equívoco que puede resultar el término independencia. Independencia personal o

dencia del juez para fallar conforme al ordenamiento, sin que pueda ser inquietado ni perturbado en el ejercicio de su función, y la independencia que se predica del poder judicial en su conjunto, en cuanto que independiente del resto de los poderes del Estado ¹⁵⁹.

Desde un punto de vista institucional, la independencia adquiere tres notas básicas: instrumentalidad, relatividad e imparcialidad ¹⁶⁰. Desde un punto de vista institucional, la independencia del poder judicial exige que no haya injerencias de los otros dos poderes. Solo así se puede hablar propiamente de independencia. Injerencia no significa tampoco ausencia de control.

El poder legislativo controla al poder ejecutivo, y esto no elimina su independencia. Por lo tanto, el problema de la independencia, desde el punto de vista institucional, es un problema de límites, que cabría acotar entre estos extremos: de una parte, lo que, en ausencia de la independencia judicial, en algunos regímenes políticos se conoce como «función o administración judicial», y, de otra, el autogobierno pleno del poder judicial, al objeto de evitar cualquier posibilidad de mediatización. Entre ambos extremos, caben como es lógico infinitas posiciones intermedias entre las que se mueve nuestro derecho positivo ¹⁶¹.

Desde un punto de vista interno, la independencia se predica pues, del juez, a la hora de dictar la sentencia ¹⁶².

funcional, externa o interna, objetiva o subjetiva, individual o colectiva. GONZÁLEZ GRANDA, P. (1993). *Independencia del juez y control de su actividad*. Tirant lo Blanch (p. 15). Acerca de la necesidad de una revisión del concepto doctrinal de independencia, LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1996). *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Tecnos (p. 45 y ss.).

¹⁵⁹ El artículo 13 de la LOPJ determina que «Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados». Y el artículo 14.1 establece que «Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia, lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismo las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico».

¹⁶⁰ GONZÁLEZ GRANDA, *op. cit.*, p. 29. La instrumentalidad es garantía de la imparcialidad, la relatividad es la posibilidad de graduación de la independencia, y la formalidad es la abstracción de esa formulación, que se concreta en el ejercicio de la función judicial.

¹⁶¹ El establecimiento en la Constitución de un juez ordinario, predeterminado por la ley, supone también, a la vez que una garantía para el justiciable, una garantía de inamovilidad e independencia judiciales. Acerca de la evolución histórica del concepto y de la fase constituyente del precepto, RUIZ, G. (1991). *El derecho al juez ordinario en la Constitución Española*. Civitas.

¹⁶² Para D. Simon, el concepto de independencia es muy poroso, precisamente porque la independencia se puede predicar también del conjunto del poder judicial. Él dice «complejo» y «poroso». Complejo, porque admite varias reivindicaciones, como la relación entre jueces y partes, con los jueces entre sí, como independencia frente a los otros poderes, o ante la política. O en el fuero interno del juez. Poroso, en cuanto permite enarbolar la bandera de la independencia frente a cualquier situación. D. SIMON, *op. cit.*, p. 10.

En la medida en que el ordenamiento ha fijado ya que la independencia se predica solo de la función judicial, queda como una condición individual del juez, y no como un presupuesto colectivo de los órganos jurisdiccionales ¹⁶³.

Por tanto, la independencia del juez solo puede debatirse dentro de la función de la justicia, porque la independencia, como no vinculación, se da precisamente en el único campo que no debe darse, que es el de la decisión judicial, y no se da en su situación administrativa ¹⁶⁴.

Definir las notas de independencia conlleva definir hasta cierto punto la función judicial ¹⁶⁵. La independencia debe predicarse de la función, no de la persona. Y del poder judicial como tal ¹⁶⁶.

Desde su posición en el poder judicial, el juez en su relación jerárquica también es independiente, exigiendo el párrafo 2.º del artículo 12 que las correcciones efectuadas por jueces y tribunales de la interpretación y aplicación de la ley se limiten a los recursos que las leyes establezcan, e impidiendo a los jueces, tribunales, y al propio Consejo, en su párrafo 3.º, dictar instrucciones acerca de la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico.

c) *La responsabilidad del poder judicial*

Junto a la independencia, la nota que complementa las exigencias del poder judicial es la responsabilidad ¹⁶⁷. Sin embargo, la responsabilidad del

¹⁶³ La conclusión de Simon respecto de la independencia del juez es que precisamente se ha positivamente el aspecto de la independencia del juez que más favorece la discrecionalidad judicial, la independencia en la aplicación de las normas, pero no como poder del Estado en su conjunto. El resultado final es poco halagüeño. Queda demostrado que el juez es libre precisamente en aquellos sectores en los que sería deseable una vinculación, aun siendo esta limitada, vinculación que tendría que garantizar que el juez coopera generalmente en las decisiones políticas fundamentales sin ninguna clase de sectarismo emancipatorio y que se ve obligado en cada caso a designar el lugar de donde proceden sus valores y a fundamentar la elección de sus valores orientativos. Por otra parte, el juez no es libre justamente allí donde no solo una ideología corporativa de lucha querría verle «desvinculado», sino también allí donde la argumentación psicológica individual y social, así como la ilustración político-democrática, abogan por su «independencia»: en su puesto dentro de la burocracia de la justicia». (*Ib.*, p. 126).

¹⁶⁴ *Ib.*, p. 171.

¹⁶⁵ Acerca de la relación entre el juez y el sistema de valores, *cfr.* A. Hayek para quien «aun cuando un juez no esté comprometido con el mantenimiento de un *statu quo*, sí lo está con los principios del orden vigente». HAYEK, A. (1985). *Derecho, legislación y libertad*. Unión (p. 232).

¹⁶⁶ En relación con las exigencias de democraticidad del poder judicial y en general con su autonomía organizativa y responsabilidad, puede consultarse la monografía de NAVAS SÁNCHEZ, M. (2002). *Poder judicial y sistema de fuentes: la potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*. Civitas.

¹⁶⁷ El artículo 117 de la Constitución habla de jueces independientes, inamovibles y responsables. La inamovilidad es una garantía concebida más como un derecho del juez que como tal garantía del justiciable.

juez, a diferencia de la independencia, no ha representado en la tradición jurídica continental más que una fórmula teórica que evidenciaba la idea de que el juez podía incurrir en responsabilidad. En el derecho anglosajón la responsabilidad de juez es bastante diferente a nuestro modelo.

El juez es irresponsable aunque incurra en exceso de jurisdicción. Solamente es responsable en ausencia de jurisdicción¹⁶⁸. En el sistema de jurisdicción continental, el juez es responsable en el ejercicio de su jurisdicción, tanto por exceso como por defecto. Ahora bien, como señala Montero, esa responsabilidad debe cohonestarse con la independencia judicial¹⁶⁹.

La responsabilidad del juez que se enuncia en el artículo 117 de la Constitución apunta, por tanto, a la que se deriva única y exclusivamente del ejercicio de la función jurisdiccional. El artículo 1.1 de la LOPJ reitera esa responsabilidad, y el título V de la ley, en los artículos 292 a 297, regula esta responsabilidad del juez, entendida desde el error judicial, junto a las demás responsabilidades de la administración de justicia, por funcionamiento irregular o producción de daños. Esta regulación en la LOPJ trae causa en el artículo 121 de la CE, y se limita, por tanto, a regular un procedimiento de reclamación de indemnización por error.

Queda fuera de la consideración de estos supuestos el caso de responsabilidad que no sea por error, sino por conductas deliberadamente injustas, que deben solventarse en el ámbito penal¹⁷⁰, y sin perjuicio de la responsabilidad civil que generasen en esta jurisdicción. Y también falta por ver en qué grado de responsabilidad puede incurrir el juez que se aparte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, de manera constante y reiterada. La independencia del poder judicial ampara en principio esa posibilidad, aunque corre el riesgo, sin embargo, de ver revocadas sus resoluciones por la vía del sistema de recursos legalmente establecidos¹⁷¹.

¹⁶⁸ J. Montero Aroca llama la atención acerca de la dificultad práctica de distinguir entre exceso de jurisdicción y falta de jurisdicción. MONTERO AROCA, J. (1988). *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial*. Tecnos (p. 27).

¹⁶⁹ *Ib.*, p. 29.

¹⁷⁰ Los artículos 446 a 449 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el nuevo código penal, regulan los delitos contra la Administración de Justicia. El artículo 446 tipifica como delito la conducta del juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta; el artículo 447, la imprudencia grave o ignorancia inexcusable; el artículo 448, la negativa a juzgar pretextando oscuridad en la ley, y el artículo 449, el retraso malicioso en la Administración de Justicia.

¹⁷¹ Ciertamente, como señala L. M. Díez-Picazo, no incurre en ningún tipo de ilicitud penal, ni disciplinaria, que sí ocurriría en el apartamiento manifiesto de la ley. DÍEZ-PICAZO, L. M. (1991). *Régimen constitucional del poder judicial*. Civitas (p. 126).

2. La jurisdicción constitucional

A) JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CONCENTRADA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DIFUSA

La cuestión que pretende abordarse, al analizar las diferencias entre los sistemas de control de constitucionalidad concentrada y difusa es la del condicionamiento que supone para la interpretación constitucional la distinta estructuración del control de constitucionalidad. En concreto, del hecho de que el control concentrado conlleve la expulsión del ordenamiento de la norma objeto de control (efectos *erga omnes*) parece derivarse un mayor esfuerzo y unas posibilidades más amplias de interpretación para evitar la declaración de inconstitucionalidad (sentencias interpretativas). En el lado contrario, del carácter *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad podría predicarse un relajamiento de la actividad interpretativa en favor de la declaración de inconstitucionalidad. Para centrarse en lo anterior, hay que destacar previamente las características propias de cada tipo de control, así como la relativa convergencia que se ha producido entre uno y otro por la vía del acercamiento del control concentrado al difuso en nuestro ordenamiento.

La inexistencia inicial de control de constitucionalidad en Europa, bajo el primer Estado constitucional (configurado como Estado legal de derecho), frente a su conformación en Estados Unidos¹⁷², tiene mucho que ver con la diferente comprensión de las relaciones entre poder constituyente y poderes constituidos¹⁷³ y con el predominio del poder legislativo que se deriva de esa

¹⁷² Es momento clave la sentencia *Marbury vs. Madison*, tan citada en relación con el surgimiento del control de constitucionalidad de los EE. UU. Después han de transcurrir más de 50 años para que se vuelva a plantear nuevamente un control incidental de constitucionalidad en el caso *Scott vs. Sandford*, con motivo de la petición de emancipación de un esclavo. Los detalles del proceso figuran relatados en FRIENDLY, F., y ELLIOT, M. (1987). *Frenos y contrapesos del poder*. Bosch (p. 38 y ss.). También se planteará el problema de la relación entre los Estados y el TS. La jurisprudencia del TS de los EE. UU. fijada en el caso *Swift vs. Tyson*, en 1842, había establecido que las resoluciones del TS no tenían naturaleza de ley para los tribunales estatales, y que las normas que fijaban en sus sentencias eran criterios orientadores. La división del caso *Eire* entre los aspectos procesales y sustantivos de la ley determina la aplicación o no de una ley estatal. Si la norma es del proceso, el derecho aplicable es el federal, entendiendo aquí por derecho el que producen las resoluciones del Tribunal Supremo, y si la norma es sustantiva, el derecho aplicable es necesariamente el de los Estados. TS, caso *Eire vs. Tompkins*, 1938. RUIZ, G. (1994). *El federalismo judicial. (El modelo americano)*. Civitas (p. 170 y ss.).

¹⁷³ R. Carré de Malberg ha considerado que «Chez les Américains, le pouvoir constituant et le pouvoir législatif sont, pas seulement de degré inégal, mais bien de nature foncièrement distincte, et demeurent, au point de vue organique, nettement séparés. En somme, la distinction américaine entre les deux pouvoirs correspond à l'opposition fondamentale qui s'établit entre le souverain et les autorités remplissant un office de puissance publique». En CARRÉ DE MALBERG, R. (1984). *La loi, expression de la volonté générale*. Económica (p. 109). Por el contrario, la situación en Francia, modelo del constitucionalismo europeo, era radicalmente diferente: «Le Parlement, en tant que représentant du souverain, qui veut et qui

comprensión¹⁷⁴. A ello se unirán, como imposibilidad de acceder a un control difuso similar al estadounidense, los recelos hacia los jueces en el continente, motivados en parte por prejuicios históricos¹⁷⁵, así como por la concepción de la democracia que se asienta con la revolución, que no deja espacio a la actividad judicial en el proceso de creación del derecho¹⁷⁶, sino que centra la producción del derecho en la asamblea¹⁷⁷.

légifère, il résultait de cette conception principielle que le Parlement, en tant que représentant du souverain, possédait les pouvoirs de celui-ci, ou plus exactement qu'«il exerçait la souveraineté populaire elle-même» (p. 110). La interpretación de las normas en la jurisdicción difusa se centra en la idea de supremacía constitucional. Los antecedentes históricos se pueden ver en BLANCO VALDÉS, R. L. (1994). *El valor de la Constitución*. Alianza (p. 118 y ss.).

¹⁷⁴ El concepto de voluntad general en Rousseau conlleva un predominio del legislativo casi absoluto, en contraposición con la idea americana de que el legislativo no es la única fuente del derecho. Para una sistematización de los factores que originan una y otra concepción, BOUZAT, G. (1990). «El control constitucional. Un estudio comparativo», en *Fundamentos y alcances del control de constitucionalidad*. CEC (p. 90).

¹⁷⁵ Los recelos hacia los jueces en Francia tienen su origen en la vinculación de los *parlements* (tribunales superiores) al orden feudal. GARGARELLA, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Ariel (p. 94 y ss.). Esta desconfianza determinó que muy poco después de la Revolución, solo en 1790, se creara el *référé*, unas veces facultativo y otras obligatorio; (Vid. BELAID, *op. cit.*, p. 35). El *référé* no fue abolido hasta 1837 del ordenamiento jurídico francés. El *référé* legislativo es una institución francesa de 27 de noviembre de 1790, que estableció que el poder legislativo podía, en determinadas circunstancias previstas en la ley, emitir un decreto interpretativo, vinculante para el tribunal de casación. Las diferencias entre *référé* facultativo y obligatorio en BLANCO VALDÉS, *op. cit.*, p. 230. Los antecedentes son aún más remotos. En 1667 Luis XIV prohíbe a los tribunales toda aplicación del derecho que no sea un automatismo legal. La ley de 24 de agosto de 1790 ordena a los tribunales que para interpretar una ley se dirijan a los cuerpos legislativos. De hecho, J. Locke, al formular su inicial división de poderes se referirá al poder legislativo, ejecutivo y federativo, no apareciendo en ninguno el poder judicial como tal poder separado e independiente. LOCKE, J. (1981). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Aguilar (p. 110 y ss.).

¹⁷⁶ La restricción de la aplicación judicial a la *bouche de la lois*, impuso el *référé*, para impedir la interpretación, e intentar solo la aplicación. K. OLIVECRONA, *op. cit.*, p. 37. Hay que tener en cuenta que ni en los enciclopedistas franceses, ni en los ideólogos de la Revolución francesa encajaba el poder judicial como un poder real. En Rousseau podemos ver solamente dos poderes, el ejecutivo y el legislativo. Y estos dos poderes obedecen a las dos causas que concurren en una acción libre: la voluntad que determina el acto y el poder que la ejecuta. Al igual que un cuerpo físico, el cuerpo político tiene también dos móviles, la fuerza y la voluntad. La primera es el poder legislativo, y la segunda el poder ejecutivo. ROUSSEAU, *Del contrato social*, p. 61. Por su parte, es también lo suficientemente conocida la posición de Montesquieu al minimizar el poder judicial. Mientras el poder legislativo es el poder por excelencia en cuanto que representa la voluntad del pueblo, y el poder ejecutivo tiene su propia sustantividad cuando opera en los límites de la ley, el poder judicial solo ha de restablecer la correcta aplicación de la ley. No tiene sustantividad propia, y en tal sentido no se conceptúa propiamente como un poder más que a los efectos de frenar a los otros dos poderes. De hecho, Montesquieu no lo concibió de modo permanente sino transitorio, en determinadas épocas del año, nombrado entre personas del pueblo, y para atender a casos concretos. De esa manera, entendía Montesquieu, «el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión». MONTESQUIEU (1980). *El espíritu de las Leyes*. Tecnos (p. 152).

¹⁷⁷ Frente a la obsesión del derecho francés por la ley, la prioridad de la costumbre. De ahí que se haya establecido una relación especial entre la jurisdicción difusa y la costumbre como fuente del derecho. Para Losano, la jurisdicción del *common law* establece un derecho consuetudinario muy especial, «la costumbre que es fuente de este derecho no nace del comportamiento popular, sino del comportamiento de los jueces» en el derecho anglosajón, y frente a la generalidad de la ley, la casuística del precedente. LOSANO, M. (1982). *Los grandes sistemas jurídicos*. Debate (p. 168). Kriele ha puesto de manifiesto el

En Europa, la Constitución de Weimar tuvo un significado trascendental para el desarrollo de un derecho constitucional que se expandió por los estados centroeuropeos. Todo el derecho constitucional occidental partió después de Weimar de los postulados jurídicos que se formaron en aquel constitucionalismo de entreguerras. Esta constitución será pionera del constitucionalismo social en Europa. Su lucha contra el positivismo es la reafirmación por los valores del Estado social, la contraposición entre el formalismo y el sustancialismo en el derecho constitucional¹⁷⁸.

La cultura de Weimar excedió de lo estrictamente jurídico para formar parte de una cultura política floreciente. En esa cultura se sostuvo un concepto claramente antiformalista del derecho, con una nueva teoría del Estado que exigió una profunda reflexión sobre el método jurídico y se extendió hacia una nueva forma de entender el derecho¹⁷⁹.

La importancia del método determina la relación entre el sujeto y el objeto de investigación y ese relativismo científico permitió a autores como H. Heller formular una crítica a los postulados de Kelsen por su formalismo, basados en que una teoría del Estado tenía que ser una ciencia cultural, no natural, y por tanto exigía algo más que un método empírico y un conocimiento de los factores que intervienen en ella, y que trascienden la mera subjetividad para centrarse en elementos de política social¹⁸⁰. Dado que la articulación social tiene lugar en la sociedad civil, contrapunto del Estado, una teoría del Estado ha de concebirse desde la realidad histórica concreta de esa sociedad civil en la que son las relaciones de intercambio económico las que marcan su relación y desarrollo social.

Y en ese sentido hay que ver cómo el Estado interviene en el mercado, en esa sociedad civil, favoreciendo los intereses de una de las partes sobre la otra, de manera que no es libre para todo ese mercado; de ahí que la misión de la

origen del derecho anglosajón, y la prioridad histórica del derecho judicial sobre el legislado. Era el hecho, considerado injusto, lo que producía una actuación del agraviado ante el juez, que en ese momento establecía la regla a aplicar. (KRIELE, *op. cit.*, p. 143). Y solo cuando las relaciones sociales adquieren una complejidad que hace exigible una actuación constante del derecho, la actividad parlamentaria va tomando peso en la creación del derecho (p. 144). Frente a la desconfianza ante los jueces, la concepción de los jueces como representantes del pueblo, que les confiere un papel muy activo. A diferencia del sistema continental, cuya historia de la evolución interpretativa se ha venido expresando a través de la ley, en el sistema de jurisdicción difusa, la evolución del derecho viene marcada a través de la actividad de los jueces. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1980). Prólogo a *Los diez mejores de la Historia norteamericana*, de B. SCHWARTZ, Civitas (p. 12).

¹⁷⁸ LUCAS VERDÚ, P. (1987). *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Tecnos (p. 25).

¹⁷⁹ HELLER, *op. cit.*, p. 41.

¹⁸⁰ *Ib.* 48 y ss.

teoría del Estado consiste en mostrarlo dentro del conjunto de todas esas circunstancias, con las conexiones de una sociedad económica dividida en clases. El Estado viene a ser la fuente de validez formal del derecho, porque establece y asegura su cumplimiento¹⁸¹.

Heller considera que el jurista que solo se interesa por los preceptos de derecho positivo, es un «jurista judicial», pero este es un derecho insuficiente. De ahí la carencia de la teoría de Kelsen sobre el derecho, porque el derecho se tiene que considerar desde la legitimidad del Estado para imponer las normas, y esto exige una reflexión sobre el contenido. Hasta tal punto esto es así que una constitución, como norma fundamental del Estado, solo es constitución si comprende tanto la normatividad jurídica como la extrajurídica; sin la permanencia de las normas sociales no existe constitución, porque solo la sociedad puede legitimar el derecho¹⁸². Porque el derecho viviendo se desarrolla y expresa el dinamismo constitucional y del derecho positivo que constantemente se reactualiza. En ese sentido, un precepto jurídico hoy solo es válido en tanto en cuanto que en tales circunstancias el hombre se ha de comportar de ese modo que la ley exige.

De manera que el significado de la Constitución de Weimar para el constitucionalismo occidental es el de la construcción de un constitucionalismo de base material. Aunque en su momento fuera tachado de improvisación y no satisfizo a la izquierda ni a la derecha, condicionada por el tratado de Versalles, cuya firma no consiguió cerrar las heridas de la primera gran guerra, el tiempo puso de manifiesto que lo que entonces se estaba gestando en el derecho era un completo cambio de paradigma científico, que superaba una idea periclitada del derecho, para sobreponer otro concepto en el que la interpretación ganaba el camino de la constitución material, al formalismo jurídico anterior. Smend, uno de los autores que contribuyó al desarrollo de esa nueva concepción del derecho, concibe la Constitución como una manera de integración social. Y con distintas variaciones Schmitt y Heller también. Estos

¹⁸¹ *Ib.* 204.

¹⁸² *Ib.*, p. 65. Donde se instala el derecho de igualdad en la aplicación de la ley, es dentro del contenido del artículo 14 de la Constitución. Sin embargo, y precisamente por esa identificación entre derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y el precedente, su sede más correcta sería en el artículo 24. Bien es verdad que la igualdad en la aplicación de la ley no apunta solamente al proceso, sino que es comprensivo de las normas materiales de aplicación, pero con toda evidencia se desenvuelve en el momento de aplicación de la ley. Por eso precisamente se identifica con el precedente, porque coincide con el desarrollo de esa actividad racional que culmina con la decisión judicial, y que ha de ser conforme con la anteriormente dictada, vulnerando la igualdad, si no coincide con ella, es decir, si no se ha seguido el precedente.

tres autores fueron los renovadores de la teoría de la Constitución en Alemania, reaccionando contra el positivismo jurídico; y después del paréntesis de la dictadura del III Reich, se volverá a actualizar en la Alemania de las siguientes décadas.

A la doctrina española de principios del siglo xx llega e influye cubriendo un grave vacío científico-cultural, y frente a la dialéctica del positivismo o formalismo de una jurisprudencia de conceptos se inicia otra de intereses o valores ¹⁸³.

Y cambian las formas de entender el derecho en aspectos como el valor de los preámbulos constitucionales, que ciertamente no le atribuyen normatividad directa, pero sí la de un significado político, y manifiestan la fórmula política y la expresión ideológica de la forma en que se organiza el Estado en identificación de la Constitución.

Es cierto que Weimar no fue capaz de engarzar esa doctrina de manera inmediata, y fue en ese sentido fallida, por los acontecimientos históricos que después vinieron, y que derivaron en una situación de dictadura en la que la teoría positivista del Estado se impuso hacia una ideología del poder, y por lo tanto no consiguió la integración, pero allí se había producido ya un camino sin vuelta para el derecho ¹⁸⁴.

Con estos antecedentes, resulta comprensible que la jurisdicción constitucional se construya en Europa sobre la base de un sistema de control concentrado. Los primeros intentos de configurar una jurisdicción constitucional ¹⁸⁵ aparecen en la segunda mitad del siglo xix en Europa ¹⁸⁶ y tienen que ver con

¹⁸³ LUCAS VERDÚ, *La lucha contra el positivismo...*, p. 149-203.

¹⁸⁴ *Ib.*, p. 258.

¹⁸⁵ La jurisdicción concentrada, de acuerdo con la definición de Cruz Villalón. «Se basa en un proceso autónomo de constitucionalidad ante un órgano jurisdiccional único y específico, a impulso bien de un órgano constitucional o fracción del mismo, bien de un juez o tribunal con ocasión de la resolución de un proceso pendiente, con efectos inmediatos o «generales» sobre la validez o, cuando menos la vigencia de la norma sometida a control en el supuesto de una sentencia declaratoria de inconstitucionalidad». CRUZ VILLALÓN, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. CEC (p. 35).

¹⁸⁶ Así, es la Constitución suiza la primera que en 1874 establece en Europa un control de constitucionalidad de las leyes e incluso hay algunos antecedentes todavía más remotos, pero la elaboración dogmática de esta institución pertenece sin duda a Kelsen, autor de la regulación del control de constitucionalidad de las leyes, para mantener la voluntad del poder constituyente, por encima de las mayorías coyunturales, que puedan desvirtuar la norma constitucional (*Ib.*, p. 49). Hay antecedentes en Laband y en Jellinek, donde se sostienen posiciones a favor o en contra de una jurisdicción constitucional encaminada, más que a la defensa de las normas constitucionales, a la resolución de conflictos entre órganos constitucionales. Laband echa en falta una institución capaz de resolver el conflicto ejecutivo-parlamento, planteado con ocasión de la denegación de la aprobación de los presupuestos estatales, y que pudiera dar una solución «con arreglo a los principios de derecho y sin consideración alguna a razones políticas, a los litigios entre el Gobierno y el Parlamento». P. LABAND, *op. cit.*, p. 79.

dos razones históricas que responden, de una parte, a la estructura federal de ciertos Estados y, de otra, a la necesidad de resolver los conflictos institucionales entre las diferentes instancias de poder¹⁸⁷.

Aunque la aparición de la jurisdicción constitucional está conectada inicialmente con la distribución territorial del poder¹⁸⁸, y con la necesidad de cohesionar los intereses de los diferentes territorios, terminará por configurarse finalmente como un sistema de control de las decisiones de las mayorías en el poder. Estos intentos quedan superados por dos proyectos históricos concretos: la Constitución de Weimar de 1919, y la Constitución austríaca de 1920.

En el primer caso, no se puede decir que la Constitución de Weimar reconozca un control de constitucionalidad de las leyes, pero sí se asientan dos bases muy importantes para la jurisdicción constitucional de 1949: la supremacía constitucional, y la judicialización de los conflictos de competencias entre el *reich* y los *länder*¹⁸⁹.

A partir de aquí, la extensión del sistema de justicia constitucional en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial se asentará sobre las dos condiciones que la hacen posible: la normatividad de la Constitución, presupuesto jurídico-formal, y el pluralismo de las fuerzas constitucionales¹⁹⁰. La jurisdicción constitucional adquiere una importancia fundamental por la peculiaridad de las constituciones modernas, que, respecto de las antiguas, propone, y a su vez responde a, modelos abiertos de sociedad conflictivos que encuentran en la Constitución un equilibrio de fuerzas dirigido a mantener un cierto *status quo*. Para contribuir a la estabilidad de las instituciones, de la Constitución misma y del sistema político que crean, los Tribunales Constitu-

¹⁸⁷ En cuanto, a la primera circunstancia, permite zanjar los conflictos entre los diferentes Estados, y en cuanto a las instituciones, varias situaciones históricas pusieron de manifiesto la necesidad de crear un órgano capaz de determinar con criterios jurídicos los problemas políticos que presentaban las relaciones entre el Parlamento y el monarca. La Constitución de Sajonia de 1831 establece ya un TC con funciones de interpretación auténtica de las normas. Sobre la evolución histórica de la jurisdicción constitucional en Alemania, *cfr.* SCHLAICH, K. (1984). «El Tribunal Constitucional Federal Alemán», en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. CEC (p. 217).

¹⁸⁸ P. CRUZ VILLALÓN (*op. cit.*, p. 49) sitúa como alternativa al modelo de control de jurisdicción difusa la Constitución Federal Helvética de 1784, si bien se trata, en sus palabras, más de un control de federalidad que de constitucionalidad (p. 50).

¹⁸⁹ Para Cruz Villalón, el año 1925 constituye una fecha clave para el establecimiento del control de constitucionalidad, al arrogarse el poder judicial la competencia en los conflictos de competencias entre los órganos del *reich*. (*Ib.*, p. 72).

¹⁹⁰ Acerca de la exigencia de la normatividad constitucional como presupuesto de la justicia constitucional, *cfr.* ARNOLD, R. (1990). *Profili di giurisdizione costituzionale comparata*. Lint (p. 6 y ss.).

cionales tendrían, entre otras, la función de equilibrar el sistema, sirviendo de válvula de escape a ciertos conflictos ¹⁹¹.

En todo caso, hoy puede decirse que la jurisdicción concentrada ha experimentado un progresivo desarrollo en sentido convergente hacia el modelo de control difuso, incorporando técnicas propias de ese modelo. Esto es también, en gran medida, una consecuencia natural de la expansión misma de la normatividad constitucional que convierte a los jueces ordinarios en jueces constitucionales en el ámbito de sus competencias y los obliga a relativizar su sometimiento a la ley en virtud de exigencias que se derivan de la propia Constitución. Junto a ello, es evidente que en la medida en que se asimilan los valores constitucionales por parte de los poderes públicos, se avanza en el modelo de jurisdicción difusa ¹⁹².

Si bien el acercamiento en el control constitucional de las normas es cada vez mayor entre ambos sistemas ¹⁹³, y depende en gran medida del comportamiento de las instituciones en la asimilación de los valores constitucionales ¹⁹⁴, esta convergencia no es más que una manifestación particular del acercamiento progresivo entre los dos sistemas jurídicos, pero deja en pie las diferencias estructurales existentes, de importancia incuestionable a efectos de determinar los procesos de interpretación y aplicación del derecho constitucional.

Desde sus inicios, el sistema de jurisdicción difusa va a partir de bases muy diferentes a las del sistema de jurisdicción concentrada en sus comienzos ¹⁹⁵. La diferencia entre los dos modelos era absolutamente radical. Así, por

¹⁹¹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, p. 53.

¹⁹² Para Zagrebelsky, las diferencias entre el sistema continental y el anglosajón, arrancan de la diferente evolución del concepto de soberanía de ambas culturas. Él compara dos normas, el artículo 5 de la Declaración de Derechos francesa de 1789, y la IX Enmienda de la Constitución americana. Para la norma francesa, la libertad es hacer todo lo que la ley no prohíbe, para los americanos, es hacer lo que la ley permite. Dos concepciones basadas en la diferente concepción de la soberanía. Para los americanos, la carta constitucional era el acto por el que el pueblo soberano delega al gobernante, por lo que ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida, y los franceses en cambio daban a la Asamblea todo el poder. *Il diritto mite*, p. 69.

¹⁹³ También para García de Enterría, el sistema de control de constitucionalidad europeo es tributario del modelo de jurisdicción difusa. *La Constitución como norma...*, p. 134.

¹⁹⁴ «Cuanto más penetran los valores constitucionales en la cultura individual de los jueces, tanto más la tutela de los derechos constitucionales se hace difusa en cualquier nivel de la jurisdicción». PACE, A. (1991). «El legislador de los derechos fundamentales», en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, de López Pina (ed.). Civitas (p. 95).

¹⁹⁵ E. García de Enterría ha establecido *grossso modo* las diferencias entre la jurisdicción concentrada en la formulación de Kelsen, y la jurisdicción difusa americana del control de constitucionalidad. Así, considera que, ante la designación de un tribunal específico, *ad hoc* y único, del sistema de jurisdicción concentrada, en la jurisdicción difusa, el control de constitucionalidad difuso corresponde a cada tribunal, en el caso concreto. De ahí se desprende otra consecuencia importante: el control kelseniano es un control negativo y abstracto, en tanto que el control de constitucionalidad de la jurisdicción difusa es concreto y

referencia a sus elementos esenciales de estructuración, se puede decir que el control concentrado se conformó como un control por vía de acción, promovido por determinados sujetos políticos o constitucionales, que daba lugar a una declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad con efectos *erga omnes* y normalmente *ex nunc*. Por el contrario, el difuso es un control por vía de excepción (planteado dentro de un proceso jurisdiccional ordinario), promovido por cualquier ciudadano, que da lugar a una declaración de inconstitucionalidad con la consiguiente inaplicación con efectos *inter partes* (y, por naturaleza, *ex tunc*).

Estas diferencias pueden relativizarse desde la perspectiva de la jurisdicción difusa, si atendemos a la incidencia que en ese sistema tiene el precedente ¹⁹⁶ y a la responsabilidad con la que el juez tiene que asumir su función cuando implica una decisión sobre alguna norma ¹⁹⁷, por más que nunca pueda considerarse la misma posición ¹⁹⁸.

propiamente judicial. El primero tiene unos efectos *erga omnes*, y el segundo limitados a las partes. Finalmente, la naturaleza constitutiva de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene una proyección de futuro *ex nunc*, mientras que las dictadas por la jurisdicción difusa tendrían efectos *ex tunc*. *La Constitución como norma y...*, p. 57.

¹⁹⁶ Así, la doctrina americana mantiene que la declaración de inconstitucionalidad de los jueces no es exactamente una derogación, aunque los efectos prácticos sean idénticos, porque el sistema judicial americano, a través del precedente, mimetiza esa resolución. Tampoco el Congreso realiza formalmente la derogación, así que, pese a que el fallo es solo revocatorio, y la inconstitucionalidad viene razonada en los fundamentos jurídicos, en la práctica la norma queda derogada. ALONSO GARCÍA, E. (1982). «Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional americano». *REDC*, n.º 2 (p. 214). En cuanto a la naturaleza de las normas invalidadas por la Corte Suprema de los EE. UU., RUBIO LLORENTE, F. (1993). *La forma del poder*. CEC (p. 504).

¹⁹⁷ Si bien la interpretación de las normas en cuanto creadora de derecho ofrece ostensibles diferencias entre el *civil law* y el *common law*, sin embargo, algunos autores han minimizado estas diferencias porque en la práctica ciertos mecanismos sociales favorecen la interpretación jurisprudencial. Así, Olivecrona pone de relieve cómo, pese al pretendido carácter individual que tienen los casos judiciales con relación a la ley, «los actos legislativos difieren (en contenido y significado) de aquellos que desarrollan el derecho jurisprudencial. En el proceso legislativo se establecen conscientemente normas generales, de forma específicamente determinada. El acto de la promulgación, junto a la publicación oficial en letra impresa, proporciona un fácil criterio para identificar los textos que han superado tal procedimiento. Sin embargo, los precedentes son decisiones sobre casos individuales, y tales decisiones consisten en una sentencia que concede o rechaza la petición del demandante (en los casos civiles). Los tribunales, en las razones que aducen para su decisión, expresan su opinión sobre los hechos pertinentes, las normas legales aplicables, las razones en favor o en contra de ciertas interpretaciones de estatutos o precedentes, y quizás otros puntos de vista, que han podido inducir a los jueces a actuar de una forma determinada. Aquí no se establecen, pues, leyes o normas generales; pero cuando el juez sabe que sus argumentos se considerarán como interpretación autorizada de la ley existente (o que se utilizarán probablemente para justificar una decisión sobre un caso futuro), su posición es similar a la del legislador. De hecho, al referirse a un caso concreto, está estableciendo normas generales». K. OLIVECRONA, *op. cit.*, p. 107.

¹⁹⁸ «Por su intrínseca naturaleza: función resolutoria de controversias concretas, el juez del sistema difuso se ve obligado a cumplir una valoración de la justificación de la ley lo cual es completamente extraño al juez constitucional de impronta kelseniana». LUCAS VERDÚ, P. (1993). *La Constitución abierta y sus enemigos*. Beramar (p. 77).

B) EL PRECEDENTE EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DIFUSA

Es precisamente el destacado papel de precedente en el sistema de jurisdicción constitucional difusa el que mejor permite apreciar, de un lado, las diferencias entre ambos sistemas y, del otro, el potencial acercamiento entre ellos, en la medida en que, a través de un cierto modelo de igualdad, el sistema de jurisdicción concentrada adopta posiciones cercanas a ese modelo de jurisdicción difusa.

Se considera como precedente el ejemplo o caso anterior que sirve, o puede ser tomado, como modelo o regla para casos subsiguientes, o en virtud del cual puede defenderse o justificarse algún acto o circunstancia similar¹⁹⁹.

El precedente obedece a la necesidad de mantener una certeza jurídica en las resoluciones judiciales, evitando que se produzcan decisiones contradictorias acerca de casos similares. Y cuando se habla de la certeza en el derecho de la seguridad jurídica, o en su caso, de la igualdad formal, lo que en el fondo subyace es la necesidad de mantener, en un ordenamiento jurídico, una cierta coherencia.

El sistema de la jurisdicción difusa presenta dos modelos claramente diferenciados: el inglés y el americano. La diferencia fundamental entre ambos está en el referente constitucional americano por el efecto de la Constitución de los EE. UU.²⁰⁰

Quizás esta razón, la de tener un texto constitucional claro y articulado, junto a la existencia de un sistema federal²⁰¹, le ha hecho evolucionar hacia un modelo de *common law* más flexible, con una vinculación al precedente más relajada, en la que el papel del juez adquiere preponderancia sobre el del precedente²⁰².

Para Kriele, es en el precedente donde se encuentra la diferencia fundamental entre el sistema de jurisdicción concentrada y difusa²⁰³. Al surgir el *common law* como un derecho del caso (*case law*), estamos continuamente

¹⁹⁹ Cfr. citado por ESSER, J. (1961). *Principios y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Bosch (p. 351).

²⁰⁰ Acerca de la recepción del modelo inglés, y sobre los intentos codificadores de los Estados, ver ITURRALDE, V. (1995). *El precedente en el common law*. Civitas (p. 130 y ss.).

²⁰¹ *Ib.*, p. 135.

²⁰² Las líneas de seguimiento del precedente están en función de estos criterios; como regla general deben seguirse, por ser un criterio estable y uniforme, tiene como límite los intereses públicos y la valoración de su seguimiento depende de criterios de interés general (*Ib.*, p. 138).

²⁰³ Aunque Kriele establece taxativamente las diferencias entre el sistema del *common law* y las del Estado de derecho alemán, lógicamente la práctica totalidad de estas coinciden con las del *civil law*, a excepción, ciertamente, de la circunstancia, también histórica, de la figura de la monarquía, que configura de modo *sui generis* el origen del constitucionalismo alemán.

ante un proceso abierto a la realidad y a la circunstancia propia del caso. Por contra, el *civil law* desarrolla un sistema de derecho objetivo, construido dogmáticamente, que pretende tener previstas las soluciones, previamente a los problemas²⁰⁴.

a) *La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente*

De las razones que abundan y justifican el precedente en nuestro ordenamiento la primera es la lógica de la jerarquización del derecho, que obliga a los órganos jurisdiccionales inferiores a plegarse a los superiores. Desde una lógica horizontal, es propio de una creación del derecho la necesaria motivación de un cambio de criterio por parte de los tribunales en aras de la seguridad jurídica que el justiciable debe tener para saber con antelación cual puede ser el resultado de una pretensión jurídica. El precedente como institución de control de constitucionalidad sirve a la certeza de ese sistema en la medida en que lo provee de seguridad jurídica, sabiendo el justiciable con razonable probabilidad cuál puede ser el resultado de su demanda, pero en el sistema continental tiene la dificultad de restar evolución al derecho²⁰⁵.

G. Ferreres opina que el precedente como tal no se da en nuestro sistema de jurisdicción concentrada. La razón de que en el *common law* surja el precedente está en que los recursos interpretativos, en ausencia de los textos legislativos, son más limitados, y esto no favorece la uniformidad, por lo que es necesario ese estabilizador ideológico. En cambio, en el *civil law* el juez puede interpretar las leyes contextualizadas en un ordenamiento jurídico positivo muy amplio, y llevado por su jerarquización y el sistema de recursos, de manera que se garantiza de manera suficiente la uniformidad del ordenamiento²⁰⁶.

Su lectura del artículo 117.1 es literal en cuanto que exige solo vinculación a la ley. El principio de independencia judicial podría colisionar con esa exigencia de respeto a las resoluciones judiciales en algunos casos, por lo que niega el carácter vinculante de la jurisprudencia como fuente del derecho²⁰⁷.

²⁰⁴ Para Kriele, además de la tradición soberana del monarca alemán, había que contar con toda la tradición católica y romana del derecho como sistema de normas. M. KRIELE, *op. cit.*, p. 147.

²⁰⁵ CAPPELLETTI, M. (2007). «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado», en *La justicia constitucional / Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Porrúa (p. 67).

²⁰⁶ FERRERES, V., y XIOL, J. A. (2009). *Carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Colóquio Jurídico Europeo.

²⁰⁷ *Ib.*, p. 75.

Pero en realidad esta es una posición sostenible desde una exigencia de certeza y seguridad jurídicas, o desde la coherencia del derecho como sistema. J. A. Xiol enmarca el precedente en la jurisprudencia desde el 161.1.a) CE, 123 CE y 152 CE, el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las sentencias por los tribunales de justicia cuando ejercen funciones de casación, y su exigencia regulada en los artículos 40.2, y 99.2 LOTC y en el artículo 5 LOPJ.

La jurisprudencia como precedente consiste por tanto, en llevar el efecto de cosa juzgada y extenderlo, por exigencia del principio de igualdad, y en la obligación de explicar las razones de la decisión de separarse del criterio del precedente. Esto constituye una exigencia de motivación, de tal modo que un cambio de criterio judicial que no cumpla esa exigencia podría llegar a ser susceptible de un recurso de amparo invocando el 24 CE²⁰⁸.

Los elementos que pueden constituir el precedente no están formalmente definidos. Lo pueden constituir los hechos, las reglas de interpretación aplicables al caso, o, en última instancia, los propios fundamentos jurídicos. También pueden constituir el precedente más de uno de estos elementos. Basta que exista una identidad entre el caso anterior y el que se somete a consideración, pues lo que pretende el precedente es proporcionar una seguridad jurídica, haciendo conocer con una razonable antelación la solución a una controversia legal, y que hechos iguales no tengan soluciones diferentes.

El precedente apunta a su valor vinculante en cuanto derecho a la igualdad y seguridad jurídica. Sin embargo, la progresión del derecho pasa por su evolución y, en ese sentido, la posibilidad de separarse en un entendimiento evolutivo hace necesaria la explicitación del cambio de criterio²⁰⁹.

Desde la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señala Xiol cómo la apelación al precedente se ha señalado sin explicitar la figura jurídica del precedente, por primera vez, para desestimar el amparo en casos pretendidamente idénticos, en la STC 14/1981, y después en las SSTC 49/1982 y 52/1982. El análisis del precedente en estas sentencias se reduce al ámbito comparativo en el que se desestiman los razonamientos de los solicitantes de amparo basados en una desigual aplicación de la norma en comparación con supuestos iguales. No será hasta el ATC 289/1983, cuándo se desestimaré la pretensión

²⁰⁸ *Ib.*, p. 84-98.

²⁰⁹ Un estudio sobre la relación entre el derecho de igualdad y la institución del precedente en XIOI, J. A. (2005). *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*. Colegio de Registradores de España (p. 57).

de aplicación del derecho de igualdad ante una resolución judicial que, a juicio del tribunal, no constituye precedente²¹⁰.

El precedente ha sido valorado desde el derecho continental en dos parámetros fundamentales: de una parte, la seguridad jurídica que aporta al derecho y, de la otra, la petrificación que supone para el ordenamiento²¹¹. En cuanto al primer aspecto, el precedente es funcional a un sistema porque permite predecir el resultado²¹², pero, en cuanto a la petrificación que supone para un ordenamiento, la valoración es negativa, porque impide su avance²¹³.

Por otro lado, las posibilidades de seguridad jurídica del precedente están en cierto sentido relativizadas por la creación de la norma de aplicación de cada juez en el caso concreto²¹⁴. Alonso García delimita el precedente del se-

²¹⁰ En su cita textual, el Auto 290/1983, dice que «Por ello, hemos de partir de la doctrina reiterada en diversas ocasiones a partir de la Sentencia 49/1982 de la Sala Segunda de este Tribunal de 14 de julio (“Boletín Oficial del Estado” de 4 de agosto de 1982), que indica que la regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, además de la igualdad de la ley, la igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto problema –continúa dicha sentencia– es el relativo a la igualdad en la aplicación de la ley cuando esta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos –prosigue–, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que coexistir con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales. 2. Partiendo de esta doctrina, es claro que el principio de igualdad no ha podido ser vulnerado por la sentencia del Tribunal Supremo impugnada, que no se aparta de los precedentes más inmediatos ni de la doctrina sentada en sus sentencias más recientes (antecedente segundo), estando además motivada esta conformidad, sin que pueda admitirse que los recurrentes tomen como término de comparación el precedente que les parezca más oportuno –cualquiera que sea el número de años transcurridos–, sino que necesariamente tal comparación ha de producirse con la línea jurisprudencial que se viene observando por el Tribunal Supremo, cuyo cambio sería precisamente discriminatorio de no ser razonado».

²¹¹ Para Kelsen, el inconveniente del precedente está en la falta de flexibilidad, y su ventaja en la seguridad jurídica. H. KELSEN, *Teoría pura...*, p. 259.

²¹² «Las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según decisiones judiciales previsibles» (*Ib.*, p. 260). Para Kelsen, el precedente debería de ampliarse a las decisiones de los órganos administrativos. Vincula el precedente al principio de seguridad jurídica que es principio de todo Estado de derecho.

²¹³ La filosofía del precedente es discutible porque tanto vale la seguridad jurídica que se persigue como la idea de que el derecho ha de progresar con la evolución social. Ross resume la doctrina del *stare decisis* en estos puntos: el tribunal está obligado a respetar las decisiones judiciales anteriores, y las de los tribunales superiores. Cualquier decisión anterior de un tribunal es digna de ser tenida en cuenta. La decisión obligatoria lo es sólo en la *ratio decidendi*. Los precedentes no pierden vigencia con el tiempo. Esto no debe privar al juez de su libertad, porque la *ratio decidendi* otorga suficiente amplitud para que el juez tenga margen de maniobra. La identificación de las circunstancias de hecho en los casos permite al juez considerar o no igual ese caso o razonar las diferencias apartándose del *stare decisis*. A. ROSS, *op. cit.*, p. 82-86.

²¹⁴ BETTI, E. (1975). «Interpretación de la ley y de los actos jurídicos». *Revista de Derecho Privado*, Editoriales del Derecho Reunidas. En cuanto que el juez ha de decidir, al menos, si se trata de un supuesto

guimiento jurisprudencial por parte de los órganos jurisdiccionales inferiores del de los superiores. Y también en línea horizontal de qué es precedente y qué exigencias tiene respecto de la identidad de supuesto de hecho. He aquí el punto de fuga del precedente, la identificación, porque es a través de una lectura acerca de si estamos ante un caso idéntico o no, como puede aplicarse ese precedente. Y, en todo caso, el *overruling* determina la posibilidad de apartarse de él solo con explicitarlo. La autovinculación o no a un precedente no es susceptible de revisión, habida cuenta que el TC cierra y determina la finalidad de los procesos constitucionales.

b) *La igualdad y el precedente*

Existe un cierto consenso doctrinal acerca de que en nuestro ordenamiento jurídico se presta escasa consideración al precedente judicial. Nuestro sistema de jurisdicción, enraizado con ligeras diferencias en el sistema austriaco, de *civil law* o de jurisdicción concentrada, difiere sustancialmente del anglosajón, del *common law* o de jurisdicción difusa. Esto ha originado que las resoluciones judiciales deban ser racionales y congruentes, pero no necesariamente sujetas a otras resoluciones anteriores, y el límite a la posibilidad de los cambios de criterio de los órganos jurisdiccionales sea relativamente amplio. A esto hay que agregar la necesaria articulación entre los estados federales, y el Tribunal Supremo. Pero en ambos modelos, el eje central en torno al que gira la aplicación judicial del derecho es el precedente.

El fundamento del precedente es la igualdad²¹⁵, y la exigencia de universalidad del derecho en cuanto a que una decisión sea susceptible de ser aplicada a todos y en todo momento, para que pueda ser aceptada como norma²¹⁶.

Para el cumplimiento de la igualdad, es necesario que las resoluciones judiciales se repitan cada vez que los hechos a enjuiciar coinciden²¹⁷. Y el

semejante al anterior, a los meros efectos siquiera sea de comprobar si hay precedentes, «la autoridad del precedente no es irrecusable: queda siempre sujeta al control y la revisión crítica» (p. 212).

²¹⁵ «La exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual». ALEXY, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. CEC (p. 262).

²¹⁶ La exigencia de generalidad de la norma o su universalidad trae causa en el imperativo kantiano en el que se basan todas las teorías morales del derecho: obra de tal modo que tu conducta pueda ser universal. De ahí se desprende que una solución jurídica para ser justa ha de satisfacer esa condición de universalidad. M. Gascón justifica el precedente por la necesidad de satisfacer «la exigencia práctica de universalización de las propias decisiones». GASCÓN, M. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación judicial*. Tecnos (p. 35).

²¹⁷ Para M. Gascón, el respeto al precedente precisa una motivación en el sentido de que «hay que interpretar y aplicar el derecho conforme a criterios que, por considerarlos correctos, se estuviera dispues-

cumplimiento de la igualdad en la aplicación judicial del derecho viene favorecido por una cierta inercia social, que se mantiene hasta que se produce alguna circunstancia que la rompe. Para que la inercia se invierta, es necesario que cambie el discurso jurídico, bien porque cambien las circunstancias políticas, o la propia mentalidad colectiva social²¹⁸.

Por tratarse de un razonamiento, el discursivo, que se produce en un medio siempre marcado por intereses contrapuestos, la evolución del proceso argumentativo es constante. El discurso jurídico, que por sus propias características no es definitivo ni permite conclusiones intemporales, debe permitir una revisión siempre que sea posible²¹⁹. Sin embargo, y una vez incorporado al sistema un precedente, el que quiera apartarse de él deberá sufrir la carga de la argumentación²²⁰. El precedente, dentro de la argumentación del proceso, tiene la virtualidad de hacer cesar la labor argumentativa, porque ese razonamiento ya viene establecido en otro caso en el que supuestamente se ha llegado a ese razonamiento. La economía procesal que permite el precedente justifica su uso. Los precedentes facilitan, por tanto, la seguridad jurídica²²¹.

c) *Elementos de flexibilidad del precedente*

Iturralde pone de manifiesto ciertas fisuras del sistema que, bajo distintos argumentos, muestran la relatividad del precedente²²².

to a utilizar en la resolución de todos los casos iguales que puedan presentarse en el futuro». (*Ib.*, p. 98).

²¹⁸ Perelman ha señalado la inercia con la que se conducen los procesos jurídicos, que incorporan de forma poco consciente elementos de reiteración en el discurso jurídico, en una tendencia del propio sistema jurídico a mantener unidad y coherencia. Cuando una técnica argumentativa se instala en el ordenamiento, produce efectos inerciales, no va a cambiar hasta que por razones evolutivas o de cambio político se reconsideren los valores sobre los que se asienta esa argumentación. Perelman considera que existen en el discurso argumentativo unas técnicas de enlace y unas técnicas de disociación de nociones. Los lugares comunes son a la argumentación, lo que los axiomas a la ciencia. Se considera que están en todas las mentes. (Ch. PERELMAN, *op. cit.*, p. 156-166).

²¹⁹ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 201.

²²⁰ *Ib.*, p. 263.

²²¹ R. Alexy dice que, en el transcurso de un razonamiento jurídico, «cuando pueda citarse un precedente, en favor o en contra de una decisión debe hacerse», y «quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación». (*Ib.*, p. 265). Para Alexy, el precedente no está fuera, sino que forma parte de la argumentación jurídica. La argumentación debe ser un proceso que integre la acción correctamente combinada de estos tres elementos, la ley, el precedente y la dogmática (p. 314).

²²² Los refiere la autora al sistema anglosajón, donde de manera aparente al menos, el precedente opera con mayor fuerza que en EE. UU. Aun así, a veces los tribunales se apartan ostensiblemente de los precedentes bajo algunas de estas razones: un cambio en las circunstancias, necesidad de desarrollar y expandir un concepto jurídico, mayor atención a los principios que a la decisión, utilización de la máxima *cesante ratiōne cessat ipsa lex*, distinción más o menos artificial entre los casos, manipulación de los precedentes, descrédito de la autoridad que dicta el precedente. (ITURRALDE, *op. cit.*, p. 69).

Además, otra forma de limitar la aplicación de los precedentes es limitando su campo de aplicación. No se aplican por parte de la House of Lords a sus propias decisiones, se limita de forma notable el precedente horizontal, y todo ello flexibiliza un sistema que, a simple vista, pudiera parecer petrificado, dando un carácter innovador a la aplicación del derecho²²³.

Finalmente, *el common law* no renuncia del todo a la ley. El *statute law* adquiere cada vez más importancia en este sistema, porque en las sociedades industriales cada vez son mayores las necesidades de regulación²²⁴.

d) *Valoración del precedente en el conjunto de la actividad interpretativa*

El precedente tiene la virtualidad de conformar la actividad interpretativa manteniendo las mismas resoluciones judiciales, para los mismos o parecidos casos.

Desde este punto de vista, parece claro que la seguridad jurídica queda garantizada con el precedente. Pero para Kelsen, si su ventaja está en la seguridad jurídica,²²⁵ el inconveniente del precedente está en la falta de flexibilidad²²⁶. No hay, por tanto, posiciones acerca del precedente que ignoren que junto a las posibilidades conformadoras de coherencia y seguridad están los inconvenientes de la falta de adecuación a los cambios sociales.

Las reticencias acerca del precedente en el sistema de *civil law* se ponen de manifiesto cuando indagamos acerca del mismo concepto de derecho. En Betti, poco sospechoso de una concepción legalista del derecho, se evidencia la reticencia a admitir el precedente como norma al menos de una manera directa²²⁷.

En la actualidad, los precedentes tienen índices correctores importantes:

La obligación de seguir al precedente no lo es al fallo, sino a la *ratio decidendi*, de donde adquiere especial relieve el proceso de razonamiento y argu-

²²³ *Ib.*, p. 71 y ss.

²²⁴ *Ib.*, p. 134.

²²⁵ «Las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según decisiones judiciales previsibles». Para Kelsen el precedente debería de ampliarse a las decisiones de los órganos administrativos. Vincula el precedente al principio de seguridad jurídica que es principio de todo Estado de derecho. *Teoría pura...*, p. 260.

²²⁶ *Ib.*, p. 259.

²²⁷ En cuanto que el juez ha de decidir al menos, si se trata de un supuesto semejante al anterior, a los meros efectos siquiera sea de comprobar si hay precedentes, «la autoridad del precedente no es irrecusable: queda siempre sujeta al control y a la revisión crítica». (BETTI, *op. cit.*, p. 212). Otorga a la sentencia una limitada eficacia normativa, la de cosa juzgada entre las partes, a diferencia de otros sistemas como el anglosajón, «de diferente mentalidad y ambiente jurídico» (p. 213).

mentación seguido por el tribunal²²⁸. Pero en cuanto que no se predica del fallo, sino de la *ratio decidendi*, el precedente se sitúa en el núcleo mismo de la decisión judicial. Al no abarcar a las meras consideraciones del tribunal (*obiter dicta*), sino al fundamento de la decisión judicial, el precedente centra su propia naturaleza en el razonamiento discursivo que produce la decisión²²⁹. Por ello, un cambio razonado de la fundamentación jurídica puede tener como consecuencia que se pueda cambiar la orientación del precedente²³⁰. Esto ocurre mediante dos mecanismos distintos, el *distinguishing*, y el *overruling*. En el primer caso, se trata de no seguir el precedente, porque en el supuesto de hecho se puede introducir una diferenciación que justifique la desigualdad. En el segundo, se trata de una ruptura del precedente de forma justificada²³¹.

e) *El precedente y la seguridad jurídica*

El derecho después de la Segunda Guerra Mundial ha demostrado no ser seguro, adolece de certeza, porque entre el derecho y la ley hay una fractura determinada por el uso arbitrario de las normas. El existencialismo y la indeterminación del derecho del nazismo generan una convulsión en el mundo jurídico que produce obras como la de Rabruch que exigen en el derecho la seguridad y la certeza²³².

²²⁸ La *ratio decidendi* es «la clave de la doctrina del precedente». ITURRALDE, *op. cit.*, p. 80. Se diferencia de los *obiter dicta* en que estos son aquellas consideraciones «que aparecen en las sentencias, pero que no se consideran necesarias para la decisión» (p. 81). Su determinación en cuanto precedente a aplicar, es una actividad de indagación tendente a averiguar cuál es el núcleo del caso, y cómo se resuelve. Como no se oculta a la observación, tal actividad entraña la dificultad inherente a toda labor de investigación, con el agravante de que estas reglas, a diferencia de las leyes, no tienen un enunciado literal que pueda servir como punto de partida, sino que ese enunciado ha de ser de alguna manera descubierto.

²²⁹ M. GASCÓN, *op. cit.*, p. 46. Otra cosa es la dificultad de distinguir con nitidez el *obiter dicta* del juez y la *ratio decidendi* en una resolución judicial. Las «meras consideraciones» del juez, muchas veces esconden la verdadera *ratio* de la sentencia. ATIENZA, M. (1993). *Tras la justicia*. Ariel (p. 189). Y en el mismo sentido de la dificultad de distinguir la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*, ITURRALDE, *op. cit.*, p. 101. Un criterio que la autora señala para su distinción es el de su pertinencia al caso: cuando la consideración del tribunal es necesaria para la determinación del fallo, estamos ante una *ratio decidendi*, y cuando son consideraciones superfluas, ante un *obiter dicta*. Pero como a la propia autora no se le oculta, la prescindibilidad de una consideración en una resolución judicial, no es más fácil de determinar que la apreciación de un *obiter dicta* (p. 102).

²³⁰ V. Iturralde sistematiza los requisitos de la *ratio decidendi* en relación con la posibilidad de invocación como precedentes: que sea una *ratio* básica de la decisión, que sea la justificación expresa del juez al caso, que esté implícita en el razonamiento del juez, que sea la razón implícita del juez para esa decisión del caso, y que sea la respuesta imputada por el juez al caso. *Ib.*, p. 82.

²³¹ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 266.

²³² Un análisis de esta reacción ante el derecho del III Reich en LÓPEZ DE OÑATE, F. (2007). *La certeza del derecho*. Comares.

La certeza del derecho consiste en la exigencia de la previsibilidad de las normas jurídicas. El ciudadano tiene derecho a no ser sorprendido por el derecho a la garantía de que su acción esté respaldada normativamente sin que intervengan sorpresivamente factores que mediaten esa acción. La predictibilidad del derecho consiste en garantizar que los comportamientos humanos están respaldados por normas. Si ha de plegarse la voluntad a la exigencia de la ley, esta ha de ser cierta y no mostrar sombras en la predicción de las hipótesis de la conducta. En el derecho penal esta exigencia es clara por la taxatividad del derecho punitivo, *nullum crimen sine lege*, el individuo ha de saber lo que la ley le exige. Ante una limitación de la libertad de actuación, el sujeto tiene derecho a conocer cuál es exactamente esa limitación.

De ahí la necesidad de atender a los problemas que suscita la falta de seguridad jurídica en el campo interpretativo. Hoy, la continua legislación moderna de los Estados no favorece la certeza, los cambios constantes de las normas producen un babel jurídico. Y de ahí que los principales enemigos de la seguridad jurídica estén en la oscuridad de la norma, la proliferación, la falta de simplicidad y la inestabilidad como manifestaciones de la falta de certeza.

El juez construye el derecho desde la interpretación de las normas, de ahí esa exigencia de certeza, y si no se satisface una inicial racionalidad, el resultado puede llegar a ser contrario a la justicia. Por tanto, se ha de eliminar la arbitrariedad en las normas jurídicas, lo que precisa de otras ciencias, porque si la interpretación crea derecho en su fase aplicativa por los jueces, la determinación de los contenidos de la norma a veces exigirá una predeterminación científica, con los obvios límites que también tenga la ciencia, pero con los resultados asumidos como ciertos científicamente. Esto es muy importante en temas en los que están comprometidos derechos fundamentales, en los que puede ser previa la determinación de hechos biológicos, como la paternidad y otros.

f) *El ordenamiento jurídico español y los sistemas de jurisdicción*

Nuestra jurisdicción no contempla la obligación de los jueces de vincularse al precedente, pero hay mecanismos constitucionales y legales tendentes a garantizar la seguridad jurídica en la aplicación de las normas. A este respec-

to J. L. López Guerra ha distinguido entre el precedente y el *stare decisis* en cuanto en nuestro ordenamiento sí tendría cabida este último²³³.

El *stare decisis* es un factor de estabilidad jurídica y de favorecimiento de la seguridad jurídica, al garantizar, con la suficiente antelación, el sentido en que se va a resolver un conflicto jurídico. Frente a la estabilidad, constituye también un factor de petrificación del derecho, porque obliga al juez a seguir la misma solución de casos anteriores. El derecho en principio no sigue el mismo proceso de desarrollo que la sociedad, el derecho se retrasa, sigue siendo el pasado, en tanto que la sociedad evoluciona, y los casos que se presentan a los jueces no son susceptibles de las mismas resoluciones anteriores. Esta distancia entre los hechos y los precedentes solo se puede solventar mediante la flexibilidad en la interpretación, que evite un excesivo *overruling*, y permita crear nuevas líneas jurisprudenciales sin cambios bruscos²³⁴.

El sistema de la jurisdicción concentrada no es tan exigente con la vinculación del juez a los precedentes, al estar el juez sometido constitucionalmente al imperio de la ley, y no estar establecido en nuestro ordenamiento, ni legal ni constitucionalmente, el principio del *stare decisis*.

Ello no obvia la necesaria vinculación del juez a principios parecidos al *stare decisis*, cuyos efectos prácticos pueden ser iguales al de la vinculación al precedente:

- La exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, no solamente las sentencias, sino también los autos judiciales, que exigen al juez en su motivación explicitar, si lo hay, su cambio de criterio. La exigencia de motivación y el autoprecedente son prácticamente iguales en sus efectos prácticos.

- La exigencia del derecho fundamental a la igualdad, que obliga a aplicar ante supuestos de hecho iguales las mismas consecuencias jurídicas. Si bien no puede decirse que toda igualdad constituya el cumplimiento de un precedente, ni que todo precedente suponga el cumplimiento de un derecho de igualdad, lo cierto es que hay áreas de coincidencia importantes.

- La existencia de un sistema articulado de recursos en sucesivas instancias judiciales, que permite la corrección de la jurisprudencia con criterios de

²³³ LÓPEZ GUERRA, J. L. (1981). «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», en *El Tribunal Constitucional*. Instituto de Estudios Fiscales, vol. II (p. 1437-1481). Diferencia entre el precedente, como el uso generalizado de decisiones anteriores, y el *stare decisis*, como vinculación efectiva del juez, y no mera orientación (p. 1440).

²³⁴ LAPORTA, F. J. (1997). «Vindicación del precedente judicial en España». En *La vinculación del juez a la ley*. UAM/BOE, sobre las indubitables ventajas del precedente que él llama horizontal, en un sistema judicial atascado y masificado, lento e impredecible, daría una seguridad, predictibilidad, confianza, importantes (p. 278).

homogeneidad que, si no son exactamente precedentes, aseguran una jurisprudencia uniforme y un cuerpo de doctrina coherente.

De manera que es importante estudiar mediante qué conexiones se articula el precedente en nuestro ordenamiento para dar estabilidad y cierta seguridad jurídica a la jurisprudencia. La invocación del derecho a la igualdad reconocida en el artículo 14 CE constituye un buen mecanismo para solicitar, en un recurso de amparo, un tratamiento igual ante una situación igual por parte de quien ve defraudado su derecho en la aplicación de la ley, e igualmente el artículo 24 CE, en referencia a una infracción del derecho a la tutela por parte del juez. A tal punto esto es así, que a veces la invocación de uno u otro precepto se confunde en su aplicación, y el Tribunal Constitucional lo utiliza de manera indistinta.

En la STC 49/1985 tenemos un caso de estimación de desigualdad en la aplicación de la ley en lo que es una corrección o error, lo que implica la consideración del precedente, más que como el derecho a la igual aplicación del derecho (art. 14 CE), como el límite a la arbitrariedad judicial (art. 24 CE).

En la STC 58/1986, considerado el *leading case*, se da un paso más diferenciando entre la igualdad ante la ley, igualdad material e igualdad en la aplicación de la ley, formal, conceptuada como no arbitrariedad. Pero desde este punto de vista no puede hablarse exactamente de precedente, porque no hay una exigencia de uniformidad, sino más bien de la seguridad jurídica que exige la motivación.

Esto se señala ya con toda claridad en la STC 1/1990, que diferencia al precedente de la igualdad material. Lo que se pretende no es que la ley se interprete siempre de la misma manera, sino la interdicción de la arbitrariedad. Y, en tal sentido, el recurso de amparo no tiene como finalidad la unificación de la jurisprudencia, que los tribunales interpreten siempre del mismo modo la ley, porque no se trata de que no haya diferencia entre los justiciables, sino de que el derecho sea entendido del mismo modo por los múltiples titulares del poder judicial. No tiene como objetivo la igualdad, sino la univocidad de los preceptos legales o su hegemonía. Lo importante, según se desprende de esta doctrina, será que queden satisfechos algunos principios derivados de los artículos 9.3, 120 y 24 de la Constitución.

Igualmente puede ocurrir que el transcurso del tiempo determine la pérdida del precedente, como en la STC 119/1987, que considera que el tratamiento desigual en el tiempo no es inconstitucional. O en algunos casos en los que el propio tribunal expresa su preocupación por la inmutabilidad a que puede llevar el precedente.

En otros casos se desplaza la aplicación del precedente por la estimación de una lesión del derecho a la igualdad, como en la STC 55/1988, que estima desigualdad en la aplicación de la ley, lo que no sería precedente, porque la sentencia invocada como comparación es simultánea en el tiempo con la que se recurre, al tratarse de dos sentencias en las que constan idénticas cartas de despido.

Pero desde este punto de vista no puede hablarse exactamente de precedente, porque no hay una exigencia de uniformidad, sino más bien de la seguridad jurídica que exige la motivación²³⁵.

El TC solamente ha considerado precedentes en sentido técnico-jurídico los que se derivan de resoluciones judiciales, negando este valor a otro tipo de resoluciones no judiciales (STC 149/1990). E igualmente, el precedente que se invoca por las partes solo se puede considerar de esa naturaleza si está integrado en la ley.

La CE establece en el artículo 120, pf. 3, que las sentencias serán siempre motivadas. Esta exigencia de motivación es un requisito que satisface la necesidad de tutela judicial, permitiendo al justiciable conocer las razones por las que se decide acerca de su derecho. Pero no solo se conceden derechos a través de las sentencias, sino que muy frecuentemente las resoluciones judiciales en forma de autos pueden traducir derechos, bien derivados de las sentencias, bien inadmitiendo demandas acerca de esos derechos. De ahí la exigencia de la LOPJ de extender la motivación también a los autos. El artículo 248 de esta ley establece la obligación de los jueces de motivar los autos.

Ello, pese a esta apariencia de racionalidad en la decisión, no significa que el juez haya de ser consecuente con resoluciones judiciales anteriores. Para no serlo, solo ha de justificar su cambio de criterio, pero aún más, puede hacerlo según el Tribunal Constitucional de modo implícito, lo que permite, *in extenso*, toda forma de cambio de criterio.

De ese modo, la doctrina del TC en cuanto al precedente viene mediada por su afirmación de que no forma parte del contenido esencial del artículo 24 de la CE el derecho al acierto judicial, no debiendo ser revisada la interpretación que los jueces hacen de las normas en vía constitucional. (SSTC. 50/1988, 90/1990, 210/1991). A partir de aquí, el TC solo se ha ocupado del precedente, en relación indirecta con la violación del derecho de igualdad, cuando el cambio de criterio no ha estado justificado, pero admitiendo la mo-

²³⁵ De ahí que pueda entenderse que la el STC 13/1987 desestime el recurso de amparo en aplicación de la igualdad de dos sentencias de instancia que «habían sido motivadas suficientemente para llegar a caminos opuestos», porque en ambas se probaban distintos hechos.

tivación implícita para ese cambio de criterio (SSTC 49/1982, 103/1984, 127/1984 y 14, 49, 57 y 166 / 1985) y en lo que se refiere al autoprecedente.

Por estas razones, el único precedente exigible en nuestro ordenamiento por la repercusión de los artículos 14 y 24 sería el autoprecedente²³⁶. El razonamiento parte de nuestro derecho positivo. Si observamos el artículo 12 de la LOPJ, podremos concluir que, ante un conflicto entre el precedente y la independencia judicial, hay que dar prioridad a la independencia judicial²³⁷.

Otra diferencia importante es la que se debe establecer entre igualdad y precedente. Para M. Gascón, la violación del precedente no siempre supone la violación de la igualdad, y al contrario²³⁸. El precedente se relaciona más con el principio de seguridad jurídica y de certeza del derecho²³⁹.

La igualdad y el precedente tienen un punto de coincidencia, el de la igualdad en la aplicación de la ley, donde esa forma de igualdad coincide con el precedente²⁴⁰. Pero ni esta es toda la igualdad, ni el precedente agota su campo de actuación con la igualdad en la aplicación de la ley, sino que también mantiene una esfera de actuación al margen de la igualdad. Por ejemplo, cuando se adoptan nuevos criterios que no necesariamente son discriminatorios, pero que violan el precedente²⁴¹.

Por tanto, no coincide el contenido del precedente con el del derecho de igualdad. Puede haber violación del derecho de igualdad aun cuando no se

²³⁶ La expresión «precedente» hace referencia, sin embargo, «a la doctrina o criterios jurisprudenciales sentados por los más altos tribunales y cuya observancia se ordena o recomienda, con más o menos vigor, a los tribunales y jueces inferiores; la acuñada expresión, “seguir el precedente” se traduce entonces en dictar sentencias congruentes o conformes con las emitidas en casos iguales o análogos por los órganos jurisdiccionales superiores». (M. GASCÓN, *op. cit.*, p. 11). Frente a este concepto, propone la autora el de precedente como «la doctrina o los criterios adoptados por el propio juez en la resolución de casos anteriores y, en consecuencia, el respeto al precedente supone una exigencia de congruencia o, por mejor decir, de autocongruencia». Todavía distingue dos tipos de precedentes atendiendo a los órganos de vinculación, el precedente vertical, vinculación a los tribunales jerárquicamente superiores, y precedente horizontal o vinculación a los tribunales de igual rango (p. 35).

²³⁷ *Ib.*, p. 80. Sobre todo, el párrafo 3.º del artículo cuando dispone que no se condicione por parte de los órganos jurisdiccionales «la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico» en el ejercicio de su función jurisdiccional, mediante el dictado de instrucciones de carácter general o particular. Esta independencia solo cede ante los recursos establecidos por la ley. (Pf. 2.º).

²³⁸ *Ib.*, p. 58.

²³⁹ *Ib.*, p. 59.

²⁴⁰ *Ib.*, p. 65. Donde se instala el derecho de igualdad en la aplicación de la ley, dentro del contenido del artículo 14 de la Constitución. Sin embargo, y precisamente por esa identificación entre derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y el precedente, su sede más correcta sería en el artículo 24. Bien es verdad que la igualdad en la aplicación de la ley no apunta solamente al proceso, sino que es comprensivo de las normas materiales de aplicación, pero con toda evidencia se desenvuelve en el momento de aplicación de la ley. Por eso precisamente se identifica con el precedente, porque coincide con el desarrollo de esa actividad racional que culmina con la decisión judicial, y que ha de ser conforme con la anteriormente dictada, vulnerando la igualdad, si no coincide con ella, es decir, si no se ha seguido el precedente.

²⁴¹ *Ib.*, p. 74.

haya violado ningún precedente. Por varias razones, la más elemental, porque no exista el precedente, y no se haya producido con anterioridad ningún caso igual. No es excepcional en nuestro incipiente desarrollo constitucional, que el artículo 14 admita nuevas situaciones de discriminación todavía no resueltas. En segundo lugar, porque la violación del derecho se produzca con independencia del precedente. El precedente existe, y, además, con relación al caso planteado, pero la argumentación se desarrolla violando el derecho fundamental a la igualdad.

Aunque el precedente es una institución típica del *common law*, se ha planteado por la doctrina hasta qué punto, no hay un cierto *stare decisis* en el sistema continental, derivado de la propia exigencia del principio de igualdad²⁴². El planteamiento obedece a dos exigencias de derecho, la seguridad jurídica y la igualdad²⁴³. En tal sentido, conviene fijar la diferencia entre el precedente y la igualdad ante la ley, exigencia de un derecho fundamental a la igualdad. Las resoluciones judiciales han de responder a la certeza y seguridad jurídicas, teniendo el justiciable el derecho a saber con antelación a su proceso cuál puede ser la solución justa a su caso. Ahora bien, en un planteamiento de igualdad en las resoluciones judiciales, se deben contemplar asimismo dos cuestiones íntimamente ligadas a todo proceso: de una parte, la necesaria evolución del derecho, y de otra la independencia judicial²⁴⁴. De este modo, el precedente se relaciona de manera indirecta con la igualdad y la independencia judicial²⁴⁵.

²⁴² En principio, Alonso García entiende por precedente en nuestro ordenamiento solamente el auto-precedente, o autovinculación, ya que la obligación de respetar las decisiones de tribunales superiores constituye una exigencia de las leyes procesales. *La interpretación de la Constitución*, p. 165.

²⁴³ *Ib.*, p. 167.

²⁴⁴ Así, nuestro ordenamiento prevé la necesidad de justificar y motivar las decisiones judiciales, tanto en el artículo 24 de la Constitución, formando parte del derecho a la tutela judicial efectiva, como en el artículo 120, también del texto constitucional, como exigencia de las sentencias dictadas por jueces y tribunales. El TC ha establecido respecto de la motivación, que basta que se justifique el cambio de criterio del tribunal, para satisfacer el derecho de tutela, admitiendo incluso que la motivación para justificar el cambio de criterio pueda ser implícita. Por todas, las STC 127/1984, y 14/1985.

²⁴⁵ También M. Gascón considera que el precedente exigible en nuestro ordenamiento por la repercusión de los artículos 14 y 24 es únicamente el autoprecedente. La expresión «precedente» hace referencia, sin embargo, «a la doctrina o criterios jurisprudenciales sentados por los más altos tribunales y cuya observancia se ordena o recomienda, con más o menos vigor, a los tribunales y jueces inferiores; la acuñada expresión, seguir el precedente se traduce entonces en dictar sentencias congruentes o conformes con las emitidas en casos iguales o análogos por los órganos jurisdiccionales superiores». (M. Gascón, *op. cit.*, p. 11). Frente a este concepto, propone el de precedente como «la doctrina o los criterios adoptados por el propio juez en la resolución de casos anteriores y, en consecuencia, el respeto al precedente supone una exigencia de congruencia o, por mejor decir, de autocongruencia» (p. 11). Todavía distingue dos tipos de precedentes atendiendo a los órganos de vinculación, el precedente vertical, vinculación a los tribunales jerárquicamente superiores, y precedente horizontal o vinculación a los tribunales de igual rango (p. 35).

Finalmente, lo que durante algunos años seguirá ocurriendo con los precedentes y la igualdad es que, con toda seguridad, en algunas materias de discriminación la igualdad se realizará a costa de sacrificar el precedente. El cumplimiento de los nuevos valores que la Constitución impone en materia de igualdad exige invertir el signo de una jurisprudencia preconstitucional en la que la igualdad no era un derecho fundamental.

Otros precedentes más lejanos al derecho judicial son señalados por P. GonzálezTrevijano, quién no extendería esa fuerza normativa a los precedentes parlamentarios o administrativos. y ello porque a diferencia la vinculación estricta de los órganos judiciales, estos actúan con mayor discrecionalidad, y el «stare decisis» no se ha planteado. Distingue el precedente de la costumbre, a veces confundida erróneamente identificada por un sector de la doctrina, y cuya diferencia se encuentra en la naturaleza jurídica de ambas instituciones²⁴⁶.

C) LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

En nuestro ordenamiento, las características del control de constitucionalidad siguen siendo las propias de un control concentrado en lo que se refiere a las leyes (tanto posteriores a la Constitución como en las anteriores, porque respecto de estas últimas, el juez ordinario no realiza un auténtico control de constitucionalidad, sino que se limita a aplicar el principio cronológico y la técnica derogatoria)²⁴⁷. No puede decirse que sea ajeno a esas características el control que se realiza por medio de la cuestión de inconstitucionalidad, porque aquí se abre un nuevo proceso constitucional, distinto al ordinario, y con las características propias de todo proceso de control de normas que se desarrolla ante el TC.

Sin embargo, en cuanto a los reglamentos, el control de constitucionalidad puede muy bien articularse de acuerdo con los parámetros propios de una jurisdicción difusa, si tenemos en cuenta la obligación que tienen los jueces (en virtud de lo establecido en la LOPJ) de inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución²⁴⁸.

²⁴⁶ P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, «Las reglas de corrección constitucional, los precedentes constitucionales y la praxis constitucional» en *Revista de Derecho Político*. n. 26, 1988, pp. 79 y ss.

²⁴⁷ Al respecto *Cfr.* F. BALAGUER, *Fuentes...*, t. II, p. 59.

²⁴⁸ Así, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la LOPJ, «los jueces y Tribunales, no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

La diferencia estructural con un sistema de jurisdicción difusa resulta clara, por tanto, en cuanto a lo que al control de la ley se refiere. Sin embargo, tampoco es posible obviar que, más allá de las condiciones técnicas que justifican la intervención del juez en la inaplicación de leyes preconstitucionales (principio cronológico frente a inconstitucionalidad sobrevinida), en la misma, el juez está interpretando no solo la ley, sino también la Constitución. Esto tiene lugar igualmente cuando el juez, siguiendo las previsiones de la LOPJ²⁴⁹ debe acomodar la ley a la Constitución. Esta interpretación de la Constitución no deja de tener relevancia en el ordenamiento jurídico, por cuanto supone que la jurisdicción ordinaria crea un cuerpo doctrinal constitucional que, sometido a la doctrina superior en esta materia del Tribunal Constitucional, deberá ser tenido en cuenta por los aplicadores del derecho, especialmente en relación con los preceptos legales. Lo mismo ocurre en el ejercicio de las competencias jurisdiccionales del juez respecto de normas inferiores a la ley, como en general en todos aquellos supuestos en que procede a interpretar y aplicar la Constitución, como es el caso de algunos de los derechos constitucionales²⁵⁰.

Ahora bien, estas facultades del juez respecto de la interpretación de la Constitución están siempre mediatizadas por el sometimiento establecido en la LOPJ a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos y, por tanto, a la interpretación realizada por este tribunal²⁵¹. Se trata de un elemento de unificación muy importante que se une a los establecidos internamente para la unificación de doctrina en la jurisdicción ordinaria y que reduce la dispersión hacia el sistema de control difuso.

Si son diferentes o iguales una u otra interpretación normativa, ha de indagarse en lo que caracteriza a la interpretación constitucional, cuya peculiaridad es la apertura; como un texto abierto, la Constitución en su estructura normativa es distinta a la ley, así como en su grado de politicidad y su carácter

²⁴⁹ Artículo 5.1 de la LOPJ que establece que «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento, y vincula a todos los jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de estos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

²⁵⁰ Así, en la Sentencia 15/1982, del TC, se reafirma la necesidad de que el juez ordinario aplique directamente la Constitución, sin necesidad de esperar a la regulación legal del derecho. No es la ley la que reconoce un derecho ya establecido en la Constitución, sino la Constitución misma. La ley regula los límites que permiten su plena efectividad y aplicabilidad (FJ n. 1). Por lo tanto, «la dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella» (FJ 8). La determinación, por parte de la ley, del contenido concreto de cada derecho, se efectuará dentro de los márgenes que permite la Constitución, y en el caso de los derechos fundamentales, respetando su contenido esencial, por imperativo del artículo 53. Por eso, en el mismo fundamento jurídico, reconoce el TC que hasta que la regulación se produzca, el mandato constitucional no puede tener más que «un mínimo contenido». Contenido que obliga al juez, en defecto de regulación legal.

²⁵¹ Anteriormente, con un menor alcance en el Cap. IV de la LOTC (arts. 38 a 40).

axiológico, que necesitan una interpretación evolutiva. Su valor jurisprudencial también es mayor, por el mandato del 5.1. de la LOPJ, por lo que el juez constitucional está obligado a seguir el *self restraint* tanto en el fallo como en la *ratio decidendi*²⁵².

En todo caso, la posición del juez ordinario en toda fórmula de control de constitucionalidad se asemeja a la propia de un sistema de jurisdicción difusa, y se aleja, en la misma medida, de la posición del juez constitucional. En efecto, el juez constitucional lleva sobre sí el peso de una declaración de inconstitucionalidad que desarrolla efectos normativos inmediatos, con alcance general, en todos los procesos de control de constitucionalidad de las leyes. Este peso puede ser más o menos ligero en función de las condiciones que acompañan al proceso: recurso o cuestión de inconstitucionalidad, pero obliga al juez a tener en cuenta la repercusión que sobre el ordenamiento tiene su decisión y a intentar la conservación de la norma en lo que sea posible. De ahí la proliferación de tipos de sentencias interpretativas que se ha producido en los sistemas de jurisdicción concentrada²⁵³.

Esa repercusión no es la misma, desde el punto de vista de la decisión contenida en el fallo de la sentencia, en otros procesos en los que esa decisión solo tiene efectos para las partes del proceso (así, recurso de amparo, conflictos de competencia, conflictos de atribuciones). Sin embargo, el sometimiento de los poderes públicos y, especialmente, de los jueces ordinarios, a la doctrina del Tribunal Constitucional, implica una extensión de los efectos que no puede ser obviada por el propio TC. De ahí la importancia de que la interpretación de las normas se sustente en un cuerpo consistente de reglas interpretativas, que podemos llamar «normas sobre interpretación jurídica», y cuya funcionalidad está precisamente al servicio de la unidad y la coherencia del ordenamiento en ese momento de la aplicación judicial del derecho.

La interpretación conforme y las sentencias interpretativas suponen una actividad interpretativa completa que concluye con la declaración de conformidad constitucional, alentada por el principio de conservación de las leyes y de supremacía constitucional. No anulan el texto de la ley siempre que se haga en ese sentido y se diferencian de las manipulativas en que estas admiten tanto la manipulación del texto como su interpretación.

²⁵² DÍAZ REVORIO, F. J. (2016). «Interpretación de la Constitución y juez constitucional». *Revista IUS*, vol. 10, n.º 37 (p. 12 y ss.).

²⁵³ A. Pizzorusso ha clasificado las sentencias del TC en sentencias interpretativas, manipulativas, acumulativas, aditivas, y sustitutivas. PIZZORUSSO, A. (1981). «Las sentencias “manipulativas” del tribunal constitucional italiano», en *El Tribunal Constitucional*. IEF. Por su parte, G. Zagrebelsky también distingue entre sentencias interpretativas, cuando se acoge o se rechaza la cuestión de inconstitucionalidad, y sentencias manipulativas. *La giustizia costituzionale*, p. 292 y ss.

Cuando se habla del juez constitucional se tiene la tendencia a reducir ese concepto a los jueces que componen el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el juez constitucional debe entenderse en el sentido de que todos los jueces, al advenimiento de la Constitución, han de adaptar su función jurisdiccional a los nuevos principios constitucionales. Se dice que todo juez es constitucional en el sentido de que debe adecuarse a la Constitución, y hay en ese término, *juez constitucionista*, un voluntarismo de que los jueces se aproximen a la Constitución.

¿Qué innova la Constitución respecto de la figura del juez, que pueda justificar un antes y después de la Constitución en el comportamiento del juez?

En la fundamentación jurídica de esta sentencia, el juez expresa su posición respecto del *petitum*, las normas en que se basa la pretensión y la oposición, y la valoración de la prueba practicada. Y esto lo hace, además, de forma enumerada y articulada, mediante una distinción entre los hechos declarados probados, que son solamente datos, y la fundamenta.

Estos argumentos tienen dos distintos niveles de importancia, de una parte, las consideraciones u *obiter dicta* y, de otra parte, las razones o *ratio decidendi*, por las que el juez llega a las consecuencias jurídicas. Y es estos momentos del proceso donde adquiere trascendencia la actividad del juez, en los que se deja ver con mayor intensidad el cambio sustancial que la Constitución ha impuesto en la función judicial.

Frente a la visión del juez distante de la sociedad, indiferente a los valores sociales y sometido a la estricta legalidad en la aplicación del derecho, la Constitución favorece y potencia una función judicial comprometida con los valores y principios constitucionales, que lleva implícito el reconocimiento, antes ausente, de que el juez está integrado en un sistema social de valores, de los que participa y que reproduce en el dictado de sus resoluciones.

Respecto de la independencia, no se explicita más en el texto constitucional, pero el artículo 122 mandata al legislador a una LOPJ que regule la Constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados, y un estatuto único de jueces y tribunales.

Y, finalmente, el artículo 127 declara las incompatibilidades del juez y su prohibición de militancia sindical y política. La ley completará un cuadro de incompatibilidades que asegurará, dice el pf. 2 del artículo, «la total independencia de estos».

El desarrollo legal de estos artículos se produce por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En segundo lugar y seguramente como el precepto más importante relacionado con la actividad del juez, el artículo 24 CE establece la necesidad de motivar las resoluciones judiciales. La motivación de las resoluciones judicia-

les entraña, como se ha dicho, dar satisfacción a la seguridad jurídica, conocer los argumentos para la formulación de los oportunos recursos y facilitar el control social del derecho.

Ahora bien, en general el sistema de fuentes que se genera en nuestro ordenamiento a partir de la vigencia de la Constitución tiene consecuencias de alcance para la actividad de la aplicación del derecho por parte de los jueces, no solo por el vigor de la misma Constitución como fuente, que implica la referencia en el plano interpretativo a valores y principios constitucionales que reducen las posibilidades interpretativas del derecho a las que proporciona la Constitución misma, sino por la ampliación, en virtud de los mismos preceptos constitucionales, del sistema de fuentes en lo que se ha llamado un pluralismo ordinamental inexistente antes de la Constitución.

Después de la Constitución y como consecuencia de ella, se ha producido la existencia de una importante proliferación de los órganos de producción normativa. De una parte, con la división territorial del Estado, que en el artículo 147.1 se considera como *norma institucional básica* de cada comunidad autónoma, y cuyo reconocimiento por parte del Estado es constitucionalmente obligado.

Los artículos 148 al 150 regulan la distribución de competencias entre las CC. AA. y el Estado, en orden a la producción normativa de ambos, según unos criterios constitucionalmente establecidos para el ejercicio de la potestad legislativa.

Por su parte, el artículo 96.1 de la Constitución incorpora al ordenamiento jurídico estatal los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España.

Por tanto, el sistema de las fuentes del derecho se trastoca desde la Constitución, proporcionando una diferente jerarquización de las normas, con sujeción a los valores de la Constitución, y una ampliación de los órganos de producción del derecho, que, en el caso del derecho comunitario, desborda los órganos estatales de producción.

Esto puede ocurrir por diferentes causas:

1. Lo que se ha llamado por algunos autores «casos difíciles», o «casos trágicos». Estos casos pueden ocurrir por la naturaleza del caso enjuiciado, por la dificultad de la regulación de ese supuesto, o por la complejidad del cuadro normativo a aplicar.

2. Situaciones en que las normas de aplicación son genéricas o abiertas. En estos casos de apertura de las normas, el juez puede elegir entre varios criterios de interpretación: acudir al legislador histórico, actualizar la visión del

legislador, resolver conforme a sus valores o acudir al sistema social de valores. Cada una de estas opciones se corresponde con una visión distinta del derecho, y encierra a su vez un modelo de función judicial, pero todas sin excepción representan una visión creadora de las normas jurídicas.

3. Remisión de la propia norma a la actividad creativa del juez. A veces la propia norma mandata al juez para que decida el marco en el que se ha de producir su decisión. Es el caso de la cláusula contractual de *rebus sic stantibus*, que permite al juez decidir la validez de una ruptura contractual cuando las circunstancias hayan cambiado sustancialmente. La valoración del cambio en las circunstancias corresponde al juez. O la oportunidad de la crisis económica de las empresas que aconseje la reducción de los puestos de trabajo, o la revisión jurisdiccional de una incapacidad resuelta por una comisión médica.

4. Los procedimientos de jurisdicción voluntaria, o los procesos concursales en los que mantiene una actitud más arbitral que jurisdiccional, de vigilancia de los interventores o síndicos, que liquidan o gestionan el patrimonio de la mercantil.

La existencia de una Constitución normativa restringe las posibilidades del juez a aquellos valores y principios que estén contenidos en la Constitución, y supone un límite a la actividad interpretativa del juez.

En ese margen, el juez puede dictar una resolución, que cumpliendo las exigencias de motivación del artículo 120 de la Constitución, satisfaga las exigencias del ordenamiento. La Constitución abierta, que Häberle plantea como posibilidad de un permanente diálogo social entre los interpretes está en el fundamento mismo de ese pluralismo metodológico por el que el juez resuelve conforme a los valores propuestos por la Constitución, en un diálogo con abierto entre el juez y la sociedad.

En la interpretación conforme, la conformidad que deviene de la exigencia del artículo 163 de la Constitución, del artículo 35 de la LOTC y del artículo 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial.

Cuando se dice que el juez ha de interpretar todas las normas de acuerdo con la Constitución, o de conformidad con la Constitución, se entiende que la Constitución ha devenido parámetro de interpretación, y esto implica considerar, desde el punto de vista dinámico, que el juez ha de basar su decisión en los valores y principios constitucionales.

En cuánto a la aceptación de la jurisprudencia del TC como fuente de derecho, es cierto que la reacción del artículo 123 CE establece la superioridad del TS en todos los órganos jurisdiccionales del territorio español, pero la excepción respecto del Tribunal constitucional en materia de garantías constitu-

cionales, ha creado puntos de fricción importantes respecto del alcance real de la superioridad del Tribunal Supremo, que se acentúan si tenemos en cuenta los mecanismos instalados en el ordenamiento a partir de la LOTC que permiten obtener diferentes conclusiones a este respecto.

En materia de inconstitucionalidad de las leyes:

El artículo 38 de la LOTC, recogiendo los artículos 161.1 y 164 CE, fija el valor de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad.

El artículo 40.2 de la LOTC amplía la disciplina jurisprudencial del artículo 161.1.^a a los autos dictados por el TC, lo que sin duda agrega una importancia trascendental en aquellos procesos desestimatorios de la inconstitucionalidad, que el TC no lleva a sentencia y rechaza por ser manifiestamente improcedente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Pero lo más importante de la aportación del artículo 40 de la LOTC en cuanto a la relación entre la jurisdicción ordinaria y constitucional es, sin duda, la competencia que se atribuye al TC en cuanto a la unidad material del orden.

El efecto corrector de la jurisprudencia de los «tribunales de justicia», que atribuye la ley al TC en el dictado de sentencias y autos, determina la sumisión de todos los jueces y tribunales, con inclusión del propio TC tanto cuando actúa en sala como cuando lo hace en pleno (en la medida en que él mismo viene obligado también a respetar sus propios criterios interpretativos cuando actúa en sala por la exigencia del artículo 13 de la LOTC de someterse al pleno si considera necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente, y cuando actúa en pleno por las propias exigencias contenidas en el artículo 24 CE respecto de la necesidad de motivar el cambio de orientación en las resoluciones judiciales).

Y, además, el artículo 5.1 LOPJ que obliga a los jueces y tribunales a interpretar las leyes y reglamentos «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Contrariamente a lo que se ha dicho por algunos autores respecto de la inutilidad de este artículo por reiterativo de otros, es importante analizar las dos ampliaciones que contiene respecto de la Constitución y a la LOTC por la ampliación a «todo tipo de procesos» de los criterios interpretativos que antes de la LOPJ regían solamente para los procesos de inconstitucionalidad y la ampliación a los reglamentos de los criterios interpretativos que antes regían solamente para las normas con rango de ley.

Por lo tanto, el juez tiene determinadas por el ordenamiento las siguientes limitaciones:

1. El texto que sirve de soporte a la norma. Cualquier interpretación ha de tener en cuenta que la norma tiene un sentido y el intérprete ha de indagar el sentido de la norma. Aunque solo sea para dar cuenta de su incongruencia, el intérprete ha de partir del texto dado. Y si la interpretación textual es conforme a la Constitución, pese a que su sentido sea forzado, y pese a que la letra sea contraria al espíritu de la Constitución, ha de prevalecer el texto.

2. El autocontrol de la actividad del juez, que viene obligado a permanecer *intralege e intraconstitutione*. Este mecanismo adquiere importancia en aquellas normas de delegación, o justificadas por la urgencia, en las que el control de la oportunidad se sustrae al conocimiento jurisdiccional.

Para que el juez, en su actividad de aplicación de las normas, quede efectivamente *intraconstitutione*, no solo ha de interpretar conforme el propio juez considere que el sentido que confiere a la norma es acorde con *su* interpretación de la Constitución, sino que ha de plegar su conformidad a los criterios interpretativos que el Tribunal Constitucional considere conformes a la Constitución. Su interpretación de la Constitución no es libre, sino reglada por las pautas interpretativas que viene creando el TC. Ello implica que las correcciones que el TC efectúa en los procesos de aplicación de las normas constituyen normas jurídicas de aplicación a futuros supuestos.

Es interesante a este respecto tener en cuenta la Sentencia que el TC dicta en la resolución de un recurso de amparo, STC 110/1988 acerca de la inconstitucionalidad del artículo 240 LOPJ. Se estima el amparo con ocasión de la aplicación incorrecta del artículo 240, por la que el juez no accede a la nulidad de actuaciones y su reposición al momento de una citación incorrecta. La sentencia que da término a la autocuestión planteada con ocasión del amparo frente a leyes, (STC.185/1990), desestima la autocuestión y el pleno del TC sin contradecir a la sala, considera que el amparo se concede precisamente por la interpretación errónea del juez del artículo 240 de la LOPJ, en relación con el concepto de sentencia definitiva, que debe entenderse como «la sentencia definitivamente ejecutada». La contradicción aparente entre un amparo estimatorio y una autocuestión desestimatoria exige un esfuerzo de comprensión de cuáles son los límites en la actividad del TC en orden a la creación de criterios interpretativos. En este caso concreto, el principio de conservación de las normas ha llevado al TC a forzar un sentido interpretativo del artículo 240 de la LOPJ seguramente ajeno a la mente del legislador cuando considera que, en una sentencia firme, el juez no dispone de jurisdicción para anular las actuaciones. Pero la tutela judicial efectiva que se satisface con la citación a juicio, junto a la necesidad de mantener en la medida de lo

posible la constitucionalidad de las leyes, lleva al Tribunal Constitucional a salvar la constitucionalidad del precepto. Tanto en la sentencia en la que otorga el amparo como en la desestimatoria de la autocuestión, la interpretación que ofrece establece un estrecho margen al juez, obligado a partir de ese momento a interpretar el concepto de sentencia definitiva como diferente de sentencia definitivamente ejecutada.

Por ello, las normas sobre interpretación quedan en este plano reducidas a los aspectos constitucionales de las normas. Circunstancia muy compleja de determinar porque implica un concepto de constitución relativamente desgajado del resto del ordenamiento, en la medida en que todo lo que no revista importancia constitucional es ajeno al TC, lo que viene a significar la posibilidad de dos mundos jurídicos nuevamente divididos, el constitucional y el ordinario, como podrían ser el legal y el reglamentario. Pero la aplicación de las normas no se sostiene en esos compartimentos argumentales, que momentizan en su actividad interpretativa la ley o la Constitución, sino que la resolución de un conflicto jurídico conlleva normalmente la consideración de un número indeterminado de normas, de diferente rango, que de forma armonizada coadyuvan a la solución del conflicto mediante la resolución judicial. La selección del campo normativo preciso requiere que el juez indague acerca de las que han de seleccionarse como pertinentes al caso, y, además, que aplique conforme al sistema de fuentes, según los principios de jerarquía y competencia. Por ello, puede decirse que en todos los procedimientos judiciales son potencialmente de aplicación las normas constitucionales, aunque en realidad son potencialmente aplicables todas las normas, si bien el juez aplicará aquellas del conjunto del ordenamiento que sean idóneas o pertinentes para la solución del caso.

El comportamiento, por otra parte, respetuoso, del TC en un meritorio ejercicio del *self-restraint* representa un obstáculo serio a la conformación de este cuerpo doctrinal en materia interpretativa. Precisamente en la selección del derecho aplicable el TC ha reafirmado la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Pero al TC no se le oculta la unidad del ordenamiento a que nos hemos referido hace un momento. El ordenamiento no puede ser doble, ordinario y constitucional, sino que el ordenamiento exige unidad, y por ello, recientemente parece orientarse en esa posición superadora de un dualismo funcional celoso de la independencia judicial, pero de discutible resultado práctico.

Por lo tanto, las normas sobre interpretación tienen que construirse con las limitaciones que en materia de competencias tiene señaladas el TC por la misma Constitución, y por su propio desarrollo jurisprudencial²⁵⁴.

a) *Las exigencias del texto legislativo*

La primera exigencia de los textos legales corresponde a su corrección gramatical, entendiéndose por esto que pueda ser comprendida en términos asequibles por las personas a quienes va destinada la norma, y, en todo caso, susceptible de clarificación. A este respecto, la doctrina constitucionalista ha determinado algunos criterios de exigencia de claridad, como la necesidad de que los preceptos no sean imprecisos²⁵⁵. La carencia de una corrección en los textos legislativos determina como consecuencia inevitable la inseguridad jurídica y, por lo tanto, su inconstitucionalidad. El TC ha considerado que no le está permitida la reconstrucción de normas incompletas o imprecisas, y que tales normas han de ser declaradas inconstitucionales por atentar al principio de seguridad jurídica sin que quepa la creación de una nueva norma por parte del tribunal, dado que lo convertiría en legislador.

Dicho esto, no toda norma con defectuosa técnica legislativa debe reputarse inconstitucional, sino solamente aquellas cuya oscuridad no permite una comprensión concreta y determinada en su ámbito de aplicación.

La interpretación del derecho obliga a realizar una actividad de comprensión del lenguaje, en el primer nivel de la actividad interpretativa de las normas. Claridad y precisión son requisitos necesarios en esta actividad, y dado que el lenguaje jurídico no está separado del lenguaje común, esa exégesis precisa un tenor literal lo más claro posible. Ciertamente que en nuestro ordenamiento se han desarrollado técnicas legislativas apropiadas a las formulaciones de los preceptos para conseguir su corrección, pero si la técnica legislativa es insuficiente, a veces un precepto puede ser inexacto, oscuro o indeterminado.

²⁵⁴ Respecto del control reglamentario en su control de constitucionalidad, BALAGUER, F. (1988). «Aplicación de la Constitución y Garantía de los derechos». *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, n.º 2.

²⁵⁵ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2019). «La imprecisión en las leyes, vulneradora de la seguridad jurídica. El Tribunal constitucional no puede asumir la función de legislador positivo. Comentario a la STC 135/2018, de 13 de diciembre, en una CI planteada por la sección sexta de la Sala de lo Contencioso del TS respecto del artículo 367.1 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial», en *RCG*, 106.

La dispersión normativa favorece también esa falta de claridad, porque a veces las condiciones políticas para llegar a acuerdos difuminan expresiones y frases susceptibles de más de una lectura y contribuyen a esa oscuridad o indeterminación.

b) *Seguridad y certeza jurídicas*

La seguridad jurídica es un principio general del derecho que, al estar reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución española, es también un principio constitucional. Como tal principio irradia todo el ordenamiento jurídico, el ordenamiento jurídico debe tender a alcanzar esa seguridad jurídica. Y al reconocerse en la CE, se dota de la fuerza de esta. En tal sentido, la seguridad jurídica no es un derecho fundamental, por su ubicación sistemática en la CE, ya que no se reconoce en el título I dedicado a los derechos fundamentales, pero si tiene una fuerte conexión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en la medida en que la ciudadanía necesita certeza, no solo en la norma aplicable, sino también en la aplicación correcta de la norma por los órganos jurisdiccionales para la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos.

La seguridad jurídica se identifica con la certeza del derecho. Es necesario en un Estado social y democrático de derecho que la ciudadanía sometida a las reglas de ese derecho pueda conocer de antemano las consecuencias jurídicas de sus actos, es decir, que sepa que está permitido y qué está prohibido, aunque este conocimiento se desarrolle en un marco ideal no material, donde operan los principios de publicidad formal de la norma, y que la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento.

Para el TC la seguridad jurídica es certeza, y así lo declara en la STC 46/1990, de 15 de marzo, donde establece que «la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y la no confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas...» (STC 46/1990, FJ 4)²⁵⁶. Y antes, en la STC 27/1981, donde declara una interrelación entre todos los principios jurídicos del 9.3 CE, conectándolos con los valores superiores del ordenamiento jurídico y la propia forma de

²⁵⁶ Para Antonio Enrique Pérez Luño, «es digna de encomio» esta rotunda y concluyente afirmación del TC. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E (1991). *La seguridad jurídica*. Ariel (p. 56).

Estado. Pero también el TC dota de identidad autónoma a la seguridad jurídica identificándola con el logro de la justicia y la igualdad.

En la STC 99/1987, de 11 de junio, que remite a la STC 27/1981, el TC declara que los principios del artículo 9.3 CE «no son compartimentos estancos, sino intercomunicables, cobrando cada uno de ellos valor en función de los demás y de ahí que pueda predicarse que la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad. Pero eso no quiere decir que no tenga valor por sí misma y que su alegación y consideración sea superflua». (FJ 6). Esta configuración omnicomprendensiva de la seguridad jurídica no excluye que se puedan invocar autónomamente cada una de sus manifestaciones²⁵⁷.

El TC entiende el principio de seguridad jurídica como «la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes...» [STC 147/1986, de 25 de noviembre, FJ 4.a)]. Conoce en esta STC varias cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la Ley 1/1984, de 9 de enero, que adiciona un nuevo artículo a la Ley 46/1977, de Amnistía, en concreto, estableciendo la imprescriptibilidad de acciones para el reconocimiento de derechos de la ley de amnistía. Se cuestiona por el juez ordinario si la imprescriptibilidad de esta ley puede ser inconstitucional. Y razona el TC que la institución de la prescripción está estrechamente ligada con la idea de seguridad jurídica «porque, para garantizarla, puede llegar a permitir la consolidación de situaciones que, en su origen, eran contrarias a la ley cuando el titular de una pretensión no la ejercita en un plazo de tiempo que pueda considerarse razonable desde la perspectiva de la buena fe» (STC 147/1986, de 25 de noviembre). La amnistía, que afecta a situaciones jurídicas anteriores que ya han sido juzgadas y están recogidas en sentencia firme, provistas del valor de cosa juzgada, puede afectar a la seguridad jurídica. Habría que buscar aquí el equilibrio entre la justicia material y la seguridad jurídica. Con esta Ley 1/1984, en las relaciones laborales se satisface el valor justicia, dejando en manos del trabajador cómo y cuándo hacer valer su derecho, quedando el empleador al arbitrio de otra persona, y considera el TC que «esta solución equivale a desconocer el contenido esencial del principio de seguridad jurídica en el seno de la relación de trabajo en aspecto tan relevante como su reconstitución» (STC 147/1986, FJ 5). Por ello declara la inconstitucionalidad del artículo único de la Ley 1/1984, de 9 de enero.

²⁵⁷ *Ib.*, p. 40.

Sobre la certeza de la norma y la seguridad jurídica resalta el TC la necesidad de que la norma sea clara y se utilice una adecuada y depurada técnica jurídica en su elaboración, especialmente la norma tributaria, y considera necesario un esfuerzo del legislador para que la norma sea comprensible y abarcable. Declarando que «una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia. Sin embargo, lo anterior no conduce a considerar que las omisiones o las deficiencias técnicas de una norma constituyan, en sí mismas, tachas de inconstitucionalidad: siendo, por otra parte, inherente al valor superior del pluralismo (art. 1.1 de la Constitución) que las leyes pueden resultar acertadas y oportunas a unos como desacertadas e inoportunas a otros» (STC 150/1990)²⁵⁸.

La ley también debe ser completa, aunque no vulnera la seguridad jurídica un texto normativo que no se plantee y resuelva de modo explícito todos los problemas que puede suscitar su aplicación, sino solo cuando genera incertidumbre. «Solo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica» (STC 150/1990).

Aunque no toda ley defectuosa es inconstitucional, según hemos visto, es importante tener en cuenta que algunas imperfecciones pueden ser irrelevantes, pero en otras, precisamente por tener una técnica defectuosa, esas deficiencias podrían impedir determinar su aplicabilidad. Y ello es especialmente importante cuando, además de inseguridad, la norma presenta algún punto de conexión con otros valores y principios constitucionales, como el principio de legalidad, la taxatividad del derecho penal u otros. En estos casos en los que se agota la posibilidad de una interpretación respetuosa con ese principio, es necesaria la declaración de inconstitucionalidad. (STC 49/1999).

Un caso específico de oscuridad interpretativa lo pueden ofrecer las llamadas leyes *repetita*, por las que en algunas CC. AA. se reitera el contenido de algunas leyes estatales. En tal caso se puede producir también una inseguridad jurídica si una de las dos normas pierde vigencia, y la otra no, creándose algu-

²⁵⁸ Sobre esta STC 150/1990 considera Pérez Luño que el TC confunde política legislativa con técnica legislativa; la primera permite diversas regulaciones materiales, pero la segunda exige la formulación clara, concisa y completa de las normas como imperativo de la seguridad jurídica. *Cfr. Ib.*, p. 56, nota 63.

na confusión en el ámbito aplicativo. (STC 150/1998, citando SSTC 341/1993 y 164/1995, donde recuerda que no ha dejado de advertir sobre los riesgos de prácticas legislativas de reproducción de normas constitucionales o estatales).

La diferencia entre el juicio de constitucionalidad y la técnica legislativa defectuosa determinaría precisamente esta relación causa-efecto por la que una norma atentaría al principio de seguridad jurídica solo si su defectuosa redacción diera lugar a la inconcreción o a la falta de determinación de ese precepto. Sin embargo, no sería inconstitucional si una actividad interpretativa conforme a los criterios hermenéuticos precisos pudiera llevar a una aplicación que se considerase por un tribunal de clara subsunción de un supuesto de hecho.

CAPÍTULO II

LAS TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN

SUMARIO: I. La interpretación y el derecho. 1. *El concepto de interpretación jurídica y su evolución histórica*. 2. *Interpretación jurídica y teorías del derecho*. II. La interpretación como conocimiento de la norma. 1. *El literalismo, el intencionalismo y el originalismo*. 2. *La tópica y la dogmática jurídica*. A) La tópica. B) La dogmática jurídica. a) El neoconstitucionalismo y la interpretación del derecho. III. La interpretación como proceso de argumentación. 1. *Insuficiencias del método cognitivo*. 2. *El proceso interpretativo*. 3. *Interpretación y lenguaje*. 4. *Interpretación y argumentación*. A) La argumentación como justificación del derecho. B) El axioma *in claris non fit interpretatio* y la posibilidad de una única solución correcta. a) La interpretación como acto del conocimiento y de la voluntad. b) Pluralidad de significados en la actividad interpretativa. C) Imposibilidad de una sola solución correcta. a) Los casos difíciles. b) El lenguaje jurídico y la búsqueda de significados. c) La interpretación como experiencia compartida. D) La articulación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. E) Conclusiones. IV. Los límites de la actividad interpretativa. V. La interpretación «conforme».

I. LA INTERPRETACIÓN Y EL DERECHO

La interpretación supone siempre una actividad mediadora¹ que implica a varias partes y que debe analizarse teniendo en cuenta una perspectiva mul-

¹ El término «intérprete» deriva de la preposición latina *inter* (entre), y del vocablo indoeuropeo *pre* (hablar), y por esto indica la función de poner en relación a dos hablantes. FROSINI, V. (1989). *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*. Bulzoni (p. 109). En igual sentido, L. DÍEZ-PICAZO (1983). «Colocarse entre dos que hablan para hacer conocer a cada uno de ellos lo que el otro ha dicho», en *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel (p. 225).

tidisciplinar². En la fase de atribución de significado al texto normativo, las cuestiones que se plantean son comunes en el ámbito jurídico y extrajurídico³. La diferencia estriba en el lenguaje, tecnificado o no, que implica una especialidad en la actividad de descifrar ese significado⁴.

La interpretación es también un acto de conocimiento, con independencia de que sea una actividad creativa⁵. Esa creatividad puede encontrarse en el momento de la reproducción de la norma interpretada⁶, cuando se debe formular una regla de aplicación⁷. Pero, en todo caso, como tal acto de conocimiento, una teoría de la interpretación de las normas debe enmarcarse en la hermenéutica general, y como un apartado concreto de la interpretación general de los textos, con las especificidades de la interpretación normativa y dentro de la interpretación normativa, la jurídica, como una forma peculiar de interpretación que posee rasgos propios.

² En ese análisis deben conectarse todas aquellas disciplinas que tienen que ver con el conocimiento intelectual de un objeto interpretativo. Así, a la teoría del conocimiento, en cuanto que la actividad de interpretar significa la aproximación al objeto que se interpreta, no solo la norma como exteriorización del derecho que se sirve al caso, sino la indagación como búsqueda de la verdad de los hechos. A la lingüística, en cuanto que el derecho se expresa a través del lenguaje, lo que implica que el texto opera necesariamente como condición y como premisa de la actividad interpretativa, por lo que habrá de estar atento a las vicisitudes del lenguaje, para articular adecuadamente el sentido de la manifestación de la norma. Y a la filosofía, no solo del derecho, sino de todo conocimiento filosófico entendido como aproximación al conocimiento de la realidad.

³ G. TARELLO, *op. cit.*, p. 103.

⁴ *Ib.*, p. 103.

⁵ La mayor parte de los autores, incluso aquellos que consideran la interpretación como una actividad creativa, parten de un concepto de interpretación como acto de conocimiento. Para F. de Castro, interpretar, es «determinar por los signos externos el mandato contenido en la norma». CASTRO, F. de (1955). *Derecho civil de España*. IEP (p. 495). También para Betti la actividad interpretativa es una actividad cognoscitiva tendente a la determinación de un significado. «Es una actividad cognoscitiva dirigida a reconocer y reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas en el ámbito del orden jurídico, que son fuentes de valoración jurídicas (normas jurídicas) o que constituyen el objeto de semejantes valoraciones (declaraciones o comportamientos con relevancia jurídica)». E. BETTI, *La interpretación de la ley...*, p. 95.

⁶ Como entiende Betti, la interpretación jurídica no es más que un tipo de interpretación adscrito al modelo genérico de interpretación en función normativa. BETTI, E. (1990). *Teoría generale della interpretazione*. Giuffrè (p. 802). Esto supone dos momentos importantes en la actividad de la interpretación, uno primero de reconocimiento y otro segundo de reproducción o representación. Y es en este segundo momento en el que la actividad interpretativa adquiere creatividad (p. 803).

⁷ Para Betti, el camino que se recorre desde la interpretación hasta la aplicación o no de un precepto es una actividad tendente para averiguar si la relación establecida entre los hechos y la norma permite su aplicación. Y esto lo hace un tercero imparcial, el juez, en medio de dos intereses contrapuestos. La aplicación de la ley exige una operación de calificación jurídica, consistente en determinar la naturaleza del acto analizado y ver, desde allí, los efectos jurídicos que despliega la norma en relación con el caso. En los actos jurídicos privados, como los contratos, se observa, con más claridad que en las normas de derecho necesario, la prejudicialidad de ciertos actos, que vienen previamente calificados por las partes. Esto implica finalmente dos operaciones sucesivas, la primera de indagación de la norma, y la segunda de elaboración de la regla de aplicación. Estas dos operaciones se integran de forma unitaria de modo que la segunda es consecuencia de la primera, al no ser posible que el juez resuelva de manera discrecional sin apoyo del derecho positivo. (*Ib.*, p. 810-822).

1. El concepto de interpretación jurídica y su evolución *histórica*

Desde el derecho romano, la actividad interpretativa de los jueces se va integrando en un proceso creador de derecho que, sistematizado, genera un cuerpo coherente de instituciones. Para el derecho romano, no hay ninguna objeción en hablar de creación del derecho en la aplicación, porque así precisamente va surgiendo el derecho, a medida de la necesidad social⁸

Hasta el siglo XIX no se construye un sistema cerrado del silogismo, como método exclusivo y excluyente de cualquier otra forma de interpretación de las normas, porque el derecho aparece ya como una actividad cerrada y completa, que se renueva a las exclusivas expensas de la ley, y donde se supone que cualquier respuesta está prevista en el ordenamiento, porque este ha adquirido plenitud y totalidad como sistema. No hay que descartar que fuera esa influencia singular de la recepción del derecho romano en Europa la responsable de la importante formalización del derecho en el siglo XIX. El planteamiento del derecho formal y abstracto, aislado de referentes teóricos conectados a la realidad social, encontró al menos un apoyo fácil en las instituciones de derecho romano revitalizadas en el positivismo, para dar soluciones preestablecidas a conflictos privados de derecho civil y mercantil.

Para solventar las soluciones a esos conflictos, se formulan una serie de ficciones jurídicas aceptadas y asimiladas como tales, capaces de dar respuesta a las cuestiones que cada situación plantee. En primer lugar, la certeza del derecho, garantía y necesidad de que el ordenamiento pueda prever la respuesta adecuada y correcta que proporciona a cada situación. En segundo lugar, la plenitud del ordenamiento, por la que este cierra toda posibilidad a un vacío legal, lo que conlleva la analogía, como método capaz de suplir la falta de respuesta directa a cada problema concreto. Así, el positivismo pudo sostener, mediante ficciones jurídicas, que el derecho representara socialmente el método de resolución de conflictos, que tiene siempre la respuesta adecuada a cada cuestión⁹.

El método de la subsunción había creado otra ficción más, la de suponer que la actividad judicial no creaba derecho. Las investigaciones doctrinales ponen, sin embargo, de manifiesto las insuficiencias del método deductivo, en

⁸ Savigny pone de manifiesto esta formalización del derecho a partir del *Digesto*, donde el derecho romano adquiere independencia, en sus conceptos y reglas, de las circunstancias históricas en que se forma. M. F. C. DE SAVIGNY, *op. cit.*, p. 235 y ss.

⁹ El concepto de falacia, o ficción «es la generalización a partir de una información incompleta o a partir del olvido de otras alternativas». WESTON, A. (1994). *Las claves de la argumentación*. Ariel (p. 124).

cuanto a las trampas de creatividad¹⁰. Destaquemos algunos de estos aspectos que, sin duda, ponen en evidencia estas ficciones.

En primer lugar, el campo inevitable de creatividad que comprende la actividad de extraer conclusiones particulares de categorías generales previamente establecidas en las leyes¹¹.

En segundo lugar, dentro ya de la dogmática jurídica clásica, la relajación en la aplicación de algunos modelos de interpretación judicial, mediante la reconsideración de ciertos instrumentos cuya rigidez ciertamente dificultaba el entendimiento de esa actividad. Es así como se abre camino la progresiva flexibilidad en el entendimiento de una lógica de los valores, distante de la lógica tradicional de las normas¹².

2. Interpretación jurídica y teorías del derecho

La teoría de la interpretación no puede desvincularse del concepto del derecho. Para empezar, la delimitación del objeto de la interpretación no es comprensible, abstracción hecha de lo que se entiende por derecho. Para el positivismo formalista, la acotación del objeto interpretativo comenzaba y terminaba en la ley, mientras que otras concepciones del derecho daban entrada, además de a la ley, a los principios y valores que se integran en el ordenamien-

¹⁰ Ciertamente, en el sistema anglosajón de interpretación de las normas, las bases teóricas sobre las que se asienta esta actividad tienen otra significación muy distinta. Aquí la norma se extrae mayoritariamente del precedente, no de la ley escrita, y, por lo tanto, el campo normativo que constituyen las fuentes del derecho, no responde a las características del modelo continental.

¹¹ Recasens establece una nueva filosofía de interpretación del derecho que conceptúa como creadora la labor que va de lo general de la norma a lo particular del caso. Para empezar, el proceso de aplicación judicial de la norma, en cuanto interpretación, destaca sobre el cumplimiento voluntario del «de hecho», en cuanto que parece que se exige el papel intermediador del juez, cuando el derecho no es claro y determinante en su significado. «Ahora bien, ese proceso de individualización, concreción o aplicación contiene algo nuevo, que no está previamente contenido en la norma general. Este proceso debe estar regido por un tipo especial de lógica, que es diferente de la lógica tradicional, a saber, debe estar regido por una especial lógica de la acción humana referida a valores y encaminada a realización de fines». L. RECASENS SICHES, *op. cit.*, p. 142.

¹² Para Zagrebelsky, esa lógica de los valores se corresponde con lo que él llama la construcción del derecho constitucional en Europa. La juridificación del derecho exige la creación de una dogmática constitucional que integre, que cohesione y mantenga unidos los conceptos básicos del derecho constitucional. Y el único elemento sólido capaz de crear esa unión es la pluralidad de los principios. Los efectos del derecho constitucional sobre el Estado liberal consisten sobre todo en romper esa coherencia del principio de legalidad. La preeminencia del poder legislativo, con un ejecutivo en manos del rey y un poder judicial neutro, se sostenía porque estaba en manos de una clase homogénea, que era la burguesía, pero al aparecer el Estado constitucional han concurrido factores históricos de extraordinaria importancia que quiebran el principio de legalidad, por la necesidad de regular sectores concretos de la sociedad, exigencia del Estado social. Cambia completamente el sentido de la ley, ya no es la expresión de la voluntad general, sino de los grupos que tienen mayoría. *Il diritto mite*, p. 16-45.

to jurídico. El concepto de derecho, es, por tanto, consustancial al de interpretación, y de ello se sigue una importante correspondencia entre teorías interpretativas y teorías del derecho¹³.

Esa correspondencia se manifiesta también en cuanto a la progresiva ampliación del derecho público, que origina nuevos cánones de interpretación¹⁴. La normatividad constitucional es así un factor determinante de la configuración, no solo del derecho sino también de la interpretación del derecho. Esto no significa solo que el derecho deba ser interpretado de manera congruente con la Constitución¹⁵, sino también, y, sobre todo, que la propia actividad interpretativa debe ser congruente con la Constitución¹⁶.

II. LA INTERPRETACIÓN COMO CONOCIMIENTO DE LA NORMA

La circunstancia, debida a motivos históricos, de que las reglas relativas a las fuentes del derecho y a la interpretación de las normas se hayan situado en el Código Civil¹⁷ no puede ser un obstáculo para la obligada conformación

¹³ Ya F. de Castro distingue seis corrientes: la teoría legislativa primitiva, defensora de la aplicación de la letra de la ley sin permitir ni su interpretación ni su comentario (*quod non est in Codice, non est in mundo*); la teoría de la voluntad del legislador; la de la voluntad de la ley; la del derecho libre; la de la jurisprudencia de intereses y la normativista. Finalmente, el sincretismo metódico intenta combinar entre sí algunas de estas teorías, haciendo predominar en ellas unos u otros aspectos (*op. cit.*, p. 496). El llamado «método dogmático» estaría dentro de la tercera teoría, la voluntad objetiva de la ley, por ser la más adecuada al conceptualismo jurídico (p. 499).

¹⁴ RODRÍGUEZ ZAPATA, J. (1987). «Métodos y criterios de interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional», en *División de poderes...*, *op. cit.*, p. 156.

¹⁵ No hay que realizar un mayor esfuerzo argumental para llegar a esta conclusión desde que la propia Constitución, en su artículo 163, ha establecido la posibilidad de que todo juez plantee la cuestión de inconstitucionalidad antes de resolver con una norma inconstitucional. La cuestión de inconstitucionalidad obliga de manera indirecta a una «interpretación conforme» a la Constitución. Para Ezquiaga, este mecanismo ha permitido al TC utilizar sobre todo el método sistemático de interpretación, que facilita en el ordenamiento la noción de sistema, entendiendo por sistema la interpretación «conforme» a la Constitución. Así el ordenamiento jurídico adquiere coherencia. Como consecuencia de ello, solo se declara inconstitucional la legislación anterior a la Constitución que no sea posible acomodar en una interpretación conforme, los principios van a estar presentes en todo momento de la actividad interpretativa, y entre dos interpretaciones posibles se va a adoptar la que sea conforme a la Constitución, mientras que, entre dos interpretaciones conformes, se va a adoptar la que sea más coherente. EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (1987). *La argumentación en la justicia constitucional española*. HAAE / IVAP (p. 140).

¹⁶ Cuestiones ambas estrechamente relacionadas (aunque no idénticas) porque la interpretación conforme con la Constitución exige la opción por los criterios interpretativos, de entre los aplicables, que permitan conseguir esa coherencia material. A ello obliga ya un grupo consistente de normas positivas posteriores al artículo 163 de la CE, como son el 27.1 de la LOTC, que asegura la primacía de la Constitución, el 28.1, el 40.2 y el artículo 5 de la LOPJ.

¹⁷ El artículo 3.1 del Código Civil dispone: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquéllas».

constitucional de ambos tipos de reglas. Pues la Constitución es una norma sobre normas, o norma de producción, todas las normas que deriven de ella han de sujetarse a la norma constitucional¹⁸, tanto las del Código Civil cuanto las de otros preceptos legales que afectan a esta materia. De este tipo de reglas se puede decir¹⁹ que son «materialmente constitucionales»²⁰, en el sentido de que se trata de normas que regulan la producción jurídica, cumpliendo así la función materialmente encomendada a la propia Constitución²¹, sin que, en

¹⁸ «Hay que tener en cuenta que, frente a la identificación entre ley y derecho, propia de la doctrina tradicional de las fuentes, una teoría constitucional de las fuentes debe partir de la confluencia entre derecho y Constitución. La Constitución no puede contener, obviamente, todo el derecho, pero todo el derecho del ordenamiento debe tender a la constitucionalidad de sus aspectos formales y materiales. La teoría constitucional no sitúa a la Constitución en lugar de la ley, manteniendo las mismas estructuras. Antes bien, origina un cambio fundamental en la estructura del sistema de fuentes, dentro del cual la Constitución, en cuanto expresión del consenso fundamental de los diversos sectores sociales, sirve de medida para la determinación de la validez del derecho producido en los distintos ámbitos en que esos sectores ejercitan el poder público. La Constitución es el origen último del derecho vigente en el ordenamiento, hasta donde el derecho es derecho (más allá no existe como tal). Es la fuente conformadora del ordenamiento». F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho*, t. I, p. 54.

¹⁹ Sin que esta opinión sea unánime. I. de Otto no comparte la idea de que el Título Preliminar del Código Civil contenga materia constitucional, sino que lo subordina claramente al marco constitucional y relativiza su vigencia a lo dispuesto por la Constitución en materia de fuentes del derecho. OTTO, I. de (1987) *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel (p. 84).

²⁰ Igartua se plantea la paradoja de esta fuente del derecho: si se atiende a la obligatoriedad de esta norma, no hay que olvidar que «el estatus formal del Título Preliminar es –se dice– el de la legislación ordinaria, y, por ello, se sitúa en un escalón inferior al de la ley constitucional. Con lo cual, no solo se frena esta maniobra extensiva al campo constitucional de los preceptos «preliminares», sino que, a su vez, estos cargarían con la hipoteca en el terreno que les es propio, ya que ellos mismos deberían ser interpretados de conformidad con los principios de la Constitución». IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1984). «La interpretación de la Constitución: demarcación de perspectivas», en *La interpretación de la Constitución*. III Cursos de Verano de San Sebastián (p. 15).

P. Lucas Verdú, respecto de la posibilidad de que el Título Preliminar sea o no materialmente constitucional, aunque se encuentre fuera de la Constitución, entiende que la interpretación constitucional reduce la soberbia de la Constitución, entendida como primacía constitucional, precisamente porque las reglas de la interpretación se encuentran fuera de ella. Cfr. «Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la Constitución española», en *La interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 212.

M. A. Pérez Álvarez ha considerado este precepto como norma sobre normas, de modo que su carácter vinculante obliga a realizar así la interpretación, y de no seguirse este camino se infringe el artículo 3.1 del CC, y en su consecuencia se podría fundamentar un recurso por infracción de ley. Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (1994). *Interpretación y jurisprudencia*, Aranzadi (p. 134 y ss.). El mismo autor admite que el TS no lo considera de invocación directa en recurso de casación, sino en relación con el precepto violado. Por lo que es necesario poner en relación el artículo 3.1 con el precepto que se considera infringido.

²¹ Para F. Balaguer, la formulación tradicional en el Código Civil de las fuentes de derecho, amparada por la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1. 8.ª de la Constitución española, debe someterse al sistema de fuentes establecido ya en la propia CE, por lo que en la actualidad solo tiene el sentido de la definición de las relaciones entre la ley y la costumbre. Así, «la ley solo podrá establecer fuentes de rango inferior al legal». *Fuentes del Derecho*, t. I, p. 57. Porque una fuente no puede establecer condiciones sobre sí misma, de manera que el legislador, en cuanto a las fuentes del derecho, se encuentra vinculado a la Constitución, y no al Título Preliminar del Código Civil (p. 58).

todo caso, ello pueda suponer un estatus singular de esos preceptos²² que vaya más allá del condicionamiento que puedan suponer respecto del régimen de su derogación (con la innegable transcendencia que este peculiar régimen implica)²³. En particular, no es posible asimilar su naturaleza a la de las reglas constitucionales por cuanto deben someterse a las mismas como cualquier otra norma de rango legal²⁴. Por ello, toda teoría de la interpretación debe ser necesariamente una teoría constitucional de la interpretación, pues solo como tal es jurídicamente viable²⁵.

²² Lo que, por otra parte, no implica negarles el carácter de preceptos que, mientras estén vigentes, vinculan a todos los poderes públicos. Hay que tener en cuenta, además, la condición supletoria del Código Civil y del derecho civil sobre el resto del ordenamiento. El TC también ha tenido ocasión de pronunciarse alguna vez en el sentido de dar plena validez al Título Preliminar del Código Civil como aplicable a todo el ordenamiento. Así en la St 37/1987, sobre la Reforma Agraria andaluza. Y con ocasión de la figura del fraude de ley, reconocida en el Código Civil y que considera de aplicación a todo el ordenamiento, el Título Preliminar: «El fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el artículo 6.4 del Código Civil, que contempla con carácter general el fraude de ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y sólo por la tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código Civil su encaje normativo». FJ 8.

²³ La alteración singular y tácita del sistema de fuentes del Código Civil, llevada a cabo por el legislador, conculcaría a juicio de F. Balaguer principios constitucionales, como el de seguridad jurídica, y conllevaría la inconstitucionalidad de la ley. *Fuentes del Derecho*, t. I, p. 58. La disponibilidad del legislador sobre el Título Preliminar del Código Civil es plena en cuanto al contenido (respetando los principios constitucionales), pero no en cuanto a la forma de modificar ese contenido. Las normas del TPCC son Normas sobre Producción, y como tales, tienen una estructura general que debe ser respetada por motivos de seguridad jurídica. Deben ser modificadas, por tanto, con ese alcance general y de manera expresa.

²⁴ Alonso García no ve posible la aplicación del artículo 3.1 del Código Civil a la interpretación de los preceptos constitucionales. El problema del acomodo entre el artículo 3.1 y la Constitución se plantea sobre todo en los antecedentes históricos y legislativos. Después de la promulgación de la Constitución, resultaba difícil justificar la interpretación con estas referencias. Pero, por encima de esa circunstancia sin duda histórica y por eso mismo coyuntural, no hay razón alguna para desestimar la interpretación de la Constitución desde esos postulados. Para este autor no puede ser obligatoria esta norma porque la LOTC establece que el TC sólo estará sujeto a la Constitución y a la LOTC. *La interpretación de la Constitución*, p. 81. Por ello, el TC podría crear sus propios métodos interpretativos sin vincularse a criterios legales de interpretación.

²⁵ Solo una teoría del derecho acorde con la Constitución «puede proporcionar la base de nuestra dogmática jurídica, pues el jurista dogmático –sin que importe que se trate de un jurista dedicado al derecho público, civil o penal–, sólo puede ofrecer con éxito aquellos argumentos que están en consonancia con el derecho constitucional». VIEHWEG, T. (1992). «La filosofía del derecho como investigación básica», en *Tópica y filosofía del Derecho*. Gedisa (p. 44). Para Viehweg, integrar a la Constitución dentro de una teoría general del derecho, restringe las posibilidades interpretativas del juez lejos de ampliarlas, como parecían defender algunos, puesto que el catálogo de valores que recoge el texto fundamental encuadra necesariamente la actividad interpretativa en estos valores, y no en otros. De este modo, las normas del Código Civil, que establecen criterios interpretativos (en el derecho alemán señala los arts. 138, 242 y 826) «no conducen al ámbito de la libre discrecionalidad sino, simplemente, al ámbito dogmático, delimitado por la teoría del derecho acorde con la Constitución, en el que nos encontramos» (p. 45).

1. El literalismo, el intencionalismo y el originalismo

Las teorías subjetivas de la interpretación conectan la actividad interpretativa del juez al sentido original de la norma, o a la voluntad del legislador.

Esta forma de interpretación generó una importante corriente en los Estados Unidos, llamada originalismo. El originalismo es la teoría que pretende realizar una interpretación que reproduzca la intención de los constituyentes. El debate tiene, en el marco del derecho constitucional americano, referencias teóricas muy precisas, en cuanto remite al concepto previo que se tenga de la Constitución²⁶.

Como derivaciones importantes del originalismo están el literalismo, el intencionalismo y el intencionalismo constructivo. El literalismo es una corriente interpretativa que considera que toda la materia interpretativa está presente en el texto²⁷. Su principal problema es justificar la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados. El control de un concepto jurídico indeterminado lleva a un solo concepto, que es la respuesta al caso, y excluye cualesquiera otras posibles. La respuesta a si algo es o no constitucional solo puede ser sí o no²⁸.

De ahí que el literalismo no tenga hoy una general aceptación en la doctrina americana, y haya sido, en realidad, un soporte de pretensiones políticas conservadoras²⁹.

²⁶ La conformidad con la Constitución tiene que partir de un concepto previo acerca del contenido de la Constitución. Aquí, J. C. Bayón divide en dos las posturas básicas de las que parte ese concepto de Constitución para la doctrina: los que consideran que la Constitución tiene un sentido establecido por el que debe conducirse la interpretación, y los que consideran que no tiene un sentido claro, sino que este ha de ser reconstruido constantemente. Cada posición admite a su vez varias diferentes posturas, pero esencialmente, determina dos tipos de jueces: los activistas, y los partidarios del *self-restraint*. El detalle de cada posición, en BAYÓN, J. C. (1985). «El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)». *RCG*, n.º 4.

²⁷ Bayón distingue cuatro niveles en el literalismo: primero, el axioma *in claris non fit interpretatio*; segundo, el uso social impuesto al significado del lenguaje; tercero, la interpretación de los conceptos, y cuarto, interpretación de los conceptos a partir de su uso por los juristas (*Ib.*, p. 92).

²⁸ «Mientras los conceptos jurídicos indeterminados, legales o reglamentarios no dejan opciones libres a la Administración, sí lo hacen los conceptos jurídicos indeterminados constitucionales con el legislador». ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, p. 119. Por ello, el TC sólo defiende los círculos de certeza, no las zonas de penumbra. Parte este autor de que la CE mantiene una zona de penumbra, un margen interpretativo, que en ciertos casos viene a coincidir con el contenido esencial de los DF. Así, el Derecho a la intimidad familiar (p. 119). Sin embargo, el TC tiene que ser cuidadoso a la hora de interpretar estas zonas, porque «la determinación progresiva de los conceptos jurídicos indeterminados mediante el principio de la única solución justa puede llevar a la petrificación de todo el ordenamiento» (p. 121). En resumen, el TC debe defender las zonas de certeza y dejar al legislador las zonas de penumbra, que son las opciones del pluralismo político, margen de apreciación de la mayoría parlamentaria coyuntural, para que decida esas opciones (p. 122).

²⁹ Sobre el literalismo, dice Neuborne que confina a los jueces a un texto literal que, por genérico, no tiene sentido si no es interpretado. «Precisamente porque los Fundadores estaban elaborando una Constitución, no una lista de la compra, las previsiones del *Bill of Rights* son excelentes generalidades que resisten –y, por supuesto, impiden– una lectura literal». NEUBORNE, B. (1995). *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad estadounidense*. Civitas (p. 41).

El intencionalismo como teoría interpretativa de un marcado acento subjetivista, puede considerarse una variante del originalismo, que consiste en pretender averiguar lo que los fundadores quisieron decir cuando redactaron la Constitución. Se trata de averiguar la solución que darían los fundadores a un problema actual, salvando doscientos años de distancia³⁰.

El originalismo, a su vez, difiere del literalismo en que aquí se acude a las fuentes de la generación del texto, y no al texto en sí mismo. Lo que permite al menos indagar en la racionalidad de la norma escrita e intentar buscar un sentido en su aplicación. Y del llamado «método histórico», que es el método de interpretación de normas que se basa en los antecedentes, sin que sus conclusiones necesariamente hayan de respetar el sentido original, pretensión que sí exige el originalismo, receloso en todo momento de respetar la voluntad del constituyente. Y, finalmente, el originalismo difiere del intencionalismo en que este último requiere, además, que el intérprete indague en la voluntad de los constituyentes, mientras el originalismo permite una mayor objetividad en la actividad interpretativa.

El originalismo intenta a toda costa eliminar al máximo las posibilidades creadoras del juez, so pretexto de que se pueda derivar en un activismo judicial³¹. Como contrapartida al activismo, el originalismo presenta el inevitable problema de la petrificación del derecho. En una Constitución redactada hace más de dos siglos, no hay elementos que permitan solventar problemas interpretativos de mínimo alcance³². Las diferencias que presenta la sociedad, con

³⁰ «Sería tonto considerar que las opiniones de aquellos que votaron por primera vez la Decimocuarta Enmienda son representativas de la moralidad pública de los Estados Unidos un siglo después, cuando la cuestión racial ha sido transformada en casi todos los aspectos. También sería perverso, ya que negaría a dicha comunidad el poder cambiar su sentido público de propósito, lo que significa negar que pueda tener algún propósito público». DWORKIN, R. (1986). *El imperio de la justicia*. Gedisa (p. 258).

³¹ Para T. Freixes, en nuestro país no pueden presentarse estos problemas respecto del activismo judicial, al menos de la misma forma que en los Estados Unidos, porque nuestra Constitución contiene un catálogo más extenso de derechos fundamentales, que hacen innecesaria una interpretación extensiva de otros derechos no recogidos en el texto, cosa que ocurre en EE. UU. (T. FREIXES, *op. cit.*, p. 107). Respecto de la interpretación histórica, la fase constituyente de nuestra Constitución supone un elemento importante de juicio para interpretar las normas constitucionales, porque está todavía muy próxima en el tiempo esta circunstancia histórica. Esto permite plantear la interpretación en el marco en el que se genera. Cuestión distinta es si la interpretación ha de basarse en ese criterio o si la CE no tiene que sujetarse a esos parámetros, y en sí misma tiene la fuerza de ser interpretada objetivamente y abstracción hecha de la fase constituyente. Incluso en una interpretación alternativa a la intención del constituyente, porque la norma constitucional tiene plena autonomía para ser interpretada. Sin duda esto es así, y, por tanto, no ha lugar a plantear este elemento como necesario, pero situados en la voluntariedad de ese criterio, para que el intérprete sea libre de recurrir o no a él, es evidente que los trabajos parlamentarios representan un instrumento de similar valor a otros criterios de interpretación.

³² Beltrán sintetiza varios argumentos contrarios al originalismo: «a) encuentra grandes dificultades para localizar y determinar inequívocamente la *original intent*. b) da al traste con el sistema de fuentes (al negar validez a gran parte de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Americano). c) Niega la

respecto a los textos originarios son tan evidentes que el originalismo muestra una incapacidad clara de dar respuesta a los problemas jurídico-constitucionales derivados de esas relaciones sociales³³.

La afirmación, en un plano meramente teórico, de que el mayor grado de certeza jurídica acerca del sentido de una norma solo lo puede dar quien la crea³⁴, no obvia, sin embargo, que la mayor objeción al originalismo la constituye la evolución, no solo social, sino jurídica. La vida política y jurídica de los EE. UU. Ha evolucionado tanto como para que, si los jueces siguen aferrados a la interpretación originalista, sean contra mayoritarios³⁵.

El principal problema del originalismo se centra, por tanto, en la imposibilidad de la interpretación actual de una norma anterior, por el cambio social, que se ignora por los originalistas. Si la sociedad no es la misma, la Constitución tampoco es insensible a esos cambios, luego el objeto de la interpretación es de manera evidente otro, tanto porque el contenido semántico varía, como porque la sociedad sobre la que se vierte la interpretación no es tampoco la misma. Por esta sola razón, el originalismo es conceptualmente imposible, ya que intenta detener el transcurso del tiempo³⁶ evitando los cambios sociales que plantean situaciones que, a su vez, imponen nuevas soluciones a problemas jurídicos nuevos³⁷.

realidad constitucional de que existen y deben existir cláusulas abiertas, e incluso niega el concepto mismo de Constitución. d) La petrificación que implica el originalismo no es legítima ni desde el punto de vista social ni desde el punto de vista puramente interpretativo». M. BELTRÁN, *op. cit.*, p. 91.

³³ Señala Beltrán un conjunto de razones que no hacen posible mantener la interpretación original como una interpretación real, como son el cambio del significado semántico en las expresiones constitucionales, e incluso en algunos términos técnicos; la dificultad de encontrar un sentido unívoco en un órgano multipersonal como es el constituyente, y, finalmente, la dificultad de concretar la fuente sobre la que recae la actividad interpretativa: el propio texto constitucional, las campañas para su aprobación, etc. (*Ib.*, p. 70 y ss.).

³⁴ R. GARGARELLA, *op. cit.*, p. 61. Sobre la estrecha relación entre opciones políticas y teorías interpretativas en el derecho norteamericano, ver también RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A. (1997). «La mayor protección de los derechos fundamentales: dos ejemplos norteamericanos y algunas enseñanzas para el caso europeo», en *Estudios de derecho público en homenaje a J. J. Ruiz-Rico*. Tecnos.

³⁵ *Ib.*, p. 136.

³⁶ «Si tuviésemos que escribir hoy una versión de *The Federalist*, haríamos una descripción del sistema norteamericano muy diferente a la de entonces». SCHWARTZ, B. (1984). *El federalismo norteamericano actual*. Civitas (p. 99). El autor pone de relieve las distintas fases por las que atraviesan los conflictos de poder entre el poder federal de los EE. UU. y los poderes de los respectivos estados.

³⁷ Beltrán demuestra la conexión entre el originalismo como corriente interpretativa de la Constitución en EE. UU. y la política conservadora de Reagan en la década de los ochenta. Al exacerbado activismo judicial, que estaba produciendo un considerable progreso en la política de igualdad, de tutela judicial a través del *due process* y la libertad de expresión y respecto a la intimidad en la conducta sexual, se opone por los republicanos un intento de frenar esa expansión a través de jueces del TS que defienden una interpretación original, por la que, no estando previstos estos supuestos en la Constitución, se pudieran desestimar las pretensiones de estos derechos. M. BELTRÁN, *op. cit.* (sobre todo, p. 25 a 49).

2. La tópica y la dogmática jurídica

A) LA TÓPICA

La tópica se define como la técnica del pensamiento problemático³⁸. Se contraponen así a los planteamientos metodológicos tradicionales en la ciencia del derecho, pues rechaza la aplicación del método deductivo³⁹. La tópica no pretende así integrarse en el método jurídico, sino que se autodefine como una mera técnica⁴⁰. En relación con la interpretación, la tópica niega su posible sistematización, al entender que la interpretación no ofrece principio alguno seguro y objetivo, pues debe siempre definirse de acuerdo con el problema concreto⁴¹.

La tópica no acepta el sistema deductivo, sino tan solo el sistema dialéctico clásico, o tópico, que es un mero sistema de argumentación. Es un sistema abierto, que no excluye a los otros, puesto que solo opera en un momento de la argumentación, cuando se proporciona un punto de vista⁴².

³⁸ VIEHWEG, T. (1988). *Tópica y jurisprudencia*. Taurus (p. 38). Recoge el mismo sentido GARCÍA AMADO, J. A. (1988). *Teorías de la tópica jurídica*. Civitas. Aristóteles situaba la tópica entre la retórica y la dialéctica. Él pretendía encontrar un método con el que poder razonar sobre cualquier problema. ARISTÓTELES (1988). *Tratados de Lógica (Organom)*. Gredos (p. 89). Se trataba de crear un esquema capaz de soportar cualquier argumento, que seguía la línea de desarrollo trazada en esa estructura teórica. Así, se podía mantener una conversación con el contrario, costumbre de la época por la que se intentaba el convencimiento recíproco acerca de un tema, e intentar vencerle mediante una cadena de razonamientos ya ensayados.

³⁹ Para Viehweg, la tópica no cumple las condiciones del método porque «sólo puede llamarse método a un procedimiento que sea comparable por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentos, es decir, un sistema deductivo». *Tópica y jurisprudencia*, p. 105. Por ello, la tópica excluye a la ciencia del derecho y, al contrario, porque la jurisprudencia como ciencia implica la utilización de un método deductivo, al que no es susceptible la tópica (p. 111).

⁴⁰ Lo que le falta a la tópica para llegar a formar parte del método jurídico es el carácter científico del que carece, porque la tópica viene a ser un esquema de pensamiento, que solo se sujeta a los márgenes que los propios interlocutores se imponen, en función de sus respectivas convicciones y criterios acerca del objeto que tratan. García Amado analiza la relación entre la tópica y el consenso social. Los *topoi* encontrarían su legitimación para la argumentación de una decisión judicial en el consenso social, que vendría a respaldar esta decisión por estar basada en criterios indiscutidos, o mayoritariamente respaldados, por las creencias o valores de la sociedad. J. A. GARCÍA AMADO, *op. cit.*, p. 74 y ss.

⁴¹ T. VIEHWEG. *Tópica y jurisprudencia*, p. 129. Para Viehweg, la actividad interpretativa sólo puede moverse en función del problema concreto. Esta exigencia casuística determina un método peculiar, y es la necesidad de mantener ciertos tópicos, que funcionan al servicio de una invención para cada caso concreto.

⁴² El concepto de tópica y el de sistema se oponen abiertamente, por lo tanto, para Viehweg. Como ha puesto de manifiesto García Amado, la posición de Viehweg parte de un dualismo irreductible y hasta cierto punto imposible. GARCÍA AMADO, *op. cit.*, p. 143. Sin embargo, T. Viehweg, en otros pasajes de *Tópica y jurisprudencia*, mantiene la simultaneidad de diferentes procesos tendentes a la indagación y solución de un problema, en este caso, de una resolución judicial. T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, p. 117 y *passim*.

Ahora bien, el antagonismo radical entre pensamiento problemático y pensamiento sistemático y la consideración de la tónica como una mera técnica o un estilo, no son sino la manifestación de un entendimiento reduccionista del método jurídico⁴³ que parte de posiciones ya superadas. Desde esa perspectiva, una concepción más matizada abre posibilidades de integración de elementos propios de la tónica sin descuidar el sistema.

Más allá de la consideración de la tónica como técnica específica, o en su relación con la dogmática jurídica, o con el método jurídico, cabe plantearse su funcionamiento en el momento de la decisión judicial, que se materializa en una resolución. La cuestión es si el juez, traída la causa a su conocimiento, antepone un pensamiento tónico acerca de cuál va a ser su decisión, en función sobre todo de la mentalidad social, que se encuentra en estos lugares comunes, con preferencia a otros, o si previamente enjuicia el problema al hilo del derecho positivo, tomando la tónica solamente como una manera de argumentar. Probablemente todo esto ocurre de manera indivisible. El proceso de la decisión judicial se manifiesta como un proceso complejo, en el que intervienen factores de muy diversa consideración, muy difícilmente aislables, y por ello con gran dificultad de análisis⁴⁴.

En todo caso, debe destacarse la potencialidad que la tónica ofrece como método de interpretación constitucional⁴⁵, en la medida en que se trata de un método abierto y de carácter argumentativo, que no parte de verdades absolutas y que contempla el derecho como un proceso social siempre inacabado. Características que la hacen confluir con otras tendencias metodológicas que tienden a corregir las deficiencias de las concepciones tradicionales.

⁴³ Para García Amado, la exclusión del método jurídico de la tónica por parte de Viehweg, obedece precisamente a ese concepto estricto de método, excesivamente vinculado al procedimiento deductivo y a la subsunción, hoy ya poco vigente. (*op. cit.*, p. 100).

⁴⁴ «Ante la indefinición y generalidad abstracta de su objeto, la tónica jurídica puede presentarse como explicación parcial de una pluralidad de actividades jurídicas, pero no como explicación suficiente de ninguna de ellas» *Ib.*, p. 92). Probablemente porque no se puede analizar como un *a priori* esta cuestión, sino que este análisis como tal cabe sólo después de producida la resolución judicial, adonde ahora ya sí cabe un análisis de los elementos que han intervenido en ella, tanto de la influencia del derecho positivo, como de la importancia que haya tenido en ella el pensamiento tónico, si hay o no contradicción entre dos pensamientos igualmente tónicos, con elección preferente de uno de ellos, o hasta de si este ha estado ausente de forma consciente o impensada.

⁴⁵ Sin olvidar tampoco las críticas, a veces razonables, que se le han hecho a la tónica como método de interpretación del derecho, fundamentalmente por su falta de rigor, en cuanto la tónica exige buscar las premisas para la interpretación, pero una vez detectadas las premisas, hay que interpretarlas, de manera que se evidencia de nuevo la insuficiencia argumental de los *topoi*. Algunos, como Alexy, apuntan a la falta de rigor de la argumentación de la tónica, y su falta de integración tanto de la ley como del precedente. R. ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 42.

B) LA DOGMÁTICA JURÍDICA

En la dogmática jurídica se engloban un conjunto de teorías que intentan eliminar la posición del intérprete y reproducir solo las leyes escritas, de manera que la interpretación constituye una actividad encaminada a averiguar la racionalidad de la norma⁴⁶.

El surgimiento histórico de la interpretación como actividad intelectual y científica está conectado en Europa a dos corrientes del derecho que se desarrollan a finales del siglo XVIII, y a lo largo de todo el siglo XIX, y que representan, en Francia y en Alemania, la escuela de la exégesis y la escuela histórica respectivamente.

La escuela de la exégesis del derecho surge en la Francia de Napoleón, para responder a la exigencia de interpretar el Código Civil con una total fidelidad al texto escrito. Y, por extensión, se configura como una teoría interpretativa basada exclusivamente en la ley, capaz de lograr la total sistematización del derecho y la certeza jurídica⁴⁷.

De forma similar, la escuela histórica responde también a una necesidad política de unificar el derecho en Alemania⁴⁸ y considera la interpretación como una actividad dirigida a averiguar el sentido de la norma en el tiempo.

Ambas teorías van a configurar el derecho durante más de un siglo en Europa, como una actividad intelectual que indaga un sentido racional contenido en la norma, y donde el intérprete no pone más que su capacidad de intelección⁴⁹.

⁴⁶ «La teoría objetiva de la interpretación no dice solamente que la ley, una vez promulgada, puede adoptar para otros, como cualquier palabra hablada o escrita, un significado en el que no había pensado su autor [...] sino que dice, además, que lo jurídicamente decisivo, no es la significación dada por el autor, sino una significación objetiva que hay que determinar independientemente de aquélla, y que es inmanente a la ley». K. LARENZ. *Metodología...*, p. 47.

⁴⁷ F. BALAGUER. *Fuentes del Derecho*, t. I, p. 34. Igual pretensión tenían los representantes de la escuela histórica en Alemania, solo que su método era científico. La diferencia entre la *voluntas legis* o *voluntas legislatoris* que desarrolla el derecho europeo y la teoría originalista del derecho anglosajón está en que en esta última se habla de interpretación constitucional, y en Europa, en ese momento histórico, no estaba siquiera planteada la posibilidad de una constitución normativa.

⁴⁸ Sin embargo, ambas escuelas se diferencian en el método, y sus representantes mantendrán una viva polémica en cuanto a las posibilidades científicas del derecho, reivindicadas por Savigny y negadas por Thibaut. Savigny funda la *Revista para la Ciencia Histórica del Derecho*, en 1815, con la intención de formular una ciencia histórica del derecho. F. V. SAVIGNY, M. F. C (1994). «Sobre el fin de la revista de la escuela histórica», en *El ámbito de lo jurídico*, de P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.). Crítica (p. 22 y ss.).

⁴⁹ En Italia, Carnelutti sitúa la interpretación del derecho entre las ciencias del conocimiento. «La interpretación del derecho que es actividad exquisitamente intelectual, se debe colocar desde el punto de vista del método en la fase del hallazgo, no de la elaboración de los datos; y así queda en claro la razón que construye, no sólo al operador sino al científico del derecho, a interpretar». CARNELUTTI, F. (1962). *Metodología del Derecho*. UTEHA (p. 28). Lo que no obvia que ya para Carnelutti la interpretación sea una creación, pero en una fase posterior al hallazgo. «Leer un código es como leer una partitura» (p. 35).

Pero el modelo de interpretación que trae causa, tanto en ese racionalismo histórico como en la escuela exegética, se ha visto superado históricamente por conceptos de la teoría política que hoy ya están completamente desfasados. Así, la creencia por una ficción jurídica de que el concepto de «voluntad general» puede ser una realidad no responde hoy al concepto de democracia representativa conectado al pluralismo político, que por definición impide considerar una verdad absoluta susceptible de ser descubierta por el Parlamento. En segundo lugar, la errónea equiparación entre una lógica tradicional y todo razonamiento deductivo, que culmina en la teoría pura del derecho, afirmando que de los valores no pueden extraerse verdades y viceversa, de tal modo que el estudio del derecho como disciplina se alinea entre los objetos de conocimiento susceptibles de decisiones racionales⁵⁰. Pero las consecuencias de ese razonamiento excluyente de toda realidad social no consiguen culminar en una posibilidad científica del derecho ausente de valores, lo que hace decaer estas teorías en el período de entreguerras.

Ya en los primeros años de este siglo, se producen reacciones importantes a estas escuelas. En Francia, F. Géný refuta la escuela exegética con contundencia⁵¹. En Alemania, es el propio Ihering el que corrige considerablemente su teoría dogmática en la última parte de su obra⁵².

Y en Italia, está la posición de Mortati, a quien no le parece viable una constitución que sea interpretada al margen de los valores y principios constitucionales que la generan y que se contienen en ella, porque no cumpliría bien su función. Hay un positivismo crítico capaz de conectar con esta idea de valores y principios que salve la dogmática del positivismo más general. Y es desde la supremacía constitucional como cabe alcanzar esa finalidad de integración normativa.

Si la Constitución tiene primacía, las demás fuentes a ella subordinadas no podrán sin más perder ese valor, lo que para él es tanto como decir que una jurisprudencia de valores está vinculada a una constitución normativa, que expresa de la mejor manera el pacto social identificativo de un territorio⁵³.

⁵⁰ A esta solución intelectual se llega según Höffe por «una corriente de investigación interdisciplinaria que excluye de antemano enfoques hermenéuticos, fenomenológicos, trascendentales o lingüístico-analíticos, y que se limita a conceptos de decisión racional formalizados y básicamente transformables en un cálculo». HÖFFE, O. (1988). *Estudios sobre teoría del Derecho y la justicia*. Alfa (p. 153).

⁵¹ «Por el Código Civil, pero más allá del Código», reivindicando la costumbre como fuente del derecho. F. GÉNY, *op. cit.*, p. 34.

⁵² Sobre todo en *La jurisprudencia en broma y en serio*. Civitas, (1987), aunque su *Fin en el Derecho* (Cit.) era ya una corrección importante a la jurisprudencia de conceptos de *El Espíritu del Derecho Romano*, Revista de Occidente (1947).

⁵³ MORTATI, C. (2000). *La Constitución en sentido material*. CEC (p. 22 y ss.).

Y con esta relación estrecha y directa entre la naturaleza de la Constitución y el acto interpretativo que exige, no es fácil el encuadramiento de un concepto material de constitución en las corrientes sociológicas o institucionales del derecho, pero es evidente que cuanto más cerrado sea el concepto de interpretación o de la configuración dogmática de los derechos, más difícil será buscar la materialidad de las normas y, al contrario, es en un derecho abierto al pluralismo en donde se acomoda mejor la idea del sustrato material de la Constitución.

Es así como se entiende que el tratamiento de una constitución desde el punto de vista material exige una relación establecida entre las diferentes instituciones del Estado y las posibilidades que puede desplegar en la actividad humana⁵⁴.

Desde la función de los partidos políticos en su articulación con los poderes públicos como garantía del pluralismo político, la articulación política en el Parlamento se conduce como constituyente a la formulación jurídica de las opciones políticas. Y esa materialidad de la política, una vez juridificada y transformada en el derecho de la mayoría, debe ser respetada en su contenido material, e interpretada conforme al derecho, pero sin olvidar cual ha sido la realidad de cómo se han comportado en realidad los agentes políticos y sociales en relación con ese derecho. Son partes integrantes del Estado que accionan y reaccionan.

El constitucionalismo del Estado social solo puede desenvolverse en la jurisprudencia de los valores, y no de los conceptos porque cualquier hermenéutica constitucional tiene que partir de la indagación de cuáles son los fines a que sirve una constitución social y como ha de aplicarse el derecho para conseguirlo. Si la interpretación del derecho privado se consolida en el derecho continental desde el método subsuntivo, el advenimiento del derecho constitucional del Estado social tiene que servir a fines y valores constitucionalmente reconocidos, porque de lo contrario no se justificaría ese reconocimiento constitucional.

De ahí las indicaciones del constituyente en cuanto a la fórmula de Estado o la determinación de los principios rectores en orden al tratamiento de temas como la salud, la vivienda y otros derechos que, si bien no tienen una resistencia frente al legislador o aplicación directa, constituyen principios que obligan a una actividad interpretativa de las normas que no es totalmente libre para el aplicador judicial, sino condicionada por el modelo de Estado al que el intérprete constitucional ha de servir.

⁵⁴ *Ib.*, p. 67.

En ese sentido, algunos autores distinguen entre valores sustantivos y adjetivos para distinguir el grado de importancia entre unos y otros⁵⁵. E igualmente en lo que respecta a interpretación desde la exigencia de la protección de las minorías, donde el criterio razonable es dejar que emerjan los derechos de las minorías sobre otros más asentados que ya disfrutaban las mayorías. Las expectativas minoritarias también han de ser atendidas, aunque esas expectativas solo puedan ser mayoritarias si logran con el tiempo el suficiente consenso⁵⁶.

A diferencia de un concepto formalista de la Constitución, la función que desempeña la constitución material remite a las condiciones materiales del derecho y al contenido del pacto social en el que se genera. Solo así tiene sentido hablar de Estado social, porque de no optar por una interpretación valorativa no se daría cuenta de la realidad de ese pacto constituyente que la soberanía nacional materializa en el derecho⁵⁷.

Esta concepción del derecho constitucional material ha servido también para avanzar en un constitucionalismo contemporáneo que se conoce como el neoconstitucionalismo, una posición crítica del derecho constitucional más actual, que pretende extender la idea de que otro constitucionalismo es posible desde diferentes visiones de la ética y los contenidos de justicia como condiciones de la validez del derecho. Para Prieto Sanchís, el neoconstitucionalismo se puede referir a cuatro diferentes significados: la filosofía política o doctrina del Estado justo, una teoría del derecho que suministra un marco europeo, una filosofía del derecho que explica un particular modo de ser los sistemas jurídicos, y una teoría de la ciencia jurídica que describe y prescribe el conocimiento jurídico de contenido previamente moral⁵⁸.

Como teoría del derecho, parte de un paradigma garantista tomado de juristas como Ferrajoli, que sostienen que el derecho ha de insertarse en la garantía judicial. La aplicación directa de los derechos fundamentales en las constituciones normativas, sin necesidad de *interpositio legislatoris*, como respuesta a una importante crisis del concepto de ley, en donde se expande la materia constitucional hasta llegar a la unidad de una interpretación en la que se confunden Constitución y ley sin que quepa la diferencia de métodos interpretativos, porque la óptica es preferentemente constitucional.

Hoy la argumentación del juez en relación con la fundamentación jurídica de un supuesto de hecho exige una actividad más amplia que en las consti-

⁵⁵ E. ALONSO. *Interpretación de la Constitución*, p. 342 y ss.

⁵⁶ *Ib.*, p. 528.

⁵⁷ *Ib.*, p. 213.

⁵⁸ PRIETO SANCHÍS, L. (2014). «Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica», en *Argumentación jurídica*, de M. Gascón (coord.). Tirant lo Blanch (p. 17 y ss.).

tuciones liberales, porque antes bastaba con el análisis de la ley, pero ahora la argumentación exige el contraste entre ley y la Constitución. Y dado que una constitución pluralista es abierta, no hay una clara *voluntas legislatoris* unificada, porque la constitución aquí es el fruto del consenso de una previa situación de conflicto social pacificado, y la labor intérprete es mayor, pero también más libre, porque le permite acercarse a los principios y valores en conflicto que pueden ser *derrotables* en ese camino interpretativo.

Solo así se pueden entender sentencias como la que el Tribunal Constitucional dicta en relación con la inconstitucionalidad de una pena por su desproporción en base a principios capaces de desplazar a normas jurídicas desproporcionadas⁵⁹.

a) *El neoconstitucionalismo y la interpretación del derecho*

El neoconstitucionalismo es un término ambiguo y vago. Puede comprender desde una filosofía política o doctrina del Estado justo hasta una forma de organización política, o una teoría del derecho capaz de suministrar un marco teórico, explicativo de los sistemas jurídicos en su modo de actuar. Pero también una filosofía del derecho que cancela las fronteras entre derecho y moral. O una teoría de la ciencia jurídica que prescribe el conocimiento jurídico una vez que la moral se hace presente en el derecho.

Si nos ocupamos de la argumentación jurídica nos interesa una teoría del derecho que es la segunda definición⁶⁰. Parte de una reafirmación de la normatividad constitucional, algunos de cuyos aspectos han sido cuestionados hasta hace poco como normativos y considerados programáticos, y desde este punto de vista se corresponde con una aspiración de ciertas posiciones políticas y jurídicas de que el derecho finalmente no se traduzca en un producto vacío de contenido, sino que sirva a los fines que se propone.

De ahí la idea de que, según Ferrajoli, las transformaciones constitucionales de los últimos años han conseguido materializar contenidos más allá de sus posiciones formales como valores, principios y derechos fundamentales, y con sumisión de todos los poderes al contenido constitucional.

La garantía de un tribunal constitucional y la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces y tribunales ordinarios, sin necesidad de

⁵⁹ *Ib.*, p. 38. Se refiere a la STC 136/1999 por la que se estima inconstitucional el precepto penal que estableció una pena desproporcionada en relación con el delito cometido por los recurrentes.

⁶⁰ *Ib.*, p. 17 y ss.

interpositio legislatoris, con aplicación directa, y los principios que favorecen la aplicación de una constitucionalidad directa como a través de la interpretación conforme o la cuestión de inconstitucionalidad, favorecen el neoconstitucionalismo, que desplaza definitivamente a la ley de la centralidad desde que la tradicional teoría de las fuentes el derecho le otorgaba en las constituciones programáticas⁶¹. Y el ejemplo más claro, el recurso de amparo, muestra la exigencia de que la jurisdicción constitucional y legal deberían unificarse y que esa intangibilidad de la Constitución debería ser mínima⁶².

El desplazamiento de la ley por el protagonismo de la Constitución la coloca en una posición subalterna. La ley, que en la Ilustración era el instrumento de racionalización del orden político y social, a finales del XIX ya se muestra insuficiente y es superada por la escuela libre del derecho⁶³.

El constitucionalismo actual, a diferencia de la ley, procede de los acuerdos entre un pluralismo político derivado de la representación política. Esto, que legitima a la Constitución, dificulta técnicamente su interpretación porque crea imprecisiones y contradicciones derivadas de las posiciones políticas que la aprueban. La interpretación constitucional exige, por lo tanto, una mayor apertura que la ley. La actividad del derecho aquí es, además de cognitivista, decisional. Un modelo cognitivista que atañe tanto al juez como al legislador.

III. LA INTERPRETACIÓN COMO PROCESO DE ARGUMENTACIÓN

1. Insuficiencias del método cognitivo

Como reacción a las insuficiencias del método jurídico, se producen diferentes teorías acerca de la interpretación. Por una parte, se detecta la insuficiencia de los instrumentos legales para responder a la interpretación de cada caso concreto. Para ello se acude a los principios generales del derecho, que ocupan un lugar importante en la interpretación de las normas. Y, por otra parte, se integran nuevos criterios de interpretación, destacada- mente la costum-

⁶¹ «Si el modelo de jurisdicción concentrada y de control abstracto ha terminado conjugándose con elementos propios de la jurisdicción difusa y del control concreto, parece que también la imagen del tribunal constitucional como legislador estrictamente negativo que ejerce un control solo de las leyes debe ser revisada». (*Ib.*, p. 25).

⁶² Contrario a Ferrajoli, que considera necesaria la rigidez constitucional como ínsita al constitucionalismo garantista, como característica estructural del constitucionalismo, Prieto Sanchís es partidario de una flexibilidad y adaptabilidad constitucional al desarrollo mismo de las condiciones materiales en las que se inserta el derecho.

⁶³ *Ib.*, p. 31.

bre, que nunca abandonó la escuela histórica, pero que ha sido sin embargo cuestionada en todo momento por las demás corrientes positivistas, y de manera especial por la escuela de la exégesis⁶⁴.

Con todo, la superación de esa rigidez establecida en la dogmática jurídica viene de la reformulación de la actividad que el juez realiza en la interpretación de las normas. Y esta va a provenir de varias corrientes, algunas de ellas contradictorias entre sí.

En primer lugar, la teoría de la institución, que surge como reacción a ese formalismo rígido de finales del siglo XIX, por el que la identificación del derecho y el Estado pretendían reducir el derecho a la norma escrita. El surgimiento a principios de siglo de corrientes formalistas trae consigo algunas reacciones en Francia, por Hauriou, y en Italia, por Santi Romano, de un cierto antiformalismo, que pretende ampliar el derecho considerándolo algo más que las normas jurídicas estatales. La teoría de la institución supone, sin duda, la más importante reacción al positivismo legalista⁶⁵.

En Italia, Santi Romano conceptúa el derecho como una globalidad no identificable con el Estado ni con las normas, sino como un conjunto de instituciones que toman su arraigo jurídico, con una cierta independencia de los poderes públicos. El derecho es algo más que la suma de normas, y las normas son la resultante de un proceso del que forma parte ineludible la sociedad⁶⁶. El derecho para Santi Romano es un todo coherente y orgánico, que tiene que ver con la sociedad, además de con el Estado⁶⁷, porque el Estado no tiene el monopolio del derecho.

⁶⁴ F. GÉNY dedica en su obra *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, cerca de 150 páginas a la costumbre, que reivindica como fuente del derecho pese a que, a diferencia de la ley, haya de ser probada. (*op. cit.*, p. 346).

⁶⁵ Formulada inicialmente por HAURIU, M. (1927). *Principios de Derecho público y constitucional*. Reus (p. 100 y ss.). Con la palabra institución, Hauriou, designa «todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados» (p. 83). Por ello, «una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social por un fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas» (p. 84). De forma parecida define la institución en *La teoría de la institución y de la fundación*. Abeledo-Perrot (1968), (p. 39). Hauriou manifiesta que es en 1906 cuando comienza su preocupación por esos problemas, pero que hasta 1916 no había abordado la institución «como cosa social objetiva». En todo caso, no es sino hasta 1918 cuando Santi Romano publica *El ordenamiento jurídico* (HAURIU, *Principios de Derecho...*, p. 83). Cuando Romano escribe su obra, Hauriou ha publicado ya su *Principes de droit public*, donde define un concepto de institución. De este concepto parte Romano, que define la institución de forma breve, como «tout être ou corps social». ROMANO, S. (1975). *L'ordre juridique*. Dalloz (p. 25).

⁶⁶ «Le remplacement des normes par d' autres est l' effet plutôt que la cause d' une modification dans la substance de l' ordre». (*Ib.*, p. 10).

⁶⁷ En cierto sentido se identifica con la teoría institucional: «Tout ordre juridique est une institution et, inversement, toute institution est un ordre juridique: il y a, entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue» (*Ib.*, p. 19). Ciertamente, el Estado es la institución más importante, pero no es la única.

La segunda gran reacción está en las teorías sociológicas, para las que el derecho es también algo más que un texto normativo, y que predeterminan en gran medida el movimiento, en el campo específico de la interpretación de las normas, de la escuela libre del derecho⁶⁸.

Ehrlich afirma que el derecho no emana solo del Estado, sino también de la sociedad, de modo que, frente a Kelsen, viene a sustituir el concepto de ordenamiento jurídico por el de ordenamiento⁶⁹. El Estado es un órgano más de la sociedad⁷⁰. No es cierto, por lo tanto, que toda norma jurídica sea la que el Estado establece como norma jurídica⁷¹, muy al contrario, las normas estatales son minoritarias con respecto a la producción jurídica. Ello lo lleva a desarrollar una teoría de la interpretación de las normas que se basa más en la aplicación de los principios generales que en la ley⁷².

Lo verdaderamente importante en el derecho es aquello que produce a la norma, la institución. Santi Romano da más importancia a las instituciones que a las normas en el derecho. «Le droit n'est pas, du moins n'est pas seulement, la norme posée, mais bien l'entité qui la pose» (p. 13). Hay una cierta equivalencia entre ordenamiento e institución, si entendemos con Santi Romano el derecho como ese cuerpo consistente que forma la sociedad, en la que el derecho no surge de la ley, esta no es más que el reconocimiento, o la forma que en ciertos momentos toma el derecho, el derecho preexiste a la ley, de manera que el Estado en un primer momento es prejurídico. «Le processus de la formation d'un Etat, est incontestablement prejuridique» (p. 44), pero una vez que se ha formado, y se ha dictado a sí mismo unas normas, el Estado es un ordenamiento, «une institution dont le monarque, les sujets, le territoire, les lois ne sont que des éléments» (p. 53).

⁶⁸ Para G. Robles, la teoría sociológica del derecho se genera en tres corrientes: la de Savigny, con el concepto de jurisprudencia de intereses, la vía empirista de Nussbaum y Ehrlich, que eleva a categoría de ciencia frente a la dogmática tradicional, a la sociología del derecho. ROBLES, G. (1993). *Sociología del Derecho*. Civitas (p. 20). Una evolución de la teoría sociológica constituyó en los años 30 y siguientes, la escuela libre del derecho. Esta corriente del derecho pretendía usar la norma con plena libertad interpretativa. Y como derivación de la escuela libre del derecho, sobre todo en Italia, el uso alternativo del derecho, de clara desvirtuación del sentido de la norma en su fase creativa, para ponerse al servicio de su intérprete. El llamado uso alternativo del derecho produjo también sus excesos, sobre los que se ha llamado la atención frecuentemente. CALSAMIGLIA, A. (1986). *Introducción a la ciencia política*. Ariel (p. 106 y ss.).

⁶⁹ ERLICH, E. (1976). *I fondamenti della sociologia del diritto*. Giuffrè. Para Ehrlich, el derecho es sobre todo un orden social. Su visión del derecho, a diferencia de Kelsen, no es necesariamente estatal, el derecho surge en la sociedad, y en la medida en la que esta no es reducible al Estado, tampoco el derecho. «Dal momento che il diritto è un fenomeno sociale, ogni specie di scienza giuridica è una scienza sociale; ma la scienza del diritto nel senso proprio del termine, è una parte della scienza teorica della società o, il che è lo stesso, una parte della sociologia» (p. 32). Distingue tres tipos de derecho, el derecho social primario, el derecho secundario de los juristas y el derecho secundario del Estado. Normas de decisión, que son las que sirven a los operadores jurídicos como base de su decisión, y que son las que se identifican con las normas del Estado, normas sociales, las del ordenamiento social, y normas de intervención, las específicamente coactivas, por las que el Estado sanciona.

⁷⁰ *Ib.*, p. 187.

⁷¹ *Ib.*, p. 193.

⁷² (*Ib.*, p. 220). Para una visión contrastada de las tesis de Ehrlich con relación a Kelsen, ver CARRINO, A. (1993). *E. Ehrlich e H. Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, ICPS. El entendimiento del derecho como un producto social, y no necesariamente como una norma susceptible de sanción en caso de incumplimiento, lleva a Ehrlich a una polémica con Kelsen, que está motivada por la diferencia entre norma y proposición jurídicas. Para Ehrlich, la norma es una simple regulación social, y la proposición, una obligación jurídica contenida en un texto [COHEN, F. S. (1994). «Recensión de los principios

En Kelsen tenemos una vía intermedia entre aplicativistas y decisionistas. El juez crea las normas mediante una decisión entre uno de los significados posibles de la norma⁷³. La determinación del significado es una actividad en parte cognoscitiva y en parte volitiva⁷⁴. Para comprender la posición de Kelsen, hace falta recordar la posición rígida en que esa operación lógico-deductiva, de indagación del sentido de la norma, se realizaba en un campo acotado y estable. Frente a esto, Kelsen ve la interpretación como una actividad encuadrada en un núcleo de operaciones jurídico-políticas. Una operación abierta, que implica una decisión, y cuando se habla de decisión, se distingue aquí la voluntad, de un campo de operaciones intelectivas. Esto es lo que Kelsen aporta a la teoría de la interpretación. En primer lugar, que es un acto de creación y, en segundo lugar, que como decisión es una operación volitiva y no meramente intelectiva. Estas dos ideas están presentes en el Kelsen de la última etapa⁷⁵, si bien hay que decir que en él no encontramos exactamente una teoría de la interpretación, sino una teoría de las fuentes del derecho que mantiene, o donde incluye, la teoría de la interpretación de las normas. Por eso, la actividad interpretativa está sometida a esa jerarquización a que están sometidas las normas y la sentencia no es, en ese sentido, más que otra norma⁷⁶.

La interpretación, como proceso de adecuación de lo general a lo particular, se desarrolla dentro de un marco preestablecido, en que se ha de mover el intérprete⁷⁷. Pero la determinación nunca es completa, de manera que siempre queda un margen de discrecionalidad de creación en el que, por tanto, opera el aplicador del derecho.

De la visión que mantenía la dogmática jurídica tradicional, y que consistía en la función subsuntiva de enmarcar un supuesto de hecho ante una norma jurídica y extraer las consecuencias que de esa norma se derivaban, se pasa a considerar la interpretación como una actividad compleja, en la que intervienen factores muy variados, no todos ellos controlables por el juez, y con una

fundamentales de la sociología del derecho de Ehrlich», en *El ámbito de lo jurídico*, p. 318], mientras para Kelsen, la norma y la proposición jurídica difieren de todo elemento social o político para ser imperativos, juicios hipotéticos, que solo emanan del Estado, y no tienen una determinación social.

⁷³ Todo acto jurídico, tanto de producción como de ejecución, solo está determinado en parte. La aplicación del derecho ofrece varias posibilidades sin que ningún método interpretativo sea capaz de llevar a un solo resultado correcto. H. KELSEN, *Teoría pura...*, p. 349 y ss.

⁷⁴ El derecho en su creación parlamentaria expresa sobre todo un acto de voluntad porque el legislador es libre de elegir las opciones, pero en su aplicación es solo un razonamiento lógico; KELSEN, H. (1985). *Teorie Generale della norma*. Einaudi (p. 401). Sin embargo, hay una cierta discrecionalidad que en la sentencia es inevitable, y que lleva a Kelsen a concluir que, como acto de voluntad, no es posible reducir la sentencia a un razonamiento (p. 428).

⁷⁵ KELSEN, H. (1988). «Derecho y lógica», en *Normas jurídicas y análisis lógico*. CEC.

⁷⁶ *Teoría pura...*, p. 349.

⁷⁷ *Teoría Generale...*, p. 350.

argumentación que no es puramente lineal, sino en todo caso circular⁷⁸. Algunas de estas posiciones se han llegado a formular como teorías, tales como la teoría del círculo hermenéutico. La interpretación que se efectúa de forma circular tiene que ser necesariamente sistemática⁷⁹. Hay que tener en cuenta que la interpretación es una actividad a través de la cual las disposiciones se combinan en normas jurídicas.

A diferencia de una interpretación científica, además, la interpretación judicial va del caso al derecho y del derecho al caso, hasta encontrar la solución que el juez considera más justa⁸⁰. Por lo tanto, estamos lejos de la idea de la subsunción de norma y caso, y situados ya ante una teoría circular que conlleva una relación dialéctica⁸¹. También dentro de esta relación dialéctica, hay que tener en cuenta que el resultado de ese proceso es una decisión, en la que la norma es una premisa del argumento que la justifica⁸².

2. El proceso interpretativo

La interpretación no es solo un resultado, sino también una actividad, un proceso⁸³ orientado a la determinación del sentido de la norma, en su adecua-

⁷⁸ Para Frosini, como para otros autores ya actuales, la interpretación constituye en todo caso una actividad circular, en lugar de lineal, en la que se integran factores de interpretación variados. «Rapporto mobile e continuo che si stabilisce fra il soggetto e l' oggetto dell' interpretare, fra l' attività dell' interprete e l' esperienza giuridica in cui egli vive, pensa, agisce». (FROSINI, *Lezioni...*, p. 10). También entiende Zagrebelsky que hay una labor de indagación en la actividad interpretativa, pero no es previa a la creación, como pensaban los dogmáticos, sino actual y circular. (G. ZAGREBELSKY. «La corte constitucional...», p. 162).

⁷⁹ «Se entiende por interpretación sistemática aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte, del ordenamiento [...] constituyen una totalidad ordenada [...] y que por tanto es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al llamado “espíritu del sistema”, yendo aún en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal». BOBBIO, N. (1991). *Teoría general del derecho*. Debate (p. 192).

⁸⁰ «A la interpretación judicial se la puede definir como la búsqueda a partir del caso, en el Ordenamiento jurídico, de la norma reguladora adaptada tanto al caso como al derecho». G. ZAGREBELSKY. «La Corte constitucional...», *cit.*, p. 162.

⁸¹ Para Frosini la interpretación jurídica «es una operación demiúrgica, determinada por un conjunto de circunstancias y de condiciones que se comprenden en una relación contextual, resultado de una estructura que establece, entre las partes que la integran, una relación circular de coherencia que finaliza en su consecuencia práctica». FROSINI, V. (1995). *La letra y el espíritu de la ley*. Ariel (p. 87).

⁸² Aplicar una norma significa «assumer une norme en tant que prémisses de l'argumentation par la quelle l'on justifie une décision». GIANFORMAGGIO, L. (1984). «L' interpretation de la Constitution entre application de règles et argumentation basées sur des principes», en *La interpretación de la Constitución*. III Cursos de Verano de San Sebastián (p. 179).

⁸³ G. Tarello llama la atención acerca de los dos sentidos de la interpretación del derecho: como actividad y como resultado. En tanto que actividad, la interpretación atribuye significado a un texto (*op. cit.*, p. 39). Ahora bien, el derecho no agota su aplicación en ese momento de detección de la norma, sino que llega hasta que se produce la resolución judicial que pone fin a la controversia. Pero la actividad

ción a un supuesto de hecho al que se supone de aplicación. En el desarrollo de esa actividad, que no es solo de naturaleza intelectual⁸⁴, intervienen diversos elementos que determinan el resultado de la actividad interpretativa.

El proceso comienza con la determinación de los textos normativos que deben servir de base en el proceso de aplicación. El texto incorpora la norma. Pero el texto es susceptible de ser interpretado en múltiples sentidos. Esto quiere decir que el aplicador del derecho que va a llevar a cabo su actividad interpretativa tendrá que proceder del siguiente modo:

1. Buscar los textos normativos de que disponga el ordenamiento jurídico vigente, para verificar si existen disposiciones de derecho positivo que hayan previsto la situación del hecho que se enjuicia⁸⁵.

2. Realizar con estos textos las operaciones intelectivas necesarias para determinar la norma aplicable al supuesto de hecho. Ello implica una actividad de interpretación⁸⁶, en la que deben aplicarse todos los criterios que sean necesarios y posibles.

3. Una vez realizada la actividad de interpretación y depuradas todas estas cuestiones, el operador aplica una norma. La norma aplicable resulta, por lo tanto, de la interpretación combinada de un número indeterminado de disposiciones, que entran en relación con el caso.

A lo largo de este proceso, debe recurrirse a un complejo normativo que integra muy diversos tipos de normas: desde normas de competencia (que legitiman o no al órgano para resolver) a normas de conflicto (orientadas a determinar cuál de las normas que eventualmente se contradigan debe aplicarse),

central del derecho respecto de su aplicación va referida en todo caso a la depuración de los elementos que llevan al intérprete a la convicción de que esa norma ha de ser aplicada al caso, y en ese sentido preciso.

⁸⁴ I. de Otto señala el momento actual en las teorías de la interpretación, según el cual, hoy nadie duda ya prácticamente que la aplicación del derecho ha pasado de su concepción tradicional de acto intelectual a la de un acto volitivo «al que sirven los diversos modelos de interpretación». OTTO PARDO, *Estudios sobre el poder judicial*, p. 74. Para un estudio detallado de los factores ideológicos que intervienen en la interpretación de la norma, en ese momento en que la voluntad puede mediatizar un conocimiento intelectual más o menos depurado de contenidos valorativos, cfr. SAAVEDRA, M. (1978). *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*. Universidad de Granada.

⁸⁵ El texto es la «disposición», como expresión lingüística y la norma, «el enunciado que procede de la atribución de significado a la disposición o las disposiciones que sean necesarias para determinar el derecho aplicable». F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho* (falta tomo II), p. 116. La distinción procede de V. Crisafulli, quien diferencia entre el texto y la norma, considerando el primero como el derecho formalizado y el segundo como el derecho que se aplica a partir del anterior. CRISAFULLI, V. (1964). *Disposizione (e norme)*. *EdD*, t. XVII (p. 95 y ss.). En tanto en cuanto la aplicación del derecho exige la solución a un problema jurídico, toda norma será el resultado de la indagación de un número indeterminado de disposiciones, todas las que del sistema de fuentes establecido se disponga, y conforme el ordenamiento las determine, hasta llegar a encontrar la «aplicable».

⁸⁶ *Ib.*, p. 116.

pasando por el derecho material que sea susceptible de aplicación al caso. Todas esas normas son objeto de una actividad interpretativa, que integra no solo el razonamiento silogístico, sino también los criterios de valor que lleva ínsitos el ordenamiento, así como los factores sociales que presionan, a veces de forma poco consciente, al operador, pero que de alguna forma determinan la lectura del texto. En cuanto esos factores se integren formalmente en el proceso interpretativo de acuerdo con los criterios establecidos legalmente, la interpretación podrá desarrollarse de una manera «objetivada»⁸⁷. De esa manera, podrá obtenerse el equilibrio entre el respeto a los textos normativos y la adaptación de estos a las exigencias de la sociedad y del sistema jurídico en su conjunto.

3. Interpretación y lenguaje

La interpretación del derecho obliga a realizar una actividad de comprensión del lenguaje⁸⁸ de las normas jurídicas. El lenguaje jurídico representa una modalidad⁸⁹ del lenguaje⁹⁰ y en el análisis de los textos legales, lo primero que debemos hacer es indagar si estamos ante un lenguaje claro, que nos permita

⁸⁷ Lo que garantiza la objetividad de la interpretación, para Frosini, es el método por el que el intérprete se ajusta a la ley. El intérprete adapta esa realidad social a la norma, en lugar de constreñir la ley para que se adapte a la realidad. Esa es la garantía de que se aplica la ley, y no la ideología. «El intérprete investiga y reconstruye una estructura jurídica que forma poniendo en conexión una norma con otras normas, una ley con otras leyes, las disposiciones normativas con los hechos, y con los comportamientos en torno a los que está llamado a juzgar y a decidir. El trabajo del intérprete se desarrolla realizando una estructuración de la realidad social en los términos exigidos por la ley, y no viceversa, o sea, constriñendo a la ley a que se adapte a los términos de la realidad social». V. FROSINI, *La letra y el espíritu*, p. 149.

⁸⁸ De ahí la importancia del lenguaje: «la forma lingüística y el contenido transmitido no pueden separarse en la experiencia hermenéutica». GADAMER, H. (1975). *Verdad y método*. Sígueme (p. 529). Para realizar correctamente la actividad interpretativa, es necesario utilizar generalmente un texto. Por lo general, las normas están expresadas en un texto que ha de ser interpretado. El intérprete ha de leer el texto. De ahí la importancia del lenguaje en la interpretación. Para utilizar correctamente el lenguaje en el campo interpretativo, es preciso tomar conciencia del papel que desempeña el lenguaje en la comunicación. El lenguaje crea la conciencia del Yo. Aunque se ha pretendido que el lenguaje fuera un antropino, característico de la naturaleza humana, lo cierto es que algunas de las funciones del lenguaje son comunes a todos los seres vivos, incluso las plantas. K. Popper, siguiendo en parte a Bühler, admite cuatro niveles en el lenguaje, el primero es la función expresiva, manifestación externa de un estado interno. La segunda es la señalizadora, de interacción o comunicación, la tercera descriptiva, «comprende proposiciones que afirman algo, que describen una parte del mundo circundante». Él añade un cuarto nivel, la función argumentativa del lenguaje, por la que los problemas pueden ser aislados, tratados y solucionados. Es en la tercera y cuarta de las funciones donde el derecho se relaciona con el lenguaje. POPPER, K. (1992). *Sociedad abierta, universo abierto*. Tecnos (p. 110).

⁸⁹ Para Vernengo, un sublenguaje. VERNENGO, R. J. (1971). *La interpretación literal de la ley*. Abeledo-Perrot (p. 30).

⁹⁰ Pese a que el lenguaje jurídico es una especialización del lenguaje general, que pretende fijar y concretar los conceptos jurídicos, adolece de las mismas ambigüedades e imprecisiones, porque surgen

remitir la interpretación a una actividad de mera comprensión del enunciado. La manera de separar el lenguaje jurídico del común no está determinada en modo alguno⁹¹. Ello obliga a que todo enunciado jurídico haya de ser previamente tamizado⁹² por una lectura literal del lenguaje común⁹³.

El desarrollo de técnicas de producción normativa favorece la formulación de preceptos más claros y precisos que reducen los márgenes de discrecionalidad en la interpretación⁹⁴. Con todo, quedan una serie muy amplia de conceptos que no son susceptibles de mayor concreción lingüística, sino que

dificultades específicas del lenguaje legal. [ITURRALDE, V. (1989). *Sistema legal y lenguaje jurídico*. Tecnos]. A la dificultad propia del lenguaje usual, debe añadirse la dificultad específica del lenguaje jurídico.

⁹¹ Todavía dentro del lenguaje jurídico, Capella distingue además entre lenguaje legal y lenguaje de los juristas, como dos aspectos diferenciados de lenguaje dentro del derecho. Para Capella, la distinción es de Wroblewski y data de 1948, aunque ya Kelsen la utilizara en la segunda edición de sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, en 1923, al distinguir entre regla y norma. CAPELLA, R. (1968). *El derecho como lenguaje*. Ariel (p. 33).

⁹² Para G. Robles, sobre un texto se pueden realizar tres tipos diferentes de análisis: sintáctico o lógico-lingüístico, semántico y pragmático. El sintáctico corresponde a una teoría lógico-formal del lenguaje; el semántico, a la semántica jurídica, y el pragmático, a la decisión jurídica. (G. ROBLES, *Sociología del Derecho*, p. 59).

⁹³ Por su parte, las modernas teorías del lenguaje han tenido, en este siglo, una importante influencia en cuanto a la relativización del positivismo legalista, en la medida en que han venido a demostrar la dificultad de determinar un sentido claro y unívoco en las palabras. En este sentido, tienen una influencia muy importante las teorías de L. Wittgenstein acerca de la imposibilidad del conocimiento a través del lenguaje, en WITTGENSTEIN, L. (1987). *Tractatus Logicus-Philosophicus*. Alianza (p. 183), y en WITTGENSTEIN, L. (1990). *Conferencia sobre Ética*. Paidós, donde pone de manifiesto que el conocimiento solo puede ser relativo, porque el conocimiento absoluto es imposible obtenerlo por culpa del lenguaje, cuyos límites impiden el conocimiento científico (p. 43).

También es muy importante la aportación de U. Eco, para quien hay tres posibilidades de abordar una actividad interpretativa: autor, obra e intérprete. De estas tres posibilidades, la que más ambigüedad manifiesta, sin duda, en su texto, es la del autor, puesto que, desde el punto de vista del autor, el mensaje emitido puede necesariamente ser ambivalente, porque esta haya sido la voluntad del emisor del mensaje. Eco ve este caso paradigmático en la poesía, donde por definición el poeta busca crear la indefinición del texto, que sostiene infinitas posibilidades de lectura. Eco, U. (1992). *Límites de la interpretación*. Lumen (p. 30).

⁹⁴ Con el nombre de «técnica legislativa», se hace referencia a una ciencia de la elaboración de las normas, cuya finalidad consiste en mejorar la redacción de las normas y facilitar la implementación de las normas jurídicas en el ordenamiento. FIGUEROA, A. (1995). «La evaluación del Derecho», en *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*. IVAP. Sitúa el nacimiento de la «ciencia de la legislación», en la década de los sesenta (p. 15). Hasta ahora funcionan dos grandes sistemas de redacción de normas, que se conocen como modelo concentrado y modelo difuso. El concentrado, es propio de la técnica legislativa anglosajona, y tiene un cuerpo especializado de prestigio, a cargo del que se efectúa la redacción de todos los proyectos de ley del gabinete. Se trata de un órgano dependiente del Gobierno (el «Parliamentary Course Office», creado en 1869). La segunda es la tradición germánica, donde cada ministerio tiene un cuerpo de funcionarios especializados.

En nuestro país, también se han publicado estudios de importancia en torno a la técnica legislativa. Así, GRETEL, (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa coordinado por S. CODERCH) ha hecho algunas aportaciones doctrinales en la materia contribuyendo a crear criterios reorientación en ese sentido. Ver *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*. Bosch (1986), y *Curso de técnica legislativa*. CEC (1989).

Un análisis de las causas que producen la oscuridad y dispersión legislativa y del pluralismo político y su incidencia en los procesos legislativos, en CANO BUESO, J. (1995). «Procedimiento legislativo y análisis de adecuación de las normas a la realidad», en *Los procesos de implementación...*, (p. 11 y ss.).

por su propia naturaleza exigen una relación con el hecho a juzgar⁹⁵. Allí donde la técnica legislativa es deficiente, o simplemente donde la naturaleza de los preceptos lo exige, las técnicas de interpretación deben usarse en el proceso de aplicación del derecho, con una intensidad que puede acercarlas a otros procesos jurídicos⁹⁶.

Dentro de esas técnicas de interpretación, la aportación a la lingüística del «análisis de contenido» pretende eliminar todo subjetivismo en el lenguaje⁹⁷. Se trata de racionalizar el lenguaje en su contenido semántico, de manera que los contenidos lingüísticos no se perciban de forma arbitraria, sino mediante haces organizados según qué criterios de clasificación se hayan virtualmente establecido con carácter previo para el análisis⁹⁸. La aportación del análisis de contenido al proceso judicial podría tener importantes consecuencias en el orden teórico. Permitiría objetivizar los procesos de racionalización judicial, con pautas determinadas *a priori*, donde bloques de razonamiento acerca de determinadas normas pudieran servir de argumentación a aquellos casos constantes que, de manera más o menos frecuente, se presentan en los tribunales, con muy ligeras variaciones⁹⁹.

⁹⁵ IGARTUA, J. (1993). «Conceptos indeterminados y hechos en el Derecho». *RVAP*, n.º 36 (p. 276 y ss.). Los conceptos jurídicos, aun siendo indeterminados, pueden estar en condiciones de determinarse o de tener que ser necesariamente de libre apreciación judicial. Esto depende de que existan cánones de referencia para concretar estos conceptos. Así, velocidad excesiva encuentra su referencia en el Código de la Circulación, pero violencia en las personas o cosas, puede ser física o verbal, y aun aquí los estándares se difuminan. La buena fe, la conducta temeraria, la negligencia en el trabajo, el quebranto de la confianza, no tienen parámetros legales, y han de ser construidos jurisprudencialmente.

⁹⁶ Así, por ejemplo, Aarnio relaciona el concepto de ambigüedad semántica con el de laguna jurídica. En ambos casos, el lector tiene que llenar el vacío del texto con otros materiales. El problema es que, al hacerlo, pueda disolverse en experiencias de carácter subjetivo. Por eso, lo que diferencia a una interpretación jurídica de otra que no lo es, son dos cosas: la sujeción a las fuentes, y el respeto a los principios. Esto abre diferentes posibilidades interpretativas, y, por tanto, diferentes soluciones. La respuesta exige una escala o medida, pero no ciertamente una sola solución, sino la más correcta, en todo caso, para un grupo. AARNIO, A. (1987). «Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica». *Doxa*, n.º 4 (p. 112-5).

⁹⁷ Bajo el nombre de «análisis de contenido» se conocen dos procedimientos de descripción de textos que proceden de claves metodológicas distintas: la psicología y la lingüística del discurso. En ambos casos, los contenidos del lenguaje se objetivizan, para proceder a cuantificar, de acuerdo con las frecuencias que se han definido previamente como significativas. POTTIER, B. (1983). *Semántica y lógica*. Gredos (p. 60).

⁹⁸ «Esquemáticamente el análisis consiste entonces en elucidar la relación que un texto mantiene con esos contenidos previamente definidos de manera empírica, es decir, ante todo en reconocer su grado de presencia, o en su ausencia, calculando los índices de frecuencia de aparición propios de las ocurrencias consideradas *a priori* como significativas». (*Ib.*, p. 61).

⁹⁹ Por encima de la casuística, hay situaciones totalmente estandarizadas en el proceso, que permiten mantener plantillas, casi inalteradas, de casos muy similares, en las que varían solamente los nombres de las partes encausadas y sus defensas, y todo aquello que constituye el núcleo del razonamiento permanece inalterable. Los desahucios por falta de pago, las colisiones de vehículos de motor, los despidos por cierre de empresas, constituyen bloques temáticos aislables que de forma muy repetida exigen resoluciones judiciales idénticas. Aquí el análisis de contenido al servicio del mecanismo de la justicia permitiría burocratizar de forma muy positiva conjuntos de resoluciones judiciales que resuelven sobre situaciones iguales.

Finalmente, es importante considerar brevemente el papel de la lógica en la interpretación de las normas. En cuanto a la comprensión del enunciado, la dificultad inicial del intérprete estriba en entender la norma¹⁰⁰.

Lo importante entonces en relación con la actividad interpretativa es que para que tenga sentido una norma, más que de ella en sí, depende de su posibilidad de traducción. En esa labor de sinonimia encuentra significado la norma. A partir de aquí, el intérprete debe considerar que existen controles en su actividad, y que, si los sobrepasa, ha dejado de cumplir una función de interpretación para incurrir en una desviación que no es ya interpretación, sino creación libre del derecho, deslegitimada en cualquier Estado de derecho¹⁰¹.

4. Interpretación y argumentación

A) LA ARGUMENTACIÓN COMO JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

Cuando se pretende racionalizar una resolución judicial, la argumentación jurídica es la posibilidad que tienen los operadores jurídicos de justificar su decisión¹⁰². Esta argumentación lleva necesaria e inevitablemente a tomar esa decisión en detrimento de otra, porque es precisamente la que queda justificada racionalmente. Constituye, por tanto, la argumentación jurídica un fac-

¹⁰⁰ Para R. Vernengo, «entender un enunciado significa disponer de una traducción aceptable del mismo». R. VERNENGO, *op. cit.*, p. 37. Y traducir un enunciado es entender, «no sólo la correlación entre expresiones de igual sentido en dos lenguajes diferentes, sino también la correlación de equivalencias entre expresiones de un sublenguaje natural que abarca al sublenguaje en cuestión» (p. 39). La interpretación sintáctica a veces puede agotar la actividad interpretativa, sin hacer necesaria más actividad. Para Vernengo, la labor sintáctica facilita siempre, y a veces solventa, la actividad del intérprete (p. 87). La semántica exige una mayor comprensión de elementos de la norma que agoten su contenido. A partir de aquí, las asociaciones que se producen para llegar a la interpretación entrarían en el campo de las leyes psicológicas relativas a las asociaciones verbales. Aquí se crea un espacio para la creación. Si bien Vernengo considera que hay un principio de mantenimiento de la categoría en el sentido de que «el término enigmático que actúa como estímulo desencadenante de la labor interpretativa suscita una respuesta (la interpretación alcanzada) perteneciente a la misma clase sintáctica suya» (p. 99). Y un principio básico asociativo por el que la palabra resultado del estímulo verbal, será aquella que introduce menos novedades en la estructura de rasgos segmentales del vocablo original (p. 100). Y es en ese momento preciso en el que los controles de la actividad del intérprete deben estar previstos, si queremos evitar el activismo judicial.

¹⁰¹ M. ATIENZA RODRÍGUEZ, *Tras la justicia*, p. 164.

¹⁰² Hay que tener en cuenta que la racionalidad no sólo está presente en la aplicación judicial, sino que la creación del derecho por parte de los órganos legislativos obedece a la misma pretensión de racionalidad, de tal modo que, con independencia del transcurso del tiempo, entre la aprobación de una ley y su aplicación, la racionalidad de la norma, su sentido, es lo que debe averiguar el intérprete para su aplicación. M. Atienza ve una leve diferencia entre la argumentación en fase de creación y en fase de aplicación. La argumentación jurisdiccional descansa sobre todo en la racionalidad jurídico-formal, mientras que la argumentación legislativa, se basa en la racionalidad teleológica (*Ib.*, p. 245). También en su obra anterior, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. CEC (1991) (p. 237).

tor muy importante de legitimación de las resoluciones judiciales, en cuanto permite al juez dar a conocer las razones en que se ha basado.

Para elaborar una teoría jurídica de la argumentación, ha de tenerse en cuenta que la argumentación no es en el fondo más que la exposición a un auditorio de una serie de razones que justifican una opción. Por tanto, la argumentación jurídica no difiere sensiblemente de cualquier otra argumentación racional¹⁰³. La teoría de la argumentación puede integrarse así dentro de la argumentación en general. Puede incorporar a la tópica como un modo de razonamiento, si bien la tópica no proporciona respuestas incontrovertibles, pues es muy poco precisa. Pero su insuficiencia no la invalida como instrumento idóneo de interpretación, si se es consciente de sus limitaciones¹⁰⁴.

La interpretación de las normas busca así legitimación por la vía del convencimiento y de la argumentación. Cuando el juez ha de dictar una resolución «fundada en derecho», debe acudir a criterios de argumentación que le permitan mantener esa resolución:

- Desde el punto de vista interno, como una resolución inamovible en recurso, por estar correctamente establecida conforme al sistema de fuentes.
- Desde el punto de vista de las partes, para favorecer el convencimiento de que la parte a la que se deniega u otorga el derecho, efectivamente lo tiene o carece de él.
- De cara a la sociedad, porque de esta forma el juez legitima su decisión ante la sociedad. Se favorece así el control social del derecho¹⁰⁵.

Las teorías de la argumentación en el derecho parten de varias corrientes filosóficas del siglo pasado. En cuanto necesidad compartida de obedecer al derecho, el origen sigue siendo el imperativo categórico de Kant¹⁰⁶. En cuanto posibilidad de llegar a un conocimiento objetivo de la realidad compartido por todos, parte del espíritu universal de Hegel¹⁰⁷, donde coinciden el conocimiento objetivo y el subjetivo.

¹⁰³ La argumentación jurídica está dentro de la teoría general de la argumentación para R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 39.

¹⁰⁴ *Ib.*, p. 42.

¹⁰⁵ E. BETTI, *Teoría Generale...*, p. 823 y ss.

¹⁰⁶ KAUFFMAN, A. (1992). Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Debate (p. 160). Una vez establecidos los «principios supremos de carácter formal», las posibilidades de discrepancia en el derecho vienen de las posibilidades interpretativas de estos. El consenso, genérico, está en cuestiones todas que nadie discute: «Haz el bien, evita el mal», «haz lo justo», «obra de manera que tu conducta pueda ser universal», etc.; como se ve, máximas todas discernibles del imperativo categórico de Kant.

¹⁰⁷ G. GADAMER, *op. cit.*, p. 450.

Para aplicar el derecho, el juez ha de buscar el argumento en el que se basa la norma¹⁰⁸. Y un argumento significa, a la vez, «ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión»¹⁰⁹. Los argumentos que utiliza el juez en su razonamiento pueden ser inductivos o deductivos¹¹⁰. Su utilización depende del momento en el que el juez realice su actividad interpretativa, ya que la interpretación no tiene lugar en un momento único de la subsunción de la norma en el supuesto de hecho, sino que se produce al menos en dos momentos, en el proceso de indagación de la norma, y en el de la justificación de su aplicación¹¹¹.

De esta forma, el juez se asegura de que ha conectado con la valoración que la sociedad tiene del caso que resuelve, y de su solución jurídica. Se trata, en cierta medida, de objetivizar los valores¹¹². Aquí es donde quizá reside el principal problema de la teoría de la argumentación: en la medida en que el derecho pretende resolverse conforme a ciertos estándares sociales, su aplicación se conceptúa como la argumentación de ese proceso de racionalidad compartida, olvidando a veces problemas técnicos de importancia¹¹³.

Primeramente, en la fase de creación de las normas jurídicas, estas han de responder a un consenso en su formulación. Si no es así, la norma no tiene

¹⁰⁸ N. Mc Cormick considera que la interpretación en el fondo no es más que una forma de argumentar en derecho. La argumentación consiste en presentar razones a favor o en contra de algo. Y el proceso judicial, en cuanto proceso contradictorio, exige la búsqueda de argumentos para justificar la decisión final del juez. MC CORMICK, N (1993). «La argumentación y la interpretación en el Derecho». *RVAP*, n. 36 (p. 204 y ss.). En sentido similar, M. Atienza, para quien «un argumento es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas (las premisas), se siguen otras (la conclusión)». M. ATIENZA, *Tras la justicia*, p. 121.

¹⁰⁹ «Los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones razonables». A. WESTON, *Las claves de la argumentación*, p. 13.

¹¹⁰ En los argumentos inductivos, el juez intenta inferir su conocimiento a partir de una idea y construir en torno a ella un razonamiento. Pero el razonamiento judicial suele ser deductivo. «Los argumentos deductivos correctamente formulados son aquellos en los que la verdad de las premisas garantiza la verdad de sus conclusiones». (*Ib.*, p. 79).

¹¹¹ Alexy centra la argumentación en el aspecto procedimental por el que el derecho es un proceso de creación de una decisión. Este discurso racional ha de seguir unas reglas. Sobre todo, ha de mantenerse en equilibrio entre el sentir de la sociedad, la propia mentalidad del juez y el cuerpo de doctrina disponible al caso. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 31.

¹¹² Esto se ha venido haciendo por tres vías: basarse en convicciones previas, valoraciones basadas en criterios jurídicos, y recurrir a principios suprapositivos. A ello añade Alexy una cuarta, consistente en apelar a conocimientos empíricos (*ib.*, p. 33). Esta actividad configura un discurso, que consiste en una corrección de enunciados normativos, que, como actividad lingüística, es un discurso práctico. El discurso jurídico se configura como caso especial de un discurso práctico general. Y es especial porque el discurso tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras (p. 34).

¹¹³ *Ib.*, p. 252. También para Atienza «abordar el derecho desde el punto de vista argumentativo, tiene, sin embargo, un inconveniente que no debe pasarse por alto. Pues el lector podría ser llevado a pensar que el derecho es básicamente una actividad intelectual consistente en dar razones en favor o en contra de determinadas tesis, olvidando consiguientemente las otras caras del derecho: el lado burocrático y el lado coactivo». M. ATIENZA, *Tras la justicia*, p. XI.

muchas posibilidades de obtener un cumplimiento cotidiano en la sociedad¹¹⁴. La decisión que parte de una norma aceptada es, en ese sentido, fruto de una cadena de razonamientos¹¹⁵.

Ahora bien, dicho esto, hay que precisar que esa decisión obtenida en ese momento, y para ese caso concreto, por sus propias características, no es definitiva ni permite conclusiones intemporales, sino que debe permitir una revisión en cualquier momento¹¹⁶, utilizando siempre una argumentación jurídica¹¹⁷.

La solución para fortalecer la teoría de la argumentación está en acudir a la dogmática; la teoría de la argumentación debe usar la dogmática hasta donde le sea posible¹¹⁸. Y, a partir de ahí, la permanencia de una argumentación en el derecho va a depender de sus posibilidades de resistir argumentos contrarios, y, por tanto, de una serie de aspectos que tienen que ver ya con la práctica judicial y su posibilidad de adaptarse a las nuevas situaciones sociales que genera el derecho¹¹⁹.

¹¹⁴ AARNIO, A. (1991). *Lo racional como razonable*. CEC (p. 41).

¹¹⁵ Pero ¿cuándo se puede cortar la cadena de razones por la que se puede llegar al final de un razonamiento? Pues al tratarse de una actividad tendente a indagar el sentido de la norma, podría ser al llegar a captar la finalidad de la norma. Para Aarnio, nunca el argumento finalístico puede ser el final de una cadena de razonamientos, si esto significa apartarse de las fuentes, pero la verdad es que el propio autor reconoce que se llega al término del razonamiento cuando la alternativa puesta de manifiesto demuestra mejores consecuencias. Conviene distinguir con Aarnio entre dos tipos de directrices de la interpretación jurídica, las fuentes y el procedimiento del discurso. Las fuentes hacen que la interpretación sea jurídica, y el procedimiento del discurso, que sea justificada (*ib.*, p. 141-182).

¹¹⁶ R. ALEXI, *Teoría de la argumentación...*, p. 201.

¹¹⁷ Para Alexy, ni en lo que él llama la justificación interna ni en la externa (la justificación externa consiste en la corrección de las premisas, y la interna en ver si la decisión es una consecuencia de las premisas). *ib.*, p. 213.

¹¹⁸ Por tanto, la argumentación jurídica ha de hacerse teniendo en cuenta la ley, el precedente y la dogmática, pero estos tres mecanismos tienen un límite, que es la justicia material. Una sentencia injusta conforme al derecho válido no es una sentencia correcta, porque no satisface la pretensión de corrección conforme al proceso de decisión. Igual con los precedentes, que tanto facilitan la seguridad jurídica. «Cuando pueda citarse un precedente, en favor o en contra de una decisión, debe hacerse», y «quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación» (*ib.*, p. 261-265).

¹¹⁹ En tal sentido, es importante la aportación de Perelman al desarrollo de una teoría de la argumentación desde el punto de vista de la argumentación práctica. Completa Perelman la lógica formal, con una lógica práctica, del razonamiento práctico. Para él, la finalidad de todo razonamiento está en conseguir el consenso del auditorio y es muy importante el principio de la inercia por el que un argumento que se acepta tiende a permanecer. Sería de aplicación muy útil a los precedentes. C. PERLEMAN, *op. cit.*, p. 212 y ss. Este discurso práctico tiene a su vez limitaciones, ya que no garantiza que el acuerdo encontrado sea definitivo ni irreversible, pero puede completarse con el discurso jurídico, lo que puede llamarse, con Alexy, la argumentación jurídica. Los dos principales problemas de la argumentación práctica apuntan a la imposibilidad de determinar criterios de fijación de los límites del discurso jurídico, y a la legitimidad de ese discurso. En estos márgenes, difíciles, se mueve la dogmática jurídica, que acaba siendo la síntesis de todas estas exigencias. «Una dogmática jurídica del derecho es 1) una serie de enunciados que 2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, 3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, 4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y 5) tienen contenido normativo». R. ALEXI, *Teoría de la argumentación...*, p. 246.

La argumentación considerada como el decurso lógico, encadenado, de razonamientos sucesivos que llevan a una conclusión, no difiere gran cosa de una argumentación cualquiera. Lo que Alexy llama enunciados dogmáticos, se van sucediendo, previa comprobación, en el propio discurso, de que van superando la congruencia con los argumentos anteriormente asentados en el discurso, y así sucesivamente hasta llegar a una conclusión.

A partir de aquí, este argumento que queda asentado tiende a mantenerse por la inercia formulada por Perelman. La irrupción de otro dogma tiene la carga de refutación y nuevo asentamiento, lo que opera evidentemente a favor del que está asentado. Pero esto, a su vez, requiere una consideración del dogma jurídico bastante más provisional de lo que ha venido considerándose tradicionalmente. Esta provisionalidad viene exigida por la diferencia entre el conocimiento de las ciencias de la naturaleza y las ciencias «histórico-hermenéuticas», intermediadas necesariamente por el sujeto¹²⁰.

De este modo, los argumentos que llevan a una decisión racional se legitiman, a diferencia de otros métodos interpretativos (histórico, tópico, literal) en una racionalidad compartida, que, obedeciendo su legitimidad al consenso de los participantes, deja de ser una decisión válida cuando esa decisión se sustituye por otra, por haber cambiado ese consenso basado en otros argumentos, que son aceptados en lugar de estos¹²¹.

Pero precisamente aquí es donde muestran su mayor debilidad algunas teorías de la argumentación, en cuanto teorías interpretativas del derecho. Porque, en una sociedad pluralista, resulta muy difícil hallar valores o principios de justicia material capaces de producir un consenso general¹²². Hay ciertos

¹²⁰ Para Habermas, a diferencia de las ciencias de tipo empírico, las histórico hermenéuticas obtienen sus conocimientos en una comprensión de sentido, a diferencia de la observación, que es consustancial al empirismo. «Es la comprensión de sentido, lo que, en lugar de la observación, abre acceso a los hechos. A la contrastación sistemática de suposiciones legales, corresponde aquí la interpretación de textos. Las reglas de la hermenéutica determinan, por lo tanto, el posible sentido de los enunciados de las ciencias del espíritu». HABERMAS, J. (1986). *Ciencia y técnica como ideología*. Tecnos (p. 170). Pero naturalmente esto implica la mediación del sujeto pensante que interfiere los hechos en su recreación: «El mundo del sentido transmitido se abre al intérprete sólo en la medida en que se aclara a la vez el propio mundo de éste» (p. 171).

¹²¹ «En cuanto entendemos el saber como algo comunicativamente mediado, la racionalidad encuentra su medida en la facultad que participantes en la interacción capaces de dar razón de sus actos tienen de orientarse por pretensiones de validez enderezadas a ser intersubjetivamente reconocidas». J. HABERMAS, *Problemas de legitimación...*, p. 373.

¹²² Prieto Sanchís ha realizado una importante objeción de fondo a las teorías que basan la legitimación del derecho en la argumentación. Es cierto que las sociedades pluralistas pueden manifestar un consenso amplio en la mayoría de las cuestiones acerca de las que el derecho debate. Pero es precisamente en los casos difíciles donde se plantean problemas de interpretación en los que el juez ha de tomar una opción ideológica que fundamente su resolución judicial, y, en estos casos, ese pluralismo no facilita al juez el consenso en el que basar su decisión. En los casos difíciles, no puede pedirse al juez neutralidad ante el sistema de valores racionalmente compartido, sino, en todo caso, independencia y sumisión al sistema de

temas morales que, de forma recurrente, mantienen a la sociedad dividida en cuanto a las soluciones jurídicas que se pueden establecer para dar respuesta a ellos ¹²³. En estos casos, la falta de consenso en la formulación legal se expresa en una norma que, en el momento de su interpretación, el juez se ve compelido a completar o clarificar, porque se creó intencionadamente confusa, precisamente como expresión de ese pluralismo ¹²⁴. Estas consideraciones no privan a las teorías de la argumentación de un valor intrínseco importante. En un Estado social y democrático, el derecho no puede mantener su fuerza amparado solamente en una visión decimonónica de la ley, como expresión de una voluntad parlamentaria unívoca y acorde con la racionalidad, sino que ha de basar su legitimidad, además, en razones de congruencia, justicia material y en una importante serie de valores socialmente compartidos. A esto ayuda, sin duda, una concepción de la interpretación conforme con los valores sociales. Pero hay que tener en cuenta que, precisamente esos valores son, a su vez, los que deben estar contenidos en el texto constitucional, y que, en su momento, un disenso importante con la Constitución debe conducir antes a una reforma de su texto que a permitir soluciones alternativas fuera de ella.

B) EL AXIOMA *IN CLARIS NON FIT INTERPRETATIO* Y LA POSIBILIDAD DE UNA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA

Este axioma parte de la consideración de que hay un significado en una regla que es verdadero, cognoscible e identificable a primera vista solo con esa regla, o sea, basado en una actividad interpretativa de «indagación» por oposición a la «creación» ¹²⁵.

fuentes establecido. De ahí que Prieto Sanchís se muestre contrario a la legitimidad por consenso, o por los valores generalmente aceptados. Esto para él solo sería posible en una sociedad no democrática, como uso alternativo ante unas leyes notoriamente injustas. Pero «en un marco democrático, no existe más consenso que el plasmado en la Constitución y en las leyes que expresan la voluntad general». PRIETO SANCHÍS, L. (1987). *Ideología e interpretación jurídicas*. Tecnos (p. 66).

¹²³ Por otra parte, hay casos difíciles en los que los argumentos pueden ser tan contradictorios que no se puede sintetizar una solución correcta. Bien porque el precepto no sea susceptible de una síntesis, entre las razones que puedan esgrimirse a favor o en contra de una interpretación, bien porque el producto que resulte de esa síntesis sea notoriamente incompatible con los principios generales del ordenamiento, o con convicciones sociales contrarias, en definitiva, que no sea posible aceptar esa solución jurídica.

¹²⁴ Rodríguez Mourullo los llama preceptos oscuros. No permiten, dice, las deducciones silogísticas, porque no se puede partir de la premisa establecida en la norma como axiomática, sino que ha de irse a una interpretación extra lógica. Por otra parte, los preceptos oscuros, no son siempre fruto de la precipitación, sino que el pluralismo político conlleva necesariamente fórmulas de consenso que generan esa oscuridad. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del derecho...*, p. 51.

¹²⁵ Hay que partir del supuesto de que la interpretación sea un hallazgo, y, por tanto, incompatible con un concepto de la interpretación creativo. WROBLESKI, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas (p. 86).

El axioma *in claris non fit interpretatio* viene a significar en el ámbito del positivismo la traducción fiel de que la normalidad del derecho no exige, en la aplicación judicial, más que detectar el sentido de la norma. Sentido que puede ser paladinamente claro, hasta el punto de obviar todo esfuerzo interpretativo. La doctrina viene contestando este axioma, no solo desde posiciones distintas al positivismo, sino con carácter general por todos los que comparten un concepto de interpretación activa ¹²⁶.

En la medida en que este axioma induce a pensar que las respuestas en el derecho se indagan y no se construyen, hay una relación importante y estrecha entre el concepto de claridad de las normas, y la posibilidad de una única respuesta correcta ¹²⁷. No hay que olvidar que la ideología está contenida en una teoría interpretativa, entendiendo aquí por ideología los valores que se vierten en la actividad que se realiza en la operación jurídica. Una teoría normativa se presenta como un conjunto ordenado y completo de valoraciones y de directivas para encauzar esa actividad. Es lógicamente una construcción ideal, que en la práctica se presentará como una serie de elementos que el autor denomina la ideología de la interpretación ¹²⁸.

Los valores estáticos serían la certeza, la previsibilidad y la estabilidad, pero esa correspondencia exige un lenguaje legal que debe ser interpretado conforme a ciertos cánones lingüísticos. Esta interpretación hace referencia, fundamentalmente, a los juicios de constitucionalidad de las leyes que el TC lleva a cabo mediante el control de constitucionalidad de esas normas, pero esta no es la actividad exclusiva, ni siquiera puede que la mayoritaria de un TC de hoy, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. La deriva de las constituciones del Estado social lleva a la defensa de las minorías, de los derechos fundamentales, del reconocimiento incluso de nuevos derechos y de una actividad interpretativa poco exigente con la metodología tradicional en materia interpretativa. Y de ahí el fracaso, creo, de esos intentos de

¹²⁶ Para Wroblewski, la interpretación siempre denota una ideología, en este caso, la de no darse por satisfecho con la solución aparentemente correcta, sin comprobar que existan otras. (J. WROBLEWSKI, *op. cit.*, p. 72).

¹²⁷ J. Igartua ha sistematizado las posibilidades de resultado que arroja una actividad interpretativa, y cómo, dentro de las cuatro posibilidades que él distingue, en dos de ellas es posible mantener que existe una sola respuesta correcta. «Voto particular vs. tesis de la única solución correcta». Recoge una tipología acerca de las distintas variantes sobre la solución de una interpretación: Monismo categórico –para toda controversia hay una sola solución legal–. Monismo contingente; esa sola solución legal puede ser inaccesible –pluralismo contingente–, unas veces sí y otras no, las controversias admiten soluciones en derecho, y relativismo, la legalidad nunca es de por sí criterio suficiente para determinar la corrección de una respuesta dada. Solo las dos primeras admiten la única solución correcta. IGARTUA, J. (1990). «Introducción a *El voto particular*», de F. J. Ezquiaga Ganuzas. CEC (p. 25).

¹²⁸ J. WROBLEWSKI, *op. cit.*, p. 69 y ss.

explicar la interpretación constitucional separada del resto de la jurisdicción ordinaria o de la actividad interpretativa general. Solo hay una interpretación normativa y esta acumula tantos perfiles y opciones como ofrece una teoría general de la interpretación de las normas jurídicas, cuya diferenciación respecto de la interpretación como actividad estaría constituida por la naturaleza coercitiva del derecho.

La negación de la tesis de la única solución correcta descansa en la lógica interpretativa misma, que evita crear un dogma si se trata de llegar a la verdad. De ese modo, la operación por la que el juez debe conducir su razonamiento estará delimitada por el texto y el correcto seguimiento de una doctrina previa, así como la justificación de un cambio de criterio¹²⁹.

Heredera de la racionalidad del dogma de que la razón es solo una, de que la verdad es una, la tesis de la única respuesta correcta tiene en nuestro derecho positivo un reflejo importante. Este acercamiento a la verdad lo expresa el ordenamiento jurídico mediante una serie de instituciones que se basan todas ellas en una idea de unificación de criterios en torno a la búsqueda de una verdad al menos formal. Así, el recurso de casación por infracción de ley, el precedente, la certeza y la seguridad jurídicas son instituciones que se acercan a un entendimiento del derecho basado en la posibilidad de encontrar una solución correcta para cada caso. Naturalmente, la finalidad de estas instituciones está en la unidad del ordenamiento, y en la evitación de una dispersión incontrolada de criterios de interpretación, pero la posibilidad de que pueda crearse, al menos mediante una ficción jurídica, un concepto de verdad se ha formado en la idea histórica de que es posible llegar a una única solución correcta. También hay instituciones en nuestro derecho positivo que relativizan la posibilidad de una sola respuesta en el derecho, sobre todas ellas, la institución del voto particular, y la de la llamada «interpretación conforme».

El problema de la única solución correcta se presenta en dos vertientes:

– La consideración de la única solución correcta como valor de verdad absoluta, donde el intérprete llega esa solución porque es la única correcta, las otras soluciones son incorrectas desde el punto de vista del derecho.

¹²⁹ Las funciones de la interpretación constitucional no se dirigen solamente a los jueces, son de tres tipos, orientación al legislador y por tanto a la actividad parlamentaria, en el caso de la aplicación directa de los DF como nuestra constitución, a los criterios de aplicación, y la de control de las leyes una vez promulgadas (*Ib.*, p. 93 -94).

– La ficción de que la única solución correcta es una exigencia de la congruencia del ordenamiento, o del propio autprecedente¹³⁰.

Para M. Gascón, en el fondo de este axioma hay una exigencia kantiana de universalización, la necesidad de que el criterio adoptado, tenga validez universal¹³¹. Esto exigiría que en cada momento solo pueda existir una interpretación válida¹³².

La solución correcta es la solución racional, que es preferible a cualquier otra¹³³. Y en la medida en que basa una sola solución en un solo razonamiento correcto, priva de la pluralidad al proceso de razonamiento en sí mismo, que solo es racional si sigue el curso lógico previamente marcado.

Superando esa ficción, puede verse cómo cabe más de una solución correcta, y cabe, pues, más de una decisión judicialmente correcta. Depende de la corrección de esa decisión de que se haya llevado a cabo respetando el proceso racional¹³⁴ que imponen las fuentes y las premisas¹³⁵. Ahora

¹³⁰ «Sin perjuicio de que el derecho no ofrezca siempre una única respuesta correcta descubrible de igual forma por cualquier intérprete, hemos de suponer que dicha respuesta sí existe para cada intérprete individualmente considerado, es decir, que la idea de corrección absoluta no vale para el conjunto de la comunidad lingüístico-jurídica, pero sí debe considerarse operativa en relación con cada uno de sus miembros. En consecuencia, manteniéndose constantes las circunstancias de hecho y el marco normativo, cabe decir que es una exigencia de la argumentación racional que el intérprete formule siempre una única respuesta en presencia de los mismos supuestos», M. GASCÓN, *op. cit.*, p. 28.

¹³¹ *Ib.*, p. 33.

¹³² Es evidente, como pone de manifiesto E. Betti, que «la interpretación jurídica es vinculada y no discrecional». *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 151.

¹³³ L. Aarnio, *Lo racional como razonable*, p. 231. Para Aarnio, nuestra ideología jurídica no acepta incondicionalmente la idea según la cual todo lo que es generalmente aceptado es correcto. Y ello, porque la posibilidad de manipulación es extraña a la idea de la certeza jurídica. Ahora bien, si entendemos la interpretación como el resultado de un proceso racional en el que la decisión judicial es el resultado de la indagación de una solución «racionalmente justificada», el resultado final de ese proceso no tiene por qué conducir a una única solución (p. 237). Antes bien, el proceso es abierto, y solamente limitado por: «1) las pautas de clasificación de las fuentes del derecho, 2) el sistema de valores aceptado como base de justificación y 3) el asunto objeto de la justificación, es decir, el problema jurídico que hay que solucionar» (p. 238).

¹³⁴ Sobre la racionalidad, piensa M. Atienza que «una decisión está racionalmente justificada si y sólo si: 1) respeta los principios de consistencia, de universalidad y de coherencia, 2) no elude la utilización como premisa de alguna fuente de derecho de carácter vinculante; 3) no desconoce la existencia de hechos probados en la forma debida, y 4) no utiliza como elementos decisivos de la fundamentación, criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente» (*Tras la justicia*, p. 174). Ahora bien, una decisión que cae fuera de la racionalidad formal no por ello ha de ser arbitraria. Una decisión jurídica es razonable si y sólo si: 1) se toma en situaciones en que no se podría o no sería aceptable adoptar una decisión que respete los criterios de la racionalidad formal; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso» (p. 175).

¹³⁵ Admite Aarnio que el recorrido mantenga un campo de valoraciones propias que interfieran el resultado final de la decisión. «La argumentación racional con respecto a las valoraciones no resultará inútil, a pesar de que las diferencias últimas de opinión están basadas en criterios no racionales». AARNIO, *Lo racional como razonable*, p. 271.

bien, puesto que la elección de las premisas no está reglada, no puede coincidir el resultado ¹³⁶.

La decisión judicial se puede considerar, desde un punto de vista formal, como el término de un proceso de racionalidad compartida, por el que el juez pone fin a una controversia entre las partes. Esta decisión es el resultado de un proceso lógico que se efectúa en función de las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico vigente en un Estado, y depende de la aplicación de unas normas que han sido previamente determinadas conforme a un criterio de validez.

Los principios de seguridad jurídica y unidad de cada sistema jurídico intentan asegurar que esa respuesta sea la única que puede proporcionar el ordenamiento. De la corrección en la aplicación de las normas conforme al sistema de fuentes se desprende *a fortiori* que esa es la única solución posible para todo supuesto de hecho que tenga lugar durante la vigencia de la norma.

Frente a la tesis de la única solución correcta en el derecho, se puede mantener también la tesis contraria de la discrecionalidad en la aplicación de las normas, que pretende asegurar que la decisión del juez es libre, y la vinculación no es más que la falacia de considerar que los jueces en sus decisiones se ajustan a un proceso reglado de interpretación de las normas.

Y, lógicamente, entre una posición y otra, hay un número indeterminado de posiciones que consideran que el proceso de interpretación y aplicación de las normas conlleva un margen inevitable de discrecionalidad, pero que está predeterminado legal y racionalmente.

Algunos autores consideran que el derecho ofrece diferentes soluciones en los principios, y el juez debe realizar una tarea tan exhaustiva como sea necesaria para averiguar, a través de los principios, la única respuesta correcta. La respuesta no es única, pero solo una es la correcta ¹³⁷. Es cierto que cabe una pluralidad de sentidos interpretativos distintos, que vienen dados por las diferentes convicciones de cada juez ¹³⁸, pero este, a su vez, también viene obligado a realizar un esfuerzo de objetividad.

En realidad la interpretación, como proceso de adecuación de lo general a lo particular, es la del marco en que se ha de mover el intérprete ¹³⁹. La determinación nunca es completa, de manera que siempre queda un margen de

¹³⁶ Porque se basa en intereses contrapuestos, pero esto no significa una corrección procedimental y una búsqueda de esa respuesta como el fin al que hay que tender (ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 302).

¹³⁷ DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel (p. 177 y ss.).

¹³⁸ R. DWORKIN, «El imperio de la justicia», p. 72. Sin embargo, las diferencias de mentalidad de los jueces se mitigan por ciertos paradigmas, como los precedentes, que actúan de forma centrípeta.

¹³⁹ KELSEN, H. (1960). *La teoría pura del derecho*. Edit. Universitaria de Buenos Aires (p. 350).

discrecionalidad en el que opera el aplicador del derecho¹⁴⁰, lo que lleva a la inevitable consecuencia de que hay varios sentidos en la norma susceptibles de aplicación¹⁴¹.

Dicho esto, la cuestión se centra en determinar si, de todas las soluciones posibles dentro de ese marco, hay una que se pueda determinar como correcta, con exclusión de las demás. Para ello no existe ningún método que pueda determinar que existe una sola solución correcta¹⁴², sino solamente que cualquiera de las que se utilicen conduzca a un mejor resultado posible.

La búsqueda de la solución más correcta, que no es la única solución correcta, ha de llevarse a cabo pues, mediante dos actos, un acto de conocimiento y un acto de voluntad. La exigencia de ese acto de voluntad, que se niega en todas las fases de creación del derecho,¹⁴³ se considera ahora fundamental para llegar a determinar la norma aplicable al caso¹⁴⁴.

a) *La interpretación como acto del conocimiento y de la voluntad*

Que este margen de creación se desarrolle en el ámbito intelectual o volitivo acaba siendo intrascendente, por más que se intente aislar y exportar a otros marcos de la realidad, todo lo que no cabe en una realidad jurídica previamente acotada. Lo importante a los efectos de la creación judicial del derecho es admitir una creación normativa que mantiene, respecto del texto, una cierta autonomía¹⁴⁵. En esta concepción de la interpretación de las normas, se aportan elementos importantes para una teoría de la interpretación. En primer lugar, que es un acto de creación y, en segundo lugar, que, como decisión, es una operación volitiva y no meramente intelectual¹⁴⁶.

¹⁴⁰ «Resulta así que todo acto jurídico, sea un acto de producción del derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, solo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado». (*Ib.*, p. 350).

¹⁴¹ «Varias posibilidades dadas dentro de ese marco». (*Ib.*, p. 351).

¹⁴² *Ib.*, p. 352.

¹⁴³ Recuérdese como Kelsen justifica la norma fundamental precisamente por la imposibilidad de ir del ser al deber ser, o sea, porque de los hechos no puede deducirse el derecho.

¹⁴⁴ Siempre que el juez se mueva dentro de ese marco y no fuera, el ámbito de la discrecionalidad del derecho es amplio y por lo tanto el juez es libre de sujetarse a cualesquiera principios del derecho y valores por tanto de justicia, igualdad, moral su otros. «En la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra». *Ib.*, p. 354.

¹⁴⁵ CALVO GARCÍA, M. (1992). *Teoría del Derecho*. Tecnos (p. 134).

¹⁴⁶ H. KELSEN, *Derecho y lógica*, cit.

Esta distinción entre función cognoscitiva e intelectual en el intérprete está contestada por algunos autores que ven una ficción en el intento de desligar lo que es un único proceso en el que se mezcla el conocimiento con la voluntad ¹⁴⁷.

Sin embargo, es importante la consideración de una vía intermedia de la interpretación, que se distancia por igual de los explicativistas y decisionistas. El juez crea la norma por decisión de uno sus significados posibles. La determinación del significado es una actividad puramente cognoscitiva, pero su interpretación, al ser escalonada, deja al juez al arbitrio de su fortuna, su actividad judicial viene a ser una tierra de nadie, no entra en ningún esquema lógico, es «política jurídica» ¹⁴⁸.

Finalmente, hay que tener en cuenta otras posiciones más matizadas, como la posición mixta que considera que la actividad interpretativa es a la vez intelección y voluntad. Desde esa posición se considera que la función creativa de la norma se integra en el derecho como un elemento más del ordenamiento jurídico, que no tiene que ser evitado ni minimizado, sino reconocido en su justa posición ¹⁴⁹.

b) *Pluralidad de significados en la actividad interpretativa*

Una de las consecuencias del dogmatismo jurídico del siglo XIX es la pretensión de minimizar la actividad interpretativa para evitar las desviaciones en la aplicación de la ley. De ahí surge el axioma jurídico *in claris non fit interpretatio*, que exime de la actividad interpretativa en aquellos casos en los que el texto de la ley aparece paladinamente claro.

Las críticas al axioma vienen del declive de la dogmática jurídica clásica ¹⁵⁰. Los autores de principios de siglo empiezan a relativizar esos conceptos que tan claramente se veían a través de la razón, y a ver en este axioma una

¹⁴⁷ A. ROSS, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁸ RUIZ MANERO, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. CEC (p. 94).

¹⁴⁹ Starck ofrece tres puntos de vista: a) significación de los elementos de la interpretación. b) Ámbito vital subyacente a la ley. La aplicación de la ley para Starck requiere un acto intelectual, que contiene elementos de voluntad, porque exige el conocimiento de una realidad que el legislador no puede abarcar, porque no conocía. La ley es más extensa, pero la sentencia es más intensa, porque cierra la apertura de la ley al caso concreto. c) Aportación subjetiva del intérprete. STARK, C. (1979). *El concepto de ley en la Constitución alemana*. CEC (p. 366 y ss.).

¹⁵⁰ Perelman ha distinguido en la escuela exegética tres etapas, la de instauración, que parte de la promulgación del Código de Napoleón en 1804, y llegaría hasta la década de los treinta o los cuarenta; la de apogeo, que abarca desde entonces hasta 1880, y la de ocaso, que se liquida definitivamente con la obra de Gény. Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y...*, p. 51.

contradicción, dado que la claridad solo se extrae después de la actividad interpretativa, por lo que con independencia de la claridad de un significado, su interpretación es siempre necesaria¹⁵¹. A partir de aquí entra en cuestión el sofisma de considerar que algo que está claro no tiene que ser interpretado, dada la exigencia interpretativa para llegar a la conclusión de que hay claridad¹⁵².

Para E. Betti, se trata de un residuo tomista en el que la interpretación se ve como un proceso formado por distintas fases, a las que se llega o no en función de la claridad del texto. Así, si basta con la lectura, se agota la actividad interpretativa en el método literal, pero si persiste la oscuridad en el uso de los diferentes métodos, se llega hasta el método sistemático. A esa visión de la interpretación, antepone Betti la interpretación como «sucesivos momentos de un proceso inescindible, que no consigue su resultado si no se actúa en integridad»¹⁵³. Los que consideran que la claridad del enunciado obvia la interpretación, mantienen pues un concepto erróneo de interpretación, ya que la valoración de la claridad en la ley no es un dato preexistente y presupuesto, sino que «debe ser siempre el resultado de un proceso interpretativo»¹⁵⁴.

La crítica del axioma *in claris non fit interpretatio* no significa correlativamente la negación de que el derecho dé una sola respuesta correcta¹⁵⁵, aunque hay una cierta congruencia en el mantenimiento de ambas posiciones de forma conjunta. Tanto la idea de que el derecho exige siempre una actividad interpretativa, negación por tanto del axioma *in claris*, como la de que no hay una sola respuesta en el derecho, representan una concepción del derecho

¹⁵¹ «Cada aplicación de la ley es ya interpretación, pues decidir que el tenor literal de un texto es tan inequívoco que hace superflua toda interpretación (doctrina del sentido claro), descansa sobre una interpretación». J. ESSER, *op. cit.*, p. 323). Para J. Esser, «la interpretación es dos cosas a la vez, inteligencia de las instrucciones empíricamente halladas en el texto o en el precedente, y elaboración progresiva, complementación más todavía corrección de lo previamente hallado a partir del sistema a su vez integrado por la jurisprudencia, no porque también él estuviera dado en los textos, sino porque lo implica así su actual misión ordenadora en el nivel de la conciencia jurídica, histórica, y concreta» (p. 331).

¹⁵² Lucas Verdú relaciona la claridad del texto con su aplicación coyuntural al caso. Algunas veces el precepto será claro, y en otras aplicaciones puede presentar oscuridad. «El axioma *in claris non fit interpretatio* no es exacto. Un precepto que parece obvio en un momento dado puede devenir complicado e incluso oscuro y en todo caso pueden extraerse de su aparente claridad consecuencias jurídicas inicialmente insospechadas». *Constitución de 1978 e interpretación constitucional*, p. 219.

¹⁵³ E. BETTI, «Interpretación de la ley...», p. 250.

¹⁵⁴ *Ib.*, p. 259. En idéntico sentido, Ch. PERELMAN, *op. cit.*, p. 54.

¹⁵⁵ Betti es quien mejor representa esa posición. Él considera que el derecho es capaz de dar una sola solución correcta. «De todas las máximas de decisión que a primera vista pueden considerarse contenidas en la fórmula textual de la ley, una sola, en un determinado momento histórico, puede en derecho, de *lege data*, reconocerse conforme al sentido de esa ley en la situación de hecho que se considera, aquella que mejor responda a la solución legislativa del conflicto de intereses, conforme al rango entre estos establecido por la valoración legislativa de las categorías de los intereses en juego, no puede ser, al menos en teoría, más que una». E. BETTI, «Interpretación de la ley...», p. 151.

como actividad argumentativa, donde solo el razonamiento y la búsqueda de valores compartidos justifican la decisión racional.

Igartua ha considerado esta pluralidad en el campo interpretativo, y ha llamado a las diferentes teorías de la aplicación del derecho ideologías de la aplicación judicial. Considera tres tipos distintos, el de la decisión determinada, el de la libre decisión y el la decisión legal y racional¹⁵⁶.

La primera, entiende que en el derecho hay una única decisión correcta, que se debe indagar, la ley es el único sentido de la norma y la interpretación descubre ese sentido. Cuando, por el contrario, el sentido de la norma no se descubre, sino que, en un proceso lógico y racional, el intérprete atribuye a esa norma un sentido, estamos ante una pluralidad de respuestas posibles¹⁵⁷.

Ciertamente, dentro del modelo de la argumentación en el derecho caben diferentes grados de aceptación de las teorías de la única solución correcta. Como hay más de una solución racional, la interpretación constituye una cadena de razonamientos en la que, llegados a un punto, puede que se haya detectado la solución. El proceso sigue, dice Aarnio, dos estrategias, una estrategia de investigación centrada en el texto legal, y otra centrada en el problema¹⁵⁸.

La dificultad de la investigación puede provenir de dos motivos, la oscuridad de la ley o la dificultad del caso.

En cuanto a la estrategia de la investigación centrada en la ley, el primer acto interpretativo es lingüístico¹⁵⁹. Agotada la interpretación lingüística, hay que adecuar esa interpretación al caso. Si trata de un caso difícil, las posibilidades de adecuación son más problemáticas. Aquí comienzan las dificultades de aceptar que haya una sola respuesta al caso.

Hay tres versiones acerca de la posibilidad de encontrar una sola respuesta al caso, según Aarnio: la primera, la fuerte, que considera que siempre existe una solución al caso, y esta es posible encontrarla si se tiene la capacidad suficiente.

¹⁵⁶ IGARTUA, J. (1992). *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*. Librería Carmelo (p. 139).

¹⁵⁷ *Ib.*, p. 51. En el estudio introductorio a *El voto particular*, de F. J. Ezquiaga, Igartua formula algunas posiciones doctrinales en torno a la posibilidad de una única solución correcta: el monismo categórico, el monismo contingente, el pluralismo contingente y el relativismo. El primer caso coincide con la posición considerada por Aarnio como *fuerte*, del dogmatismo clásico y en cierto sentido con la posición actual de Dworkin, al afirmar que «para toda controversia sólo hay una única solución legal que, además, puede ser siempre conocida» (p. 25). El monismo contingente se puede corresponder con la posición *débil* de Aarnio, para toda controversia puede haber una respuesta, pero no siempre es posible encontrarla; la tercera, el pluralismo contingente, considera varias respuestas posibles en derecho, y el relativismo ya huye de toda posibilidad de encontrar la corrección en una respuesta.

¹⁵⁸ A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, p. 91.

¹⁵⁹ *Ib.*, p. 112. Y como interpretación lingüística, es una actividad hermenéutica, de dotación de significado en el lenguaje.

La segunda entiende que esa respuesta existe, pero que no siempre puede encontrarse, y la tercera, que es la versión más débil, admite la posibilidad de que exista, pero es solo un ideal a alcanzar¹⁶⁰.

La versión fuerte está representada por dos tendencias del derecho radicalmente contrarias, pero que confluyen en la exigencia de una respuesta correcta en la interpretación: la que representa doctrinalmente Dworkin, utilizando los principios, dando una vuelta a ciertas posiciones cercanas al derecho natural, y la del dogmatismo clásico del siglo XIX, cuyas reminiscencias suponen todavía para el derecho el positivismo racionalista que residencia en la razón la fuente de la verdad, que es accesible intelectualmente mediante el conocimiento.

Para Dworkin, los jueces al decidir pueden utilizar normas, directrices o principios¹⁶¹. Los casos difíciles son aquellos en los que no se ve con claridad cuál es la norma aplicable, o no la hay. El juez aquí ha de aplicar las directrices o los principios¹⁶². Para este autor, el juez debe dejar de lado las directrices, «tipo de estándar que propone un objetivo que debe ser alcanzado»¹⁶³, y resolver conforme a los principios¹⁶⁴.

Nada impide encontrar la respuesta correcta. Los que niegan la posibilidad de encontrarla, se basan en la imposibilidad lógica de sintetizar, en los casos difíciles, las posiciones enfrentadas de las partes¹⁶⁵. Pero, para Dworkin, utilizando los principios se puede llegar a la única respuesta correcta¹⁶⁶.

Esta verdad parte de lo que él llama un concepto naturista del derecho, que, por aproximación al derecho natural, admite como verdad indiscutible un núcleo de derechos naturales inmanentes al hombre, con independencia de su reconocimiento positivo¹⁶⁷.

¹⁶⁰ *Ib.*, p. 210.

¹⁶¹ R. DWORKIN. *Los derechos en serio*, p. 72.

¹⁶² *Ib.*, p. 149.

¹⁶³ Los principios son estándares que han de ser observados por exigencias de justicia, de moralidad o de equidad. (*Ib.*, p. 72).

¹⁶⁴ *Ib.*, p. 150.

¹⁶⁵ *Ib.*, p. 398 y ss.

¹⁶⁶ Pero, para demostrar su aserto, Dworkin se basa ya en una distinción entre *lo político*, como lo que hay que evitar en el proceso argumentativo, y *los principios*, que son los que se deben utilizar, que de por sí ya es equívoca. No hay criterio capaz de distinguir en el transcurso de un razonamiento cuándo el juez Hércules utiliza principios morales, y cuándo se conduce con argumentos políticos. A partir de ahí, lo que sigue es un intento de refutar el argumento que niega la posibilidad de una única solución correcta, pero no se construye el argumento capaz de sostener la teoría de que existe una sola solución correcta.

¹⁶⁷ Esto diferencia el naturismo del convencionalismo, que solo admite como derechos aquellos que la sociedad reconoce. (R. DWORKIN, «Retorno al derecho natural», p. 45).

C) IMPOSIBILIDAD DE UNA SOLA SOLUCIÓN CORRECTA

Desde el positivismo, el derecho se considera, por encima de todo, una expresión de racionalidad. El conocimiento del derecho es un descubrimiento del intelecto que se efectúa mediante el esfuerzo en averiguar la verdad, y esto solo es posible a través de la razón. Siempre hay un camino que lleva a la verdad, y el acierto del intérprete consiste en encontrar esa vía de razonamiento, y en evitar los errores que lo dificulten. Hay unas normas muy claras que no necesitan una mayor actividad comprensiva, porque de su mera lectura se infiere claramente su sentido. *In claris, non fit interpretatio*¹⁶⁸. Y cuando de la lectura no se deduce claramente el sentido de la norma, se inicia una actividad racional que atraviesa varias etapas, dependiendo del grado de opacidad de norma. La lingüística ayuda a la comprensión del sentido de las palabras, la historia, la sistemática y la finalidad de la norma permiten encontrar en ella su verdadero sentido. Todas estas operaciones están presididas por la racionalidad. Si la norma llegara finalmente a ser absurda o incongruente, el ordenamiento tiene todavía previstos mecanismos de integración: la analogía, los principios generales del derecho y todos los mecanismos de integración normativa.

Todavía antes de llegar a la posición débil se pueden admitir diferentes gradaciones en algunos autores. La matizada de K. Larenz parte del supuesto de que a veces hay que recurrir a la interpretación sistemática para llegar a establecer una cadena de significados que nos lleve a la solución correcta¹⁶⁹. Con todo, Larenz cree en la posibilidad de hallar la respuesta correcta, después de una fase de tanteo, en la que haya errores y aciertos¹⁷⁰.

La versión débil podemos encontrarla ya en un núcleo importante de autores, que consideran la única respuesta como posible. Así, la posición antes referida de E. Betti, que estima que en cada momento solo puede existir una interpretación válida. La interpretación judicial es vinculada y no discrecional.

¹⁶⁸ Ya en el sentido literal, el derecho muestra la ambigüedad de ciertas expresiones, que no tienen un sentido unívoco. En todo caso, hay algunas veces un lenguaje especializado en el legislador que obliga a averiguaciones lingüísticas propias, de tal modo que el lenguaje en este sentido constituye un límite a la actividad interpretativa. Por eso cuando se habla, a juicio de Larenz, de que las expresiones unívocas no requieren interpretación, se está incurriendo en un error, porque el sentido gramatical no es unívoco. (K. LARENZ, «Metodología de la ciencia del derecho», pp. 254-270).

¹⁶⁹ *Ib.*, p. 259. A veces, sin embargo, de la conexión de significado y de la exigencia de la compatibilidad lógica solo se deriva que una determinada interpretación no puede ser la correcta; para la interpretación positiva quedan aún abiertas distintas posibilidades.

¹⁷⁰ E. BETTI, «Interpretación de la ley...», p. 151.

Esta posición débil parte de que la única respuesta correcta es un ideal a alcanzar. También Alexy es parcialmente contrario a la posibilidad de que en derecho exista una única respuesta correcta¹⁷¹. Y se alinea con la idea de que los participantes en el discurso jurídico han de buscar la corrección, que está en la esencia del discurso, porque si se renuncia a la verdad como ideal, no tiene mucho sentido la discusión¹⁷².

La resolución que dicta el juez está dentro del campo de la decisión. Realizada la actividad interpretativa, que puede ser a veces de mero trámite o a veces difícil, dependiendo de las dificultades del caso, el juez ha de tomar una decisión¹⁷³. A partir de aquí, el derecho deja de pertenecer al terreno del entendimiento para situarse en uno puramente volitivo. Y este es el momento difícil de la actividad jurisdiccional, el que exige al juez adoptar una solución, para poner fin al litigio, utilizando los instrumentos jurídicos a su alcance, pero dando a la resolución un contenido de justicia. Aquí aparece la motivación judicial, donde el juez vierte su justificación acerca de la decisión que produce. La corrección de su decisión tiene que ver tanto con la coherencia del ordenamiento como con la sociedad a la que envía su decisión¹⁷⁴.

El proceso de decisión, como un proceso en el que se encuentran la mayor parte de los elementos que componen las experiencias vitales de la persona, trae causa en Gadamer y en Habermas, pero se materializa desde el punto de vista del proceso de la decisión judicial, como decisión que pone fin a un conflicto de intereses particulares, en Aarnio y en Alexy.

Primeramente, las disposiciones jurídicas han de responder a un consenso en su formulación. Si no es así, la norma no tiene muchas posibilidades de obtener un cumplimiento cotidiano en la sociedad¹⁷⁵.

Como ya hemos dicho, cabe más de una solución correcta, e incluso más de una decisión judicialmente correcta. Depende la corrección de esa decisión, de que se haya llevado a cabo respetando el proceso racional que imponen las fuentes y las premisas. Esto nos proporciona un entendimiento del derecho,

¹⁷¹ Suponer que existe una sola respuesta, dice Alexy, es una tesis que tiene poco a su favor y mucho en contra. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 302.

¹⁷² *Ib.*, p. 302.

¹⁷³ Ch. PERELMAN, *op. cit.*, p. 213.

¹⁷⁴ Perelman ha insistido en el doble equilibrio de la función judicial. La decisión ha de tener en cuenta tanto la elaboración de un orden jurídico coherente como «la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conformes con lo que parece justo y razonable». (*Ib.*, p. 228).

¹⁷⁵ A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, p. 41.

desde un relativismo axiológico moderado, compatible con la exigencia de un Estado democrático ¹⁷⁶.

Ahora bien, es preciso considerar que la racionalidad también tiene sus límites. Si bien todo argumento para llegar a implantarse con un cierto carácter de continuidad tiene que ser generalizable ¹⁷⁷, no se da el caso de que la exigencia de ser racionales genere para todos los individuos o grupos un único sistema de principios básicos.

La decisión es, pues, fruto del razonamiento. Pero ¿cuándo se puede cortar la cadena de razones por la que se puede llegar al final de un razonamiento?

Puede ser al llegar a la finalidad de la norma. Para Aarnio, nunca el argumento finalístico puede ser el final de una cadena de razonamiento, si esto significa apartarse de las fuentes, pero la verdad es que el propio autor reconoce que se llega al término del razonamiento cuando la alternativa puesta de manifiesto demuestra mejores consecuencias.

Para Wroblewski, la decisión es la resultante final de un proceso en el que intervienen muchos factores, no todos controlados ¹⁷⁸. El proceso interpretativo lleva a la decisión final, donde hay un cierto control: normas legales, otras normas, valoraciones usadas como directivas, y proposiciones concernientes a hechos, pasados o futuros ¹⁷⁹. Otros factores que determinan la decisión judicial están menos controlados, entre ellos, los condicionantes propios del juez ¹⁸⁰.

Esto implica mantener la imposibilidad de una única solución correcta, en base al concepto que tengamos de interpretación. Si situamos la interpretación en una actividad de «descubrimiento» del sentido de la norma, estamos presuponiendo la posibilidad de errar en esa búsqueda ¹⁸¹. Pero si la interpretación la concebimos como una «atribución» de significado a una norma, este significado estará o no justificado, en función de la corrección en la utilización de los principios y valores en los que se basa la decisión ¹⁸².

¹⁷⁶ (*Ib.*, p. 287). La democracia en cuanto a la decisión judicial conllevaría finalmente a lo que Aarnio llama un «principio regulativo»: «La dogmática jurídica debe intentar lograr aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente» (p. 286).

¹⁷⁷ MC CORMICK, N. (1990). «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», en *Derecho y moral*, de J. Betegón y J. R. de Páramo (coord.). Ariel (p. 17).

¹⁷⁸ «The normal formula of the justified interpretative decision is». LÓPEZ DE OÑATE, F. (1987). «Theoretical and ideological problems of judicial independence», en *Los jueces en una sociedad democrática*, de J. Igartua (coord.). IVAP (p. 23).

¹⁷⁹ *Ib.*, p. 24.

¹⁸⁰ *Ib.*, p. 25.

¹⁸¹ J. IGARTUA, *Límites y márgenes de...*, p. 50.

¹⁸² *Ib.*, p. 51.

a) *Los casos difíciles*

Hay situaciones en las que la actividad interpretativa encuentra dificultades insalvables en la búsqueda de la decisión. Se dice entonces que estamos ante un caso difícil. Los problemas se plantean en la elección de las premisas. Si se aceptan las premisas, la decisión estará justificada, pero lo que resulta precisamente discutible es la elección de las premisas¹⁸³.

Estos casos difíciles son consecuencia de los preceptos oscuros. El análisis de estos preceptos no permite las deducciones silogísticas porque no se puede partir de la premisa establecida en la norma como axiomática, sino que ha de irse a una interpretación extralógica¹⁸⁴.

Pero lo cierto es que los casos difíciles no solo se derivan de la oscuridad de la ley, sino que pueden estar comprendidos en uno de estos grupos de razones:

– La detección del bloque normativo de aplicación plantea problemas en su determinación, porque las normas no se presentan fácilmente identificables con el caso, sino que hay una cierta opacidad normativa. En este tipo de normas jurídicas, el juez ha de efectuar una operación interpretativa muy activa. Un ejemplo muy claro lo constituyen a este respecto los conceptos jurídicos indeterminados, que deben *a fortiori* ser fijados por el juez en aplicación a cada caso concreto.

El caso presenta una solución problemática desde el punto de vista social, que dificulta una solución pacífica, aunque la ley sea clara. Cuando esto sucede se puede hablar de opacidad social en el sentido de que no se detecta con facilidad el sentido en el que se ha de orientar la interpretación de la norma para que no llegue a producir un resultado no querido socialmente.

En el primer supuesto, el juez ha de buscar la solución apurando las posibilidades técnicas y jurídicas, como la analogía, la interpretación extensiva, y otras posibilidades que ofrece el ordenamiento, pero, en el segundo caso, el juez está obligado a penetrar en el campo de los valores sociales y buscar una solución conforme a la mayoría social¹⁸⁵. No es fácil detectar el sentimiento de

¹⁸³ Atienza plantea el caso difícil del TC acerca de la huelga de hambre de los reclusos pertenecientes al grupo terrorista Grapo. En la STC de 20 de julio de 1990, el Tribunal resuelve sobre tres premisas discutibles. No disponibilidad del derecho a la vida, ilicitud de la huelga de hambre, y obligaciones de la Administración Penitenciaria. *Tras la justicia*, p. 132. Para el autor, situar a la ley por encima de un derecho fundamental es discutible como premisa.

¹⁸⁴ Por otra parte, los preceptos oscuros no siempre son fruto de la precipitación, sino que el pluralismo político conlleva necesariamente fórmulas de consenso que generan esa oscuridad. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial del derecho...*, p. 51.

¹⁸⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control...*, p. 136.

la mayoría, ni hacer ese sentimiento compatible con la conciencia del juez, pero esa es la función que el juez está moralmente obligado a desarrollar en un Estado democrático.

Es evidente que seguir este modelo implica un cierto activismo judicial. Pero el activismo judicial en sí mismo no tiene por qué considerarse negativo para la función jurisdiccional, si cumple los controles que exige el modelo democrático de la justicia y no deriva en un arbitrio judicial. Mientras la actividad del juez esté reglada, y sometida al Estado de derecho, y el sistema de recursos procesales permita la doble instancia, el activismo judicial puede cumplir los fines de la justicia material, actualizando el sentido de la ley en una sociedad de valores relativamente mutables, como son las sociedades actuales.

Por otra parte, desde el propio ordenamiento, ese activismo judicial está también corregido por la exigencia de la igualdad en las resoluciones judiciales, impuesta desde el artículo 14 de la Constitución, y, sobre todo, del artículo 24, que obliga al juez a dar una única respuesta en casos iguales¹⁸⁶.

b) *El lenguaje jurídico y la búsqueda de significados*

La estructura del lenguaje incide en la determinación del significado de las normas. El principal problema del lenguaje estriba en la ambigüedad de los términos que determinan un margen de imprecisión susceptible de diferentes significados¹⁸⁷. Pero el derecho tiene como límite interpretativo el significado del lenguaje. En ese sentido, por algunos lingüistas se considera que la interpretación de un texto admite infinitas posibilidades interpretativas, y solo es acotable como texto, por aquellas que puede descartar, pero no por las que se pueden adoptar como significados coherentes¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Para cada intérprete individualmente considerado, el derecho debe tener siempre la misma respuesta. M. GASCÓN, *La técnica del precedente...*, p. 29.

¹⁸⁷ V. ITURRALDE, *Sistema legal y lenguaje jurídico*, pp. 62 y ss. La ambigüedad puede ser sintáctica cuando la redacción se presta a lecturas de distintos significados, o los mismos signos de puntuación inducen a error.

¹⁸⁸ «La interpretación es el mecanismo semiótico que explica no solo nuestra relación con mensajes elaborados intencionalmente por otros seres humanos, sino también cualquier forma de interacción del hombre con el mundo circundante». U. ECO, *Límites de la interpretación*, p. 17. Puede ser semántica cuando el destinatario, ante la manifestación lineal de un texto, la llena de significado. Y semiótica cuando se intenta explicar por qué razones estructurales el texto puede producir interpretaciones semánticas (p. 36). Pero desde 1962, que publica *Obra abierta*, a 1992, Eco cambia su posición a este respecto e intenta equilibrar dos derechos: el derecho del texto y el del intérprete. Así, en *Límites de la interpretación*, afirma claramente que la obra tiene un límite interpretativo, fuera del que se pueden producir algunos significados inaceptables.

En un primer momento, algunos lingüistas apuntaron a unas posibilidades ilimitadas de interpretación del texto¹⁸⁹. Pero pronto se captó la necesidad de imponer restricciones a la función interpretativa de los textos, pues lo contrario podía conllevar a significados absurdos y contradictorios¹⁹⁰.

Con todo, para los lingüistas, el principal problema de la interpretación lo constituye la relación dialéctica entre el lector y la obra. Se trata de establecer, por lo tanto, un equilibrio adecuado en el que se dé el grado de importancia que, en cada momento de la interpretación, tenga cada uno de estos elementos¹⁹¹.

Para llevar a cabo esta dialéctica hay que detenerse un momento en describir el acto de la lectura¹⁹². Y distinguir entre el concepto de interpretación y el concepto de uso de un texto¹⁹³, para ver la discrepancia susceptible de aclaración, entre un autor de un texto y el sentido del texto mismo¹⁹⁴.

Una interpretación de un texto solo se puede aceptar si es confirmada por otro punto del texto¹⁹⁵. Para Culler, esto significa comprender el texto¹⁹⁶. De ahí su diferencia con Eco acerca de que el texto da una gran libertad de interpretación, pero es en sí limitado. Culler coincide con Rorty en la idea de que «el significato è delimitato dal contesto- una funzione delle relazioni all`interno di un testo o tra testimonia che il contesto è in se illimitato»¹⁹⁷.

La iniciativa del lector consiste en formular una conjetura sobre la *intentio operis*. Esta conjetura debe ser aprobada por el conjunto del texto como un todo orgánico. Esto no significa que sobre un texto se pueda formular una y solo una conjetura interpretativa. En principio se pueden formular infinitas hipótesis.

¹⁸⁹ Cuando el intérprete actúa, se coloca «como centro activo de una red de relaciones inagotables entre las cuales él instaura la propia forma sin estar determinado por una necesidad que le prescribe los modos definitivos de la organización de la obra disfrutada». U. Eco, *Obra abierta*, p. 75. Al hablar de la obra musical: «Cada ejecución la explica, pero no la agota; cada ejecución realiza la obra, pero todas son complementarias entre sí; cada ejecución, por último, nos da la obra de un modo completo y satisfactorio, pero al mismo tiempo nos la da incompleta, puesto que nos da en conjunto todos los demás resultados en los que la obra podía identificarse» (p. 91).

¹⁹⁰ «Dire che un testo virtualmente non ha limiti non significa che ogni atto interpretativo possa avere un esito felice». U. Eco, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, p. 34.

¹⁹¹ *Ib.*, p. 77.

¹⁹² «Ogni atto di lettura è una difficile transazione tra la competenza del lettore (la conoscenza del mondo in possesso del lettore) e il tipo di competenza che un dato testo postula per essere letto in modo economico». (*Ib.*, p. 82).

¹⁹³ *Ib.*, p. 83.

¹⁹⁴ *Ib.*, p. 87.

¹⁹⁵ *Ib.*, p. 40.

¹⁹⁶ «Comprendere significa farsi le domande e trovare le risposte su cui il testo insiste». (*Ib.*, p. 139).

¹⁹⁷ *Ib.*, p. 147. En cambio, Culler, que coincide en esta idea con Rorty, pero discrepa en la identificación entre uso e interpretación, propia del pragmatismo (p. 133 y ss.), en donde Culler contesta a Rorty las objeciones a Eco acerca del uso y la interpretación.

Pero al final deberán ser probadas sobre la coherencia del texto, y la coherencia textual no podrá sino desaprobar algunas de las conjeturas aventuradas¹⁹⁸.

Hablar de límites es situarse entre dos extremos¹⁹⁹. Y, finalmente, decidir el sentido interpretativo es una operación que implica decidir cuál es el sentido que nos parece más relevante²⁰⁰.

c) *La interpretación como experiencia compartida*

Para Gadamer, la hermenéutica es el arte de comprender textos²⁰¹. No dice que sea una ciencia, sino un arte de reconstrucción y de integración de textos²⁰². Por esto habrá de incluir toda la esfera del arte, también la estética²⁰³.

Auxiliar de la teología y la filosofía en el siglo XIX, la interpretación fue el fundamento de todas las ciencias del espíritu. Surge relacionada con la conciencia histórica²⁰⁴. No es tanto la experiencia individual como la experiencia histórica colectiva²⁰⁵.

La experiencia hermenéutica consiste en establecer una relación entre la capacidad de preguntar y la de responder, en la que el sujeto que interpreta ha de preguntarse acerca del contenido del texto, y ha de responder integrando todos los elementos que componen su experiencia existencial, y la conversación hermenéutica es la elaboración de un lenguaje común, donde los interlocutores son el sujeto y el texto, y al final el que vence es el texto²⁰⁶. Identifica Gadamer comprensión e interpretación, porque si se comprende es que se está interpretando²⁰⁷.

¹⁹⁸ U. Eco, *Los límites de la interpretación*, p. 41.

¹⁹⁹ *Ib.*, p. 64.

²⁰⁰ «Quale dei suoi vari aspetti sia o possa diventare rilevante o pertinente al fine di una sua interpretazione coerente, e quali rimangano marginali e incapaci di legittimare una lettura coerente». Réplica a Rorty, en la misma obra (*Ib.*, p. 175). De ahí, que, por cierto, se puedan dar diversos grados de aceptabilidad en la interpretación (p. 179).

²⁰¹ «Comprender e interpretar textos no es solo una instancia científica, sino que pertenece con toda evidencia a la experiencia humana del mundo». H. G. GADAMER, *Verdad y método*, p. 23.

²⁰² *Ib.*, p. 217.

²⁰³ «La estética debe subsumirse en la hermenéutica». (*Ib.*, p. 217).

²⁰⁴ «La conciencia histórica es una forma de autoconocimiento». (*Ib.*, p. 296).

²⁰⁵ «El caso de la hermenéutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y reproducir así la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo». (*Ib.*, p. 401).

²⁰⁶ *Ib.*, p. 466.

²⁰⁷ «Todo comprender es interpretar». (*Ib.*, p. 467).

La importancia del lenguaje en la actividad interpretativa reside en su universalidad²⁰⁸. A este respecto, Habermas señala la relación entre el lenguaje como medio, y la conciencia colectiva común que presupone el hecho de que todos los participantes en un discurso lingüístico puedan compartir el significado atribuido a los signos de ese lenguaje²⁰⁹.

La experiencia hermenéutica contiene un acontecer lingüístico, que se corresponde con la exposición dialéctica de Hegel, participa de esa dialéctica, como juego de preguntas y respuestas. En la pregunta hay para Gadamer parte de la respuesta. Y como discurso, tiene una finitud, el sentido de la respuesta se determina desde la pregunta que se formula²¹⁰.

Las posibilidades que ofrece una teoría de la interpretación deben tener en cuenta, por tanto, los elementos que conforman ese discurso: el autor, el texto y el intérprete²¹¹. Y, por tanto, una teoría de la interpretación debe construirse teniendo en cuenta esos tres elementos. La intención del autor, la intención que permanece en la obra, y la intención del lector al intermediar entre el texto y sus propias experiencias.

Hay que buscar una posición de equilibrio entre estos tres elementos que configuran la interpretación: quién dice, qué se dice, y quién lo interpreta²¹². La actividad del intérprete no puede prescindir del texto, pero seguramente para cada lector un texto representa alguna particular forma de entenderlo²¹³. E, igualmente, entre la intención del emisor y la del lector tiene que producirse también un entorno de significados en parte comunes y en parte distintos, por los que el significado final de la lectura es en parte reproducción de significa-

²⁰⁸ El lenguaje es el medio universal en el que se realiza la comprensión misma. La forma de realización de la comprensión es la interpretación». (*Ib.*, p. 467).

²⁰⁹ «La constitución de la socialidad viene mediada lingüísticamente. Los participantes en la interacción (comunicativa), no pueden ejecutar actos de habla que tengan efectos coordinadores sin suponer a todos los implicados un mundo de la vida intersubjetivamente compartido». J. HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, p. 424.

²¹⁰ «A la dialéctica de la interpretación le ha precedido ya siempre la dialéctica de pregunta y respuesta. Ella es la que determina la comprensión como un acontecer». H. G. GADAMER, *Verdad y método*, p. 565.

²¹¹ Para Eco, en un texto se pueden crear intencionadamente ambigüedades lingüísticas para permitir que el lector cree su propio pensamiento en torno a ese texto. Es el caso de la poesía, que tiene como finalidad provocar sentimientos propios en el lector. Pero también puede ocurrir que el autor haya producido un texto con la intención de una lectura unívoca, pero las posibilidades de interpretación, siguen siendo casi ilimitadas. U. Eco, *Los límites de la interpretación*, p. 30.

²¹² «Un texto *abierto* sigue siendo un texto, y un texto puede suscitar infinitas lecturas sin permitir, en cambio, cualquier lectura posible. Es imposible decir cuál es la mejor interpretación de un texto, pero es posible decir cuáles son las equivocadas». (*Ib.*, p. 121).

²¹³ «Todo acto de lectura es una transacción difícil entre la competencia del lector (el conocimiento del mundo compartido por el lector) y el tipo de competencia que un determinado texto postula para ser leído de forma económica». (*Ib.*, p. 125).

dos y en parte significados propios²¹⁴. Y ese producto final ya no responde ni al texto ni al contexto en el que se ha desenvuelto la actividad interpretativa, sino que ha creado un nuevo contexto, en la medida en que ya se ha incorporado un nuevo producto que ha transformado en parte la realidad preexistente²¹⁵.

El texto construye una particular descripción semántica que representa el mundo posible textual, con sus individuos y sus propiedades. Y de ahí su fiabilidad, que U. Eco llama pluriinterpretatividad. El acuerdo en un sentido de la interpretación del texto depende, para cada «comunidad de intérpretes», del «contexto»²¹⁶.

D) LA ARTICULACIÓN ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA CONSTITUCIONAL

La necesidad de justificar dos diferentes jurisdicciones solo se entiende ahora desde un punto de vista del proceso que lleva a una constitución normativa. Solo desde la idea de un legislador negativo de Kelsen se justificaría la necesidad de sostener una jurisdicción negativa no muy válida hoy. Porque la idea de que esta sea la jurisdicción política es igualmente inexacta. Si se pudiera predicar de algunos casos, como por ejemplo, en los conflictos de competencias, no estaría justificada esa denominación de política para los recursos de amparo²¹⁷.

No hay que olvidar la entrada de las primeras resoluciones del TC para corregir las de los jueces y tribunales ordinarios, para reafirmar la normatividad constitucional directa en los derechos fundamentales frente a la naturaleza programática que la jurisdicción ordinaria les atribuía²¹⁸.

Incluso desde la idea de que algún precepto pudiera llegar a ser inconstitucional al confrontarlo con la Constitución, los jueces no implicaron sin más la derogación implícita por contradicción con el texto constitucional, sino que interpusieron la cuestión de inconstitucionalidad aun cuando el TC ya había advertido tempranamente de que no era necesaria. Ciertamente, esto favoreció

²¹⁴ «Entre la inaccesible intención del autor y la discutible intención del lector está la intención transparente del texto que refuta una insostenible». (*Ib.*, p. 133).

²¹⁵ «Cada texto es un complejo mecanismo inferencial que el lector debe actualizar en su contenido implícito. Para entender un texto, el lector debe llenarlo con una cantidad de inferencias textuales, vinculadas a un amplio conjunto de presuposiciones definidas por un contexto determinado». (*Ib.*, p. 334).

²¹⁶ Cualquier comunidad de intérpretes de un texto determinado debe alcanzar un acuerdo sobre el tipo de objeto del que se está ocupando. (*Ib.*, p. 370).

²¹⁷ PÉREZ TREMPES, P. (1985). *Tribunal constitucional y poder judicial*. CEC (p. 10-14).

²¹⁸ BALAGUER, M. L. (1990). *Interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*. Civitas.

también un diálogo importante de cara a que la jurisdicción ordinaria se renovara en su dogmática jurídica muy contraída aún en materia de derechos y libertades fundamentales. Los inicios de la jurisprudencia constitucional ya prefiguraron ese diálogo en las cuestiones de inconstitucionalidad, donde este adquiere importancia con la colaboración entre las dos jurisdicciones, porque el efecto devolutivo obliga al diálogo de intérpretes constitucionales. La iniciativa del planteamiento va dirigida por parte del juez al intento de depuración del ordenamiento y la evitación de aplicar una norma inconstitucional, pero al mismo tiempo le obliga a la justificación y motivación de las razones que lo llevan a ese cuestionamiento, y el juez constitucional a su vez ha de realizar una operación igualmente depurativa.

Es preciso en ese sentido evitar una línea divisoria entre la jurisprudencia constitucional y la ordinaria, porque no son compartimentos estancos. En sentido amplio, todo juez es juez constitucional, con independencia de cuál sea su estatus en el sistema jurídico ²¹⁹.

E) CONCLUSIONES

El problema de la única solución correcta se presenta como hemos visto en dos vertientes fundamentales:

– La consideración de la única solución correcta como valor de verdad absoluta; el intérprete llega esa solución porque esa es la única correcta, las otras soluciones son incorrectas desde el punto de vista del derecho.

– La ficción de la única solución correcta, como una exigencia de la congruencia del ordenamiento. Sabemos que no existe una verdad absoluta alcanzable a través de la razón, utilizando la fuerza de Hércules, pero, por exigencias de igualdad, tenemos que mantener la misma interpretación de la norma, ante los mismos supuestos fácticos. No se trata, por lo tanto, de que solo exista una única respuesta, sino de que hemos de proporcionar la misma, aún a sabiendas de que existe otro número indeterminado de respuestas que son igualmente correctas, pero que se han de sacrificar en aras de una exigencia de igualdad impuesta desde el propio ordenamiento.

La irrupción en el derecho de las teorías de la argumentación jurídica y de la interpretación lingüística desplazan las tesis de la posibilidad en el derecho

²¹⁹ P. PÉREZ TREMPES, *op. cit.*, p. 188-190.

de la «única solución correcta», por considerar que la homogeneidad de los sistemas jurídicos no está en condiciones de garantizar la identidad de la cadena de razonamiento que cada intérprete configura en su actividad interpretativa. Lo más que llegaría a garantizar es la misma solución para cada juez en casos iguales (autoprecedente). De ahí que los intentos de formular la posibilidad de una única solución correcta desde la cadena de razonamientos compartida entre jueces no permitan formular una posición clara respecto a la posibilidad de llegar a ese resultado final único y haya sido objeto de críticas certeras.

Lo único que puede afirmarse desde la lógica del razonamiento para los casos difíciles es que puedan generarse principios y argumentos consistentes y estables, que, incorporados al ordenamiento, permitan su aplicación tópica en los casos fáciles. Por el contrario, las zonas de penumbra y los casos difíciles encontrarán siempre el límite en la moral, y su respuesta en el derecho estará mediatizada por consideraciones morales previas, salvo que la norma positiva establezca de forma clara la solución, en cuyo supuesto, ya no estamos ante un caso difícil, sino ante un conflicto entre la moral y el derecho, soluble en otros parámetros.

La única solución correcta favorece el principio de seguridad jurídica, y por ello constituye una tendencia deseada en el derecho. Pero la seguridad jurídica no debe ser más importante que los principios de justicia, a los que debe estar subordinado en el derecho todo principio. Y los principios de justicia en un Estado social y democrático de derecho vienen, como en el artículo 1 de nuestra Constitución, del lado del pluralismo político. Y desde el pluralismo político no es posible pensar en la única solución correcta al caso, porque la norma no se ha generado desde una unívoca posición en la que el legislador confiere un solo mandato al juez, sino, muy contrariamente, desde el mismo pluralismo, desde donde al juez se envían ya diferentes posibilidades de aplicación. Desde el mismo momento en que en el poder legislativo la ley se crea con diferentes opciones interpretativas, muchas veces incluso con una opacidad intencionada porque el consenso político no ha hecho posible mayor claridad, hay que hablar de muchas soluciones correctas, en función de los valores que el intérprete priorice en su propia cadena de razonamientos.

La única respuesta en el derecho no solamente no es posible, desde el derecho argumentado y razonado, sino que no tiene que ser tampoco deseable. Lo que el derecho ha de proporcionar al justiciable es una solución «racionalmente justa» producida con garantías y posibilidad de revisión en otra instancia, pero lo decisivo no es que se sepa con antelación la respuesta, sino que el proceso garantice que la respuesta no es arbitraria sino razonada.

Lo que el derecho ha de proporcionar para garantizar su contenido de justicia es reducir la discrecionalidad garantizando que estén regladas al máximo las fuentes y evitar la arbitrariedad, estableciendo un sistema de doble instancia y de recursos que permitan al justiciable la corrección de los errores judiciales y de racionalidad de las decisiones, pero no queda mejor garantizada la justicia material por la seguridad jurídica, sino por un sistema que garantice la pulcritud del proceso.

IV. LOS LÍMITES DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

La idea de que los jueces puedan anular o inaplicar una ley aprobada por el Parlamento que representa al pueblo ha producido históricamente una descalificación de cualquier actividad judicial que sobrepasara la mera aplicación automática de la ley²²⁰. De ahí la idea permanente de que la actividad interpretativa ha de mantenerse en unos límites, fuera de los cuales no se puede hablar de interpretación, sino de activismo judicial.

Se considera que cuando el juez se aparta de la ley, y decide sin sujeción al sistema de fuentes, esa decisión judicial no es una decisión jurídica. La interpretación de las normas ha de realizarse conforme al sistema de fuentes establecido, pues, al margen de esos límites, el juez no actúa en derecho, y su decisión no es por tanto creadora de una norma jurídica, por lo que carece completamente de legitimación²²¹. Dentro del sistema de fuentes, el límite principal lo conforma la propia Constitución, en cuanto define las reglas de producción de las demás normas, así como las propias reglas de competencia de los órganos jurisdiccionales. El papel del juez ante un conflicto, admitida su competencia, consiste en dictar una resolución judicial, conforme al sistema de fuentes establecido. Para ello, el órgano jurisdiccional ha de realizar un esfuerzo interpretativo, no solo en los casos que llamamos difíciles, sino en toda actividad de aplicación de normas. Ese esfuerzo es mayor, sin embargo,

²²⁰ R. GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno...*, p. 11.

²²¹ Esto descalifica concepciones del derecho basadas en que solo es derecho lo que los jueces reconocen como tal, porque el derecho es previo a su aplicación, con independencia de que adquiera actualidad con su aplicación. Y, por otra parte, tampoco se puede admitir como derecho lo que los jueces reconozcan como derecho, porque esto significaría no admitir límites a la actividad jurisdiccional. Al contrario, ya en A. Merkl está presente la idea de que, si una sentencia no es deducida de la ley, aunque sea justa para el juez, esa sentencia no es derecho. MERKL, A. (1987). *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelse niano e altri saggi*. Guiffirè (p. 298). Entendiendo, sin embargo, la ley, como el sistema de fuentes establecido en general, y entendiendo también que, si no hay ninguna norma aplicable, la justicia como equidad, o como principio general del derecho, puede fundamentar una sentencia, si seguimos el orden de fuentes establecido por el ordenamiento.

en los supuestos en los que, aparentemente, el sistema de fuentes no proporciona una norma en la que el juez apoye su decisión de justicia, por existir lagunas o conflictos normativos. Lo mismo ocurre cuando es necesario aplicar normas abiertas o genéricas²²² que, por otra parte, resultan a veces inevitables por la propia naturaleza del objeto²²³. En ocasiones es la propia norma la que remite al juez para que sea este el que determine cuándo procede su aplicación²²⁴. Más allá de estos supuestos específicos, es consustancial a la función jurisdiccional la intervención en la producción del derecho, ya que no puede considerarse una actividad mimética y repetitiva²²⁵.

Toda vez que admitimos esa participación del juez en el proceso de producción del derecho, el debate no se sitúa ya en la disyuntiva interpretación-creación, sino en la determinación de los límites de la interpretación²²⁶. Desde el punto de vista constitucional, estos límites existen, a partir de la Constitución, tanto para el juez como para el legislador, si bien en diverso grado para uno y otro²²⁷. Mientras que el legislador puede optar entre las diferentes opcio-

²²² En el caso de normas de máxima apertura, el juez puede argumentar en varios sentidos distintos su decisión: acudir a la voluntad del legislador histórico o actual, guiarse por sus propias convicciones, o acomodarse a la mentalidad social del momento. En función de qué tipo de argumentación adopte será el resultado, pero, con toda evidencia, no se tratará de una resolución basada en la ley sino en el poder creador del juez.

²²³ Esta diferenciación tiene algo que ver, asimismo, con los sistemas jurídicos vigentes, y, por derivación, con la estructura social y política de cada Estado o comunidad en la que se imparte el derecho. No es por ello casual que el derecho de responsabilidad por daños se haya desarrollado en el sistema continental, al remolque de alguna norma aislada, como es nuestro artículo 1.902 del CC, o en ausencia clara de normas, como es el caso de Francia. El juez francés ha desarrollado su papel creador del derecho sobre todo en tres sentidos: Los derechos fundamentales, la responsabilidad por daños, y el derecho de necesidad en periodos de crisis del Estado. (S. BELAID, *Essai sur le pouvoir createur...*, p. 170). El de responsabilidad por daños, al que ahora hacemos referencia, ha significado para Belaid, en Francia, la suplantación de una nueva ética creada por el juez, por la que se pasa del individualismo típico de la codificación francesa, fruto de la revolución, a un derecho social, de relativización de los derechos a intereses sociales, y limitaciones en el ejercicio del derecho de propiedad en función de otros valores colectivos (p. 206 y ss.).

²²⁴ Es el caso de la cláusula *rebus sic stantibus*. La norma exige que el juez valore el cambio sustancial en las circunstancias que concurren en esa relación jurídica, pero en realidad esta valoración da entrada al juez para anular un contrato sustituyéndolo por una indemnización. De esta manera, el juez se convierte en un árbitro de los intereses de las partes, que no aplica una norma de manera automática.

²²⁵ S. Belaid ha puesto de manifiesto esta circunstancia de forma clara. «Le rôle du juge est non pas seulement l'application du Droit existant, mais d'une façon plus large, le règlement des conflits et des litiges entre les sujets de Droit; ensuite, si telle est sa fonction, le juge est nécessairement et naturellement un organe créateur de Droit» (*Ib.*, p. 262).

²²⁶ «Le vrai problème n'est pas d'établir un contraste net entre les concepts d'interprétation et de création du droit. C'est en dehors d'une telle préoccupation irréaliste, de déterminer jusqu'où les tribunaux peuvent aller dans leur œuvre de création du droit». «Des juges législateurs?». M. CAPPELLETTI, *Le pouvoirs des juges*, p. 30.

²²⁷ «La seule différence que l'on puisse faire entre juridiction et législation n'est pas une différence de nature, mais seulement de fréquence et de quantité, c'est-à-dire de degré; elle consiste dans le fait que les lois constitutionnelles sont généralement plus succinctes et formulées dans les termes plus vagues que les lois ordinaires, les quelles sont plus nombreuses et plus détaillées et concrètes, comme il advient aussi si l'on considère les précédents judiciaires. De là résulte que le législateur trouve dans le fond du droit des

nes políticas, el juez está vinculado al derecho²²⁸. Y, por tanto, ha de tener en cuenta que su posición está limitada, no solo al derecho, lo que le exige enjuiciar con criterios jurídicos, sino que, además, el sistema de fuentes le exige mantenerse dentro de los límites de su competencia jurisdiccional²²⁹.

Los mecanismos con que cuenta el juez para mantener su competencia sin excederse en los límites interpretativos son fundamentalmente:

- El texto que incorpora a la norma. Toda lectura obliga a dotar de sentido a un texto. Y aun cuando no es fácil establecer que el texto pueda tener, como vimos, un solo sentido, o un solo sentido correcto, tampoco se puede defender que una lectura del texto tenga infinitas posibilidades interpretativas. En la interpretación de las normas, el contexto determina el sentido interpretativo del texto y lo limita.

- La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales es un límite a la actividad jurisdiccional importante en relación con el texto, pues no permite cualquier lectura, sino que, por la necesidad de motivación, ha de ser racional, y esa exigencia de racionalidad es, a la vez que una garantía del proceso y un límite a la arbitrariedad, una limitación a la actividad interpretativa²³⁰.

- El *self-restraint* o mecanismo de inhibición por el que el juez, ante una ausencia de regulación, se abstiene de decidir acerca de cuestiones que compe-

limitations moins fréquentes et moins précises que ce n'est le cas, en règle générale, pour le juge: du point de vue des limitations qui tiennent au fond du droit, le pouvoir créateur du législateur est quantitativement, mais non qualitativement différent du pouvoir du juge» (*Ib.*, p. 35).

²²⁸ Lo que diferencia el derecho del juez de la legislación es para Prieto Sanchís que el juez no es libre en sus opciones, sino que ha de dictar una única respuesta para cada caso obedeciendo al imperativo kantiano de que esa sentencia sea universal, en el sentido de que pueda dictarse otra idéntica para otro caso concretos, en tanto que el legislador no está vinculado y es libre entre las diferentes opciones políticas. L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, p. 114.

²²⁹ Precisamente esto determina una diferencia importante entre la interpretación constitucional y la interpretación legal, en cuanto a los límites exigidos al intérprete en uno y otro caso. El juez ha de sujetarse a la ley y a la Constitución, en definitiva, al sistema de fuentes establecido, pero no debe olvidar que, entre la ley y la Constitución, el legislador mantiene un margen de libertad de configuración, que vincula al intérprete sin que deba este erigirse en legislador. *Cfr.* a este respecto, la posición de J. Jiménez Campo al plantear la función de control de constitucionalidad de las leyes, en «la específica relación que media entre Constitución y ley. Lo que se “protegería” con la cuestión no es tanto, pues, la voluntad del legislador, en sí misma, como su posición ante la Constitución, porque el órgano judicial –esto es lo sustantivo– no puede ocupar el espacio de aquél en la aplicación o en la realización de la Constitución». JIMÉNEZ CAMPO, J. (1992). «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», en *Los procesos constitucionales*, II Simposio de Derecho constitucional, CEC (p. 29).

²³⁰ A veces, el TC ha forzado las posibilidades interpretativas del texto, aun reconociendo que no fuera exactamente la finalidad de los constituyentes. La STC 108/1986, que estima la constitucionalidad del sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, relativiza el espíritu y la finalidad de la norma, para mantener la constitucionalidad de la ley objeto del recurso.

Los recurrentes habían invocado que, respecto de la interpretación del artículo 122.3, se tuvieran en cuenta los debates parlamentarios, a lo que el Abogado del Estado había contestado que no son criterios

ten al legislador. Este mecanismo se manifiesta especialmente importante en todos aquellos controles de constitucionalidad en los que el Tribunal Constitucional ha de valorar cuestiones de oportunidad, como pueden ser los presupuestos habilitantes del decreto-ley o las razones de urgencia. O en los propios límites derivados de la actividad interpretativa para valorar si la ley es compatible con la Constitución, sin incurrir en la tentación de reformar implícitamente la Constitución²³¹.

– Otros sistemas que intentan limitar la actividad interpretativa del juez lo constituyen todas aquellas teorías que niegan que el juez cree derecho. Fundamentalmente el originalismo²³². Y, *a sensu contrario*, las que consideran que el juez crea derecho pueden incurrir en un cierto activismo judicial derivado del propio método²³³.

Para impedir el activismo judicial, es necesario tener resueltos ciertos problemas teóricos en la teoría del Estado. En primer lugar, despejar en cierto sentido la idea decimonónica de que la representación puede conseguir que el

hermenéuticos establecidos en el art 1.3 del CC (*mens legis sobre mens legislatoris*). El TC fija el sentido de la interpretación de la siguiente forma:

–Los debates parlamentarios «son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen» (St 5/1981, de 13 de febrero), y en este caso, los constituyentes han dirimido la fórmula de elección de los vocales del CGPJ a una ley Orgánica.

–El espíritu y finalidad de la norma no son suficientes para acarrear la inconstitucionalidad de una norma. (FJ 13). Si la finalidad de la norma en este caso es asegurar el pluralismo ideológico del Consejo, reflejo del pluralismo social, esa finalidad no se consigue, o mejor, «se corre el riesgo de frustrar la finalidad de la norma», si las Cámaras, a la hora de efectuar la propuesta, distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos. Entiende el tribunal que el Poder Judicial debería estar al margen de las luchas partidistas, pero «la existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de una ley ha de ser preservada cuando su texto no impide necesariamente actuaciones contrarias a ella» (FJ 13).

²³¹ Acerca del peligro de una reforma implícita de la Constitución, mediante una actividad evolutiva de la interpretación del TC, como poder constituyente constituido, ver BALAGUER CALLEJÓN, F. (1988). «Tribunal Constitucional, poder legislativo y poder constituyente». *Revista Jurídica Castilla-La Mancha* (p. 342).

²³² Acerca de las razones que justifican el originalismo, *cfr*: las razones expuestas al hablar de las teorías originalistas de la interpretación. Por lo que se refiere a la evolución en EE. UU. hacia el activismo judicial, *cfr*: R. GARGARELLA, *op. cit.*, p. 141 y ss. Las razones aducidas son fundamentalmente, la necesidad de corregir ese argumento mayoritario con la protección judicial de las minorías. A la representación indubitable de la voluntad popular del Parlamento, se adiciona un mecanismo corrector para las minorías, el de la aplicación judicial en materia de derechos fundamentales, corrección de desigualdades, y búsqueda de racionalidad en los procesos judiciales (*Ib.*, p. 177 y ss.).

²³³ H. P. Schneider ha llamado la atención acerca de este riesgo, delimitando lo que él llama el método de interpretación constitucional «democrático». (H. P. SCHNEIDER, «Constitución y método», en *Democracia y Constitución*, p. 55). La consecuencia del carácter abierto de las normas constitucionales tiene que ser la «autodisciplina judicial», para respetar ese espacio de libre confrontación política, que confiere a las normas constitucionales un carácter «estructuralmente abierto» (p. 59).

Parlamento sea la representación real de la sociedad. Contrariamente, la crisis de la representación de que intenta dar cuenta la teoría política, y el importante deslizamiento entre la representación ideal de los Parlamentos y la realidad del poder actual del ejecutivo, conlleva a un reforzamiento del poder judicial capaz de corregir ese desequilibrio de la mayoría parlamentaria identificada con el ejecutivo²³⁴.

No es, por consiguiente, activismo judicial el que realiza el Tribunal Constitucional cuando cumple los límites de control establecidos: control de contenido (que sea materia constitucional), control de apreciación efectuada por el legislador, control de evidencia (a simple vista se ve materia constitucional), control de comportamiento, control de procedimiento y control de resultado²³⁵.

Y, en lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales ordinarios, la idea de activismo judicial ha de tener muy en cuenta lo establecido en el artículo 9.2 y en el 24 de la Constitución, que exige al juez la remoción de obstáculos para el cumplimiento de la igualdad y la libertad, y otorgar la tutela judicial efectiva a los ciudadanos.

V. LA INTERPRETACIÓN «CONFORME»

La interpretación «conforme» es un principio que deriva directamente de la naturaleza de la Constitución como norma que confiere unidad al ordenamiento²³⁶.

La cuestión de inconstitucionalidad permite apurar el juicio de constitucionalidad por parte del juez con anterioridad a su planteamiento, en tanto en cuanto tiene que motivarla. También es cierto que la aplicación al caso debilita el grado de abstracción en relación con el recurso, porque permite una referencia a los problemas de constitucionalidad que se plantean en la práctica judicial. El recurso no agota las posibilidades de interpretación «conforme», sino que, al contrario, los recurrentes tenderán a maximizar los aspectos que evidencian la inconstitucionalidad. Es el Tribunal Constitucional el que ha de intentar en ambos casos equilibrar posiciones, en el primero conservando la nor-

²³⁴ En esta defensa de las minorías también ha llamado la atención L. Favoreu sobre el espejismo de considerar que el TC pueda cumplir su función de cumplimentar por sí solo el pluralismo político. FAVOREU, L. (1995). *Los Tribunales Constitucionales*. Ariel (p. 8).

²³⁵ H. P. SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional», en *Democracia y Constitución*, p. 200.

²³⁶ Para J. Jiménez Campo, la interpretación conforme es el «principio o máxima hermenéutica según la cual, de entre los varios entendimientos posibles de una regla de derecho el intérprete ha de optar por aquél que mejor se acomode a los dictados constitucionales». JIMÉNEZ CAMPO, J. (1995). «Interpretación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas (p. 3.681).

ma si es posible, y en el segundo superando la posición política por encima de las interpretaciones de las partes. Ciertamente, el principio pluralista, que inspira la propia Constitución, parece oponerse a esta función unificadora.

Sin embargo, se trata precisamente de lo contrario: el principio pluralista es el que exige y justifica la necesidad de una interpretación del ordenamiento congruente con la Constitución, para reconstruir la unidad al definir esta, entre otras cosas, los límites de la actividad interpretativa²³⁷.

Con todo ello, la interpretación conforme tiene unos límites²³⁸ que, si se rebasan, desnaturalizan la función de los tribunales, para inundar competencias del poder legislativo²³⁹.

Es cierto que, en un afán de conservación de las normas, el TC a veces ha apurado estos límites de la interpretación conforme por encima de la voluntad del legislador, o por encima de las propias posibilidades lingüísticas del texto.

En todo caso, el principio de interpretación conforme obliga a entender la Constitución como un contexto obligado para realizar la labor interpretativa de cualquier texto de derecho positivo.

Se trata de una operación de ajuste, no solo de la norma contenida en la ley, sino de la propia de la Constitución, apurando, en ese intento conservador, las posibilidades de ambos textos, y yendo tanto al *telos* de la norma a aplicar, como al de los preceptos constitucionales que deben servir de medida de la congruencia de esa norma con la Constitución.

²³⁷ La prevalencia constitucional en la interpretación se pone de manifiesto, según Tarello, en cuanto que la Constitución opera como límite de la actividad interpretativa, como expresión de un principio general de derecho a hacer valer en sede interpretativa, y como un fundamento de la norma que se va a interpretar (*op. cit.*, p. 335-337).

²³⁸ J. Urías llama la atención acerca de los esfuerzos del TC por salvar la constitucionalidad del artículo 240.2 de la LOPJ en cuanto a la posibilidad de la nulidad de actuaciones por parte del juez. (STC 110/1988). La interpretación de la ley que da el Tribunal Constitucional aquí no coincide con la literal. La STC 184/1990, primera como se sabe en la que el TC se aparta de la dictada por la Sala en amparo sobre la misma norma, entra a conocer de la cuestión, pero entiende que solo es inconstitucional en la interpretación que hizo ese juez, pero no necesariamente tiene que serlo en otros supuestos, y salva así la constitucionalidad del precepto. Un análisis de estas sentencias, en URÍAS MARTÍNEZ, J. (1996). *La cuestión interna de inconstitucionalidad*. McGraw-Hill (p. 60).

²³⁹ J. JIMÉNEZ CAMPO, «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», p. 26.

CAPÍTULO III

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO: I. Interpretación, aplicación y fuentes del derecho. 1. *La distinción entre la interpretación y la aplicación del derecho.* 2. *La interpretación de las normas y las fuentes del derecho.* A) Introducción. B) Pluralismo ordinamental. C) La producción del derecho. a) La ley. b) La costumbre. c) Las lagunas. d) La analogía. e) Omisiones legislativas. e.1) Omisiones legislativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. e.2) Relación entre las omisiones legislativas y el derecho de igualdad. 3. *La interpretación en el derecho positivo.* A) Las reglas sobre la interpretación en el derecho positivo. B) Las exposiciones de motivos y los preámbulos como criterios de interpretación de las normas jurídicas. II. Los principios generales del derecho. 1. *Concepto.* 2. *Funciones.* 3. *Clases de principios.* 4. *Fuentes del derecho y principios generales del derecho.* 5. *Principios y valores.* 6. *Relación entre los principios generales del derecho y otras figuras afines.* 7. *Los principios generales del derecho y la interpretación del derecho.* III. Interpretación y derechos fundamentales. 1. *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.* 2. *Límites a los poderes públicos.* 3. *La interpretación de los derechos fundamentales conforme al artículo 10.2 de la CE.* IV. La interpretación de las normas en el proceso judicial. 1. *La interpretación y el proceso. La fijación de los hechos.* 2. *La prueba.* A) La interpretación del material probatorio. B) La valoración de la prueba. 3. *La terminación del proceso.* V. La interpretación de las normas y la vinculación de la jurisprudencia ordinaria a la jurisprudencia constitucional. 1. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico español.* A) La motivación de las sentencias. a) La motivación de las sentencias en la institución del jurado. b) La motivación de las resoluciones judiciales. 2. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional como fuente del derecho.* 3. *Los límites de la interpretación «conforme»: el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.*

I. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y FUENTES DEL DERECHO

1. La distinción entre la interpretación y la aplicación del derecho

No es frecuente ver en la doctrina una distinción clara entre la interpretación de las normas y su aplicación. Considerada como un aspecto más de la interpretación¹, la aplicación no ha sido objeto de un estudio independiente en la interpretación del derecho. En todo caso, la interpretación es una parte de la aplicación del derecho², de modo que aplicación e interpretación se corresponden con dos fases distintas, aunque complementarias³, de un mismo proceso⁴.

También puede verse la relación entre interpretación y aplicación, como una relación teleológica, de medio a fin. La interpretación de la norma es el medio para conseguir la aplicación al caso concreto⁵. Pero, frente a la identificación entre ambas operaciones, orientadas del lado de la aplicación⁶, o de la interpretación⁷, se puede constatar un cierto consenso en la distinción entre aplicación e interpretación⁸. Aun cuando la interpretación esté orientada a la aplicación, se conforma como una operación anterior⁹ que, aunque no siempre dé lugar a la producción del derecho¹⁰, tampoco puede considerarse desde una perspectiva puramente mecanicista.

¹ V. Frosini, por ejemplo, equipara ambas operaciones, y salvo que se trate de una interpretación doctrinal, dice, el jurista siempre refiere la interpretación a una aplicación práctica. V. FROSINI, *La letra y el espíritu...*, p. 106.

² J. IGARTUA, *Márgenes y límites...*, p. 9.

³ Para Falcón y Tella, no hay una separación absoluta entre interpretación y aplicación. Ni mucho menos contradicción, la diferencia estaría en el objeto y en el método. «La interpretación determina lo que dice la norma a través de medios variados. La aplicación se ocupa más bien de dilucidar si un caso está comprendido en el supuesto de hecho de una norma y, a través de un silogismo, se le puede atribuir la consecuencia jurídica prevista por esta». FALCÓN Y TELLA, M. J. (1991). *El argumento analógico en el Derecho*. Civitas, p. 57. Sin embargo, la diferencia es más clara desde el punto de vista de dos momentos que sirven a un mismo proceso, como tal operación mental, que mantiene una actividad centrada primero en la indagación, que representa la búsqueda del precepto, y la aplicación, donde depurada la norma, se efectúa la adecuación, de esa norma al caso. O sea, como la determinación y la adecuación.

⁴ L. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría...*, p. 225.

⁵ E. BETTI, *Interpretación de la ley...*, cit., p. 220.

⁶ Así, Igartua, que llama a las diferentes teorías de la aplicación del derecho, ideologías de la aplicación judicial. (J. IGARTUA, *Márgenes y límites...*, p. 139).

⁷ Frosini equipara ambas operaciones, y, salvo que se trate de una interpretación doctrinal, el jurista siempre refiere la interpretación a una aplicación práctica. V. FROSINI, *La letra y el espíritu...*, p. 106.

⁸ Como indica De Castro, «interpretar es averiguar el sentido; aplicar una norma es poner en práctica ese sentido, valorando conforme a él los hechos sociales». (F. de CASTRO, *op. cit.*, p. 516).

⁹ Para Kelsen, la interpretación es un acto previo, la aplicación supone ya que esa norma, previamente interpretada, es aplicable al caso. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, p. 301.

¹⁰ Como entiende Kelsen, para quien la aplicación y la interpretación constituyen dos momentos cronológicamente distintos, cuya suma es la producción del derecho. Y cada acto de aplicación de una norma supone como consecuencia la producción de otra, y viceversa, «todo acto de producción de derecho tiene que ser un acto de aplicación de derecho: es decir, tiene que ser aplicación de una norma jurídica

2. La interpretación de las normas y las fuentes del derecho

A) INTRODUCCIÓN

La interpretación del derecho debe realizarse siempre conforme al sistema de fuentes establecido¹¹. En primer lugar, por la estrecha relación entre el propio concepto de derecho y de interpretación¹². Pero, además, por el necesario sometimiento de la actividad interpretativa al derecho mismo y, por tanto, al sistema de fuentes del derecho. La interpretación no puede ir más allá de los límites definidos en el sistema de fuentes, alterándolo¹³. Más aún, la interpretación de las normas no es solo la interpretación del contenido, sino también de su forma, de su idoneidad para ser aplicadas en función de las normas sobre la producción jurídica que disciplinan la prelación entre normas y la solución de conflictos normativos¹⁴. Se puede decir, por tanto, que, entre las fuentes del derecho y la interpretación del derecho, la relación es directa, el operador jurídico ha de resolver un litigio conforme al sistema de fuentes establecido.

De no hacerlo así, invalida la interpretación. Lo que no impide que la interpretación incida también en el sistema de fuentes dentro del proceso dinámico de aplicación del Derecho¹⁵, puesto que la interpretación conforma las normas que finalmente serán aplicadas.

previa al acto, para que pueda valer como un acto de la comunidad jurídica». *Ib.*, p. 145. La teoría de la aplicación del derecho en Kelsen es escalonada, manteniendo un punto de inicio, la norma fundamental, y un punto de llegada, que es la sentencia. (*Ib.*, p. 246). En el resto de las normas, cada una es aplicación de la producción anterior (p. 307)

¹¹ Para Berti, «le fonti sono in definitiva gli atti che hanno per contenuto una norma in quanto appunto voluta e imposta in nome dello stato. Sono pure i procedimenti mediante i quali questi atti vengono posti in essere». G. BERTI, *Interpretazione...*, p. 117. Para F. BALAGUER, «podemos entender por fuentes del derecho a las categorías o tipos normativos por medio de los cuales se manifiesta el proceso de producción y aplicación del derecho, mediante la incorporación de normas jurídicas al ordenamiento. Así definidas, las fuentes del derecho constituyen el punto de transición entre la producción y la aplicación del derecho, la propuesta normativa que los órganos de producción realizan a la sociedad, y especialmente a los órganos de aplicación del derecho». (*Fuentes del Derecho*, t. 1, p. 63).

¹² A. Merkl llama la atención acerca del carácter previo que tiene el concepto de derecho en la interpretación del derecho. Para responder a la pregunta de «cómo» se ha de interpretar algo, primero se ha de saber «qué es». A. MERKL, *Il duplice volto del diritto...*, p. 258.

¹³ Con ello se entiende que los problemas fundamentales, algunos no definitivamente resueltos, por los que atraviesa la teoría de las fuentes del derecho, tenga un reflejo importante en la teoría de la interpretación de las normas. Y, con toda evidencia, en la aplicación del derecho, estos problemas adquieren peculiar significación.

¹⁴ La aplicación del derecho no consiste en un acto único de subsunción, sino que lo habitual es que cada hecho, para ser calificado jurídicamente, necesite más de una norma, incluso de diferente rango. O sea, que la resolución de un conflicto jurídico sigue una cadena de validez. (CALVO GARCÍA, *op. cit.*, p. 9).

¹⁵ Para Esser, la cuestión de la aplicación del derecho no constituye un concepto estático, consistente en analizar las fuentes, sino que está inserto en el proceso dinámico de elaboración del derecho. Tentado de llamar fuente a todo proceso de formación del derecho (*op. cit.*, p. 172), la fuente «no es el acuerdo del

B) PLURALISMO ORDINAMENTAL

La estructuración del Estado como un Estado compuesto, así como el proceso de integración europea, han dado lugar a la existencia de una pluralidad de ordenamientos cuyas normas confluyen sobre el mismo territorio. El ordenamiento comunitario, el estatal y el autonómico producen normas que recaen a veces sobre los mismos campos materiales, siendo el aplicador del derecho el encargado de decidir cuál es la norma aplicable. Naturalmente, una estructura tan compleja no podría mantenerse si no fuera porque existen reglas de ordenación de los conflictos que puedan producirse entre las normas de esos ordenamientos.

En lo que a las relaciones entre el derecho estatal y el autonómico se refiere, la regla de prevalencia del artículo 149.3 de la Constitución determina que el derecho estatal deberá prevalecer sobre el autonómico en todo aquello que no esté atribuido a la competencia exclusiva de las comunidades autónomas. Por tanto, le corresponde al juez realizar una valoración que, sin afectar a la validez de la norma, dé lugar al desplazamiento del derecho estatal sobre el autonómico (competencias no exclusivas de las CC. AA.) o del autonómico sobre el estatal (competencias exclusivas de las CC. AA.). Esta capacidad del juez implica una alteración de las facultades que su sometimiento obligado a la ley le confería respecto de las normas legales. En efecto, el juez puede, en virtud de esa valoración sobre los ámbitos de aplicación de las normas legales y autonómicas, dar preferencia aplicativa a aquellas que considera que se mueven dentro de su ámbito de competencias. Solo si el juez tiene dudas respecto de la constitucionalidad de la ley que debe aplicar (por motivos competenciales, en este caso) deberá plantear la cuestión ante el TC.

En cuanto a las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno (sea este estatal o autonómico), la cuestión resulta todavía más clara: puesto que no hay una determinación competencial específica, el juez debe aplicar las normas europeas con preferencia a las españolas, en cualquier caso. Solo en el supuesto de que tenga dudas sobre la validez o sobre el alcance de la norma comunitaria que deba aplicar, promoverá el reenvío prejudicial ante el TJCE¹⁶. Pese a que estas dudas pueden plantearse, lo cierto es que el principio de primacía del derecho comunitario exige un menor esfuerzo de interpretación al juez que la regla de prevalencia. En efecto, al no ir unido a una variable competen-

parlamento o la sentencia en tanto que acto; la legislación o la jurisprudencia, es lo que crea la norma. La causa de validez es el sistema y la organización de la actividad creadora de derecho dentro de una constitución jurídica» (p. 177).

¹⁶ Cfr., sobre el reenvío prejudicial, ABELLÁN, V., y VILA, B. (1993). *Lecciones de Derecho comunitario europeo*. Ariel (p. 154 y ss.). Y sobre la aplicación judicial del derecho comunitario en general, la obra colectiva coordinada por G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. CGPJ (1993).

cial, la primacía opera de manera incondicionada, no distinguiéndose entre la naturaleza de las competencias en base a las cuales los órganos comunitarios han producido la normativa que debe aplicarse sobre la interna.

La pluralidad de ordenamientos implica no solo diversidad material del derecho aplicable, sino también diversidad de criterios hermenéuticos. En lo que a las relaciones entre el derecho estatal y el autonómico se refiere, estas divergencias se reconducen finalmente por medio de la vinculación a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁷. No ocurre lo mismo con el derecho comunitario, cuya unidad se sobrepone a la diversidad del derecho interno de cada uno de los países miembros. Justamente, el otorgamiento al TJCE de la facultad para determinar la interpretación correcta del derecho comunitario en los supuestos de duda que surjan con motivo de su aplicación, responde a esa necesidad que tiene, como ordenamiento jurídico sustantivo de asegurar una interpretación y aplicación uniforme de sus normas¹⁸. El ordenamiento es unitario desde la perspectiva del derecho comunitario, no necesariamente desde la del derecho interno, aunque ese es un problema más de la articulación del derecho comunitario y el derecho interno en su estado actual de integración¹⁹.

C) LA PRODUCCIÓN DEL DERECHO

De la misma forma que los jueces y tribunales no son los únicos órganos de interpretación y aplicación del derecho, pese a su posición central en el proceso, el Parlamento no es tampoco, pese a ocupar igualmente una posición central, el órgano con capacidad exclusiva de producción jurídica. En el Estado constitucional de derecho, la ley ha perdido su protagonismo de fuente del derecho casi única, porque otras se han interpuesto entre la ley, antes suprema, y la Constitución.

¹⁷ Naturalmente, la competencia estatal *ex* artículo 149.1. 8.º sobre «las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas [...] normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho» le permite al Estado establecer reglas hermenéuticas como las que actualmente se contemplan en el Código Civil. Además de esa competencia estatal, hay que tener en cuenta la consideración del Tribunal Supremo como «el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», sin perjuicio de la existencia de los tribunales superiores de justicia de las CC. AA. y de las competencias atribuidas a los mismos [*cfr.*, sobre el tema, LÓPEZ AGUILAR, J. F (1994). *Justicia y Estado autonómico*. Civitas (p. 106 y ss.); desde otra perspectiva, ÁLVAREZ CONDE, E. (1996). «El reparto de competencias en materia de Administración de Justicia: el estado de la cuestión», en *La división de poderes: el Poder Judicial*, de Antoni Monreal (ed.). Institut de Ciències Polítiques i Socials (p. 99-100). La unidad en que se asienta el poder judicial (en lo que se refiere a la función jurisdiccional), hacen posible una unidad fundamental en el nivel infraconstitucional.

¹⁸ *Cfr.* V. ABELLÁN y B. VILA, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹ *Cfr.* sobre este tema, (1997). La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en *El constitucionalismo en la crisis del estado social* por Miguel A. García Herrera (coord.). Universidad del País Vasco.

Paralelamente a ese fenómeno de pérdida de supremacía de la ley, se produce la proliferación de diferentes fuentes de producción de normas que, desde la segunda mitad de nuestro siglo, aumentan progresivamente su poder de influencia social. Se trata de instituciones, de alguna manera ligadas al Estado social²⁰, que evidencian la incompetencia del aparato del Estado para cubrir las necesidades normativas en ciertos sectores sociales productivos y la necesidad de los agentes sociales de tener marcos legales de referencia para reducir al mínimo su conflictividad social.

a) *La ley*

La interpretación de la ley en el Estado constitucional de derecho está sometida, necesariamente, no solo en el plano sustantivo, sino también en el hermenéutico, a los principios constitucionales. En nuestro sistema constitucional, ese sometimiento a la Constitución no impide que determinadas leyes sean al tiempo utilizadas como parámetro del control de la constitucionalidad de otras normas con rango de ley. Se trata de las leyes que integran el bloque de constitucionalidad²¹, que no solo pueden ser objeto de interpretación desde el punto de vista de su constitucionalidad (como el resto de las leyes), sino que, además, pueden ser utilizadas como criterio de interpretación de la constitucionalidad de otras leyes.

Esta peculiaridad que presentan las leyes que integran el bloque de constitucionalidad supone una ampliación objetiva del campo de la interpretación en el nivel constitucional: en efecto, la Constitución no es ahora el único texto que tendrá que ser interpretado para determinar si una norma legal es contraria o no a la Constitución. Ello implica que este tipo de normas deben ser, a su vez, sometidas a una interpretación más estricta desde el punto de vista de su constitucionalidad: el legislador del bloque de la constitucionalidad está especialmente vinculado a la Constitución a la que desarrolla en ámbitos que afectan a la producción jurídica²².

Se puede decir, por tanto, que la integración de determinadas leyes en el bloque de constitucionalidad no permite ningún tipo de equiparación entre las

²⁰ Asís Roig las conecta a una determinada concepción actual del pacto social. ASÍS ROIG, R. (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Marcial Pons (p. 49).

²¹ Cfr. Sobre el concepto de bloque de constitucionalidad, FAVOREU, L., y F. RUBIO LLORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*. Civitas (1991) y F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho*, t. II, p. 47 y ss.

²² Sobre la relación entre el bloque de constitucionalidad y las normas sobre la producción jurídica, cfr. F. BALAGUER, *Fuentes del Derecho*, t. II, p. 48-49.

normas legales y las constitucionales. Antes, al contrario, el legislador no puede siquiera vincular a una determinada interpretación de la Constitución, tal y como ha declarado el TC²³. Ciertamente más allá de esa incapacidad de vinculación no parece que pueda negarse al legislador la posibilidad de hacer explícitos los criterios interpretativos que utiliza, ineludiblemente, en su labor de desarrollo de la Constitución²⁴. El problema se plantea cuando el legislador pretende justamente vincular a otros órganos o entes en su propia interpretación de la Constitución. Y en ese sentido, el criterio según el cual las normas forman parte o no del bloque de constitucionalidad ha sido una de las situaciones en las que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una progresiva ampliación con el transcurso del tiempo²⁵.

Por otra parte, la subordinación de la ley a la Constitución en un Estado compuesto, como es el nuestro, provoca una alteración en la concepción tradicional del sometimiento del juez a la ley. Esta alteración se potencia debido al proceso de integración en Europa, dado que el juez español es también juez europeo.

²³ El Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de las leyes interpretativas, en el recurso previo de inconstitucionalidad en la STC 76/1983, de 5 de agosto. «El legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos». [FJ n. 4 de la sentencia, aptdo. c.)] El recurso basaba la inconstitucionalidad en el carácter orgánico y armonizador de la ley, que eran contrarios a la Constitución, por tomar el Parlamento atribuciones del poder constituyente. «Es evidente que cuando el legislador estatal dicta una norma básica, dentro del ámbito de sus competencias, está interpretando lo que debe entenderse por básico en el correspondiente caso concreto, pero no cabe confundir esta labor interpretativa del legislador con la producción de normas meramente interpretativas que fijan el contenido de los términos de la Constitución con carácter general, cerrando el paso a cualquier otra interpretación; en este caso el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional». (FJ 7).

²⁴ Muñoz Machado critica de forma muy consistente la Sentencia 76/1983, acerca de la inconstitucionalidad de las leyes interpretativas. De ser así, dice este autor, también han de ser inconstitucionales las normas de interpretación de rango inferior. MUÑOZ MACHADO, S. (1986). *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*. Civitas (p. 164). Con ello, dice Muñoz Machado, el TC recaba para sí la función del poder constituyente. Para él caben las leyes de interpretación de la Constitución, lo que ocurre es que no se trata de una interpretación auténtica porque no la da el poder constituyente, de tal manera que «una ley meramente interpretativa de la Constitución no es inconstitucional; sus interpretaciones, sin embargo, no vinculan a los demás poderes públicos», sirviendo solo como criterio de orientación en la actividad interpretativa del operador jurídico. La utilidad que puede tener una norma interpretativa de carácter no vinculante en los poderes públicos es la de «establecer criterios de actuación y decisión en la aplicación de los preceptos constitucionales y legales». *Cfr.* p. 167-176.

²⁵ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2006). *Redefinir el bloque de a constitucionalidad*. Estudios de Deusto (p. 2). La evolución del bloque de constitucionalidad con los años se ha ampliado considerablemente. Y aunque coincide con Requejo en que en realidad el parámetro de constitucionalidad es sobre todo la propia constitución, la construcción jurisprudencial del tribunal ha determinado como bloque los estatutos de autonomía de las CC. AA. las leyes derivadas de la aplicación del artículo 150.2 CE, las de reparto competencial, algunas leyes orgánicas y lo que se pueden denominar normas-parámetro, en la medida en que constituyen en la práctica una condición de validez de otras leyes (p. 85 y ss.).

b) *La costumbre*

La costumbre es derecho no escrito y, por tanto, no formalizado por medio de textos normativos²⁶. Esto supone que, frente al derecho escrito, en la costumbre no nos encontramos con textos que tengan que ser interpretados para extraer de ellos normas, sino (como en algunos principios) con normas sin disposición, normas sin texto que, además, por su grado de precisión (a diferencia de los principios) pueden ofrecer poco margen para la interpretación. Mientras en la interpretación del derecho escrito la actividad interpretativa recae sobre un texto y puede dar lugar a muchas variantes, en el derecho no escrito, al no existir texto, la actividad interpretativa puede llegar a ser casi inexistente en cuanto a la norma consuetudinaria.

No ocurre lo mismo en lo que se refiere al proceso de aplicación de la costumbre, donde la actividad interpretativa puede tener un margen más amplio que en los textos legales. Especialmente relevante en lo que se refiere a la prueba de la costumbre en sus diversos elementos. Así pues, a diferencia de la ley, en la costumbre, el esfuerzo interpretativo del juez va dirigido más a constatar la existencia de la norma que a determinar su sentido. Mientras en el derecho escrito la actividad interpretativa recae de forma ineludible sobre el texto, pudiendo dar lugar a varias posibilidades, todas ellas en principio correctas, en el derecho no escrito, la actividad del juez va dirigida a determinar si la norma existe y si es o no aplicable.

c) *Las lagunas*

La obligación del juez de decidir en todo caso conlleva la necesaria plenitud del sistema²⁷. El hecho de que el sistema se defina como cerrado, no

²⁶ La regulación de la costumbre como fuente del derecho viene recogida en el artículo 1.3 del Código Civil que le atribuye un carácter claramente subsidiario respecto de la ley. El artículo 1.3 del Código Civil establece que «la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada». Este carácter de norma secundaria o subsidiaria cede cuando es la propia ley la que otorga a la costumbre carácter preferente, o cuando se invoca expresamente en el mismo Código Civil, en relación con algunos derechos. También en el Código de Comercio, que atribuye a los usos mayor importancia.

²⁷ Para Ezquiaga, «una laguna existe cuando falta en un ordenamiento dado una regla a la que el juez pueda referirse para resolver un conflicto que tiene planteado». Tiene tres notas características, la primera es que solo se puede comprender la existencia de lagunas cuando se parte de la idea de un ordenamiento jurídico completo. La segunda que se trata precisamente de una deficiencia del sistema, y la tercera, que el juez debe integrar esa laguna, acudiendo a los elementos que proporciona el propio sistema jurídico. (EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia...*, p. 37). Para Mendonca, las lagunas consisten en la ausencia de regulación de un supuesto. Distingue entre lagunas normativas y las axiológicas según

significa que efectivamente lo sea, solo quiere decir que cree serlo. Por esta razón, las lagunas, en cuanto ausencia de normas para decidir, se conceptúan en nuestro sistema como posibilidades, siempre alternativas, de poder utilizar normas supletorias, normas no expresamente previstas para estas situaciones, pero que pueden adaptarse por razones varias²⁸. De este modo se puede mantener la ficción del ordenamiento completo. No exactamente porque el ordenamiento sea completo, sino porque es completable²⁹. La idea de plenitud del ordenamiento y la de las lagunas surgen al mismo tiempo, paradójicamente, con la codificación, ya que, hasta entonces, el juez resolvía según todo el derecho, no solo conforme al derecho positivo³⁰. Justamente la pretensión de que el derecho positivo pudiera ofrecer respuesta a todas las cuestiones que requerían una solución jurídica es lo que plantea el problema de las lagunas en el derecho, al que se ofrecieron diversas respuestas orientadas a debatir la existencia de lagunas o a suplirlas para garantizar la plenitud del ordenamiento.

La determinación de la existencia de este tipo de vacíos normativos es el resultado de una labor de interpretación por el aplicador del derecho, que deberá establecer cuándo esos vacíos responden realmente a una deficiencia del ordenamiento que deba ser resuelta mediante las técnicas de integración previstas para ello. La apreciación de los motivos por los que la laguna sea considerada como tal, así como la opción por los instrumentos de integración, corresponde al aplicador del derecho. Su capacidad de incidir sobre el ordenamiento en estos supuestos se incrementa respecto del patrón general de su actividad. De ahí la trascendencia que adquiere en este ámbito la previsión de reglas hermenéuticas claras que sirvan de instrumento de control de la actividad interpretativa³¹.

estemos en ausencia de una norma, o ante una regulación insatisfactoria. También entre lagunas de conocimiento, «cuando por falta de información de hecho, no sea posible determinar si un caso pertenece (o no) a una clase determinada de caso genérico en la cual debe ser subsumido para su resolución» y las lagunas de reconocimiento, que «suponen que, por indeterminación semántica del enunciado que caracteriza a un caso genérico, no resulta posible determinar si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión». MENDONCA, D. (1992). *Introducción al análisis normativo*. CEC (p. 107).

²⁸ V. Iturralde llama la atención acerca de cómo en otros momentos históricos el *référé législatif* permitía a los jueces dirigirse al poder legislativo en casos de oscuridad o lagunas de la ley, para requerir una interpretación de alguna norma. *Sistema legal y lenguaje jurídico...*, p. 182.

²⁹ BALAGUER, F. (1991). «La integración del derecho autonómico y la aplicación supletoria del derecho estatal». *RAP* (p. 105).

³⁰ Ch. PERELMAN, *Lógica jurídica y nueva retórica...*, p. 66.

³¹ No todas las teorías del derecho admiten las lagunas. Los positivistas en general aceptan las lagunas en la ley, pero no en el derecho como sistema jurídico global, que tiene que ser completo. Para Laband puede existir una laguna en la ley de la Constitución, pero no en la Constitución entendida como sistema jurídico. Ver RODRÍGUEZ BEREJO, A. (1977). Estudio preliminar al *Derecho presupuestario*, de P. Laband. IEF. En el conflicto prusiano entre el Gobierno y el Parlamento por el que este se negaba a aprobar al ejecutivo el presupuesto estatal, el artículo 99 de la Constitución prusiana nada preveía en el caso de desautorización

d) *La analogía*

La analogía es una de las técnicas a través de las cuales el ordenamiento permite al aplicador del derecho integrar las lagunas que haya detectado³². El recurso a este instrumento depende, obviamente, de la concepción previa del ordenamiento como un sistema jurídico completo³³.

La función de la analogía es la de autointegración del orden jurídico en relación con la eliminación de las inevitables lagunas que presenta la disciplina legislativa o consuetudinaria³⁴. En nuestro ordenamiento, la analogía se contempla en el Código Civil³⁵ siendo una técnica común al ordenamiento jurídico³⁶, salvo las excepciones contempladas en las disciplinas particulares³⁷. La función de la analogía a medias entre la función aplicativa e interpre-

de la Cámara. Laband entiende que no por ello hay una laguna en la Constitución del Estado. «No puede confundirse una laguna en la Ley constitucional, con una laguna en la constitución del Estado. Esto último es un concepto imposible: las leyes pueden ser incompletas, pero el ordenamiento jurídico, como el orden de la naturaleza, no puede tener una laguna» (*Ib.*, p. 119). H. Heller admite la existencia de las lagunas, porque toda obra humana es imperfecta. (H. HELLER, *Teoría del Estado*, p. 286). Y aún más en el derecho constitucional donde «al lado de las lagunas de carácter lógico y de valoración, son conocidas también de todas las otras zonas de lo jurídico, las lagunas jurídicas absolutas» (p. 287).

³² Gény define la analogía como la inducción «de una solución para una determinada situación de hecho, de una semejanza fundamental entre esta situación y la que la ley ha regulado». (F. GÉNY, *op. cit.*, p. 297). Bobbio entiende la analogía como «aquella operación realizada por los intérpretes del derecho (juristas y jueces en particular) mediante la cual se atribuye a un caso o a una materia que no encuentra una reglamentación expresa en el ordenamiento jurídico, la misma disciplina prevista por el legislador para un caso o una materia semejantes». BOBBIO, N. (1966). «Principi generali di diritto». *Novissimo Digesto Italiano*, UTET (p. 602). M. Atienza considera a la analogía como «un procedimiento argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un determinado caso, a otro caso distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que se asemeja al primero en cuanto que comparte con aquel, ciertas características esenciales, o bien —para emplear la expresión clásica recogida por el Código Civil español— la misma razón». ATIENZA, M. (1986). *Sobre la analogía en el Derecho*. Civitas (p. 29). El uso de la analogía implica creación del derecho, pero la fuente en sí no es la analogía, sino la norma que se crea por el procedimiento de la analogía (p. 183).

³³ Así, M. J. Falcón indica cómo el derecho romano no da excesiva importancia a la analogía, porque no concibe un sistema jurídico cerrado, por lo que no necesita esas cláusulas de cierre. M. J. FALCÓN Y TELLA, *op. cit.*, p. 31.

³⁴ BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 156.

³⁵ El artículo 4 del Código Civil establece que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Respecto de los principios generales del derecho en relación con la *analogia iuris*, v. infra, M. J. FALCÓN Y TELLA, *op. cit.*, p. 136. También VECCHIO, G. DEL (1979). *Los principios generales del Derecho*. Bosch (p. 51 y ss.).

³⁶ La jurisprudencia ha exigido para aplicar la analogía «que la ley adolezca de oscuridad o insuficiencia» (St. del TS de 12-6-90, *La ley*, 1990, 3. 400; St. del TS de 15-1-85, A. 47, y St. del TS de 28-10-94). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la analogía y lo ha hecho, a juicio de algunos autores, de forma restrictiva, señaladamente en la sentencia 36/1982 acerca del derecho de reunión y manifestación. (F. J. EZQUIAGA, *La argumentación en la...*, p. 52 y ss.).

³⁷ Así, el pf. 2 del artículo 4 del Código Civil dice que «las leyes penales, las excepcionales, y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

tativa del derecho, algunos autores distinguen entre interpretación o aplicación analógicas, pero no es demasiado trascendente la diferencia entre estos conceptos y otros similares si entendemos la analogía desde la idea de complitud del ordenamiento. Igual en la distinción de Atienza sobre analogía como fuente o como mecanismo que permite la fuente. En definitiva, lo importante de la analogía es la función de integración del ordenamiento porque permite cubrir una laguna³⁸.

Los requisitos para que se pueda aplicar la analogía en el derecho exigen que haya una laguna legal entre una norma general inclusiva que prevé la analogía y la teoría de la norma general inclusiva. Si se produce una colisión entre ambos principios ha de resolverse teniendo en cuenta que pudiera haber una convivencia pacífica de ambas normas porque tengan supuestos de aplicación distintos. Pero si ambos criterios pudieran ser aplicables, entonces la teoría general cedería ante la especificidad.

Sin embargo, si es imprescindible que haya laguna legal para aplicar la analogía, esta exigencia no rige en el sistema anglosajón de la aplicación judicial del derecho, sino solamente en el sistema continental donde rige el principio de legalidad. En el anglosajón el *judicial case* se permite en contadas ocasiones, pero en los sistemas del de *common law* la analogía es una verdadera fuente del derecho.

Una razonable exigencia para la aplicación de las lagunas será la de que exista identidad de razón, que implica un margen de imprecisión sobre la *ratio*, semejanza de casos, *ratio legis*, que puede significar la finalidad de la ley o su fundamento, principios y otros condicionantes como el objeto de la ley, o cuáles son los intereses jurídicamente protegidos. Todo esto pone de manifiesto la necesidad de construir esta figura jurídica desde la complejidad que el derecho muestra en sistemas ordinamentales complejos o multinivel³⁹.

Sus diferencias con la interpretación extensiva vienen determinadas por la ausencia de una norma aplicable al caso. En la interpretación extensiva se presupone la existencia de una norma, mientras que la función que cumple la analogía es sustitutoria, y también respecto del ámbito, porque la analogía no contiene la normatividad que tiene la interpretación extensiva, que gira sobre una norma preexistente. La doctrina distingue también entre el criterio de prioridad de la norma sobre la analogía porque esta solo opera en su defecto.

Finalmente, cabe también distinguir entre analogía *legis* y *iuris*, según el grado de generalización de la norma a que se acoja.

³⁸ M. J. FALCÓN Y TELLA, *op. cit.*, p. 56.

³⁹ *Ib.*, p. 86.

La idea de que la analogía afecta a la seguridad jurídica también ha sido considerada por la doctrina seguramente en una comprensión de esta figura que no tiene en cuenta que la analogía en modo alguno es una categoría arbitraria, sino que tiene que ser construida y justificada en el acto de la interpretación normativa desde unas categorías dogmáticas tan precisas como cualquier otra fuente del derecho.

e) *Omisiones legislativas*

La discriminación también la puede generar la privación de derechos de un colectivo respecto de la norma general, o la regulación de derechos para ese grupo, cuando otros no se ven contemplados en la norma. Las omisiones legislativas se relacionan de esta forma con el derecho de igualdad. Serán inconstitucionales aquellas omisiones del legislador que dejen fuera de cobertura de la norma, sin justificación, a aquellas personas o grupos que, cumpliendo los requisitos exigidos, no se beneficien de ese derecho, por la sola y arbitraria exclusión legal. La igualdad constituye un límite al legislador, como cualquier otro derecho fundamental en su contenido esencial⁴⁰, y es lesionada como derecho por un legislador que reduce la cobertura de la norma a un colectivo con omisión de ese carácter general que debe contener. En línea de principio, al legislador compete hacer las leyes y, además, decidir cuándo las hace⁴¹.

Sin embargo, la falta de regulación puede producir consecuencias para el derecho de igualdad, bien porque una regulación preconstitucional haya generado una discriminación legislativa, o bien porque la propia situación de hecho esté exigiendo de los poderes públicos la regulación o actuación no discriminatoria. Constituye, por tanto, el incumplimiento de una obligación de hacer que no tiene plazo.

El objeto de control de las omisiones legislativas lo constituye la ausencia de la norma y su repercusión en el derecho de igualdad, no la mera desregulación de un sector del ordenamiento. Ni siquiera la omisión a un colectivo o grupo, porque esta omisión puede estar plenamente justificada, siempre que

⁴⁰ Un estudio de la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en Alemania respecto de los requerimientos de la igualdad como límite al legislador, en VILLACORTA, L. (2005). «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 130 (octubre-noviembre) (p. 35-75).

⁴¹ AHUMADA RUIZ, M. A. (1991). «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8 (p. 169).

resista el análisis de racionalidad y proporcionalidad que es exigible en la aplicación de la igualdad⁴².

e.1) Omisiones legislativas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En un modelo de justicia constitucional en el que la relación entre el legislador y el Tribunal se establece teóricamente por el control negativo de la constitucionalidad de las normas, las omisiones legislativas no deberían tener cabida. Sin embargo, es sabido que el Estado social demanda una superación de ese inicial marco teórico en el que se desenvuelve la justicia constitucional, en la medida en que el Tribunal tiene también como función la del cumplimiento de los fines del Estado social. De ahí el papel reparador del Tribunal en la inconstitucionalidad por omisión⁴³.

A estos efectos, el TC ha intentado distinguir entre la inconstitucionalidad por omisión y algunas técnicas posibles de subsanación en la aplicación de las normas, como la analogía, las lagunas jurídicas, u otras técnicas de integración de las lagunas jurídicas. No siempre puede subsanarse una laguna con la aplicación analógica de un precepto, sino que debe ser de aplicación ese precepto a ese supuesto; en caso contrario, el intérprete se excede de sus capacidades interpretativas, aplicando preceptos que no son pertinentes al caso⁴⁴.

La aplicación analógica ha sido considerada por el TC en relación con el artículo 25.1 CE⁴⁵, con el 9.3, con el 14 y con el principio de tipicidad del derecho penal⁴⁶.

⁴² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, derecho comparado, el caso español*. Civitas.

⁴³ González Beilfuss denomina «binario» a este sistema, que es superado por un papel activo del TC. GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2003). *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. CEPC (p. 15).

⁴⁴ Este es el caso que se solventa en las SSTC 226 y 227/2004 que conoce del acto de la Mesa del Parlamento de Galicia en el que se aplicó por analogía una norma excediéndose de sus posibilidades interpretativas. Constituida una comisión de investigación, la Mesa decidió disolverla sin atender a las causas taxativas del artículo 50 del Reglamento de la Cámara. El Tribunal estimará el amparo por la lesión al artículo 23.2 CE al no apreciar «identidad de razón» entre este supuesto y los analizados por la Mesa. El voto particular disientirá de las posibilidades interpretativas de la Mesa y del alcance de la capacidad del Parlamento para adoptar soluciones en relación con las normas procedimentales del reglamento de la Cámara. En otras situaciones, como en la STC 103/1990, considera el Tribunal que el juez ordinario debe apurar las posibilidades interpretativas que ofrece la analogía.

⁴⁵ La reconducción de los límites de la analogía al 25.1 CE implica la afirmación de la tipicidad como principio de raíz constitucional. Ver STC 232/1997, y STC 233/1999, por las que impide la aplicación analógica de delitos reconocidos en el CP de 1973 una vez vigente el de 1995.

⁴⁶ Cfr. STC 123/2001, en relación con la analogía en el derecho penal. La afirmación de que no está permitida la analogía en perjuicio del reo obliga al juzgador a aplicarla muy restrictivamente. El Tribunal afirma que no procede la analogía cuándo «dicha aplicación carezca de tal modo de razonamiento que

Pese a la exigente plenitud del ordenamiento, que no debería generar vacíos normativos, la realidad social impone que no todas las situaciones supuestas encuentren normas directamente aplicables a cada supuesto de hecho, lo que obliga a acudir a criterios analógicos para solventar la necesaria aplicación normativa. En tal caso, el artículo 4.1 CC establece en su pf. 1 que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre las que se aprecie identidad de razón». Esa posibilidad queda cerrada al derecho penal por el pf. 2, que considera que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos distintos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Finalmente, el pf. 3 concede al Código Civil la supletoriedad en «las materias reguladas por otras leyes».

Sin embargo, las omisiones legislativas se diferencian de las lagunas en que mientras que las lagunas son involuntarias, las omisiones legislativas no necesariamente lo son⁴⁷. Y a los efectos de constatar una lesión de los derechos fundamentales, la analogía no deja de ser una cuestión de legalidad ordinaria si se proyecta sobre el derecho de igualdad y es susceptible de producir una discriminación⁴⁸.

Por ello, si el juez, con ocasión de una aplicación normativa, no encuentra ley aplicable, debe plantearse las dos operaciones; en primer lugar, la analogía, y si esta no permite la adecuada resolución, considerar que está ante una omisión legislativa, que puede tener o no repercusión constitucional, en función del derecho lesionado y sus consecuencias. En tal caso, entiende el Tribunal que el juez puede directamente aplicar la Constitución y así extender la

resulte imprevisible para sus destinatarios sea por el apartamiento literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes, en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de aceptación por la comunidad jurídica». La comprobación de todas estas exigencias debe hacerse en la propia motivación de la resolución judicial. (Fj 11). Esta jurisprudencia se apunta ya anteriormente en la STC 133/1987, donde se alude además a la necesidad de una interpretación restrictiva de la analogía, al admitir la compatibilidad entre el 25.1 y las normas sancionadoras de cláusulas normativas abiertas que «sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela desde la perspectiva constitucional y le sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos». (FJ. 3).

⁴⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J. (1992). «Analogía “secundum constitutionem”». *RCEC*, n.º 13.

⁴⁸ *Cfr.* STC 148/1988 sobre el artículo 240.2 LOPJ. Por la jurisdicción ordinaria se había aplicado la analogía y el TC consideró no haber lugar a esa aplicación. Más tarde, en la STC 103/1990 el propio Tribunal aplicó la analogía de un precepto del Estatuto de los Trabajadores a un jefe de máquinas de un buque. Anteriormente, en la STC 109/1988 también consideró no haber lugar a la aplicación analógica de un precepto en materia de Seguridad Social. En igual sentido, las SSTC 79/1991, 92/1991, y 59/1992. En la STC 209/1988, de amparo y en la posterior autocuestión, STC 45/1989, se muestra incompetente para valorar la analogía efectuada por los tribunales ordinarios, al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria. En otras, las SSTC 148/1988, 253/1988, 103/1990 y 167/1991, valora esa aplicación por revestir algún aspecto material de constitucionalidad.

norma a supuestos inicialmente no previstos, o plantear la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁹. Esta línea doctrinal se inicia con la STC 15/1982 sobre objeción de conciencia. La dilación del legislador en el cumplimiento del deber que la Constitución le impone no puede lesionar un derecho reconocido en ella⁵⁰. En la misma línea, la ausencia de una normativa postconstitucional restringe importantes derechos relacionados con el derecho de reunión. (STC 36/1982 que deroga requisitos de la ley preconstitucional establecía para el ejercicio del derecho de reunión la exigencia de autorización gubernativa. El Tribunal cambia la autorización por una mera comunicación)⁵¹.

De ahí las precauciones del Tribunal en este tipo de sentencias. Se ha considerado que esa inconstitucionalidad por omisión se produce cuando el legislador viene obligado por un mandato constitucional y no legisla, si bien los contenidos de una ley son de libre configuración del legislador, estos deben estar naturalmente dentro de los límites constitucionales⁵², entre los que se encuentran las discriminaciones contrarias a la igualdad⁵³. En estas situaciones de omisión de personas o colectivos en el ámbito de aplicación de una ley, la inconstitucionalidad de esa ley no lleva a su nulidad, sino a la extensión de la cobertura legislativa a quienes no estaban en ella⁵⁴. Sin embargo, la deficiente construcción de las normas que regulan los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los arts. 38 al 40, ambos inclusive, de la LO 2/1979 de 2 de octubre del Tribunal Constitucional, impide que muchas veces sus resoluciones puedan tener los efectos que la situación demanda. La

⁴⁹ Sobre la aplicación directa por parte del juez ordinario, *cfr.* STC 74/1987, sobre la utilización de la lengua en términos inteligibles. En las STC 253/1988 sobre sistema SOVI y su extensión a los viudos, y en la STC 111/1984, el Tribunal realiza una extensión al artículo 676 del Código de Justicia Militar, del acceso al Tribunal Supremo en casación para la acción declinatoria que solamente estaba prevista en vía civil. Y para ello recurre a la aplicación del artículo 24.2 CE que garantiza el derecho de acceso a la jurisdicción.

⁵⁰ M. A. Ahumada considera un grupo particular de omisiones legislativas, las que consisten en la inconstitucionalidad parcial de una norma que vulnera el principio de igualdad. (*op. cit.*, p. 187).

⁵¹ En la STC 109/1988, el TC se plantea la analogía como una forma de posible restablecimiento del derecho de igualdad.

⁵² Ligeramente distinto es el supuesto de regulación de una materia fuera de la ley a que está obligado el legislador por haberlo dispuesto así la Constitución. (STC 72/1984 sobre el sistema de incompatibilidades de los Senadores y Diputados).

⁵³ En esta Sentencia 24/1982, justamente, el TC deja sin analizar las consecuencias que se han producido por regular las prestaciones religiosas católicas y no las de las otras religiones, sin entrar en consideraciones sobre las consecuencias de esa omisión de contenidos generales respecto de los servicios religiosos. Sin embargo, basta comparar la situación que genera la aplicación de la ley para dar cuenta de cómo un recurso de amparo posterior, de haberse producido, tendría necesariamente que haber entrado a extender el derecho de culto de grupos que no fueran militantes de la Iglesia católica.

⁵⁴ En realidad, no son normas inconstitucionales en sí mismas, sino que su inconstitucionalidad viene de la discriminación u omisión de algunos colectivos. GONZÁLEZ BELFUSS, *Tribunal Constitucional y reparación...*, p. 35.

limitación del pronunciamiento y de sus efectos, mantiene un binomio inconstitucionalidad-nulidad relativamente inoperante en algunas de las resoluciones del TC. Falta de operatividad inmediata que llega a su máxima expresión en las sentencias de «plazo razonable», llamada de atención con la que se amenaza declarar la nulidad de los preceptos, pero no llega a formalizarla⁵⁵. Las sentencias dictadas en los procesos de inconstitucionalidad por omisión tendrían que considerar si se ha producido discriminación y en tal caso decidir si se expulsan del ordenamiento esas normas contrarias o también se tiene que anular el enunciado⁵⁶. La situación en que queda la norma sobre la que pesa una amenaza de nulidad, con un pronunciamiento de inconstitucionalidad, pero con vigencia jurídica, debe impeler al legislador a actuar de forma inminente⁵⁷.

e.2) Relación entre las omisiones legislativas y el derecho de igualdad

No toda inconstitucionalidad por omisión es contraria al derecho de igualdad, sino solamente las omisiones legislativas parciales, o sea, la regulación legal que no comprende a colectivos que pueden resultar discriminados. En estos supuestos, la inconstitucionalidad deriva de su ámbito de aplicación. La labor de interpretación consiste en un análisis del contenido de la norma, en la determinación de su significado y en analizar si es o no aplicable al solicitante del derecho, y si debiese serlo. De ahí la importante relación que cabe establecer entre la analogía y las omisiones legislativas. Muchas veces el intérprete puede hacer sin más una extensión de la norma, considerando que la omisión respecto de ese supuesto puede salvarse mediante mecanismos jurídicos de integración⁵⁸.

El análisis de estos supuestos es tanto más complicado cuanto que exige indagar acerca de la racionalidad de estas exclusiones. Es posible que esta reducción obedezca a una desigualdad compensatoria querida intencionalmente por el legislador en cuyo caso el TC tiene que pronunciarse sobre la proporcionalidad y adecuación de estas medidas. Además, es importante la valoración

⁵⁵ Con ocasión de las pruebas de la mujer en el ejército del aire (STC 216/1991), en la STC 31/1994, sobre el desarrollo legal de la TV local por cable, y en la STC 96/1996, sobre disciplina e intervención de entidades crediticias.

⁵⁶ I. Villaverde las llama «sentencias parcialmente desestimatorias genéricas», de manera que permitan al legislador regular en un futuro esa situación. VILLVERDE, I. (1996). «Inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos», en *Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 8 (p. 149).

⁵⁷ VILLVERDE, I. (1997). *La inconstitucionalidad por omisión*. McGraw-Hill (p. 127).

⁵⁸ Ver en este sentido la STC 37/1986, que no regula indemnización al trabajador en los supuestos de muerte o jubilación del empresario.

del impacto económico que implica la extensión a colectivos no integrados en la ley y que la sentencia comprende. De ahí la consideración de que las omisiones legislativas no solamente son inconstitucionales cuando no se produce formalmente la ley, sino cuando producen una situación contraria a la Constitución. Son omisiones legislativas impropias en la medida en que la omisión consiste en la exclusión del beneficio a un colectivo⁵⁹.

La igualdad se relaciona con las omisiones legislativas parciales porque es de esa omisión de la que deriva una discriminación. Para encontrar el punto de coincidencia entre omisión legislativa y derecho de igualdad, es necesario situar las omisiones en ese espacio en el que el legislador no cumple el mandato constitucional de desarrollar un derecho⁶⁰.

En realidad, no siempre la inconstitucionalidad por omisión responde a una omisión legislativa. De hecho, son frecuentes las sentencias que resuelven acerca de la discriminación y, sin embargo, hay una ley reguladora del derecho. Puede ocurrir que esta sea preconstitucional o que, aun siendo postconstitucional, no abarque a todos los sujetos que estén en condiciones de exigir ese derecho, y esa omisión de colectivos sea precisamente la causa de la discriminación⁶¹. Por ello el alcance de las resoluciones del Tribunal Constitucional está en función de la necesidad de reparación de la discriminación⁶².

El juicio de oportunidad es siempre político y pertenece al legislador⁶³. En este sentido, las omisiones legislativas presentan una mayor complejidad en un Estado compuesto en el que la inactividad del legislador no se relaciona necesariamente con una falta de regulación, sino que puede tener como razón

⁵⁹ La tajante afirmación de J. Pérez Royo que «la inconstitucionalidad por omisión no existe», deviene de que considera que los mandatos de la Constitución al legislador no contienen un límite temporal, lo que libera a este de la obligación de desarrollar por ley y lo supedita a una oportunidad política, como tal incontrolable por el TC. El autor solamente admite la inconstitucionalidad por omisión derivada de una actividad «incompleta», del legislador, pero con ocasión de una ley que no recoge todas las materias, o no abarca a todos los sujetos. Así que no haría referencia a una inactividad o silencio, sino a una actividad incompleta. «Inconstitucionalidad por omisión». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas (p. 3501).

⁶⁰ Otros autores consideran diferentes posibilidades de omisión legislativa, como J. J. Fernández, que distingue tres conceptos, omisión legislativa simple, omisión de formación y lagunas. (*op. cit.*, p. 92).

⁶¹ Para Javier Jiménez Campo, la omisión legislativa existe cuándo es necesaria la protección *extra legem*. De no ampararse judicialmente el derecho, la pasividad legislativa convertiría un mandato al legislador incumplido en una prohibición *ex silentio* dirigida a los titulares del derecho. Esa solución, según el autor, vale para los derechos de libertad, no para los de prestación que el juez no puede soslayar. (*Derechos fundamentales. Concepto...*, p. 60-61).

⁶² *Ib.*, p. 59. Compara Jiménez Campo las SSTC 15/1982, 31/1994, y 254/1993. En las dos primeras, el Tribunal anuló los actos impeditivos del ejercicio del derecho. En la tercera, además de la mera anulación de los actos, estimó el derecho a que se comunicara al recurrente la información solicitada. De este modo, a las dos primeras da un alcance negativo y a la última, positivo.

⁶³ *Ib.*, p. 44.

de ser la voluntad misma de la desregulación⁶⁴. Pero esa oportunidad política cesa cuando se produce una situación contraria a la Constitución. Otra cosa es la omisión dentro de la ley. Y dentro de esta, la posibilidad de que se consideren las normas que, dentro del texto, permitan la lectura constitucionalmente adecuada, expulsando del ordenamiento las que no lo fueran.

La diferenciación común entre analogía e interpretación extensiva⁶⁵ nos indica ya que a la primera se le reconoce generalmente una potencialidad creadora⁶⁶ que tradicionalmente le suele ser negada a la interpretación. En efecto, la interpretación extensiva, se dice, no crea normas nuevas, sino que se limita a extender el contenido de las ya existentes a supuestos no previstos en las mismas⁶⁷. Esta distinción resulta hoy cuestionable, pues lo cierto es que tanto en un caso como en el otro se aporta algo nuevo al precepto legal que va más allá de su mera aplicación textual.

3. La interpretación en el derecho positivo

A) LAS REGLAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO

La incorporación de reglas sobre la interpretación del derecho a las normas legales supone un reconocimiento claro de la trascendencia que tiene la interpretación en el proceso de aplicación del derecho. En efecto, si no existiera esa vinculación del intérprete, los resultados podrían ser totalmente divergentes, dependiendo de los criterios seguidos por cada órgano de aplicación. Esto explica la proliferación de normas interpretativas que se han incorporado al derecho positivo.

La función de estas normas que regulan la interpretación del derecho es la de colaborar con la actividad del juez para fijar el sentido de las normas conteni-

⁶⁴ Sobre las consecuencias de la inactividad del legislador autonómico, GÓMEZ PUENTE, M. (1997). *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. McGraw-Hill (p. 127 y ss.). Las SSTC 147/1991, 118/1986 y 61/1997, que determinan definitivamente el cambio de orientación en el concepto de supletoriedad respecto de los primeros criterios de la STC 5/1981, permiten concluir que, de la inactividad del legislador autonómico no se desprende la supletoriedad del Estado, y habrá que valorar si esa inactividad produce o no lesiones de derechos fundamentales, en el bien entendido de que las competencias legislativas de las CC. AA. en relación con estas materias son limitadas.

⁶⁵ Para Legaz Lacambra, la distinción es trascendental, porque algunas disciplinas, como el derecho penal, no admiten la analogía, pero sí la interpretación extensiva. LEGAZ LACAMBRA, L. (1979). *Filosofía del derecho*. Bosch (p. 537).

⁶⁶ Así, para Carnelutti la interpretación extensiva es el último escalón que separa la interpretación de la analogía, esto es, la función interpretativa de la función creadora. CARNELUTTI, F. (1941). «Teoría general del Derecho». *Revista de Derecho Privado* (p. 117).

⁶⁷ Cfr. N. BOBBIO, «Principi generali di diritto», p. 605.

das en la ley. Los criterios de interpretación se encuentran en todo tipo de normas. La propia Constitución establece ya algunas normas interpretativas, como el artículo 10.2, que ordena un criterio interpretativo al que necesariamente habrán de sujetarse los poderes públicos, en materia de derechos y libertades. De la misma forma ocurre en todos los órdenes jurisdiccionales, que consideran importante clarificar los conceptos jurídicos en los que debe moverse la interpretación de ciertas figuras o institutos jurídicos⁶⁸. En ocasiones, el legislador quiere delimitar el contenido de la norma⁶⁹, con lo que no estamos estrictamente ante reglas hermenéuticas, sino ante normas sustanciales que completan a otras normas. Otras veces se define incluso el concepto, precisándose de ese modo a la norma reduciendo o eliminando cualquier margen de discrecionalidad⁷⁰.

Más allá de las reglas establecidas en las disciplinas particulares, ha sido tradicionalmente el derecho civil, y específicamente el Código Civil, el encargado de establecer las reglas de interpretación comunes al ordenamiento. Normas que tienen carácter supletorio allí donde sea procedente en tal condición su aplicación. Esa labor de ordenación hermenéutica está siendo ocupada cada vez más por la jurisdicción y específicamente por el Tribunal Constitucional que, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, tiene a su cargo determinar la validez de las normas sobre la interpretación jurídica. Este fenómeno no es extraño si tenemos en cuenta que las dificultades de interpretación, que exigen la existencia de este tipo de reglas hermenéuticas, se plantean como problemas en el proceso de aplicación del derecho, conduciendo generalmente a un pronunciamiento jurisdiccional.

B) LAS EXPOSICIONES DE MOTIVOS Y LOS PREÁMBULOS COMO CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Otro problema que presenta peculiaridades en el orden interpretativo son los trabajos previos a la publicación de las leyes, las exposiciones de motivos

⁶⁸ Así, a veces, el legislador se ve obligado a aclarar un criterio interpretativo a seguir, como el artículo 8 del Código Penal vigente cuando establece los hechos susceptibles de ser calificados conforme a dos o más preceptos. El precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente la subsidiariedad, ya sea esta tácitamente deducible.

⁶⁹ En estos casos, el legislador acota un campo semántico, evitando que se pueda producir una interpretación distinta de la que impone el texto. Así, define lo que es la apología y autoridad a los efectos del Código Penal. El artículo 239 explicita lo que se consideran llaves falsas: las ganzúas, las pérdidas por su dueño, las tarjetas o los mandos a distancia. El artículo 371, sobre sustancias estupefacientes, remite a los cuadros clasificatorios de las Naciones Unidas.

⁷⁰ El artículo 449 del Código Penal define el retardo malicioso, como el que se hace para obtener finalidad ilegítima.

y preámbulos, y el valor normativo que pueden contener o no para vincular a una determinada interpretación⁷¹. La exposición de motivos constituye una exigencia del artículo 88 de la Constitución⁷². Y los preámbulos vienen a su vez exigidos por el Reglamento del Congreso, para los textos legales aprobados por las Cortes⁷³. Acerca del valor normativo de los preámbulos, la doctrina parece decantarse por su valor interpretativo, lo que, si bien ciertamente no confiere una normatividad directa⁷⁴, tampoco se puede decir que carezca totalmente de importancia en la interpretación de las normas, porque pueden aportar criterios que orienten la decisión judicial.

II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1. Concepto

El concepto de principios generales del derecho se elabora en el derecho italiano, apareciendo por primera vez reconocidos en el derecho positivo en el Código Civil italiano de 1865⁷⁵. Su formulación más acabada la podemos encontrar en J. Esser, en el campo del derecho privado. Para este autor, el origen de los principios está en el ciclo metabólico que rige en toda existencia. De este modo, los principios tienen un ciclo vital propio al estilo de otras institu-

⁷¹ La doctrina niega valor interpretativo a las exposiciones de motivos. Ver ABAJO QUINTANA, J. (1995). «La implementación de las normas. Las secuencias del proceso decisional», en *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*. IVAP (p. 45). Por su parte, el TC en la STC 36/1981, de 12 de noviembre, reafirma este criterio al no efectuar juicio de constitucionalidad en el preámbulo de una ley, por no tener este valor normativo y negándose a emitir una declaración de inconstitucionalidad del Preámbulo de la Ley 2/1981, de 12 de febrero, del Parlamento vasco, pero reafirmando también con toda claridad, su valor interpretativo (FJ 6). La confirmación de esa tesis inicial se puede ver en estas otras sentencias: STC 12/1982, de 31 de marzo; STC 54/1982, de 26 de julio; STC 56/1982, de 26 de julio; 57/1982, de 27 de julio; STC 6/1983, de 4 de febrero; STC 28/1984, de 28 de febrero.

⁷² El artículo 88 de la Constitución española establece que «Los proyectos de ley serán aprobados en Consejos de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos».

⁷³ El artículo 114.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, establece que «Las enmiendas que se hubieren presentado en relación con la Exposición de Motivos se discutirán al final del articulado, si la Comisión acordare incorporar dicha Exposición de Motivos como preámbulo de la ley». Una distinción entre exposición de motivos y preámbulos se efectúa en MARTÍN CASALS, M. (1989). «Preámbulo y disposiciones directivas», en *Curso de Técnica legislativa*. GRETEL (p. 75 y ss.). «Una consideración relativamente distinta de la diferencia entre preámbulo y exposición de motivos», en F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia...*, p. 184 y ss.

⁷⁴ (*Ib.*, p. 78). En el mismo sentido, EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (1988). «Concepto, valor normativo y función interpretativa de las Exposiciones de Motivos y los Preámbulos». *RVAP*, n.º 20.

⁷⁵ En España, la elaboración más conocida procede de F. DE CASTRO, en su *Derecho Civil de España*, p. 448 y ss.

ciones de derecho. Surgen porque la sociedad, en un momento determinado, considera importante valorar ciertas posibilidades en torno al derecho, y decaen cuando esos valores pierden importancia en la sociedad⁷⁶.

Por encima de un abundante afán clasificador, hay dos concepciones básicas de los principios generales del derecho que apuntan a su origen: de una parte, los que consideran que los principios son una manifestación del derecho natural, como verdades jurídicas incontrovertibles y universales y, de la otra, los que mantienen una «concepción orgánica» de los principios, y que consiste en verlos ínsitos en el propio ordenamiento⁷⁷.

En el fondo de cada una de estas concepciones se encuentran no solo las dos grandes formas de entender el derecho, sino también, de manera indirecta, los límites de los principios respecto de la función que han de cumplir en el ordenamiento⁷⁸. En cuanto a su génesis, se puede discutir que procedan siempre del derecho positivo. La formación de un principio depende de los elementos con los que un juez cuente a la hora de dictar una sentencia, y de su necesidad de recurrir a todo tipo de elementos para resolver el litigio, y en ese sentido, los principios se originan en esa fase de la interpretación del derecho en la que es necesario cohesionar diferentes argumentaciones para encontrar la solución más satisfactoria al caso⁷⁹. Pero, de cualquier forma, la función que cumplen los principios en un ordenamiento jurídico va unida a la idea de una reactualización permanente de los valores de que la sociedad comparte. Los principios como inspiradores de un ordenamiento jurídico, sustentadores de ese ordenamiento, actualizan de manera permanente y constante «ese» ordenamiento, manteniendo su identidad⁸⁰. Ciertamente, ésta es una función que pue-

⁷⁶ El descubrimiento del problema, la formación de un principio, la articulación de un sistema. «Lo que la tradicional controversia metódica presenta como una supuesta pugna entre un pensar “abierto”, y problemático de una parte, y un pensar “cerrado”, conceptual y deductivo por otra, es en gran parte un metabolismo necesario y que procede a empujones entre las nuevas experiencias de la práctica casuística y las energías formales de la escuela». J. ESSER, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁷ En expresión de Ogayar, *vid.* OGAYAR Y AYLLÓN, T. (1975). *Creación judicial del derecho*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (p. 67). Como ejemplo de la primera concepción tenemos a F. de Castro, iusnaturalista, y como positivista es clara la posición de G. del Vecchio.

⁷⁸ Esser intenta superar la idea de que los principios necesariamente estén en el derecho positivo. Esto impediría el avance del derecho. Por otra parte, si consideramos principios aquellos que se deriven del derecho natural, la labor especulativa acerca de los principios no tendría fin. De ahí que, para Esser, los principios deban acotarse en la misma labor jurisprudencial, estudiando los distintos sistemas jurídicos. (*op. cit.*, p. 18).

⁷⁹ Los principios *constructivos*, como llama Esser a esos principios emergentes, por los que el juez tiene que innovar en su aplicación práctica valores previamente definidos en una Constitución, no pueden generarse sin la ayuda de esos criterios *metajurídicos*. Alude a cuestiones tan innovadoras como la equiparación de derechos, cuyo reconocimiento constitucional exige del juez una adaptación diaria de todas las normas a ese principio. (*Ib.*, p. 100).

⁸⁰ Villar Palasí define los principios, desde el punto de vista de su función, como «el punto de unión entre el consenso social, los valores predominantes y las aspiraciones de una sociedad con el sistema de derecho». (J. L. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, p. 131).

de muy bien conectarse con elementos extrapositivos en el sentido de una adaptación permanente del ordenamiento jurídico a las nuevas necesidades de la sociedad⁸¹. La mutabilidad de los principios no es más que la consecuencia del carácter dinámico de la sociedad. En la medida en que no es posible pensar en una sociedad estática, sin evolución, tenemos que ver los principios como una manifestación de ese dinamismo social, que será más o menos perceptible en función de la sensibilidad que tengan los operadores jurídicos para reflejar los cambios sociales, y naturalmente, de la propia estructura social en cuanto al cambio social se refiere⁸². Además, determinadas circunstancias abundan en estas posibilidades, como los mismos cambios legislativos, que pueden orientar a los principios a funciones no pensadas, o simplemente pueden hacer desaparecer ciertos principios, sustituyéndolos por otros. De este modo, los jueces cuando van a aplicar un principio se ven condicionados por el ordenamiento, pero en un doble sentido, por lo que el ordenamiento les facilita, o por sus carencias. Cuando no se enmarca el supuesto presentado en la ley, el juez ha de indagar en los principios para extraer alguna posibilidad de razonamiento que le haga resolver conforme al derecho.

2. Funciones

La función tradicional atribuida a los principios generales del derecho en nuestra doctrina se ha centrado en su cualidad de principios informadores del ordenamiento⁸³. Ciertamente, la atribución de una mera función supletoria a los principios (comúnmente identificada con la *analogia iuris*) en defecto de ley o costumbre, no daba cuenta de su funcionamiento real en el proceso de aplicación del derecho⁸⁴. Por el contrario, los principios no cumplen una única función dentro del sistema jurídico. No es posible formular una teoría general de los

⁸¹ «La validez de esos principios es de naturaleza general y apriorística en parte, pero, con más frecuencia, es históricamente variable y depende del círculo de cultura correspondiente». (H. HELLER, *op. cit.*, p. 275).

⁸² H. Heller llama a los principios «la puerta por donde la realidad social valorada positivamente penetra a diario en la normatividad estatal». (*Ib.*, p. 277).

⁸³ Para Villar Palasí, los principios en cuanto informadores de un ordenamiento jurídico, cumplen una función complementaria en la interpretación de las normas que consiste sobre todo en auxiliar al intérprete con criterios de valor acerca de las reglas jurídicas, que son las verdaderas normas jurídicas. (*op. cit.*, p. 131). Función reconocida, por lo demás, en el Código Civil. El artículo 1.4 del Código Civil, establece que «Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

⁸⁴ Además, en un cierto sentido, la función informadora es contradictoria con la supletoria de lagunas, pese a que la mayor parte de la doctrina las ve como funciones iguales o complementarias. BELADÍEZ, M. (1994). *Los principios jurídicos*. Tecnos (p. 96).

principios en un sentido unívoco. Las funciones que pueden cubrir varían desde múltiples posiciones en las que están comprendidos esos principios. También del sector del ordenamiento de que se trate⁸⁵. De este modo, puede decirse que no todos los principios tienen la misma función, y que el recurso a los principios en la aplicación del derecho depende, cuando menos, de dos factores importantes:

- Del orden jurisdiccional en el que hayan de ser aplicados⁸⁶.
- De su pertinencia al caso⁸⁷.

Todo lo anterior abunda en la naturaleza dinámica de los principios⁸⁸ y en su «multifuncionalidad y su versatilidad» en relación con el caso concreto sobre el que intervienen. Los principios serán aplicables en distintas funciones dependiendo de cuáles sean las exigencias del derecho en un momento dado.

Cabe plantearse si, además de esta multifuncionalidad y versatilidad, se puede hablar también de universalidad de los principios⁸⁹, de la posibilidad de hablar de un sustrato común en los principios como «patrimonio común de nuestra cultura jurídica»⁹⁰. Al menos en el ámbito europeo, la integración de los sistemas jurídicos abre un espacio cada vez más amplio a los principios como motor y como resultado al tiempo del proceso de unificación⁹¹.

⁸⁵ Así, no cabe hablar de utilización supletoria de los principios, con carácter general, en el ámbito del derecho penal, donde solo pueden desarrollar funciones informadoras. Otras veces son directamente aplicables, sirviendo históricamente para compensar la inexistencia de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como era el caso de la presunción de inocencia.

⁸⁶ Por lo tanto, un mismo principio opera de forma considerablemente distinta cuando ha de aplicarse a un contrato civil, que si se trata de considerar una norma de derecho laboral (en el primer caso puede regir para anular un contrato, y en el segundo precisamente para establecer un contrato por tiempo indefinido), y también ocurrirá que, ante un mismo supuesto de hecho, el orden jurisdiccional respectivo determine principios generales del derecho distintos o hasta contrarios. Así, el *in dubio pro-reo* del ordenamiento penal, o las cláusulas de oscuridad en materia de contratos del Código Civil. Mientras la duda favorece al reo, la oscuridad perjudica a quien la promueve.

⁸⁷ Un principio puede resultar idóneo para interpretar una norma en un supuesto de hecho, y no resultar de aplicación para resolver otro caso en el que sea de aplicación la misma norma. Esto ocurre así porque ante supuestos de hecho distintos, la misma norma ofrece distintas posibilidades interpretativas, según la naturaleza del caso. Un principio general de derecho, como puede ser el de estabilidad en el empleo, puede operar de forma distinta en un incidente de no readmisión laboral, como consecuencia de un despido improcedente. El principio general de derecho de estabilidad en el empleo entra en juego, legitimando al actor para solicitar la readmisión en el puesto de trabajo. Ahora bien, si la readmisión se produce de forma irregular, la misma norma que permite instar el incidente cambia el principio de estabilidad por el de la dignidad en el trabajo, habilitando al actor para resolver el contrato. (art. 110 del RDL 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral).

⁸⁸ VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, p. 130.

⁸⁹ J. ESSER, *op. cit.*, p. 448.

⁹⁰ G. DEL VECCHIO, *Los principios generales del Derecho*, p. 49.

⁹¹ A la construcción de un derecho constitucional común europeo, que integre los principios generales de los ordenamientos de los países miembros, se ha referido P. HÄBERLE, en *Derecho constitucional Común Europeo*. REP (1993).

3. Clases de principios

La multifuncionalidad y versatilidad de los principios complica extraordinariamente su análisis. Igualmente, difíciles resultan los intentos clasificatorios, siendo por otra parte poco útil el prurito academicista de intentar un catálogo de posibles especies de principios. Desde la clasificación que atiende a los criterios procesales o materiales, hasta las basadas en su pertenencia al mundo del derecho o no⁹² u otras basadas en los principios constitucionales y no constitucionales.

No es posible desconocer la trascendencia que tiene la incorporación de los principios a la Constitución⁹³. El valor jurídico de estos principios tiende a incrementarse con el desarrollo de la normatividad constitucional⁹⁴. Pero, al mismo tiempo, «las diferencias entre principios constitucionales y principios generales debe relativizarse si atendemos a la función integradora del ordenamiento jurídico que desarrollan los principios del derecho». No obstante, no todos los principios operan de la misma manera, por cuanto no todos responden a una misma estructura. De ahí que su modo de incorporación sea un criterio más en el análisis de los principios que tenga en cuenta otros elementos, tales como su alcance general o su limitación a un sector del ordenamiento (que canaliza así sus peculiaridades respecto de los otros sectores).

En cuanto a los principios constitucionales, algunos han visto alterada su naturaleza jurídica, reconociéndose como derechos fundamentales (así, la presunción de inocencia)⁹⁵. Otros permanecen como principios, ahora constitucionales, que estaban incorporados antes al ordenamiento (como el principio de legalidad). Algunos principios no tienen reconocimiento constitucional, y operan en todos los sectores del ordenamiento (como el de la buena fe, el de la

⁹² Como la de Esser en principios jurídicos y extrajurídicos, J. ESSER, *op. cit.*, p. 89.

⁹³ Según Igartua hasta cierto punto invalidan o anulan a los principios generales del derecho. Ciertamente, si hay identidad de contenido entre ambos, no tiene sentido hablar de principios generales del derecho, sino de principios constitucionales, y si hay controversia, debe primar la Constitución. IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1986). «Sobre “principios” y “positivismo legalista”». *RVAP*, n.º 14 (p. 28).

⁹⁴ La formulación de principios generales derivados de la Constitución es todavía incipiente en nuestra jurisprudencia. Véanse las SSTC 2/1981 y 77/1983, que consideran la interpretación conforme a la Constitución como un principio general de derecho. Otros principios se reconocen paladinamente en la Constitución: el Estado social y democrático de derecho, la igualdad, el pluralismo político, o la seguridad jurídica.

⁹⁵ De estos principios que han sido incorporados a derechos fundamentales, es clara su condición de normas directamente aplicables. En todo caso, esta transformación debe relativizarse desde la perspectiva de la doble naturaleza de los derechos fundamentales. Igualmente, algunos derechos adoptan vertientes «principiales» como es el caso de la igualdad. Por lo demás, la relación general entre principios y derechos es de condicionamiento mutuo. *Vid.* HÄBERLE, P. (1993). *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*. La Nuova Italia Scientifica (p. 65). Puede consultarse ya la reciente versión en castellano de esta obra: (1997) *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

economía procesal, la odiosa restricción de los derechos, etc.)⁹⁶. Otros son específicos de determinados sectores del ordenamiento (el de legalidad de los tributos, el *in dubio pro-operario*, el de *estabilidad laboral*, etc.)⁹⁷.

Cabe plantearse, por último, la existencia de una jerarquía entre los diversos principios generales del derecho. Pues los principios son derecho, a veces incorporado a normas, incluidas las constitucionales, y pueden operar también en los conflictos jurídicos, del mismo modo que ellos mismos pueden entrar en conflicto. Al igual que los conflictos normativos generados por las reglas del derecho, pueden surgir conflictos derivados de la aplicación de un principio u otro. Hay principios generales del derecho claramente antitéticos, como el principio inquisitivo frente al dispositivo, y otros que, aun no siendo totalmente contrarios, su determinación puede llevar a conclusiones contrapuestas. Esto nos plantea el problema de la posible jerarquización de los principios, cuestión que no es irrelevante, por cuanto la preferencia entre un principio general de derecho u otro puede a veces determinar la posibilidad de que un juez otorgue el derecho a una parte o lo deniegue. Asimismo, la necesidad de ponderar los principios con las normas determina una cierta ordenación de estos, de tal manera que la utilización de un principio en favor de una de las partes, como es el de la aplicación de la norma más favorable, puede ocasionar en la otra parte la restricción de su derecho, y por tanto la inaplicación del principio *odiosa sunt restringenda*. Respecto de los principios constitucionales, su superior posición se deriva tanto del principio de constitucionalidad cuanto del principio de interpretación conforme con la Constitución. Por otra parte, en cuanto algunos principios se derivan de otros más genéricos, sería posible hablar, en ese sentido, de una cierta ordenación por la que la inaplicación de los genéricos conlleva igualmente la de los específicos⁹⁸.

En todo caso, es conveniente precisar que no puede hablarse de jerarquía entre principios más que en un sentido impropio. Ciertamente, en cuanto a la ordenación de los principios puede entenderse que algunos son superiores a otros en virtud de los criterios antes mencionados (incorporación a preceptos constitucionales, carácter genérico). Sin embargo, el posible conflicto entre los principios no se resuelve nunca por virtud de una aplicación jerárquica de principios superiores que determine la invalidez de los inferiores, como puede

⁹⁶ De ellos, una buena parte proceden de la construcción jurisprudencial (el de *non bis in idem*, el de *in claris non fit interpretatio*, etc.).

⁹⁷ Los llama Tarello peculiares, «che nell'ambito del settore acquistano una efficacia persuasiva particolare», *op. cit.*, p. 398.

⁹⁸ Así, Villar Palasí hace referencia a relaciones de jerarquización entre los principios, en cuanto que algunos principios necesariamente conllevan la existencia de otros, de modo que suprimido uno, no tendría sentido el otro. Les llama «principios subordinados», o «subprincipios», *op. cit.*, p. 140.

ocurrir con los conflictos entre normas. Por tanto, en las colisiones entre principios deben utilizarse otros términos: más que de jerarquía, cabe hablar de preferencia aplicativa o de primacía o prevalencia, si se quiere. La colisión entre los principios solo se manifestaría en términos de jerarquía si su incorporación a normas determinara la invalidez de alguna de las normas (y aun así resulta discutible que ello suponga la invalidez total del principio que incorpore en lugar de su mera inaplicación al supuesto concreto).

A una jerarquización estricta de los principios se oponen igualmente su multifuncionalidad y versatilidad, así como la relación entre principios y valores. En efecto, la determinación de la aplicación o no de determinados principios dependerá en la práctica de su especialidad e idoneidad más que de su condición superior (por tratarse de principios reconocidos constitucionalmente). Esa idoneidad se mide, desde luego, en virtud de principios superiores que pueden ser de la misma condición (constitucional, por ejemplo) que aquellos considerados inaplicables, así como de los valores a que debe orientarse el ordenamiento jurídico.

4. Fuentes del derecho y principios generales del derecho

La relación entre principios y fuentes del derecho puede analizarse, cuando menos, desde la perspectiva de la eficacia normativa de los principios y, por tanto, de su consideración como fuente del derecho en ese sentido, así como, una vez que esta cuestión obtenga una respuesta positiva, de qué condición de «fuentes del derecho» puede atribuírseles.

Es común la doctrina que excluye a los principios generales del derecho de las fuentes del derecho⁹⁹. Desde una posición normativista estricta, los principios son considerados como realidades extrajurídicas que no pueden encuadrarse dentro del concepto de derecho. Se trata de elementos con capacidad de influir en la producción del derecho que no adquieren por ello la cualidad de elementos jurídicos¹⁰⁰ en la medida en que no pueden integrarse dentro del

⁹⁹ Para Legaz Lacambra, no son fuentes materiales en cuanto que no son «realidades sociales en las que se engendra el derecho, y tampoco constituyen fuente formal en sentido técnico, ya que éstas aluden a un acto jurídico de creación de una norma». Tienen el sentido de «fundamentos del derecho». (L. LEGAZ LACAMBRA, *op. cit.*, p. 523).

¹⁰⁰ Kelsen reconoce la influencia de los factores ajenos al derecho en la producción de las normas jurídicas, pero se niega a reconocer que eso forme parte del mundo jurídico. «La produzione di norme giuridiche è influenzata anche da fattori diversi dai principi moralle, della política e del costume, ad esempio dagli interessi di certi gruppi di persone soggette al diritto, senza che a questi interessi spetti il carattere “di diritto”». H. KELSEN, *Teorie Generalle della norma*, p. 184.

concepto de norma¹⁰¹. En efecto, si los principios se han incorporado a las normas escritas, ya no son principios, sino normas, y si no se han incorporado, no pueden ser considerados como derecho. Puesto que los principios no serían derecho ni fuentes directas de aplicación del derecho, se limitarían a operar como criterios de interpretación de las normas del auténtico derecho¹⁰².

Frente al planteamiento normativista estricto es posible defender la condición de derecho (y de fuente del derecho) de los principios. Ciertamente, los principios pueden no estar integrados en normas independientes¹⁰³ y en ese sentido pueden ser *normas sin disposición*, sin soporte textual expreso¹⁰⁴. Pero esto no significa que no sean fuente del derecho¹⁰⁵, ni siquiera que no sean normas jurídicas¹⁰⁶. Más aún, la configuración «principal» del ordenamiento va en el sentido de la evolución histórica, de tal manera que la incidencia jurídica de los principios no se puede desconocer ya¹⁰⁷. Esta configuración del ordenamiento no va en contra de la seguridad jurídica (que, por cierto, es tam-

¹⁰¹ «Questi principi non hanno quindi il carattere di norme. Se il concetto di norma giuridica non è distinto chiaramente dal concetto di principio giuridico, il confine tra diritto positivo da un lato e morale, politica e costume dall' altro viene cancellato, cosa che può sembrare auspicabile solo a quie rappresentanti della scienza giuridica, il quali considerano loro compito non tanto conoscere e descrivere obiettivamente il diritto positivo quanto piuttosto giustificarne o metterne in discussione sul piano politico-morale la validità, operando così una valutazione estremamente soggettiva sotto la bandiera dell' oggettiva conoscenza giuridica». (*Ib.*, p. 184).

¹⁰² Así, E. Betti niega expresamente el carácter de normas a los principios y los considera meros criterios de valoración. Para él, son «meros criterios de valoración, destinados a orientar la interpretación y la aplicación de la ley». E. BETTI, *Interpretación de la ley...*, p. 242.

¹⁰³ ESSER, *op. cit.*, p. 171. Para Esser, la relación se establece entre estos tres conceptos: principios, normas y fuentes (p. 169).

¹⁰⁴ Para F. Balaguer, «Normas Sin Disposición Formulada Expresamente». *Fuentes Del Derecho*, T. II, p. 25. Son, por ello, normas necesitadas de concreción.

¹⁰⁵ Como indica Esser, son fuente del derecho «en cuanto parte del *corpus iuris* total al que pertenecen. Pero no lo son como verdades existentes en potencia que deben ser descubiertas o valoradas, fuera de lo que ha recibido una realización institucional. Aquí son *guides* para las *autoridades jurídicas*, que gracias a ellas crean derecho: el poder legislativo y la jurisprudencia, son aquí las fuentes del derecho, puesto que no se limitan a elaborar materiales dotados de autoridad y reconocidos», *op. cit.*, p. 172.

¹⁰⁶ Como indica Gianformaggio, los principios no pueden contraponerse a las normas, puesto que son una clase específica de normas. «Les principes sont des normes. Tous les principes sont des normes, mais tous les normes ne sont pas des principes. Le concept de norme est un concept général par rapport auquel le concept de principe est un concept particulier». Para esta autora, la contraposición debe situarse entre los principios y las reglas: «Les principes sont une catégorie des normes. L' autre catégorie des normes que n'est pas celle des principes, est celle des règles. Donc les normes se divisent en règles et en principes». L. GIANFORMAGGIO, *L' interprétation de la constitution entre application de règles...*, p. 180. En sentido contrario a la distinción entre principios y reglas, se manifiesta Prieto Sanchís, que no es partidario de profundizar excesivamente en esa diferenciación, pues ve en ella una necesidad por parte del antipositivismo de evidenciar que, junto a las normas, existen otro tipo de «estándares de comportamiento que no son identificables desde el propio derecho». PRIETO SANCHÍS, L. (1992). *Sobre principios y normas*. CEC (p. 67).

¹⁰⁷ El tránsito hacia los principios es también, en gran medida, indicativo de la transformación del Estado legal de derecho en Estado constitucional de derecho: «Se il diritto attuale è composto di regole e di principi, si può notare che le norme costituzionali sui diritti e sulla giustizia sono prevalentemente prin-

bién un principio). Ciertamente un ordenamiento construido solo en torno a principios afectaría a la seguridad jurídica¹⁰⁸, como también a otros principios y valores esenciales, al dejar en manos del aplicador del derecho una plena autonomía para decidir. Sin embargo, los principios son necesarios en un sistema jurídico como el del Estado constitucional de derecho, en el que la protección de los derechos no es tarea exclusiva del legislador.

Establecido, por tanto, que los principios pueden ser fuentes del derecho, la cuestión se centra en determinar cuál es su condición normativa específica. Desde esa perspectiva, hay que traer aquí de nuevo la ya mencionada multifuncionalidad de los principios. En efecto, el valor jurídico de algunos principios se centra, sobre todo, en la introducción de criterios de interpretación de otras normas. Otros, por el contrario, van más allá y tienen efectos más directos desplazando la aplicación de determinadas normas o determinando el sentido de la solución a los problemas jurídicos que plantea la práctica jurídica. Otros principios son directamente aplicables como cualquier otra norma sin que, por lo demás, pueda apreciarse una diferencia estructural relevante entre ambos términos¹⁰⁹. Es de destacar, además, que un mismo principio puede desarrollar, dependiendo de las circunstancias del caso, esas funciones. M. Beladéz ha estudiado la evolución de los principios jurídicos en su proceso de secularización. Se forman, desde el derecho natural, derivado de la ley divina y eterna, y pasan a considerarse derecho positivo a partir del siglo XIX¹¹⁰, ante las insuficiencias que muestra un derecho reducido a un conjunto sistemático y ordenado de normas positivas que excluye de él toda referencia a valores materiales de la justicia, a los que solo atiende el legislador.

Los principios jurídicos solo llegan a serlo cuando se aceptan por la comunidad jurídica¹¹¹, deben fundamentarse en datos objetivos y no en meras percepciones del sujeto, e incluso mostrar ciertas evidencias desde el punto de vista de su posible juridicidad.

Frente a quien solo ve criterios interpretativos en la aplicabilidad de los principios, la mayoría de la doctrina los considera verdaderas normas jurídicas.

En ese sentido, Beladéz abunda en su naturaleza jurídica, si bien son normas *sui generis* porque no son una proposición jurídica, ya que en su estructura no son supuestos de hecho, lo que los dota de menor eficacia jurídica,

cipî (e qui interessano in quanto siano principî). Distinguere i principî dalle regole significa perciò, a grandi linee, distinguere la Costituzione dalla legge». G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 148.

¹⁰⁸ Vid. ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. CEPC (p. 176). Vid., igualmente, M. BELADÉZ, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁹ ZAGREBELSKY, G. (1988). *Manuale di diritti costituzionale*. UTET (p. 107).

¹¹⁰ *Ib.*, p. 23 y 24.

¹¹¹ *Ib.*, p. 63.

pero, en cambio, de mayor amplitud. Ella diferencia entre la posibilidad de su alegación directa y su posible naturaleza programática, para negar cualquiera de las dos opciones ¹¹².

El problema de los principios puede surgir cuando nos encontremos ante conflictos entre principios constitucionales, que suelen ser sobre normas promulgadas en el mismo momento, con su misma posición en la jerarquía de fuentes, y con ocasión de un caso concreto. En estos casos habrá que acudir a la ponderación, porque no cabe *lex posterior ni superior*, sino solamente una valoración. Esto crea, a juicio de Guastini, una *jerarquía axiológica móvil*, donde en una relación de valor que ha de ser creada por el propio tribunal mediante un juicio de valor comparativo y que solo vale para ese caso ¹¹³.

5. Principios y valores

La forma más común de entender los principios es como la expresión de unos valores sociales, que se logran imponer en el mundo jurídico, llegando a constituir verdaderas normas jurídicas. Esto crea la necesidad de distinguir el valor del principio, atribuyendo alguna característica diferenciadora a ambos conceptos ¹¹⁴.

Una primera diferenciación puede establecerse en el carácter más abierto de los valores en relación con los principios. Estos son más concretos, lo que les da más eficacia ¹¹⁵. Los valores están en la frontera misma del derecho, pese a lo cual son normas, son derecho ¹¹⁶. Igualmente se puede afirmar que entre principios y valores se suele dar una relación de medio a fin, por la que los

¹¹² *Ib.*, p. 113-124.

¹¹³ GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. CEPC (p. 213).

¹¹⁴ En nuestro ordenamiento, los valores constitucionales superiores se enuncian en el artículo 1.1 CE. Justamente en la redacción de ese precepto en el proceso constituyente se puso ya de manifiesto la difícil distinción entre principios y valores. Parejo Alfonso recoge las vicisitudes del término «valor» en la tramitación de todo el proceso del artículo 1.1 de la Constitución. El término «principios», sustituye al de «valores», por una enmienda *in voce* del senador Cela Trulock, en la Comisión del Senado, pero el pleno de la Cámara Alta vuelve a la redacción original de la ponencia, y, como se sabe, el texto definitivo integra el vocablo «valores». PAREJO ALFONSO, L. (1990). *Constitución y valores del ordenamiento*. Centro de Estudios Ramón Areces (pp. 36 y ss.).

¹¹⁵ *Ib.*, p. 140.

¹¹⁶ *Ib.*, p. 143. Tanto los valores como los principios son normas. Por lo tanto, esta es su similitud; su diferencia está en el grado de eficacia normativa, que es distinto. También es cierto que los valores son más abstractos, genéricos e indeterminados que los principios. Pero de su menor grado de indeterminación no se deriva, para Parejo, un menor grado de juridicidad, por lo que no cabe confundir indeterminación con juridicidad (p. 143), su mayor grado de abstracción no les priva de significación jurídica, así que, para este autor, la eficacia jurídica de los valores y los principios es la misma (p. 144), lo que seguramente no va a ser igual es el alcance de un valor en relación con un principio, por la naturaleza de los valores (p. 144).

principios serían el medio utilizado para la realización de los valores socialmente establecidos ¹¹⁷.

Esto supone, en definitiva, que los principios son la manifestación de los valores que atribuye la sociedad a las normas, se incorporen o no expresamente a las mismas ¹¹⁸. Del mismo modo que la interpretación de las normas debe realizarse con el referente necesario de los principios, *la interpretación de los principios debe tomar como referente a los valores*. Esto sirve tanto a efectos de determinar las funciones de los principios en el ordenamiento, cuanto la aplicación preferente de unos sobre otros.

6. Relación entre los principios generales del derecho y otras figuras afines

Una institución similar a los principios son las presunciones.

Ahora bien, las presunciones no son tanto principios como técnicas que utiliza el juez en el proceso, para facilitar una solución congruente o lógica. En tanto que presunciones y no certezas, crean la ficción jurídica de hacer realidad en el proceso, hechos o datos no contrastados. Como dice Perelman, las presunciones son una exigencia de seguridad jurídica ¹¹⁹, y por eso están llamadas a cumplir en el proceso un papel de pacificación del litigio.

Pero no hay que olvidar que las presunciones siempre otorgan ventaja a una parte en detrimento de otra, con lo que, el juez, en aras de la justicia, debe facilitar la destrucción de la presunción, si la otra parte lo demanda, mediante las actuaciones que conduzcan a destruir esa ficción, y a indagar la verdad material de los hechos. En lo que se refiere a las presunciones *iuris et de iure*, no son ficciones jurídicas, sino reglas jurídicas ¹²⁰ cuya estructura es distinta de la

¹¹⁷ J. Leguina establece una diferencia entre valores y principios como una relación medio-fin. Los principios estarían llamados a realizar los valores del ordenamiento. Cfr. LEGUINA, J. (1987). «Principios generales del derecho y Constitución». *RAP*, n.º 114. Acerca de la relación entre principio y valor en la jurisprudencia del TC, TORRES DEL MORAL, A. (1992). *Principios de derecho constitucional español* (tomo I). Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho (p. 55 y ss.). También ÁLVAREZ CONDE, E. (1996). *Curso de Derecho Constitucional*, vol. I. Tecnos (p. 253).

¹¹⁸ Cfr. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁹ Ch. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 49.

¹²⁰ Porque, como indica Perelman, «al establecer una presunción de este tipo, que puede ser de origen legislativo y jurisprudencial, se crea una regla de derecho nueva, que extrae unas determinadas consecuencias jurídicas, de un estado de hecho dado» (*Ib.*, p. 86). Pero esa condición no destruye el hecho innegable de que precisamente en esto consiste la actividad del juez, en otorgar valor de verdad a algo que no se sabe si lo es o no. El ejemplo del silencio administrativo como denegatorio de un derecho puede obedecer a circunstancias diversas a la voluntad de denegar, como reconoce el propio Perelman, pero la ficción consiste en «hacer como si» esa fuera la voluntad.

de los principios por cuanto siguen la formulación habitual de las normas que integran el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica correspondiente ¹²¹.

Al contrario que respecto de las presunciones, la distinción entre principios generales del derecho y analogía siempre ha sido problemática. Sin duda, resulta clarificadora en este sentido la explicación de Bobbio, para quien la *analogía iuris* y los principios generales de derecho coinciden en que la norma aplicable al caso se busca en principios del ordenamiento. Pero difieren en que la *analogía iuris* es solo una especie del género de los principios generales del derecho referida a aquellos que desarrollan una función integradora de las lagunas del ordenamiento. Por el contrario, el concepto de principios generales del derecho es más amplio, como hemos visto, pues incorpora, además de la función integradora, la interpretativa, la directiva y la limitativa ¹²².

7. Los principios generales del derecho y la interpretación del derecho

La concepción restrictiva de las funciones de los principios generales del derecho está muy en relación con la orientación que se mantiene acerca de la aplicación del derecho y la función interpretativa del juez. El proceso de determinación de la norma, que inicia el operador jurídico cuando ha de aplicar el derecho para resolver una controversia, es un proceso todavía poco conocido, porque ha estado históricamente sometido a un planteamiento ideológico que consideraba que el papel del juez era meramente pasivo. Hasta cierto punto esta visión interesada de la neutralidad del juez permitía pensar que el juez, de una manera u otra, siempre aplicaba lo que el legislador había establecido. No es posible mantener ya este planteamiento y, por lo tanto, aflora ahora la cuestión de la interpretación de las normas como un problema clave en el proceso de aplicación del derecho. Los principios, en este nuevo esquema, adquieren el protagonismo antes hurtado por la norma positiva, afectando especialmente a la actividad judicial.

En cuanto los valores y principios se incorporan al razonamiento judicial configurando la propia formación del jurista, operan como mecanismos pre-

¹²¹ Como indica M. Beladéz, los principios son un tipo de proposiciones peculiares, por no poder distinguirse en ellos un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (*op. cit.*, p. 83).

¹²² Para Bobbio, la integración del ordenamiento se puede llevar a cabo por dos mecanismos: o por la analogía o por los principios generales del derecho. Por analogía se entiende el procedimiento por el que se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similarmente. Un caso especial de analogía, la *analogía iuris*, la constituyen los principios generales del derecho. Son las normas «más generales del sistema». N. BOBBIO, *Teoría general del derecho*, p. 245 y ss.

vios a la argumentación misma¹²³. Pero, además, los principios condicionan también el desarrollo del razonamiento jurídico¹²⁴. Por lo demás, la actividad interpretativa está sometida también a principios específicos, por lo que nuevamente la multifuncionalidad de los principios actúa aquí condicionando de manera singular el proceso de interpretación y aplicación del derecho.

III. INTERPRETACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales

Cuando hablamos de los derechos fundamentales en relación con la interpretación de las normas jurídicas, hacemos referencia a la interpretación específica de un determinado tipo de normas, que el constituyente ha querido reforzar tanto en la fase de elaboración como de aplicación, porque ha considerado más importantes ciertos derechos, llamados fundamentales. La Constitución española ha previsto una mayoría reforzada para legislar sobre los derechos fundamentales, exigiendo el desarrollo por ley orgánica de esos derechos, y que su regulación no los desnaturalice. El artículo 53 de la Constitución establece todas estas garantías: exigencia de regulación legal orgánica (*ex art. 81.1 de la CE*), respeto al contenido esencial y tutela a través de un proceso especial¹²⁵. A ello se une una exigencia en el orden interpretativo de estos derechos fundamentales, contenida en el párrafo 2.º del artículo 10, que obliga a los poderes públicos a interpretar los derechos fundamentales y las libertades públicas de conformidad con las normas internacionales que el Estado español

¹²³ Como indica Esser, los principios son «el punto de partida del razonamiento jurídico: no como simples instrumentos del pensamiento heurístico, sino como expresión primaria de una decisión valorativa de carácter positivo, que es la que confiere su legitimación a la regla que debe ser aplicada». J. ESSER, *op. cit.*, p. 252.

¹²⁴ La aproximación al razonamiento se inicia con lo que Esser llama *hunch*, o corazonada, un cierto olfato de la solución al caso, que él define como «el sentido de la orientación, adquirido por la experiencia, en el campo de los principios ordenadores del conjunto del derecho, unido con la facultad de estimar su actual alcance y función».

¹²⁵ El artículo 53 de la Constitución establece en su párrafo primero que «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar 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)». Y el párrafo segundo garantiza un proceso preferente, sumario y especial para la tutela de los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II. Por su parte, el artículo 81.1 de la CE somete a reserva de Ley Orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, lo que viene a coincidir con los derechos incorporados a la Sección Primera del Capítulo II del Título I.

haya suscrito¹²⁶. Y, además, el artículo 168 de la Constitución establece un procedimiento especial de reforma constitucional, cuando esta afecte a ciertos derechos fundamentales¹²⁷.

Todas estas exigencias –la reserva de ley orgánica, la necesidad de respetar el contenido esencial, la tutela reforzada en su ejercicio, el agravamiento en la reforma constitucional, y, finalmente, la obligación de un sentido interpretativo determinado por el marco internacional– hacen de los derechos fundamentales objeto de especial consideración en la interpretación de las normas.

Esa aplicación inmediata de los derechos fundamentales da cuenta de su importancia en la medida en que su aplicación no precisa de la *interpositio legislatoris*, sino que es directa sin necesidad de desarrollo legislativo¹²⁸. Esa aplicación inmediata es sobre todo un mandato de la Constitución dirigido al poder judicial, que debe estimar el derecho desde la formulación directa y sin intermediación legislativa, hasta el punto de que en el caso de que esté prevista norma alguna en relación con la reparación del derecho, el TC ha estimado que la omisión del legislador puede ser suplida en esa interpretación constitucional.

De entrada, cabe preguntarse las razones que inducen al constituyente a crear este espacio diferenciador de un grupo de derechos, respecto de todos los demás constitucionalmente reconocidos. Naturalmente, la razón está en esa mayor importancia que se les concede, y que seguramente va ligada a las propias posiciones políticas del pacto social que genera el texto constitucional. Intentar ver otras razones, que vayan más allá de las posiciones políticas del pacto social, tiene la dificultad de entrar en la razón de ser de los derechos fundamentales, y nos introduce en posiciones cercanas a la ética del derecho, donde las respuestas pueden ser a menudo contradictorias y, desde luego, difíciles de sintetizar¹²⁹.

¹²⁶ El pf. 2 del artículo 10 de la Constitución establece que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

¹²⁷ El artículo 168 de la Constitución establece en su pf. primero que «Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo 2, Sección Primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes».

¹²⁸ Sobre el significado del artículo 53 CE, ver J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales*, p. 25 y ss.

¹²⁹ A. Gewirth ha intentado sistematizar cinco respuestas a la pregunta de cómo se puede justificar la existencia de los derechos humanos o derechos morales, pero lo cierto es que no hay aún una respuesta incontrovertible capaz de dar salida a la cuestión de por qué la sociedad debe aceptar el respeto de ciertos derechos como fundamentales. 1. La respuesta intuicionista o autoevidente tiene la dificultad de no saber explicar el conflicto ante esos derechos. 2. La de la transacción social, basada en reglas como el compromiso, tiene la dificultad de no responder a la bondad intrínseca de ese derecho. 3. La de los intereses que

En Europa, la incorporación de estos derechos a los ordenamientos jurídicos respectivos se produce por la vía de integración de estos en el campo de los derechos subjetivos. Se intenta construir una teoría de los derechos fundamentales desde una teoría previa de los derechos subjetivos¹³⁰.

Las posibilidades actuales de seguir manteniendo el esquema de principios de siglo acerca de la virtualidad de los derechos fundamentales como derechos subjetivos decrecen en función de opciones más complejas, dada, además, la variedad de derechos y libertades públicas que configuran los textos constitucionales actuales. Hay que tener en cuenta que los derechos fundamentales han irrumpido en la dogmática jurídica tradicional, creando una disfunción importante. Resolver el derecho en términos de contraposición entre dos partes¹³¹, o que contradicen sus pretensiones en base a argumentos

se defienden no son tampoco respuesta bastante a la existencia de un derecho. 4. La de que responden a la dignidad humana exporta el problema a cómo explicar la dignidad. 5. Y, por último, la de Rawls, que supone que las personas tras su «velo de la ignorancia» van a convenir en unos derechos, incurre en la circularidad. GEWIRTH, A. (1990). «La base y el contenido de los derechos humanos», en *Derecho y moral*, de J. Betegón y J. R. de Páramo (coord.), Ariel (p. 127).

¹³⁰ La teoría de los derechos fundamentales arraiga en la cultura jurídica europea en el siglo XIX. Con la construcción de Jellinek culmina un proceso de identificación entre derechos subjetivos y derechos fundamentales [JELLINEK, G. (1912). *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Libreria]. Algunos autores piensan, como Zagrebelsky, que los derechos fundamentales se remontan todavía más atrás, y tienen su origen en los derechos subjetivos del siglo XVIII. (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 57). Pero, en cualquier caso, con independencia de la fecha, la práctica totalidad de los autores coinciden en identificar el proceso de evolución en su origen de los derechos fundamentales, con una evolución, en general, de la teoría de los derechos subjetivos, de la que todavía hoy, en su gran parte, sigue siendo tributaria. Para Gerber, el nacimiento de los derechos públicos subjetivos tiene múltiples fuentes: antiguas tradiciones, formulaciones constitucionales antiguas, otorgamiento del monarca, leyes y, a su vez pueden ser singularmente atribuidas al sujeto, o reconocidas con carácter general en las constituciones o las leyes. (C. F. GERBER, *Diritto pubblico*, p. 107). La evolución política del siglo XIX en Europa va a traer como consecuencia la creación de un cuerpo sólido y consistente de derechos, que operan como límite de la injerencia del Estado en la vida de los individuos. El derecho subjetivo es fundamentalmente un derecho de oposición del individuo frente al Estado, de conquista de parcelas de poder sustraídas a la esfera pública, y que el Estado tiene que respetar. De ahí el atractivo de la presentación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. «Permite establecer el mismo marco de análisis para el derecho subjetivo y el derecho fundamental». GAVARA DE CARA, J. C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. CEC (p. 67).

¹³¹ Cuando el artículo 53.2 exige un procedimiento preferente y sumario para la tutela de los derechos recogidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución, se está dando entrada al reconocimiento constitucional de un proceso especial de difícil encaje en el derecho procesal. A ello contribuye la defectuosa Ley 62/1978, de PJDF, que establece también la sumariedad como nota distintiva en los procesos de defensa de los derechos fundamentales de especial protección. Por ello, la sumariedad significa que el proceso es peculiar. La sumariedad ha sido discutida desde el punto de vista doctrinal por la falta de precisión de su término. García Morillo llama la atención sobre la confusión habitual entre proceso «sumario» como «breve», o «rápido», en contraposición a los procesos llamados «plenarios», en los que no está limitado el objeto de cognición. GARCÍA MORILLO, J. (1994). *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch (p. 86). M. Carrillo recoge la posición doctrinal hasta el momento, y entiende con la mayoría que estamos ante un proceso abreviado, pero plenario, sin limitación de medios de prueba, aunque de cognición limitada. CARRILLO, M. (1995). *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. CEC (p. 50 y ss.).

y hechos que les permiten de manera excluyente conseguir una resolución judicial favorable, difícilmente explica el cuadro de derechos que el Estado y los particulares han de respetar, contribuyendo a los diferentes fines a que les obliga la Constitución¹³².

¹³² La evolución de los derechos fundamentales, vía los derechos subjetivos, como teoría desarrollada en el siglo XIX, es difícil de compatibilizar con el Estado social. (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 60). De ahí las dificultades que ha tenido, como decíamos, la implementación de los recursos de amparo en el derecho procesal. De una parte, para conseguir rapidez en el procedimiento, este ha de ser sumario y, de otra, la sumariedad implica limitación de medios de prueba, que puede a su vez limitar el derecho de defensa. Cfr. A. de la Oliva, para quién «sumariedad indica, en primer lugar, limitación del conocimiento del tribunal, por estar legalmente limitadas las alegaciones del actor y/o demandado y limitarse también, en ciertos casos, no sólo el objeto de la prueba, sino incluso los medios de prueba admisibles. En segundo lugar, y como consecuencia de ese limitado conocimiento, la sentencia que pone fin a las instancias de un proceso sumario no tiene fuerza de cosa juzgada material y constituye, por tanto, una tutela jurisdiccional de alguna manera provisional o interina (aunque puede permanecer por tiempo indefinido), pues cabe promover ulteriormente un proceso ordinario-plenario sobre el mismo asunto u objeto, sin vinculación a la sentencia recaída en el anterior proceso sumario». OLIVA SANTOS, A. DE LA Y FERNÁNDEZ, M. A. (1992). *Derecho procesal civil* (tomo IV). Centro de Estudios Ramón Areces (p. 134). La limitación del conocimiento de los hechos a aquellos aspectos concretos que la acción procesal defiende, implica una limitación consciente de la realidad de todos los elementos que pueden intervenir en el proceso, y que el juez rechaza, obligado por la norma, para, eliminando los que no son pertinentes, decidir acerca de esa cuestión concreta, con abstracción de todos los demás hechos, que intervienen en el mismo caso, pero que no atañen a ese derecho, bien porque son de legalidad ordinaria, caso del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales, bien porque son de la cuestión principal, caso de medidas provisionales en el ámbito del derecho matrimonial. GIMENO SENDRA, V. (1993). *Derecho procesal, proceso civil*. Tirant lo Blanch (p. 95), adopta, para definir el proceso sumario, el punto de vista de sus efectos, más que el de su naturaleza. «Aquel procedimiento cuya sentencia no produce la totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada». Si bien, dicha ausencia, «Se produce como consecuencia de que el proceso sumario ostenta una cognición limitada a uno o a determinados aspectos de la relación jurídica material». La confusión terminológica entre, de una parte, la rapidez en la tramitación y, de otra parte, la sumariedad, puede traer causa en el momento constituyente, o en la propia doctrina procesal, pero en sí el término sumario produce cierta perplejidad desde el punto de vista de la defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales. Y ello porque siendo un proceso establecido para la defensa de los DF, es muy difícil entender que los medios de defensa estén limitados. Bastaría en teoría invocar el artículo 24 para que desapareciera esa limitación de medios probatorios. Hay, además, principios generales del derecho que se decantan a favor de la mayor expansividad de los derechos fundamentales. Todo contribuye a crear la sensación de que los DF han de ser prioritarios en un estado social y democrático de derecho. Por ello, hay una relación de fondo entre sumariedad y rapidez, que no es terminológica, sino real. Se trata de que la sumariedad se justifica por la necesidad de restablecer el bien jurídico lesionado mediante un proceso rápido. Esa rapidez es la que exige un proceso sumario, para que, aunque los medios de prueba se limiten, el proceso permita que la lesión de estos derechos cese cuanto antes. García Morillo apunta otra razón fundamental para que no sea plenario el proceso, y es la necesidad de limitar los abusos de derecho que se producirían, de equiparase el proceso ordinario y el especial, dirimiendo toda acción al proceso especial por ser más rápido ese proceso, y utilizándolo, por tanto, para finalidad distinta de violación de esos derechos (*op. cit.*, p. 95). Además de la rapidez, una segunda garantía en los procesos de lesión de los derechos fundamentales es que se produce una inversión de la carga de la prueba. El pf. 2 del artículo 178 del RDL 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba la vigente ley de procedimiento laboral, establece que «En el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Tal graduación de la prueba invierte el principio general de la carga de la prueba, *onus probandi incumbit quid affirmat, non quid negat*, exportando esta carga al demandado. Sobre este aspecto, M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales...*, p. 131.

2. Límites a los poderes públicos

En lo que se refiere al plano interpretativo, en relación con los derechos fundamentales, adquiere especial significación la actividad del poder judicial, relacionada con el respeto a los derechos fundamentales, en la tramitación de todo tipo de procesos, y destacadamente, en los procesos de amparo.

Hay que tener en cuenta que el artículo 24 de la CE ha destacado ya un derecho fundamental específico del proceso, en la medida en que el propio derecho de tutela judicial efectiva es un derecho fundamental¹³³. Incumbe al poder judicial, por lo tanto, tutelar los derechos e intereses legítimos de las personas, derecho que es fundamental en sí mismo, y que ha sido considerado el derecho fundamental de más frecuente invocación ante el Tribunal Constitucional¹³⁴.

La vinculación a los derechos fundamentales que establece la Constitución para todos los poderes públicos no es, por lo tanto, la misma vinculación para cada uno de ellos. El Tribunal Constitucional, en primer lugar, se vincula directamente a la norma constitucional en la que se consagra el derecho fundamental y, dado que la Constitución debe ser interpretada sistemáticamente, a esta en su totalidad. En segundo lugar, la vinculación del legislador a los derechos fundamentales se articula igualmente a través de la Constitución, y de manera fundamental a través de la exigencia del artículo 53 CE, en lo que se refiere al respeto al contenido esencial de esos derechos.

La vinculación del poder judicial a los derechos fundamentales es, sin duda, la más mediatizada, pues entre la norma constitucional y el juez se encuentra tanto la interpretación del Tribunal Constitucional como la ley. Las posibilidades del juez de vincularse directamente a la Constitución son, sin embargo, de naturaleza diferente según los casos. Para desvincularse del legislador, el juez deberá interponer la cuestión de inconstitucionalidad, reclamando directamente al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, una declaración de inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley que pueda ser contraria a la Constitución, con los requisitos establecidos en su artículo 163. La desvinculación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, por el contrario, se encuentra prohibida por el artículo 5.1 de la LOPJ, a

¹³³ El artículo 24 de la Constitución establece en su pf. 1 que «Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

¹³⁴ Hay que tener en cuenta que el pf. 2 del artículo 24 incluye un extenso catálogo de derechos procesales, que tienen un contenido esencial propio, y que el TC ha interpretado en todo caso de forma generosa y amplia.

partir del cual no es posible afirmar que el juez pueda mantener una interpretación disidente de la proporcionada por el TC, «a su propio riesgo y ventura», como se ha calificado por García Torres¹³⁵. Sin embargo, sí es posible encontrar un espacio para una interpretación judicial de los derechos fundamentales, que no sea disidente, pero tampoco mimética de la proporcionada por el TC, y que armonice el sentido del artículo 5 de la LOPJ con la función propia del amparo constitucional, donde necesariamente hay que enmarcar la interpretación del TC que recaiga en asuntos resueltos por este procedimiento. La interpretación del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales, recaída en procesos de amparo, solo puede vincular al juez en cuanto se establezca si ha habido o no vulneración del derecho, pero no en cuanto a la delimitación de los contornos del derecho fundamental interpretados, porque escapa a la función constitucional del procedimiento de amparo. En tal sentido, pues, ni el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de la interpretación de los derechos fundamentales, ni el juez debe subordinar una interpretación de estos a lo que el TC haya determinado acerca de si ese derecho ha sido vulnerado¹³⁶.

3. La interpretación de los derechos fundamentales conforme al artículo 10.2 de la CE

El respeto al contenido esencial, la regulación por ley, y la acción especial de tutela a través de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, condicionan la interpretación de estos derechos. Pero, además, el artículo 10 de la Constitución obliga a una interpretación que ha de ser conforme a los compromisos internacionales en esta materia¹³⁷.

El alcance del artículo 10.2 de la Constitución ha sido precisado por el Tribunal Constitucional en sus justos términos. Los tratados y acuerdos inter-

¹³⁵ GARCÍA TORRES, J. (1988). «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales». *Poder Judicial*, n.º 10 (p. 24).

¹³⁶ Una interpretación «fehaciente, casi notarial de la jurisprudencia del TC por parte de los tribunales ordinarios» de la doctrina del Tribunal Constitucional, contra la que se pronuncia CAAMAÑO, F. (1996). «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado “contra-amparo”». *REDC*, n.º 47 (p. 149).

¹³⁷ El TC lo ha entendido así, y se ha esforzado por integrar las normas internacionales en su aplicación a la defensa de los derechos fundamentales: la STC 89/1995, de 6 de junio, que incorpora el artículo 2 del Protocolo Séptimo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con relación a la doble instancia penal, no aplicable precisamente al ámbito contencioso-administrativo, y que llevó al Tribunal a desestimar este motivo de amparo. Acerca de la evolución del texto del artículo 10.2 de la Constitución en el proceso constituyente, ver APARICIO, M. A. (1989). «La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales». *Jueces para la Democracia*, n.º 6 (p. 9-11).

nacionales no pueden constituirse en canon autónomo de validez de las normas¹³⁸. Esto ocurre, ahora con carácter general para todos los derechos fundamentales, en el desarrollo legislativo¹³⁹.

En este sentido hay que destacar que la jurisprudencia del TEDH ha incidido de manera notable en la jurisprudencia del TC.

El artículo 10.2 de la CE se convierte en canon hermenéutico para interpretar las normas, «de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de los tratados y acuerdos», ratificados por España. Se tiene que producir a partir de aquí una doble concordancia en materia interpretativa.

Por una parte, la interpretación de las normas referidas a los derechos fundamentales ha de ser conforme a la Constitución y, de otra parte, la conformidad ha de operar también según las normas internacionales en materia de derechos fundamentales reconocidos en los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España.

Por ello, en lugar de contrastar dos normas, es necesario realizar la actividad interpretativa conjunta de tres normas, el artículo 10 de la Constitución, el precepto constitucional aplicable y el precepto legal sometido a enjuiciamiento¹⁴⁰.

Ahora bien, la cláusula del artículo 10.2 no puede introducir límites a los derechos fundamentales que tengan este artículo y las normas a las que envía como único apoyo normativo. Una correcta interpretación de este artículo, por lo tanto, impide su aplicación para introducir nuevos límites a los derechos no contemplados por la legislación interna y reducir de este modo su estándar de protección.

Los criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del TEDH, que han sido adoptados por nuestro TC, se refieren entre otros a los derechos de garantías

¹³⁸ Por ello, la invocación de un convenio de la OIT no puede fundamentar un recurso de amparo, si dicho recurso no está basado en un derecho fundamental especialmente protegido por él. (STC 77/1995, de 22 de mayo).

¹³⁹ Para Gavara hay que tener en cuenta, «en primer lugar la intervención en el derecho fundamental, que es entendida en un sentido amplio como una modificación normativa o factual no contraria a la Constitución de alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental... Y la segunda finalidad es la configuración del derecho fundamental entendida como una dotación del contenido material de alguno de los elementos configuradores del derecho fundamental o de la sanción vinculada a su sentido prescriptivo». (GAVARA, *op. cit.*, p. 158).

¹⁴⁰ Así ha venido a integrar la jurisprudencia del TC el artículo 14,5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España, y que ha servido como norma de aplicación hasta la entrada en vigor del artículo 5.4 de la LOPJ, en materia de recurso de casación penal (SSTC 71/1992, de 13 de mayo; 80/1992, de 28 de mayo, y 91/1994, de 21 de marzo). Igualmente, en materia de doble instancia procesal, en materia punitiva (STC 89/1995, de 6 de junio).

del proceso¹⁴¹ en materia de discriminación sexual en el contrato laboral¹⁴², en materia de ponderación entre dos derechos fundamentales, destacadamente, el de libertad de expresión y el del honor, intimidad personal e imagen¹⁴³.

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN EL PROCESO JUDICIAL

La interpretación de las normas no tiene lugar en un momento único del proceso, como pretendía la dogmática jurídica clásica, que consideraba toda actividad procesal tendente a la operación subsuntiva de adecuación de un supuesto de hecho a una consecuencia jurídica, sino que, desde el inicio del proceso hasta su terminación, se sucede una cadena normativa que exige un esfuerzo interpretativo en cada una de sus fases¹⁴⁴.

1. La interpretación y el proceso. La fijación de los hechos

La fijación de los hechos consiste en la actualización en el tiempo de un suceso necesariamente anterior, al que hay que atribuir unos efectos jurídicos.

¹⁴¹ STC 303/1993, de 25 de octubre. Los medios de prueba deben obtenerse ante el acusado en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio (tomados de la St. Barberá/España, 1988). La acusación ha de efectuarse en una lengua comprensible (St. 2/1994, de 17 de enero, por la que se aplica el art. 5.2 del Convenio de Roma). Ampliación al proceso administrativo sancionador con ciertos matices (St. 89/1994, de 6 de junio). En relación con la utilización del artículo 10.2. CE para introducir límites a los derechos fundamentales, véase, FERNÁNDEZ GÓMEZ, M. I. «El recurso al artículo 10.2 como paradigma de los Tribunales Constitucionales. Revista Internacional Consinter ded Diritto». III/V segundo semestre, pp. 417-443. 2017.

¹⁴² STC 58/1994, de 28 de febrero, que estima la discriminación en base a criterios sentados en la St. del TJCE caso Enderby, de 27 de octubre de 1993.

¹⁴³ STC 76/1995, de 22 de mayo, que recoge el caso Ligens, St. del TEDH de 8 de julio de 1986.

¹⁴⁴ El concepto de proceso como «una serie o sucesión jurídicamente regulada de actos (del órgano jurisdiccional, de sujetos jurídicos particulares o de otros órganos del Estado, que no sean jurisdiccionales) tendentes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto», da cuenta del proceso como secuencia de actos, y en cada uno de ellos, el juez, principal impulsor, va aplicando normas sustantivas y normas procesales, que tienen que ser todas ellas interpretadas. (OLIVA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 95). Otros autores conceptúan el proceso «como el instrumento que ostenta la Jurisdicción para la resolución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales». MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; y GIMENO SENDRA, V. (1993). *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch (p. 225). Más ampliamente, «conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión, cuya realización, a través de los oportunos actos procesales, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales, informadas por el principio de contradicción, desde las que las partes examinan sus expectativas de una sentencia favorable que ponga fin al conflicto mediante la satisfacción definitiva de sus respectivas pretensiones y resistencias» (p. 226). El «derecho al proceso» deriva directamente del derecho de acción. La acción, para Gimeno Sendra, se puede definir como «un derecho público subjetivo porque se concreta en un poder que asiste a todo sujeto de derecho, mediante el cual se puede constreñir al órgano jurisdiccional a emitir un pronunciamiento sobre la solicitud de apertura del proceso». GIMENO SENDRA, V. (1988). *Constitución y proceso*. Tecnos (p. 74).

En cuanto a la reactualización, habrá de buscarse la reproducción de la situación anterior con la idea de recrear el escenario en que se ha desarrollado, para averiguar la verdad entre dos visiones contrapuestas de esa realidad, que expresan y polarizan el conflicto jurídico. Pero, naturalmente, de ahí no surgirá más que otra verdad, parecida a la anterior en la medida en que esta sea fácilmente reconstruible en función de que existan testigos suficientes del caso, puedan deponer con una cierta fidelidad los hechos que presenciaron, o se reproduzcan los hechos en inspección ocular.

Para que el juez pueda fijar los hechos y formarse un criterio de cómo tuvieron lugar, de cara a poder calificarlos jurídicamente y extraer sus consecuencias en el orden legal, tiene que controlar aspectos muy variados de las secuencias del proceso. El comportamiento de las partes, la capacidad técnica de las defensas, los elementos materiales de la prueba, y una concepción global del caso, que adquiere en la experiencia de la vista, cuando esta se produce, o en la totalidad del expediente, cuando el procedimiento es escrito. La infraestructura de la organización de la justicia, y las posibilidades materiales de los juzgados, incluida la oficina judicial, han de permitir los medios para la averiguación e indagación de los hechos, etcétera.

La fijación de los hechos no es tampoco, como pudiera parecer a simple vista, una atribución automática de significados en relación con elementos que se le proporcionan al juez, sino que se dota de una cierta consistencia en función de cuáles son los elementos de convicción de ese juez y de las creencias y valores que adopta ante la sociedad¹⁴⁵.

Hay ocasiones en que la realidad se presenta al juez con las distorsiones interesadas de las partes, pretendiendo que la verdad de los hechos es la que cada parte propugna. Otras veces hay incluso conformidad con los hechos, y lo que se pide es la determinación del derecho aplicable, siendo el campo de la controversia solamente el de la subsunción del hecho, pacífico, en la norma. Aquí los hechos, al no cuestionarse, adquieren valor de verdad, y lo que se discute es la norma aplicable a esos hechos. El juez ha de definir el derecho solamente, y en tal caso, la subsunción solo plantea los problemas clásicos de la interpretación normativa.

La mayoría de las veces, sin embargo, la distorsión de los hechos se produce por circunstancias intrínsecas a la propia situación, la distancia temporal, y la forma de percibir la realidad de cada uno. En el primer caso, desde que se

¹⁴⁵ En todo caso, «la constatación de los hechos, su calificación jurídica, el hallazgo de la norma verdaderamente aplicable, y la decisión o el fallo, no son momentos sucesivos en un proceso mental, sino que, por el contrario, son aspectos inseparables de un proceso mental unitario, de una sola figura mental». L. RECASENS, *Nueva filosofía de la interpretación*, p. 246.

producen los hechos hasta que los testigos deponen en la vista oral del proceso, ha transcurrido un inevitable lapso, imprescindible para la tramitación de la causa, pero a su vez capaz de desdibujar la realidad ¹⁴⁶.

El proceso judicial determina unos hechos que no necesariamente son los que han ocurrido, sino los que se declaran probados. A ello hay que efectuar una primera reducción, la de los hechos que se han traído al proceso, que delimitan ya previamente los que van a poder ser probados, pues no deberá practicarse prueba sobre los que no se hayan vertido al proceso en tiempo y forma («Lo que no está en los autos no está en el mundo») ¹⁴⁷.

La determinación del material probatorio la controla el juez. Lo que es objeto de prueba tiene a veces contornos fronterizos de difícil delimitación, en cuanto a si estamos ante hechos, en cuyo caso es exigible la prueba, o ante el derecho, que ha de ser valorado sin necesidad de probarlo ¹⁴⁸. Cuando la causa se señala a vista en los procesos en que rige el principio de oralidad, las pruebas practicadas en ese acto procesal devienen de la máxima significación en cuanto a la satisfacción de los intereses de las partes. Y la manera de conducir el acto, el reflejo en el acta del juicio, y sobre todo la forma de practicar las pruebas, tiene una importancia decisiva para que el juzgador pueda llegar a formarse el convencimiento intelectual de los hechos.

Un modelo descriptivo de la argumentación sobre hechos, como el que propugna, por ejemplo, Asís Roig ¹⁴⁹, en el que paralelamente a la determina-

¹⁴⁶ *Ib.*, p. 239.

¹⁴⁷ Para Asís Roig, el juicio sobre los hechos presenta tres fases: la presentación de los hechos, la actividad probatoria, y la fijación de los hechos. La presentación de los hechos se efectúa en bruto, o sea, sin depuración de que los elementos que contradicen el derecho sean presuntamente delictivos, etc., sin conexión con el derecho. Se trata de hechos alegados. Es sobre estos hechos sobre los que se efectúa la prueba. Y aquí, algunos de estos hechos no pueden ser demostrados, otros lo van a ser sin determinación de responsabilidades, y otros van a ser los determinantes del fallo. (Asís Roig, *Jueces y normas*, p. 101).

¹⁴⁸ Así ocurre con los usos, que se diferencian de los hechos en que son máximas de experiencia, a medio camino entre el hecho y la costumbre. Stein considera los usos comerciales máximas de la experiencia, «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido, y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos». STEIN, F. (1973). *El conocimiento privado del juez*. Universidad de Navarra (p. 22). Igual ocurre con los hechos notorios. Para Stein los hechos notorios son los de conocimiento general, y en ese sentido no necesitan probarse (p. 133). «Públicamente conocido» (p. 141), «de manera que un hombre razonable y con experiencia de la vida pueda declararse tan convencido como el juez en el proceso en base a la práctica de la prueba» (p. 141). Igual para Villar Palasí, que distingue lo notorio de lo manifiesto y de lo evidente. J. L. VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, p. 121.

¹⁴⁹ Este cuadro teórico supone un *iter*, que comienza con la aportación de los hechos, la prueba sobre esos hechos, el resultado de la prueba, la fijación a partir de ahí de los hechos probados, y, paralelamente, el proceso de argumentación que conlleva ese elemento fáctico, en el orden determinante de las consecuencias jurídicas que acarrearán esos hechos probados. *Jueces y normas*, p. 158. Este modelo es válido solamente para casos generales de aplicación judicial, en los que de los hechos relatados se desprenden consecuencias jurídicas directas, pero aquí no se comprenden todas aquellas decisiones judiciales en las

ción de los hechos, se va pensando en el derecho, quiebra sin embargo en algunos operadores jurídicos, como puede ser el tribunal del jurado. La tajante división que puede efectuarse aquí entre hecho y derecho, en orden a determinar la función del jurado, solamente limitada a los hechos, y huyendo expresamente de las calificaciones jurídicas, evita que pueda ir configurándose, desde la práctica de la prueba, esa relación necesaria entre el hecho y el derecho, entre la conducta y la calificación jurídica¹⁵⁰, si bien es de toda evidencia que tanto el material probatorio como el impulso del proceso, y todas y cada una de las actuaciones procesales, están sometidas al derecho taxativamente, y su legalidad es controlada por el juez, que deberá, en todo caso, facilitar al jurado su labor¹⁵¹.

La búsqueda e indagación de los hechos responde a las exigencias de una verdad material¹⁵², pero por encima de la verdad material estará, una vez que se hayan practicado las pruebas, esa verdad formal, que desde ese momento es la única verdad del proceso, salvo que la reapertura de este permita modificarla, y en las condiciones es que sea procesalmente posible. Una vez que la resolución judicial es firme, surte sobre ella el efecto de cosa juzgada material, y ya solo podrá alterarse a través del recurso de revisión, y con los efectos que alcanzan de forma limitada a este recurso.

2. La prueba

A) LA INTERPRETACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO

Puesto que el proceso de interpretación de las normas jurídicas no se produce en un momento único de subsunción del que resulta un fallo, la dificultad de cada procedimiento dependerá de las especificidades de cada caso,

que la obstrucción del proceso se produce por causas igualmente previstas en la ley como desestimatorias de la pretensión, sin tener en cuenta ni siquiera los hechos, por ejemplo, la incompetencia de jurisdicción, o la caducidad o prescripción de la acción para reclamar el derecho. En cualquier caso, podría decirse, no sin cierta razón, que estos, los hechos, convienen al menos para basar en ellos las excepciones formales alegadas, pues la mera desestimación por excepciones procesales se tendrá que basar en alguna prueba de hecho.

¹⁵⁰ J. ESSER, *Principios y normas*, p. 332. Para él no es posible esta distinción.

¹⁵¹ El artículo 46 de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado, establece las especialidades probatorias del jurado en el proceso verbal, que implican amplias posibilidades para solicitar aclaraciones en materia de prueba, incluida la inspección ocular.

¹⁵² El principio de oralidad en los procesos penales y en algunos civiles no obedece más que a la necesidad de facilitar la indagación de los hechos, y no solo por parte del juez, sino de las partes interesadas en el proceso.

pero ya no solo en la dificultad de solventar el supuesto de hecho en sí mismo considerado, sino, además, en cuestiones de orden competencial, legitimación y todos aquellos aspectos formales que intervienen en el proceso.

Quiere decir esto que los elementos de interpretación que se vierten en el proceso de subsunción, conocidos de modo clásico como necesarios para llegar a encontrar la norma aplicable, se hacen igualmente necesarios en todos aquellos momentos en los que el operador jurídico realiza actividades dirigidas a impulsar el proceso, o a dirimir cuestiones tangenciales al mismo, en forma de providencias o de autos. Por tanto, no es en el momento solo del fallo, del dictado de la sentencia, cuando adquiere vigencia la actividad interpretativa, sino que, puesto que la aplicación del derecho conlleva todos los momentos procesales hasta que el juez tiene jurisdicción en el caso, es igualmente abarcable por la actuación del intérprete la actividad reglada del proceso, la cual, al ser reglada, ha de ser, desde que se inicia hasta que se finaliza, soluble en términos de aplicación de normas y, por ello, en términos de interpretación.

Coherentemente con ello, ha de estudiarse la interpretación, desde esta posición omnicomprendensiva del proceso, y no desde la posición de que hay un momento en que el juez vuelca su conocimiento en las reglas. El «caso» puede serlo solo en algunos momentos procesales, sin que el juez llegue a fallar, o serlo solo en una fase de recurso, de manera que el proceso abarca muchos momentos distintos en los que debe realizarse una actividad interpretativa de las normas jurídicas¹⁵³.

En el proceso se lleva a cabo, por tanto, una aplicación continuada y secuencial de un conjunto de normas que en sí constituyen un objeto interpretativo importante. Así, la prueba requiere de un análisis conforme a las reglas, principios de incumbencia regulados en leyes procesales, que si resultan infringidas acarrear la nulidad del proceso¹⁵⁴.

¹⁵³ El ejemplo más inmediato son los juzgados de instrucción, que solo tienen competencia para la instrucción del caso, pasando a la sala los autos para la determinación del juicio oral. El derecho penal proporciona otros casos, el del jurado, que reduce el papel del juez a fases técnicas, hurtándole el fallo de condena o absolución. Incluso, a veces, la notoriedad del «caso» abarca los momentos puramente competenciales del proceso, sin llegar siquiera a la fase instructora, donde, por las circunstancias sociales o políticas, el seguimiento del proceso es puntual en cuanto a declaraciones, dictado de providencias, etc.

¹⁵⁴ Las reglas de la prueba, que hoy constituyen un importante núcleo de normas procesales, históricamente constituían un juego tendente a averiguar la verdad. Un desafío que ha de aceptar la otra parte, so pena de admitir la consecuencia de no aceptar el juego. No se trataba de indagación acerca de los hechos, sino de fórmulas que se vinculaban a valores de verdad, como el juramento. FOUCAULT, M. (1978). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa (p. 41). Señala Foucault tres formas de acercamiento a la verdad sin que ninguna tenga que ver con la prueba de hechos: la primera es la adhesión social del inculpaado, consistente en que doce hombres lo exculpen jurando que él no fue; la segunda, en pronunciar adecuadamente

La prueba es el momento procesal en que se dirime realmente el punto central de la controversia¹⁵⁵. Tanto en los procesos orales, como en los escritos, el proceso adquiere su momento culminante en el momento en que se va a demostrar lo que se alega. Por ello, la prueba ha de practicarse con garantías, y la interpretación de la prueba es también un momento crucial en el proceso, en la medida en que es la prueba la que actualiza el caso. Todo proceso es una historia, y como historia, tiene que ser contada, recuperada, para ser conocida por el juez.

Es en la prueba, donde el juez adquiere el convencimiento de los hechos, no hay otro momento del proceso más que el de la práctica de la prueba para que el juez retrotraiga la realidad social al momento en que ocurren los hechos que originan la postulación procesal, o la defensa de los intereses públicos¹⁵⁶. Si bien, a diferencia del historiador, el juez no está obligado a obtener una verdad material, sino la verdad oficial, la verdad formal, que no es preciso que haya existido, sino que basta con que se haya probado¹⁵⁷. Es en este momento de la prueba de los hechos donde se quiere efectuar la consabida distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho, no estando el derecho sometido a prueba, salvo las especificidades referidas a la costumbre o los usos.

Los medios de prueba admitidos en el proceso delimitan y reducen a un eventual núcleo razonado y coherente el material probatorio, obtenido mediante la confesión de parte, los testigos, los documentos y las pericias¹⁵⁸.

Aquí se pone de manifiesto la dificultad de determinar de manera objetiva lo que se sabe en relación con el caso. En cuanto que se trata de pruebas de la parte, la objetivación se manifiesta de modo distinto en según qué aspectos del proceso; así, en el caso de las pruebas periciales, la verdad que al perito se le supone objetiva puede ser entendida como una cosa y su contraria, al haber dos dictámenes periciales contradictorios sobre el mismo caso¹⁵⁹. El juez, por tanto, debe tener en

fórmulas de cuya corrección se desprenda la inocencia; y, finalmente, las ordalías, lucha del inculcado con su propio cuerpo, de la que debe salir indemne (p. 69 y ss.).

¹⁵⁵ «El derecho vivo, el derecho de las decisiones jurídicas en sentido estricto, reclama el hecho como presupuesto y motivo». (M. CALVO GARCÍA, *op. cit.*, p. 137).

¹⁵⁶ Aquí el juez es un historiador, que recrea el pasado y lo interpreta. (*Ib.*, p. 137).

¹⁵⁷ Naturalmente, la jurisprudencia de intereses ha mediatizado de forma importante la necesidad de indagar la verdad material en el proceso, y la exigencia de la justicia exige incluso la actividad de remoción de obstáculos en nuestro ordenamiento para alcanzarla, pero también es cierto que las pruebas ilegales no surten efectos jurídicos, pese a su demostración real, por elevarse por encima de la verdad otros principios de justicia y derechos fundamentales, mayores que la verdad.

¹⁵⁸ La función de los testigos en un proceso, es la de coadyuvar al encuentro de la verdad que ellos han presenciado y pueden reproducir ante el juez. Revierten sobre todo al problema del lenguaje y a la posibilidad de reproducir el momento en el que vieron lo que cuentan.

¹⁵⁹ Para Stein, los peritos sustituyen al juez en el conocimiento con el que operan. Suministran el proceso la premisa mayor de la decisión, en tanto que los testigos aportan la premisa menor. (F. STEIN, *El conocimiento privado del juez*, p. 67).

cuenta que se trata de una verdad dialéctica, o sea, de versiones interesadas, en las que él tiene que dilucidar una verdad objetiva, extraída de las contradicciones en las que incurren las partes¹⁶⁰, pues es evidente que el discurso se dirige, con mayor o menor fortuna por los propios participantes, a batir al adversario dialéctico¹⁶¹.

B) LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La doctrina admite dos modos de valorar la prueba, lo que se llama la valoración legal, y la libre valoración de la prueba¹⁶².

Los sistemas para la valoración legal de la prueba exigen que el juez se sujete exclusivamente a los criterios que la ley establece en materia probatoria, mientras el margen de discrecionalidad en los sistemas de libre valoración es mayor porque solo ha de ser congruente y racional¹⁶³.

¹⁶⁰ La estructura del proceso en general, en cuanto reglada, somete a una extrema parcialidad el mensaje emitido por el perito, y en general, pues, de todos los comunicantes, en cuanto no permite una emisión libre de contenidos, sino que las respuestas han de ser conforme a las preguntas, y estas, aun en el proceso civil, han de ser formuladas previamente por escrito. El sesgo que produce esta información ha de justificarse, igual que el resto de las formalidades procesales, por la circunstancia de que las partes queden en el proceso equilibradas, y de que los márgenes de discrecionalidad sean mínimos. La diligencia de careo amplía muy considerablemente las posibilidades de conocimiento de la verdad, al permitir la interpelación y el desarrollo dialéctico entre dos oponentes en torno a la determinación de un hecho o circunstancia. No obstante, aunque se pudiera llevar a cabo esa prueba de indagación en un coloquio o diálogo abierto entre un número indeterminado de personas, las experiencias llevadas a cabo en otras sedes, como los medios de comunicación, manifiestan que no por ello el esclarecimiento de la verdad se acrece, sino que la brillantez dialéctica o el tono elevado de la voz pueden hipotecar la verdad que se busca como incontestable.

¹⁶¹ Para Betti, «in ogni dialogo che si svolga fra due interlocutori orientati in senso reciproco l' verso a l' altro, si può notare che ciascuno nel rivolgersi all'altro anticipa determinate risposte possibili nella discussione, da parte dell'interlocutore. La proposta contiene già da parte sua la replica a possibili risposte dell'altro. Quanto meglio gli interlocutori sono orientati in senso reciproco, tanto più ovvio è il caso di un mutamento di fronte degli argomenti in discussione: mutamento, che denunzia come la reciprocità nella discussione si converta in uno scambio dialettico della posizione dell' uno con quella dell'altro; così che al termine del dialogo ciascuno si sente colpito dagli argomenti coi quali per l'innanzi aveva pensato di battere l'interlocutore». (E. BETTI, *L'interpretazione...*, p. 164). La diferencia entre el proceso interpretativo y la situación puramente inductiva o de señalización está en que en estas últimas se requieren dos términos solamente. «Il soggetto che compie l'illazione e il fatto dal quale viene inferito un altro fatto. Per contro, nel processo interpretativo i termini sono tre: lo spirito interpretante avverte la presenza di un altro spirito dall'altro capo (per così dire) del filo che serve da mediazione comunicativa: un altro spirito che gl'invia un messaggio attraverso la forma rappresentativa: spirito affine, ma altro da esso e ad esso contrapposto». (*Ib.*, p. 107).

¹⁶² IGARTUA, J. (1994). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Tirant lo Blanch (p. 31).

¹⁶³ Igartua añora en nuestro sistema la valoración legal de la prueba, porque garantizaba que su valoración se ajustara a una metodología, y porque resguardaba al justiciable de los subjetivismos del juez (*ib.*, p. 78). Pero en nuestro ordenamiento jurídico no se regula una valoración reglada, sino que las normas acerca de la prueba permiten un margen amplio al juez para la valoración. Así, en el orden jurisdiccional penal, el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el juez valorará la prueba «apreciando según su conciencia». La peculiaridad de la valoración de prueba penal la constituye la presunción

Acerca de la «*íntima convicción*», Igartua ha señalado la evolución histórica del sistema legal de valoración de prueba al de libre valoración. Fruto de la evolución francesa racionalista subsiguiente a la Revolución francesa, la entrada del jurado en los procesos penales exigía la previa división del derecho en cuestiones de derecho, reservadas al juez, y cuestiones de hecho, susceptibles de apreciación popular conforme criterios de convicción basados en el sentido común¹⁶⁴.

En cuanto a la posibilidad de recurrir, desde el momento en que la prueba en los procesos orales se concentra en un momento procesal en el que el juzgador adquiere un contacto directo con ella, es razonable que en casación no sea revisable esta prueba, con relación a la íntima convicción con que el juez ha resuelto, y a la independencia judicial.

Sin embargo, esto no debe entenderse de forma absoluta, sino que existen preceptos constitucionales que obligan a una posición distinta. La necesidad de motivación de las resoluciones judiciales exige que el juez razone acerca de su convicción, pues como íntima, no puede ser irracional, porque se alejaría del contenido del artículo 24 de la Constitución¹⁶⁵.

3. La terminación del proceso

El proceso puede terminar de varias formas. Normalmente, es la sentencia la resolución que pone fin a la controversia judicial, al menos en la instancia, pero puede obtenerse una solución extrajudicial a algunos conflictos, o inadmitirse por auto una demanda, de modo que, siendo la sentencia lo habitual, caben fórmulas distintas de finalización del proceso.

En todo caso, es cierto que la sentencia es usualmente la culminación de un proceso judicial, en el que el juez interrelaciona sus experiencias vividas a lo largo de la tramitación de la causa, y ha de producir una decisión

de inocencia que exige que se haya realizado una «mínima actividad probatoria de cargo». Otra peculiaridad del proceso penal la constituye los llamados indicios racionales de criminalidad. Stein estudió la prueba de indicios, como una conexión hecho-indicio, por el que, a través de hechos probados, o no controvertidos, el tribunal concluye en el hecho presunto jurídicamente relevante, la producción del daño o la culpa. (F. STEIN, *El conocimiento privado...*, p. 35). Esta convicción a veces es tal que se adquiere certeza irrefutable que no exige contraprueba, pero, si no, la exigencia de la contraprueba no es más que la manifestación de que, mediante la prueba de indicios suministrada por el obligado a probar, se está tan convencido de que ya nada hace falta positivamente, y que ese convencimiento solo puede ser removido por una contraprueba.

¹⁶⁴ Esa íntima convicción no era más que una convicción común, racional. (J. IGARTUA. *Valoración de la prueba...*, p. 83).

¹⁶⁵ En tal sentido, Igartua (*ib.*, p. 115). Y de la relación necesaria entre la congruencia y los artículos 9.3 y 120.3 de la Constitución (p. 126).

fundada en derecho ¹⁶⁶. Y es aquí donde probablemente se proyecte con más fuerza la predeterminación de la importancia subjetiva del juez en el proceso. Ciertamente su dirección del «caso» pone de relieve circunstancias subjetivas muy precisas acerca de cómo una resolución judicial se produce en un tiempo y en una realidad sociales. Y es en el juez donde se puede localizar el centro de gravedad de la experiencia jurídica ¹⁶⁷, sin que puedan en la actualidad mantenerse ya posiciones que ignoren su importancia decisiva en el proceso.

V. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS Y LA VINCULACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El problema de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria se ha planteado en nuestro ordenamiento de forma similar a otros países europeos, aunque, en todo caso, sin consecuencias institucionales de importancia ¹⁶⁸.

La articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional debe efectuarse desde el entendimiento de que la Constitución es la norma fundamental del Estado, y ello implica su supremacía en el ordenamiento. En cuanto norma fundamental, la Constitución ha de integrar el resto del ordenamiento jurídico. Por eso, toda actividad interpretativa de las normas jurídicas ha de efectuarse de conformidad con el principio de la supremacía constitucional, que incorpora los criterios de validez de todas y cada una de las normas que

¹⁶⁶ Ross ha estudiado el papel del juez en la sentencia, y ha analizado la relación entre los considerandos y la parte dispositiva, como una clara expresión de la mediatización de la mentalidad del juez. «El punto de vista tradicional no cuestiona que la parte dispositiva es el resultado del razonamiento hecho en los considerandos. La sentencia, desde este punto de vista, es un silogismo. Los considerandos contienen las premisas; la parte dispositiva la conclusión. En oposición a este punto de vista algunos estudiosos han sostenido en tiempos más recientes que el razonamiento hecho en los considerandos no es más que una racionalización de la parte dispositiva. En efecto, dicen, el juez toma su decisión guiado por una intuición emocional y parcialmente sobre la base de consideraciones y propósitos prácticos. Después de que la conclusión es establecida, el juez halla una argumentación jurídico-ideológica plausible para justificar su decisión». (A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 43).

¹⁶⁷ COSSÍO, C. (1944). *La teoría egológica del derecho*. Abeledo-Perrot (p. 168). «En la sentencia, el instante valorativo necesario para constituir la experiencia jurídica está en el juez y no en la estructura legal que se formó en otro instante valorativo, pero que al juez le llega solo como estructura». (*Ib.*, p. 166).

¹⁶⁸ J. L. López Guerra la ha llamado poliédrica, con una zona secante, de coincidencia en sus funciones. LÓPEZ GUERRA, J. L. (1997) «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional», en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Tirant lo Blanch (p. 29).

componen nuestro ordenamiento jurídico. Pero, precisamente por ello, la Constitución constituye el primer criterio hermenéutico para el intérprete¹⁶⁹, en cuanto parámetro de validez. Afirmación que se contiene su artículo 9.1 cuando prescribe que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento, así como en el artículo 9.3, que establece el principio de la jerarquía normativa.

1. La jurisprudencia del tribunal constitucional en el ordenamiento jurídico español

La Constitución española garantiza la efectividad de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. No solo en el Título X, cuando regula el Tribunal Constitucional y establece en el artículo 164.1 los efectos de las sentencias dictadas por este¹⁷⁰, sino, además, en el artículo 123, relativo al TS, donde salvaguarda la competencia del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales¹⁷¹.

Estas dos normas se complementan todavía con el artículo 161.1.a) que regula los efectos profuturo de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, con la finalidad de asegurar la coherencia del ordenamiento. La regulación constitucional de esta relación exige una articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional que permita conseguir esa coherencia. El Tribunal Constitucional, consciente de esa necesidad, ha intentado desde el principio sentar criterios de separación lo más claros posible, entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, con el fin de que no se produzcan, o se reduzcan al mínimo, las interferencias entre ambas jurisdicciones.

¹⁶⁹ A este respecto, PÉREZ LUÑO, A. E. (1986). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos (p. 268) y R. PERALTA, *op. cit.*, p. 59. «Sobre la dificultad de articular la relación entre ambas jurisdicciones», P. PÉREZ TREMPES, *op. cit.*, pp. 193 y ss. Y, sobre la interpretación de la Constitución realizada por la jurisdicción ordinaria, BALAGUER, M. L., *La interpretación de la Constitución...*, *cit.*

¹⁷⁰ «Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* con los votos particulares si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de otra norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos».

¹⁷¹ «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

Para ello, ha creado un cuerpo de doctrina jurisprudencial que se basa en algunos de estos principios:

- Una separación de las competencias en cuanto a las leyes preconstitucionales¹⁷² y control de legalidad de los reglamentos¹⁷³.
- Una separación de funciones que no permita el TC revisar las actuaciones de los jueces y tribunales ordinarios más que en aquellos aspectos que revistan naturaleza constitucional¹⁷⁴.

Estas dos líneas argumentales, establecidas por el TC en sus inicios, mantienen una evolución en sucesivas resoluciones, que se han ido perfilando en el sentido de que exista una clara separación entre el objeto de enjuiciamiento constitucional y el objeto de enjuiciamiento de cualquier norma, de conformidad con la Constitución¹⁷⁵.

Pero, sin duda, donde resulta difícil mantener una línea de separación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional es en el artículo 24 de la CE, en lo que se refiere a la tutela judicial efectiva. El TC ha intentado diferenciar ambas funciones jurisdiccionales, pero no siempre ha sido posible¹⁷⁶.

A pesar de que se hayan producido algunas situaciones un tanto difíciles, del análisis de la jurisprudencia del TC se desprende ese afán de pulcritud en el mantenimiento de una separación las funciones respectivas de cada jurisdicción.

¹⁷² STC 4/1981, de 2 de febrero.

¹⁷³ STC 19/1981, de 11 de junio.

¹⁷⁴ STC 8/1981, de 30 de marzo, desestimatoria de un recurso de amparo en el que el recurrente invoca el derecho de igualdad para un empresario condenado por delito de apropiación indebida, al retener la cuota obrera de la seguridad social de los trabajadores, basándose en que otras sentencias del TS habían absuelto a otros empresarios ante idéntico supuesto de hecho. El TC considera una injerencia, contraria al artículo 117 de la CE, entrar a conocer de los hechos probados de un recurso de casación, y admite que las diferencias entre un fallo y otro pueden estar justificadas por «un margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función y en la que el Tribunal no podría entrar». (FJ 6).

¹⁷⁵ La STC 46/1994 considera que no es función del TC revisar las normas que aplica la jurisdicción ordinaria, salvo que fuese arbitraria, errónea o lesione un derecho fundamental. Respecto de la distinción entre interpretación de la Constitución e interpretación «de conformidad» con la Constitución, APARICIO, M. A. (1989). «La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto de amparo constitucional». *RCEC* (p. 55).

¹⁷⁶ STC 7/1994, de 17 de enero, por la que se determina el alcance del artículo 24.1 y se anula la St. de la Sala de lo Civil del TS de 30 de abril de 1992, y se decreta la firmeza de la dictada por la Audiencia Provincial de 26 de febrero de 1990. El voto particular de P. Cruz Villalón, que no negaría el amparo, pero sí daría otro alcance al fallo, es muy ilustrativo de la delimitación de las funciones de la jurisdicción constitucional y ordinaria. Un comentario a esta sentencia en L. LÓPEZ GUERRA, *Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional*, p. 52 y ss., y en LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. L. (1997). «El amparo judicial de los derechos fundamentales», en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Tirant lo Blanch (p. 132 y ss.).

Así, el TC ha mantenido respecto del ejercicio del derecho de tutela:

– La necesidad de tutelar el cumplimiento de los actos de comunicación procesal: citaciones, emplazamientos y edictos. Aquí el TC ha manifestado una importante flexibilidad respecto de la rigidez de ciertos preceptos, e incluso de interpretaciones realizadas por la jurisdicción ordinaria¹⁷⁷.

– La necesidad de mantener, dentro del artículo 24 CE, los siguientes contenidos: el derecho de acceso a los tribunales, el derecho de acción, el derecho a los recursos legalmente establecidos, el derecho a una resolución fundada en derecho y el derecho a la ejecución de las sentencias firmes.

Quedan expresamente dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria:

– La selección de las normas aplicables¹⁷⁸.

– La interpretación y la aplicación de la ley¹⁷⁹. Comoquiera que el ordenamiento no puede ser ordinario y constitucional, sino uno e integrado por todas las normas, el TC ha considerado en algunas sentencias la necesidad de mantener esa coherencia¹⁸⁰.

– El esfuerzo por acomodar la norma a una interpretación constitucional, de modo que el planteamiento de la cuestión exige que el juez motive las razones de la inconstitucionalidad, y no considere la cuestión en el plano consultivo¹⁸¹.

¹⁷⁷ Un estudio sistemático de estas cuestiones en M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, cit., sobre todo a partir de la p. 75.

¹⁷⁸ STC 176/1995, que en virtud del principio de exclusividad jurisdiccional considera actividad jurisdiccional la selección de la norma aplicable, su interpretación, la libre valoración de la prueba y la posibilidad de hacer ejecutar lo juzgado. La selección de la norma y su interpretación corresponden a la jurisdicción ordinaria (STC 109/1988, de 8 de junio; STC 166/1994, de 26 de mayo).

¹⁷⁹ A salvvedad de la exigencia de que debe ser interpretada conforme a la Constitución. Y además la de que esa interpretación afecte al núcleo constitutivo de un derecho fundamental o de una libertad pública (STC 359/1993; STC 19/1994, de 27 de enero). Pero, cuando se trata de un derecho fundamental, el TC a veces obliga a realizar una interpretación excesivamente «valorativa» de las circunstancias en que incurrir las partes. La STC 9/1993, de 18 de enero, por la que el TC estima un recurso de amparo enmarcado en la tutela judicial efectiva, exige una «interpretación espiritualista de los presupuestos procesales más allá de la letra de las normas, trascendiendo su texto para buscar la función de garantía que cumplen, sin hacerlas incurrir en un formalismo, que no es sino perversión de la forma».

¹⁸⁰ Con motivo de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que originan la STC 179/1994, de 16 de junio, el TC pone de relieve la necesidad de interpretar todo el derecho «desde el principio de unidad de la Constitución». (FJ 5). Reitera doctrina en la STC 102/1995, de 26 de junio.

¹⁸¹ El TC ha huido expresamente de la naturaleza consultiva de las cuestiones de inconstitucionalidad (STC 222/1992, de 11 de diciembre). Distintos matices presentan a veces los razonamientos del juez ordinario en el auto por el que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad. Respecto de la posibilidad de sustituir ese razonamiento por otro, el TC se muestra cauteloso (STC 67/1985, de 24 de mayo: «El Tribunal no puede sustituir al órgano judicial en el razonamiento jurídico que ha de fundamentar su decisión, para determinar en qué medida depende el fallo de la validez de la norma cuestionada, aunque pueda examinar la exactitud del juicio de relevancia» (FJ 1).

Lo que constituye el juicio de relevancia depende de la interpretación, o sea, la subsunción o calificación de los hechos presupone la prueba de hechos y su calificación jurídica, dos elementos inescindibles de la actividad interpretativa. Tanto la claridad de los hechos por notorios como la de la norma de aplicación pueden facilitar esa actividad, pero nunca anularla, como en principio califica Gascón¹⁸².

Los principios *notoria non egent probatione* y *axioma in claris* deben ser también relativizados desde la interpretación valorativa, si tenemos en cuenta la relatividad, sobre todo del axioma, que considera innecesario argumentar sobre la claridad de un precepto en su fase aplicativa. Ok.

A) LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

La exigencia del artículo 120.3 de la CE¹⁸³ no ha tenido el desarrollo dogmático que cabe esperar de un precepto constitucionalizado para la garantía de los justiciables y de la sociedad, porque en definitiva la motivación de las resoluciones judiciales lo que pretende es explicitar las razones que conducen a una decisión judicial. Ha sido a través del derecho a la tutela judicial efectiva y del artículo 9.3, como se ha estudiado indirectamente la motivación¹⁸⁴.

La necesidad de distinguir la motivación en función de cada proceso permite dar cuenta del grado de vinculación de las resoluciones judiciales en su exigencia de seguir los precedentes¹⁸⁵. En la motivación se contiene una exigencia importante del derecho, no solo como explicitación a las partes, sino también como una función de legitimación social del derecho explicitada no solamente a los órganos jurisdiccionales o a las partes, sino a la sociedad.

La motivación implícita, si bien sirve al proceso en su legitimación interna para razonar técnicamente sobre algo que ya puede darse por cerrado, en cuanto a la legitimación externa del derecho no cumple la función esencial de ilustración intelectual de la decisión, porque comprende la motivación, no solo la interpretación de la norma conforme a los hechos, sino también la selección

¹⁸² GASCÓN, M. (2014). «Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos», en *Argumentación jurídica*, de M. Gascón (coord.). Tirant lo Blanch (p. 225).

¹⁸³ Que ha sido desarrollado posteriormente en la LOPJ (art. 248) y en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, artículos 218.2 y 209.2.

¹⁸⁴ Una evolución del concepto de motivación desde la «libre convicción» del juez hasta las exigencias del 120 en IGARTUA, *Valoración de la prueba...*, p. 214 y ss.

¹⁸⁵ Debe en todo caso tenerse en cuenta la naturaleza del proceso, órgano jurisdiccional, instancia, prueba..., etc., según Igartua (*ib.*, p. 16).

de esa norma y no otra, y la graduación de la medida¹⁸⁶. De ahí la necesidad de reforzar la motivación en algunas regulaciones en las que la impartición de la justicia exige una total clarificación como en la Ley del Jurado, que exige unos requisitos procedimentales orientados a ese fin.

Se ha cuestionado hasta qué punto la exigencia de una sucinta explicación satisface el contenido del 120, dado que, además, se presume en el jurado una incompetencia técnica para esta tarea¹⁸⁷. De hecho, dice que el 120.3 no tiene por qué incluir el veredicto en la motivación, pero el 61.1.d) lo ha hecho. Y la Exposición de Motivos¹⁸⁸.

a) *La motivación de las sentencias en la institución del jurado*

La compatibilidad del jurado con el 120 CE debe tener en cuenta que el veredicto no es la sentencia, sino una parte de ella sobre la que el juez la construye. El artículo 61.1.d) de la ley del jurado, a los efectos de construir la sentencia, permite al juez exigir un acta con la sucinta explicación de las razones. La LO 5/1995 del Tribunal del Jurado exige el cumplimiento de un importante número de requisitos acerca de la tramitación y el fallo¹⁸⁹.

El portavoz someterá a votación cada uno de los párrafos en que se describen los hechos, tal y como fueron propuestos por el magistrado-presidente. Los jurados votarán si estiman probados o no dichos hechos. Para ser declarados tales, se requieren siete votos, al menos, cuando fuesen contrarios al acusado y cinco votos, cuando fuesen favorables.

Si no se obtuviese dicha mayoría, podrá someterse a votación el correspondiente hecho con las precisiones que se estimen pertinentes por quien proponga la alternativa y, nuevamente redactado así el párrafo, será sometido a votación hasta obtener la indicada mayoría.

La modificación no podrá suponer dejar de someter a votación la parte del hecho propuesta por el magistrado-presidente.

¹⁸⁶ Sobre los márgenes de discrecionalidad de los jueces, aun motivando cada secuencia de la aplicación de normas (*ib.*, p. 33).

¹⁸⁷ *Ib.*, p. 211.

¹⁸⁸ Así, el artículo 52 respecto de la sentencia, que se completa con las exigencias de su contenido en el artículo 70. Y también del artículo 61.1.d) de la ley se desprende una clara obligación de motivar, porque si no, ni se habría dicho en la Exposición de Motivos, ni tendría sentido este precepto, ni tampoco estaría claro entonces quién debería motivar sobre esos hechos, de modo que en realidad quedarían sin motivar, y en definitiva se privaría de la razón de ser al jurado. (*Ib.*, p. 239).

¹⁸⁹ La distinción de Igartua entre la motivación del veredicto y la motivación de la sentencia es tanto más acertada cuanto que el veredicto sigue siendo el dato sobre el que se construye el razonamiento, que no se exige al jurado sino al juez. (*Ib.*, p. 213).

El artículo 63 prevé que «1. El Magistrado-Presidente devolverá el acta al Jurado si, a la vista de la copia de esta, apreciase alguna de las siguientes circunstancias: a) Que no se ha pronunciado sobre la totalidad de los hechos. b) Que no se ha pronunciado sobre la culpabilidad o inculpabilidad de todos los acusados y respecto de la totalidad de los hechos delictivos imputados. c) Que no se ha obtenido en alguna de las votaciones sobre dichos puntos la mayoría necesaria. d) Que los diversos pronunciamientos son contradictorios, bien los relativos a los hechos declarados probados entre sí, bien el pronunciamiento de culpabilidad respecto de dicha declaración de hechos probados. e) Que se ha incurrido en algún defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación. 2. Si el acta incluyese la declaración de probado de un hecho que, no siendo de los propuestos por el Magistrado, implique una alteración sustancial de estos o determine una responsabilidad más grave que la imputada, se tendrá por no puesta. 3. Antes de devolver el acta se procederá en la forma establecida en el artículo 53 de la presente Ley.

Y de acuerdo al artículo 61, concluida la votación, se extenderá un acta con los hechos probados y una votación que refleje el número de votos a favor y en contra de la decisión propuesta, y sobre el criterio del jurado en cuanto a la aplicación al declarado culpable de los beneficios de la remisión condicional de la pena que se impusiere, para el caso de que concurran los presupuestos legales al efecto, y sobre la petición o no de indulto en la sentencia. Además se contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados, se harán constar los incidentes acaecidos durante la deliberación, evitando toda identificación que rompa el secreto de esta, salvo la correspondiente a la negativa a votar.

La diferencia entre el artículo 14 CE y el 24 CE en su aplicación es relevante por la distinta importancia que en el plano práctico evidencian. Para dar cumplimiento al artículo 24 basta que se motive acerca del derecho que se solicite, pero para cumplir el 14 debe justificarse adecuadamente la razón por la que se ha cambiado de criterio¹⁹⁰.

Es cierto que en ambos casos la exigencia de la motivación se lleva a cabo si se satisface una correcta relación entre los hechos y el derecho, pero esa operación no es precisamente fácil en asuntos complejos de los que, sobre todo el Tribunal Constitucional, conoce con bastante frecuencia¹⁹¹.

¹⁹⁰ ZOCO ZABALA, C. (2003). *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (Artículos 14 y 24.1 CE): Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002)*. Bosch (p. 82).

¹⁹¹ La motivación exige una imbricación inescindible entre hechos y derecho. (*Ib.*, p. 234).

b) *La motivación de las resoluciones judiciales*

Son necesarios todos estos requisitos:

- La fijación de los hechos que tengan relieve en el proceso ¹⁹².
- La determinación del contenido de sus propias resoluciones judiciales, salvo que esta determinación resulte incongruente o arbitraria ¹⁹³.

Estos criterios de delimitación, por los que el Tribunal Constitucional fija la separación de competencias materiales, han derivado finalmente la articulación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, a un problema de cuestiones tangenciales, referente una vez más a los límites ¹⁹⁴. Así, el plano de legalidad y el plano de constitucionalidad, en relación con la coherencia del ordenamiento, en el fondo plantea los límites de la jurisdicción constitucional, analizando las eventuales violaciones del artículo 24 CE ¹⁹⁵.

- La adecuación entre el ordenamiento interno y el comunitario, acerca del que considera que la competencia es solamente del poder judicial ¹⁹⁶.
- El planteamiento o no de la cuestión de inconstitucionalidad, que es libre por parte del juez ¹⁹⁷.

¹⁹² STC 23/1985, de 15 de febrero.

¹⁹³ STC 135/1994, de 9 de mayo. «La determinación del sentido del fallo judicial es una función netamente jurisdiccional». En cuanto a las pruebas, es facultad del juez su admisión, pero su denegación ha de ser razonada. STC 131/1995, de 11 de septiembre, que estima el amparo ante la denegación de una prueba no razonada.

¹⁹⁴ Acerca del control de las decisiones y de las motivaciones judiciales, se ha llamado la atención por parte de doctrina. El TC no controla la motivación más que cuando esta sea manifiestamente incongruente. BORRAJO, I.; DÍEZ-PICAZO, I., y FERNÁNDEZ, G. (1995). *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*. Civitas. Para estos autores implica dar un salto cualitativo desde la consideración de derecho procesal y formal del artículo 24 CE al derecho sustantivo que se puede violar cuando la resolución sea manifiestamente arbitraria. Y esto se da en dos casos, cuando se haya producido una selección arbitraria de la norma aplicable o se haya incurrido en un error patente, y cuando se haya producido una desvinculación del sistema de fuentes (p. 65-66). De este modo, para estos autores coexisten en la jurisprudencia del TC dos líneas contradictorias, la que afirma que el derecho de tutela no abarca el acierto judicial ni la selección de la norma para la aplicación, y la que defiende la vinculación a las fuentes y la interdicción de la arbitrariedad.

Las SSTC 10/1989 y 233/1891 las consideran excepciones al principio general (SSTC 126/1994 y 22/1994). Por su desconexión con la naturaleza formal del derecho de tutela, los autores consideran que se debería abandonar esa línea por parte del TC (p. 158).

¹⁹⁵ STC 179/1995, de 11 de diciembre, que inadmite un amparo al solicitante, por denegación de recurso en la jurisdicción ordinaria, atribuyendo la competencia a los jueces ordinarios por tratarse de una cuestión de legalidad.

¹⁹⁶ SSTC 13/1992, 79/1992 y 213/1994.

¹⁹⁷ Aunque lo hayan pedido las partes, y sin que se pueda entender que su negativa a plantear la cuestión viola el derecho de tutela judicial. STC 67/1988, de 18 de abril). El examen de constitucionalidad no tiene que ser explícito, y la negativa a plantear la cuestión solo dará lugar a recurso de amparo si se considera violado un derecho fundamental.

Con todo, estas referencias a la delimitación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional no agotan las posibilidades de articulación entre la jurisdicción constitucional y ordinaria, que necesariamente habrá de irse perfilando con el tiempo, en la medida en estos criterios forman parte del desarrollo de esas normas sobre interpretación a las que hemos hecho referencia, como reglas de interpretación que puedan fijar más claramente la delimitación de ambas instituciones.

2. La jurisprudencia del tribunal constitucional como fuente del derecho

La función unificadora del ordenamiento que la Constitución desempeña exige que haya un órgano al que le corresponda la interpretación última de la Constitución. Ese órgano es, en nuestro sistema jurídico, el Tribunal Constitucional¹⁹⁸. Es, por tanto, este Tribunal el que tiene que procurar la *unidad material* del ordenamiento al establecer la interpretación o los márgenes de interpretación del orden constitucional. Pero, además de esa unidad material, le corresponde al Tribunal Constitucional, justamente por su condición de supremo intérprete de la Constitución, la definición última de los criterios hermenéuticos que deben orientar la actividad interpretativa de los aplicadores del derecho. En la consecución de esa *unidad hermenéutica*, tan esencial para el ordenamiento, el Tribunal Constitucional tiene una capacidad de configuración mayor que en la unidad material, debido al carácter usualmente asistemático de las reglas de interpretación jurídica. El Tribunal interviene así, de manera decisiva, en la definición de las reglas sobre la interpretación del derecho, orientando a los demás tribunales, no solo sobre el derecho aplicable, sino también sobre la forma de aplicar el derecho: sobre las condiciones y las determinaciones que deben regir la interpretación de las normas. Naturalmente, para asegurar el cumplimiento de estas funciones, el ordenamiento debe prever una vinculación especial entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el resto de los aplicadores del derecho, en especial, el poder judicial.

Esa vinculación se contempla en diferentes normas. En primer lugar, en la propia Constitución, cuyo artículo 161.1.a) establece la afectación de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios por la declaración de inconstitucional-

¹⁹⁸ Un solo órgano y con una sola doctrina, que puede evolucionar, como es lógico, pero que no queda afectada por la estructuración interna en Salas para el enjuiciamiento de los recursos de amparo, como muestra el artículo 13 de la LOTC: «Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno».

lidad de las leyes que hayan sido interpretadas por los mismos¹⁹⁹. La redacción de este precepto es bastante imprecisa, lo que se debe, posiblemente, al debate que suscitó el control de la jurisprudencia ordinaria por el Tribunal Constitucional durante el proceso constituyente²⁰⁰. El término «afectar», utilizado en este artículo, sin que se especificara de qué modo se produciría ese condicionamiento, obligaba a un desarrollo legislativo que completara esta determinación genérica.

Ese desarrollo se produce ya con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 40.2 establece de qué manera se va a producir esa «afectación»: «En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad».

Alguna claridad arroja este precepto en relación con el artículo 161.1.a) de la Constitución. Aquí se dice explícitamente que la jurisprudencia de los jueces y Tribunales se ha de entender «corregida» por la doctrina del TC. Además, este efecto corrector se extiende al ampliarse el concepto de «declaración de inconstitucionalidad», en la medida en que es la «doctrina» del Tribunal Constitucional la que, en su conjunto, va a corregir la jurisprudencia ordinaria. Por tanto, no solo sentencias que declaren la inconstitucionalidad, también sentencias en las que no se produzca esa declaración (en las que exista una formulación doctrinal específica, como pueden ser las llamadas sentencias

¹⁹⁹ El artículo 161.1.a) dice que «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

²⁰⁰ La palabra «jurisprudencia» entra por una enmienda al que era el artículo 156 en el Texto del Proyecto de Constitución, del Grupo Socialista del Congreso, defendida por G. Peces Barba, y que pretendía abarcar a la jurisprudencia, como objeto de control de constitucionalidad por el TC. Fraga Iribarne consumió turno en contra por considerar que el Tribunal Supremo perdía su supremacía si el TC podía revisar su jurisprudencia, pero la enmienda prosperó [SAINZ MORENO, F. (ed.)] (1980). *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (v. II)*. Congreso de los Diputados (pp. 3.455 y ss.). La enmienda fue retomada en el Senado por la UCD, quien propuso esta redacción: «Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas con fuerza de ley, y jurisprudencia en cuanto sea fuente del Derecho». No había ninguna razón, a juicio de Valverde Mazuelas, defensor de la enmienda, para que la jurisprudencia no fuera objeto de recurso de inconstitucionalidad, y sí una ley aprobada por la soberanía popular representada en el Parlamento. El TS no debía tener en ese sentido mayor consideración que la soberanía popular (p. 4.294). Todo el debate posterior que se desarrolla acerca de la jurisprudencia como fuente del derecho (fundamentalmente las puntualizaciones de Sánchez Agesta y Pedrol Rius), llevaría finalmente a modificar la propuesta de UCD en este sentido: «Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley y jurisprudencia en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico». Se aprobó la enmienda en la Comisión, y en el Senado, pero la Comisión Mixta Congreso-Senado recoge el texto actual. En la aprobación del Senado de este texto definitivo, Villar Arregui criticará con dureza su redacción, como «desafortunada y tautológica» (p. 5145).

«interpretativas» en las que la validez del precepto enjuiciado está condicionada por la exclusión de determinadas interpretaciones extraídas del texto o por la vinculación a una interpretación específica para su aplicación). Pero, además, no solo sentencias, sino también autos, en los que no se produce declaración alguna de inconstitucionalidad, lo que tiene una importancia decisiva en cuanto a los efectos que pueden producir los autos de inadmisión en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Con todo, la LOTC establecía una vinculación limitada de la jurisprudencia ordinaria a la doctrina constitucional, como evidencia el hecho de que se reduzca a la formulada por el Tribunal Constitucional con motivo de la resolución de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Esas limitaciones quedarán, sin embargo, resueltas a partir de la LOPJ de 1985, cuyo artículo 5.1, tras reafirmar el principio de constitucionalidad, establece que los jueces y tribunales «interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de estos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Como se puede ver, la vinculación, ahora referida a la interpretación de la Constitución, se extiende a todo tipo de procesos. Esto tiene una gran importancia práctica por cuanto permite también extender efectos propios de sentencias que tienen solo eficacia *inter partes*, como es el caso de los procesos de amparo. Por otra parte, el carácter corrector *a posteriori* de la formulación contenida en el artículo 40.2 LOTC se convierte ahora en una función positiva de generación por el TC de un cuerpo consistente de doctrina, capaz de facilitar a los jueces y tribunales respuestas jurídicas para un desarrollo amplio de los principios constitucionales²⁰¹.

Por lo demás, todas estas normas rompen de manera demoledora con la idea de una actividad jurisdiccional exenta de condición innovadora sobre las normas interpretadas. Ese carácter creativo se reconoce a la vez en la jurisdicción constitucional, cuya doctrina vincula a los jueces y Tribunales, y en estos

²⁰¹ A este cuerpo de conceptos se ha referido E. Alonso García, al hablar de la «actualización» de la norma fundamental por parte del TC cuando concreta algún concepto indeterminado por la Constitución (*La interpretación de la Constitución*, p. 13). La generación de normas «subconstitucionales», como producto (*tertium*), es, en efecto, algo nuevo que surge de la actividad del Tribunal, y que en cuanto innova en el ordenamiento, crea derecho. «Tanto la ley como la sentencia constitucional “desarrollan” la Constitución». (p. 24). De ahí que no pueda hablarse en la actualidad del TC desde el punto de vista de la creación del derecho solo como un legislador negativo. En la medida en que crea criterios de interpretación de las normas, normas sobre interpretación (NSI), de cumplimiento obligado para los jueces y tribunales ordinarios, efectúa un auténtico control de la actividad jurisdiccional ordinaria, que cuando interpreta las normas, ha de hacerlo de conformidad con la doctrina creada por el TC. Ni siquiera en el control reglamentario regulado en el artículo 6 de la LOPJ, en cuyos supuestos de inconstitucionalidad también debe pronunciarse el TC. Al respecto, F. BALAGUER, *Aplicación de la Constitución y garantía...*, p. 131 y ss.

mismos, cuya jurisprudencia se ve afectada precisamente porque es un cuerpo propio añadido a las normas que son interpretadas y aplicadas por ellos. En efecto, un correcto entendimiento de esta norma permite concluir que la doctrina del TC no se agota en la interpretación de la Constitución, sino que, en la medida en que «las leyes y reglamentos» han de ser interpretados según los preceptos y los principios constitucionales, y según la interpretación que de ellos haga el TC, parece razonable que finalmente, toda norma se ha de interpretar, no ya «conforme a la Constitución», sino más bien «conforme a la interpretación del TC». Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 5.1 LOPJ no agota el principio de interpretación conforme en lo que se refiere a los jueces y tribunales, entre otras cosas porque la doctrina del TC puede necesitar también, en ocasiones, una interpretación. En ese caso, los tribunales deben regirse por el principio de interpretación conforme para procurar aquella orientación que favorezca la permanencia de las normas objeto de enjuiciamiento. Propiamente, el artículo 5.1, al establecer la vinculación entre jurisprudencia ordinaria y doctrina del TC, no interfiere en el principio de interpretación conforme, pues se limita a aportar unos criterios materiales y hermenéuticos de interpretación que deben integrar el parámetro a partir del cual pueda realizarse la interpretación conforme. De esa manera obliga, como decimos, a una interpretación «conforme con la interpretación del TC».

Teniendo en cuenta la vinculación que nuestro ordenamiento establece entre la jurisprudencia ordinaria y la doctrina del TC, la frontera sobre la que el TC no va a actuar, y va a ser objeto exclusivo de los jueces ordinarios, se vuelve imprecisa y discutible²⁰². De una parte, se intenta delimitar el ámbito de actuación en torno a la idea de que es de exclusiva incumbencia de los jueces ordinarios la selección de la norma jurídica, e incluso su interpretación, salvo que de la interpretación resulte la lesión de un derecho fundamental protegible en amparo²⁰³. Pero, cuando el TC dicta una sentencia interpretativa, no

²⁰² El TC se ha esforzado en delimitar este campo de actuación, pero a menudo estas sentencias producen votos particulares de denso contenido jurídico discrepante. La STC 114/1995, de 6 de julio, por la que se solicitaba lo que se vino en llamar un contraamparo, tuvo dos votos particulares con importantes objeciones de fondo. Sobre la sentencia, manifestándose contrario al fallo, Díez-Picazo, I. (1996). «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en Recursos de amparo», en *La sentencia de amparo constitucional*. CEC (p. 32 y ss.). A favor del fallo desestimatorio del amparo, Xiol Ríos, J. A (1996) «Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo: Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo», en *La sentencia de amparo constitucional* (p. 88).

²⁰³ STC 20/1994, de 27 de enero (FJ 1), por la que se estima el amparo de un capitán de buque al que se resuelve su contrato sin indemnización, en aplicación de una ordenanza de trabajo que colisiona con el derecho de igualdad. La estimación del amparo se produce por considerar que el juez, a la hora de seleccionar la norma aplicable, no tuvo en cuenta el artículo 14 de la CE, que, de haberlo considerado, le habría llevado a aplicar el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, sobre relaciones laborales de alta dirección,

son demasiado válidos estos criterios, puesto que la interpretación efectuada por el TC es la que debe prevalecer, no solo por razones de legitimidad, sino por imperativo del artículo 5.1 LOPJ²⁰⁴.

En suma, con el artículo 5.1 LOPJ se ha cerrado un círculo, cuyo diseño constitucional inicia con una cierta cautela el artículo 161.1.a) y que continúa siendo trazado por el artículo 40.2 LOTC.

La trascendencia de esta formulación, contenida en el artículo 5.1 LOPJ, es enorme en lo que se refiere a esa unificación material del ordenamiento a que antes hacíamos referencia (especialmente en materia de derechos fundamentales). En efecto, no va a ser el texto de la Constitución lo que los jueces y tribunales deban aplicar en adelante, sino las determinaciones normativas que de ese texto extraiga el Tribunal Constitucional por medio de su interpretación última de la Constitución. La línea de principio, discutida en fase constituyente acerca de la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, por la que el primero podría solapar u oscurecer la naturaleza de un tribunal que constitucionalmente está reconocido como supremo, carece de virtualidad a partir de este precepto, que no deja lugar a dudas acerca del efecto uniformador de la doctrina del TC.

Pero esa trascendencia se manifiesta también desde el punto de vista de la unificación hermenéutica, por cuanto el Tribunal Constitucional, al interpretar, no solo llega a resultados, sino que utiliza criterios que, por conducir a esos resultados obligados, vinculan igualmente a los tribunales ordinarios en cuanto a las reglas de interpretación a que estos deben atenerse. El Tribunal Constitucional, de ese modo, define no solo las *normas constitucionales*, sino también las *normas sobre la interpretación constitucional*, que son reglas esenciales dentro de las *normas sobre la interpretación jurídica* del ordenamiento.

donde hay prevista una indemnización para estos supuestos. Por tanto, aun en el proceso de selección de una u otra norma, puede intervenir el TC, si al hacerlo, el juez de instancia lesiona un derecho fundamental. Igual ocurre con la ponderación entre derechos fundamentales. Cuando el juez ordinario no efectúa la ponderación, el Tribunal Constitucional anula las actuaciones y devuelve los autos para que se efectúe la ponderación (STC 104/1986, de 17 de julio; STC 231/1988, de 2 de diciembre). Un análisis de los criterios de ponderación referidos a la libertad de información y el derecho al honor en BALAGUER, M. L. (1992). *El derecho fundamental al honor*. Tecnos (pp. 155 y ss.).

²⁰⁴ Solo a modo de ejemplo, obsérvese lo dicho en la St. 110/1993, de 25 de marzo, respecto de cómo han de interpretarse los arts. 8 y 12 de la LEC a la luz del artículo 24 de la Constitución. Esto tiene como consecuencia que, de no seguirse los criterios del FJ 8 de la sentencia, se violaría el artículo 24 de la CE.

3. Los límites de la interpretación «conforme»: el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

La vinculación del juez al Tribunal Constitucional es diferente en cada uno de los tres procesos constitucionales en los que resulta afectado directamente por sus decisiones. En el recurso de inconstitucionalidad, la ley ha de ser aplicada conforme la interpretación que de ella haga el TC. En las cuestiones de inconstitucionalidad, el juez que plantea la cuestión acatará esa sentencia que él mismo pide. En los recursos de amparo estimatorios, el juez ha infringido la Constitución, y la sentencia es una revisión del caso concreto, que viola un artículo de la Constitución, que regula un derecho de protección especial. De ahí se desprenden varias consecuencias importantes:

– La necesidad de acotar un contenido para el recurso de amparo, que se limite a la defensa de los derechos fundamentales, sin extender el amparo a cuestiones ajenas a ese derecho. El TC ha delimitado ese contenido excluyendo el contraamparo de la protección de los derechos²⁰⁵.

– La naturaleza de «mínimos» que se puede atribuir a la jurisprudencia del TC en materia de defensa de los derechos fundamentales, que cuando revise los criterios de aplicación de la Constitución, lo hará en función de que se haya violado o no su contenido esencial, pero no en función de que los jueces ordinarios se hayan excedido en la valoración de ese derecho. Salvo, naturalmente, en el caso de que haya de establecerse una ponderación entre dos o más derechos fundamentales.

Esto tiene una consecuencia importante en cuanto a la relación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, porque permite a los jueces, desarrollar los derechos fundamentales, sin que por parte del TC se puedan corregir esos excesos de protección del derecho, que, sin duda, implicaría ese contraamparo a que se ha venido negando el TC. Y, por tanto, permite a los jueces y tribunales elevar los mínimos constitucionalmente establecidos, desarrollando esos derechos, sin más topes en principio que los que se deriven de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

²⁰⁵ Esto implica, como dice Caamaño, que el TC no tiene la última palabra en materia de derechos fundamentales, sino solo en su vulneración. Sobre el contraamparo, F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «El recurso de amparo y la reforma peyorativa...», p. 147 y bibliografía allí citada, y Díez-PICAZO, I., «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias...», pp. 17-74, donde el autor se manifiesta contrario a los argumentos de la sentencia 114/1995, de 6 de julio. Otra posición distinta, la de J. A. XIOL RÍOS en «Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de I. Díez-Picazo...», donde se muestra a favor de la sentencia.

Los párrafos segundo y tercero del artículo 5 de la LOPJ dan al juez la posibilidad de plantear la cuestión cuando una norma con rango de ley pueda ser contraria a la Constitución. Hay, sin embargo, dos condiciones que reducen considerablemente la posibilidad del planteamiento de la cuestión: la primera, en el párrafo 2, cuando exige que se trate de una norma «de cuya validez dependa el fallo», y la segunda porque, antes de plantearla, tiene que agotar las posibilidades interpretativas.

En esta primera exigencia, reitera la LOPJ lo dicho en el artículo 35.1 de la LOTC, «de cuya validez dependa el fallo», de forma textual, reiteración a su vez del artículo 163 de la Constitución.

Pero al reducir las posibilidades de la cuestión de inconstitucionalidad a las normas de cuya validez dependa el fallo, nos encontramos con problemas interpretativos en muchas normas en las que el juez, en fases del proceso distintas o posteriores al dictado del fallo, no puede plantear la cuestión, ni tampoco inaplicar la norma por tener rango de ley²⁰⁶.

En cuanto al segundo caso, se trata de acomodar la norma a la Constitución. La cuestión se planteará solo «cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional»²⁰⁷.

Cuando el artículo 5.3 LOPJ establece que «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional», estamos ante una clara manifestación del principio de interpretación «conforme». Este principio, en todo caso, no vincula solo a los jueces y tribunales ordinarios, sino también al Tribunal Constitucional, que debe intentar, siempre que le sea posible (esto es, siempre que, en los términos de la Declaración del TC de 1 de julio de 1992, no exista «una contradicción, irreductible por vía de interpretación») realizar una interpretación de los preceptos enjuiciados que favorezca su permanencia mediante la determinación de las interpretaciones normativas que serían aceptables desde el punto de vista de su constitucionalidad (o la exclusión de las que serían inaceptables).

Por otra parte, el artículo 5.3 LOPJ no contiene todas las operaciones interpretativas que los jueces y tribunales deben realizar en relación con la interpretación del ordenamiento a la luz de la Constitución. En efecto, mientras

²⁰⁶ Véase en este sentido la STC 151/1985, por la que se estima la cuestión de inconstitucionalidad en fase de ejecución de sentencia y se declara inconstitucional el artículo 709 del Código de Justicia Militar.

²⁰⁷ Por tanto, deberá rechazarse cuando la interpretación que hace el juez de la ley o de la Constitución es absolutamente diversa de la que resulta común en nuestra cultura jurídica. Auto 286/1991. Ver JIMÉNEZ CAMPO, J. (1997). «Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España», en *Aplicación jurisdiccional de la Constitución*, coord. por Gerardo José Ruiz-Rico Ruiz. Tirant lo Blanch (p. 104). Acerca de la relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad (pp. 104-109).

el TC, en su propia doctrina, ha rechazado expresamente la procedencia de la determinación del sentido más adecuado a la Constitución (dentro de varios constitucionalmente aceptables) de los preceptos sometidos a enjuiciamiento²⁰⁸ en los procesos constitucionales, no ocurre lo mismo con los tribunales ordinarios. Los Tribunales ordinarios, órganos de aplicación del derecho, están vinculados en su interpretación del ordenamiento en el sentido de practicar una interpretación conforme a la Constitución que haga posible la acomodación de los preceptos aplicables al ordenamiento constitucional. Pero, además, en el supuesto de diversas interpretaciones constitucionalmente aceptables de esos preceptos, deberán optar por aquella que resulte más congruente, en virtud de las circunstancias del caso, con la Constitución.

Si esa operación la realizara el TC, podría suponer una restricción ilegítima de las opciones del legislador dentro del marco constitucional; realizada por el tribunal ordinario en el proceso de aplicación del derecho, supone una simple aplicación de un criterio hermenéutico que le obliga a optar por la solución más proporcionada desde el punto de vista constitucional (por ejemplo, en favor de los derechos constitucionales).

Esta diferenciación nos muestra cómo los mismos criterios hermenéuticos están sometidos a posibilidades de uso diversas, según que se trate del proceso de control jurisdiccional de normas (en la relación entre el TC y el legislador) o del proceso de aplicación del derecho. A pesar de la superior condición del TC como intérprete supremo de la Constitución o, precisamente por ello, al tratarse de un sistema de jurisdicción concentrada, no le es posible cerrar el marco de posibilidades que ofrece la Constitución con los efectos generales (normativos, si se quiere), de una declaración de inconstitucionalidad. La distinta posición de los tribunales ordinarios, obligados a decidirse por una de las diversas opciones que, en su caso, ofrezca el precepto, les permite (y les obliga también a) pronunciarse por aquella que resulte, en el supuesto concreto, más proporcionada a las exigencias constitucionales. Podríamos ha-

²⁰⁸ El TC ha reafirmado la posibilidad de un número indeterminado de posibilidades interpretativas acordes con la Constitución, sin que haya de optarse por una necesariamente. En la STC 5/1981, de 13 de febrero, cuando niega la posibilidad a los recurrentes de solicitar una sentencia interpretativa, «medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso» (FJ 6). La STC 110/1988, de 8 de junio, rechaza también la posibilidad de plantearse una autocuestión, entre otras, por esta razón: «Ni esta interpretación, aunque ajustada a la literalidad del precepto, es la única que de él cabe hacer sin forzar sus términos, ni el pronunciamiento que en esta sede podemos hacer acerca de la interpretación constitucional adecuada carece de la eficacia indispensable, ya que el artículo 5.1 de la tantas veces citada LOPJ impone a todos los jueces y tribunales la obligación de interpretar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». De este modo, reafirma además aquí el TC, la vinculación *ex lege*, de jueces y tribunales, a la doctrina del TC.

blar así, junto al principio de interpretación «conforme», de un principio de interpretación «proporcionada o adecuada» (y no solamente aceptable o conforme) a la Constitución, que vincula a los aplicadores del derecho²⁰⁹.

La interpretación conforme ocurre con dos textos de diferente nivel y consiste en adaptar el significado de una norma en conflicto con otra superior a esta de mayor rango. En este caso, ha de atenderse además a principios como el de jerarquía y competencia, pero igualmente a la diferencia de las normas, ha de considerarse si, además, son diferentes los métodos, lo que exigirá una hermenéutica muy precisa de ajuste entre todos los factores en juego²¹⁰.

²⁰⁹ Con ello se cumple, además, otra finalidad constitucional importante, de legitimación de las resoluciones judiciales. El juez no solo queda sometido a la norma, sino también a su regla de aplicación. A ello se refiere I. de Otto cuando distingue entre argumentación política y jurídica. La argumentación jurídica exige la sumisión a estas dos categorías, norma y regla de aplicación, que viene proporcionada «por los precedentes y la dogmática». (I. DE OTTO, *Estudios sobre el poder judicial*, p. 78).

²¹⁰ R. GUASTINI. *Interpretar y argumentar*; pp. 295 303.

CAPÍTULO IV

LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN LA ARTICULACIÓN DEL DERECHO ESTATAL Y AUTONÓMICO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las posibilidades interpretativas del artículo 149.1.1 CE. 3. La importancia de la regulación de los derechos estatutarios. 4. La interpretación del derecho en una distribución territorial del poder. 5. El concepto de prevalencia. 6. Los problemas de legitimación y su respuesta interpretativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A) *La legitimación activa de los órganos ejecutivos para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad frente sus propias Asambleas Parlamentarias.* B) *El problema de los títulos competenciales transversales.*

1. INTRODUCCIÓN

La regulación *precavida* y centralista de la distribución territorial del poder, con la que el constituyente abordó el reconocimiento de los territorios históricos, fue el primer paso del desarrollo del derecho autonómico. Con aisladas situaciones, aunque importantes, las comunidades autónomas han aceptado su posición constitucional, han admitido su relación con el Estado en los términos diseñados en el texto constitucional, y han evolucionado en el desarrollo competencial, siempre de acuerdo con los límites que la jurisprudencia constitucional ha impuesto. Y la universalización contribuyó así a un diseño que fue tendiendo a la homologación en los territorios, y en las personas que en ellos se integran. Es necesario preguntarse ahora qué exigencias se derivan

de esta situación en la articulación ordinamental de estas fuentes del derecho, en la interpretación y aplicación del derecho resultante, y hasta qué punto puede solventarse esa relación dialéctica entre el estado central y las CC. AA.

La generalización con aspiraciones federalizantes en algunos territorios muestra la unidad y al mismo tiempo la heterogeneidad propia de los Estados contemporáneos, en los que la tendencia centralizadora en sí misma produce unos niveles mínimos de igualdad que intentarán limitar la heterogeneidad de los regionalismos. Esta tensión dialéctica está en la esencia misma de los Estados compuestos, y no necesariamente repercute en una mayor desigualdad¹. En principio, la descentralización no es en sí misma un factor de igualdad ni de desigualdad social. Muy al contrario, los Estados unitarios no se han distinguido históricamente por mantener niveles altos de igualdad y solidaridad².

Las notas que han caracterizado ese modelo de Estado autonómico son justamente las que han condicionado el resultado actual de la distribución territorial del poder. Un modelo con falta de perspectiva histórica, en la medida en que el ensayo que tiene lugar en la II República no sobrepasó una situación preliminar sin oportunidad de realizarse. Por ello, es un modelo abierto, pendiente profuturo de ir progresivamente avanzando en la autonomía. De ahí se derivan dos consecuencias importantes: la primera es el condicionamiento jurisprudencial que opera en este desarrollo la justicia constitucional, y la segunda es la universalización del modelo, inicialmente diferenciado en dos vías de acceso y que se unifica al punto de que, en la situación actual, algunas de las comunidades autónomas inicialmente no susceptibles de acceso a la autonomía, han adquirido un desarrollo mayor que algunas otras de las denominadas comunidades históricas.

¹ Para C. de Cabo, el desarrollo de la idea federal tiene fases no solo históricas, sino también lógicas. En la actual fase de desarrollo de los Estados del capitalismo avanzado, hay una tensión entre la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad, de manera que las tendencias a la unidad reforzarían la centralización política mientras la tendencia a la diversidad fomentaría los regionalismos. A juicio del profesor De Cabo, no cabe establecer una correlación entre la igualdad y la distribución territorial del Estado en términos tales que la igualdad pudiera resultar favorecida en los estados centralizados o en los descentralizados. La tendencia centralizadora favorecería unos niveles mínimos de igualdad que intentarán limitar la heterogeneidad de los regionalismos. La tendencia descentralizadora en su grado máximo sería la autodeterminación. Lo que no significa en modo alguno que la descentralización favorezca la desigualdad, al contrario, en la medida en que se favorece una cierta cercanía de la administración, se favorece un mayor conocimiento de la ciudadanía. Y, por otro lado, los estados unitarios tampoco se han distinguido por llevar demasiado lejos los niveles de igualdad y solidaridad. En CABO, C. de (2001). «Aproximación crítica al actual proceso de convergencia federalismo-regionalismo». En *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. Universidad Complutense de Madrid (p. 109-125).

² En la actual fase de desarrollo de los Estados del capitalismo avanzado, hay una tensión entre la tendencia a la unidad y la tendencia a la diversidad, de manera que las tendencias a la unidad reforzarían la centralización política, mientras la tendencia a la diversidad fomentaría los regionalismos. (*Ib.*, p. 124-125).

Por ello, el constituyente optó por un modelo abierto,³ y esa es la razón de que las autonomías se reconocieran constitucionalmente de forma tan inacabada, lo que ha determinado en buena medida que todavía no haya una posición clara respecto de cómo se ha de entender la distribución territorial del Estado, y la posibilidad que la Constitución diseña, tenga más o menos similitud con otras formas comparadas o históricas. Lo que empieza plasmándose en la Constitución como una reivindicación histórica de algunos territorios, acaba ahora en una uniformidad que ha llevado a considerar que estamos ante una verdadera mutación constitucional⁴.

En el centro del interés luce la necesidad de la consolidación del Estado autonómico en torno a la necesidad de solventar el modelo económico con criterios comunes de financiación⁵. Y todas estas circunstancias han facilitado la influencia de la jurisdicción constitucional, que ha tutelado el proceso de desarrollo del mapa autonómico mediante un control cuasi político, en la medida en que ha tenido que ir delimitando una a una las competencias entre CC. AA. y Estado, que apenas venían diseñadas en el texto constitucional⁶. De este modo, se configura una distribución perfilada por un control jurisprudencial, que en algunas resoluciones roza la oportunidad política. El TC, en ocasiones, ha condicionado el desarrollo futuro de las autonomías, obligando al legislador a opciones que no permitían margen alguno⁷. Esto no solo no lesiona la Consti-

³ CRUZ VILLALÓN, P. (2003). «La constitución accidental», en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente* (vol. II). CEPC. Una Constitución en progreso, en el sentido de que no está programada. De ahí que la reforma constitucional tenga que superar esa accidentalidad (p. 1173-1175).

⁴ AJA, E. (1999). *El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza (p. 104). Lo cierto es que la idea de mutación constitucional se ha utilizado para calificar diferentes etapas del desarrollo constitucional. Herrero de Miñón ha considerado que la mutación constitucional se produjo en 1983, cuándo el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la LOAPA. HERRERO DE MIÑÓN, M. (1998). *Derechos históricos y Constitución*. Taurus (p. 81).

⁵ Lo que exige de momento para F. Balaguer la superación definitiva del principio dispositivo, y la eliminación del derecho transitorio, como el artículo 149.3 y el 150. BALAGUER CALLEJÓN, F. (1997). «Constitucionalización del Estado autonómico». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* (p. 159). El modelo de financiación autonómica hasta el momento se concreta en un conjunto de leyes, que a veces pueden lesionar los principios de unidad, autonomía y solidaridad, que son justamente los que vertebran el modelo autonómico. Sobre este aspecto, BALAGUER CALLEJÓN, F. (2005). «La financiación de las Comunidades Autónomas y la constitucionalización del Estado Autonómico», en *El Estado Autonómico: Integración, solidaridad y diversidad*, coord. por J. M. Vidal Beltrán y M. A. García Herrera. Colex.

⁶ Lo que exige, de momento, para F. Balaguer, la superación definitiva del principio dispositivo y la eliminación del derecho transitorio, como el artículo 149.3 y el 150. F. BALAGUER, «Constitucionalización del Estado autonómico», p. 159.

⁷ En los primeros años fundamentalmente, como en la STC 73/1983, que corrige el diseño del legislador sobre el modelo de desarrollo autonómico, pero también en momentos posteriores, en los que el desarrollo autonómico suponía ya una dirección concreta, como en la STC 61/1997.

tución, sino que está expresamente previsto en ella⁸. Del artículo segundo de la Constitución se desprende que el Estado se estructura combinando el principio de unidad y el derecho de autonomía⁹.

En líneas generales, la doctrina ha considerado que la uniformidad de los territorios en el Estado no es una exigencia constitucional de las diferentes CC. AA. en los términos en que este derecho se manifiesta como derecho fundamental directamente aplicable, y que es desde el artículo 149.1.1 que el Estado puede establecer un equilibrio territorial¹⁰.

Es en esa posibilidad de diferenciación de las CC. AA. en cada uno de sus respectivos ordenamientos, en los que se puede introducir la posibilidad de que cada comunidad tenga su propia identidad, donde se justifica el derecho a la autonomía. De ahí surge lo que se ha llamado el «hecho diferencial», con el que algunas CC. AA. han pretendido distinguirse y justificar su propio proceso identitario. Es necesario tener en cuenta que el concepto de autonomía condiciona una posición respecto del alcance de estos preceptos. Una concepción federal del Estado contribuye a disminuir la importancia de la homogeneidad¹¹.

La construcción teórica tiene su importante base en hechos diferenciales. Lo que no es fácil es definir qué son en sí los hechos diferenciales, y cómo pueden servir de motivo para construir realidades diferenciadas y autonómicas. Algunos hechos diferenciales son fácilmente detectables, como la lengua o el derecho histórico. Otros son menos fáciles de detectar, y cabe, en fin, construir una autonomía sin ningún hecho diferencial, dado que la Constitución no exige esa consideración histórica previa, sino sencillamente la expre-

⁸ Sobre la desconstitucionalización y su relación con esta asimetría, son muchos los autores que dan cuenta de esta situación, desde la primera aproximación en CRUZ VILLALÓN, P. (1982). «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 4, y F. BALAGUER, «Constitucionalización del Estado...», *cit.* Es precisamente el principio dispositivo reconocido en el artículo 149.3 de la CE el que permite esa asimetría en la medida en que deja en manos de las propias CC. AA. la posibilidad de asumir o no una competencia. FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1999). «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes». *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 2 (p. 28).

⁹ PÉREZ ROYO, J. (1997). *El nuevo modelo de financiación autonómica: un análisis exclusivamente constitucional*. McGraw-Hill (p. 5).

¹⁰ Para I. de Otto el artículo 139 y el 149 CE no tienen una relación de género a especie, sino que contienen mandatos totalmente distintos, por la ausencia de estándar de desigualdad para establecer el término de comparación, ya que no hay ninguna comunidad autónoma que pueda considerarse parámetro de igualdad, y sería aún peor, por centralista, considerar al Estado como parámetro de la igualdad. OTTO PARDO, I. de (1986). «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*. Civitas (pp. 148-175).

¹¹ Sobre las dificultades de definición del modelo, E. AJA, *El estado autonómico*, p. 36. Para él hay una identificación importante con el federalismo (p. 81).

sión de una voluntad de ese territorio, capaz de iniciar un proceso que culmine con la aprobación de un estatuto¹².

De ahí la indeterminación misma del concepto, de modo que el hecho diferencial corre el riesgo de convertirse al mismo tiempo en una justificación de la autonomía de un territorio, razón sin la que parecería carecer de sentido la autonomía misma, y de perder completamente la importancia, en función de conceptos que pueden superponerse a él. En este sentido, puede ser un hecho diferencial la formalidad¹³, como origen de un tratamiento capaz de justificar el hecho mismo de la diferencia justificada de trato en función de un territorio, y también puede ser una mera consecuencia de otros hechos definidos como diferenciales en su momento, y que tienen como consecuencia, y no como origen mismo, la autonomía¹⁴. En cualquier caso, lo que subyace al concepto de hecho diferencial, en lugar de al concepto de autonomía, no es tanto su contenido jurídico como el político¹⁵, en el sentido de considerar que basta la afirmación en principio de un territorio acerca de su peculiaridad (lengua, formalidad), para que se constituya en eje de su reivindicación¹⁶.

La subordinación de todos los estatutos a la Constitución es el límite más importante a los derechos de autonomía de los territorios, porque implica la unidad del ordenamiento jurídico¹⁷. Pero también la planificación económica

¹² Un tratamiento del origen del término «hecho diferencial» en AJA, E. (1996). «La dimensión constitucional del hecho diferencial». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 8 (p. 157 y ss.). Estudia la regulación del concepto que estaría contenida en los artículos 2, 3.3, 141.3, 141.4, 149.1.8, 149.1.29, DA 1 y DA 3 CE.

¹³ SOLOZÁBAL, J. J. (2002). «Constitución y derechos históricos», en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. CEPC. Para el autor, la opción de la foralidad por parte de la Constitución «supone un límite a la homogeneidad». Por otra parte, la fundamentación de la foralidad está en la Constitución. Es cierto que preexiste, que no la crea la Constitución, pero esta la reconoce y la limita, lo que no le da una dimensión fundante, pero sí de legitimación.

¹⁴ LEGUINA VILLA, J. (1997). «La reforma del Senado y los hechos diferenciales», en *La participación de las comunidades autónomas en las decisiones del Estado*, de A. Pérez Calvo (edit.). Tecnos (p. 218). Para este autor solamente existen dos hechos diferenciales, las nacionalidades y los territorios forales, que se corresponden con tres comunidades, País Vasco, Cataluña y Galicia.

¹⁵ Sobre la evolución de las autonomías desde la Constitución hasta ahora, BLANCO VALDÉS, R. (2002). «Estado autonómico, asimetría política y gobernabilidad». En *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. CEPC (pp. 1246-49).

¹⁶ Sobre la naturaleza política pero no jurídica de los hechos diferenciales de las CC. AA. (*Ib.*, p. 1253).

¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE, F. (1993). *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. CEC. A su criterio, el artículo 139 garantiza que «todas las Comunidades Autónomas son iguales: a) en cuanto a su subordinación al orden constitucional; b) en cuanto que todos los Estatutos han de ser aprobados o reformados por Ley Orgánica de las Cortes Generales; c) en lo que concierne a los principios de su representación en el Senado; d) en cuanto a su legitimación para actuar ante el Tribunal Constitucional; e) en cuanto a la prohibición de privilegios; f) en cuanto a que sus respectivos regímenes no podrán verse afectados por un Decreto Ley; g) en cuanto a la planificación económica del artículo 131.1 de la Constitución; h) en cuanto a la información y ayuda debida a las Cortes Generales; i) en materia de incompatibilidad parlamentaria» (p.179). y se diferencian sobre todo en el hecho diferencial (p. 180).

del artículo 131.1 tiene importantes consecuencias para la ciudadanía. Ahora bien, con esas condiciones no se garantiza la igualdad de los ciudadanos en el territorio español, ni tampoco la igualdad de los ciudadanos dentro de cada comunidad. Y esas son exigencias también reguladas en la Constitución. En el primer caso con el artículo 139 CE que dice que todos los ciudadanos tienen los mismos derechos y deberes en cualquier parte del territorio español¹⁸. Esa igualdad parece referirse a cada ordenamiento autonómico, pero además de su tenor literal puede parecer que se refiera también a cualquier parte del territorio del Estado¹⁹. El artículo 139 va orientado a evitar las discriminaciones que puedan padecer los españoles en una comunidad autónoma en la que no sean vecinos²⁰.

2. LAS POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS DEL ARTÍCULO 149.1.1 CE

El artículo 149.1.1 no es claramente un título competencial, pero tiene funciones de homologación del Estado vía legislativa, mediante bases, y cualquier otra forma por la que en principio el Estado conforme cierta homogeneidad, que no se enfrente a una posición de injerencia en la autonomía de las CC. AA. Hay, por consiguiente, un margen muy amplio a la consideración de las diferentes opciones que tiene el Estado para efectuar esa conformación en función de la materia de que se trate. Esta concepción del artículo 149.1.1 en su función competencial, permite discernir entre los diferentes derechos de reconocimiento constitucional, así como graduar la diferente intensidad con que son desarrollados por parte del Estado y, por tanto, la diferente afectación a las CC. AA. de ese nivel de desarrollo básico estatal. También hay una diferente consideración en torno a la naturaleza del artículo 149.1.1 que tiene que ver con la cuestión competencial, pero no como título, sino como reserva que el Estado mantiene respecto de ciertas materias.

¹⁸ Una visión muy restringida de las competencias de las CC. AA. para legislar sobre los derechos fundamentales en J. Pérez Royo, que considera que «establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna». (J. PÉREZ ROYO, *El nuevo modelo de financiación...*, p. 18). Para el autor, entre el principio de unidad política del Estado y los derechos fundamentales no caben intermediarios. Serían resistentes a la territorialización del poder.

¹⁹ Para Tudela, el artículo 139 se refiere a cada ordenamiento impidiendo la discriminación, y el artículo 149 a la facultad del Estado de uniformar las condiciones de igualdad. TUDELA ARANDA, J. (1994). *Derechos constitucionales y autonomía política*. Civitas (p. 261).

²⁰ PEMÁN GAVÍN, J. (1992). *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*. Civitas (p. 140).

La doctrina que entiende que solo es un precepto hermenéutico se basa en una consideración previa del concepto de autonomía política, que excluye la posibilidad de que esta norma se convierta en un título capaz de hurtar competencias²¹. La funcionalidad que muestra, sin embargo, este título en relación con la homologación de algunas leyes estatales recientes hace pensar en una reformulación de algunos de esos criterios. En todo caso, permite, en una consideración amplia, una importante intervención estatal²². También sirve de criterio hermenéutico para el reparto competencial, si bien el legislador no ha utilizado el artículo 149.1.1 como un título competencial hasta fechas muy recientes²³.

Como se ha dicho, interpretar el artículo 149.1.1 es delimitar el nivel de divergencia que en materia de derechos y deberes permite la Constitución²⁴.

El origen de algunos derechos fundamentales ya no está necesariamente ligado a la soberanía nacional, sino que algunos de ellos surgen del derecho europeo y se imponen a los Estados y otros, al contrario, se extienden a Europa desde el derecho nacional²⁵.

El Tribunal Constitucional ha evolucionado en su doctrina jurisprudencial, cuya posición inicial era más restrictiva a la posibilidad de que las CC. AA. legislaran en materia de derechos²⁶. Desde una consideración inicial más

²¹ BALAGUER, F. (1997). «Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización». En *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, de J. Asensi (coord.). Tirant lo Blanch (p. 654-664). Para este autor el artículo 149.1.1 contiene ciertamente un título competencial, pero no asimilable a los demás títulos competenciales, sino armonizador de unas mínimas condiciones estatales, mejorables por las CC. AA. El artículo 149.1.1. ha sido ya utilizado como soporte competencial en un número importante de normas: el Decreto-ley 7/2002 de ordenación urbanística; la Ley Orgánica 1/2000, que regula el derecho de asociación; la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente; la Ley 40/2003, de protección de las familias numerosas; la Ley 39/2006, de dependencia; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

²² J. TUDELA, *op. cit.*, p. 141-158.

²³ Un análisis en J. Tudela de la utilización del artículo 149.1.1 al lado de otros títulos competenciales. (*Ib.*, pp. 88-133).

²⁴ *Ib.*, p. 249.

²⁵ A ello se refiere F. Balaguer en la presentación de la RDCE n.º 6. julio-diciembre de 2006. También en ese número, P. BILANCIA con «Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos» (p. 276).

²⁶ En relación con el derecho de Asociación, también se ha producido una jurisprudencia muy clarificadora sobre las competencias del Estado en la regulación de los derechos fundamentales. La jurisprudencia contenida en la STC 173/1998, de 23 de julio, se mantendrá en las dos dictadas recientemente, la STC 133/2006, de 27 de abril, y la STC 135/2006, de 27 de abril, que resuelven acerca de la LO 1/2002, de 22 de marzo, y la Ley 7/1997, de la Comunidad Autónoma de Cataluña respectivamente. En ambas, como en la 173/1998, el TC delimita el contenido de lo básico: definición del concepto legal de asociación, aspectos de su régimen jurídico externo, (personalidad, capacidad jurídica, responsabilidad, causas y efectos de la disolución), imprescindibles y necesarios, que requiere un tratamiento uniforme. Esos elementos se extraen del contenido propio del derecho de asociación. Libertad de creación de asociaciones, de asociarse o no, de organización y funcionamiento sin injerencias públicas y garantías de los asociados. El fallo considera que ha habido invasión de competencias en la ley estatal y declara inconstitucional la dis-

centralista, en la que los consideraba competencia exclusiva del Estado (STC 25/1981), a una consideración progresivamente autonomista, que relativiza la fuerza expansiva de las leyes orgánicas (STC 137/1986). La STC 176/1988 considera elementos importantes del derecho la titularidad, las facultades elementales que integran su contenido, las garantías fundamentales para preservarlos frente a las injerencias o límites con otros derechos²⁷.

El artículo 149.1.1 ha sido aceptado como título competencial por el TC en la STC 61/1997, que más tarde, en el 2000, contendrá ya leyes que utilizarán este precepto como título competencial en materias cuya competencia es de las CC. AA.²⁸

En cualquier caso, la reflexión acerca de la posibilidad de la regulación de derechos en las revisiones estatutarias ha partido de la consideración de las posibilidades interpretativas que ofrecen algunos preceptos constitucionales. A estos efectos, es especialmente importante considerar la competencia de las CC. AA. para el desarrollo de algunos derechos fundamentales. El riesgo de la pérdida de igualdad entre las distintas CC. AA. ha de compadecerse así con la necesidad del cumplimiento de los fines del Estado social. Y, por tanto, es necesaria una distinción entre esa igualdad y la uniformidad, que como tal no tiene protección constitucional²⁹. Como también es necesaria una mínima

posición adicional primera en cuanto al desarrollo reglamentario de algunos aspectos de la ley que el TC considera que hurta competencias a las CC. AA. y al 7.1.i) sobre administración, contabilidad y documentación, que no se considera tampoco condición básica. Un voto particular considera que ninguno de los preceptos debía ser declarado inconstitucional por estar en las exigencias del artículo 149.1.1. La STC 135/2006 aborda el derecho de asociación desde el estudio de la ley del Parlamento de Cataluña. Y aquí el TC declarará inconstitucionales bastantes preceptos que considera invasivos de competencias del Estado.

²⁷ Los derechos y deberes constitucionales son una materia más que se suma a las del 149.1 CE. La única singularidad que presenta sobre otras es que la relación entre el 149.1.1 no responde a la lógica bases-desarrollo. Es decir, no ofrece un espacio para que las CC. AA. determinen su propia orientación política a partir de las condiciones básicas, para que estos hagan el desarrollo que quieran, sino que aquí el campo que le queda al legislador autonómico para ordenar el ejercicio del derecho es más limitado, porque a veces la regulación del derecho fundamental exige que esta sea igual para todo el Estado. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E. (2001). «Cláusulas de igualdad y autonomía política en la Constitución Española de 1978», en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, tomo IV. Universidad Complutense de Madrid (p. 2636-2655).

²⁸ Para Cabellos es un título competencial más. Su función sería de la de mantener una igualdad formal frente a la exigencia de la igualdad material contenida en el artículo 9.2. En cualquier caso, el Tribunal ha interpretado de forma muy restrictiva la posibilidad de la tesis competencial. Estudia el autor la utilización del artículo 149.1.1 en la legislación competencial. La primera vez que se hace uso de esta norma sería en el RD 304/85, de 6 de febrero, con ocasión de un traspaso de competencias a Andalucía en materia de asociaciones. Luego, la Ley 30/1994, del derecho de fundación. CABELLOS ESPÍERREZ, M. A. (2007). «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las CC. AA. a partir del artículo 149.1.1 CE». En *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*. IEA (pp. 125 y ss.).

²⁹ Las SSTC 5/1981 y 37/1981 entran en esta distinción. Otras sentencias posteriores han abundado en la necesidad de colaboración entre el Estado y las CC. AA. en el cumplimiento de esos fines del Estado Social. (STC 68/1996; STC 64/1989; STC 189/1989; STC 190/1989; STC 13/1992).

centralización como garantía de la igualdad, con independencia de la relación que se deba de establecer entre el artículo 149.1.1 y los títulos competenciales regulados en los demás puntos de este artículo³⁰.

Las recientes reformas estatutarias han incorporado derechos³¹. Y ciertamente no se encuentra mucho de nuevo en este intento de plantear dudas de constitucionalidad acerca del derecho que cada CA tiene para mejorar las posiciones de partida de la Constitución, de ciertos derechos que en estos treinta años han experimentado un desarrollo que hace exigible su consideración legislativa.

³⁰ La STC 341/2005, de 21 de diciembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad que habían interpuesto en su momento sesenta y un senadores del Partido Socialista contra la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. Presuponían los recurrentes que la regulación de la institución debía establecerse competencialmente desde el Estado, habida cuenta la necesidad de atender las exigencias del artículo 149.1.1 de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles. Como suele ocurrir en este tipo de procesos, debido en buena parte a la tardanza en su sustanciación, sobreviene una ley estatal, en este caso la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y que en su Exposición de Motivos aclara que hay preceptos básicos de aplicación en todas las CC. AA. como garantía de esa igualdad básica de todos los españoles. La sentencia va a declarar inconstitucional el inciso «o en defecto de éste sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Público». La STC 251/2006, de 25 de julio, conoce una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley 9/1995, de la Comunidad de Madrid, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo. Antecedentes de estas sentencias serían la 37/1987, la 150/1998, la 127/1999, la 164/2001 y la 54/2002. Estas sentencias, publicadas en cadena, ya que en su momento se solicitó la acumulación y pese a no existir oposición de ninguna de las partes, no llegó a efectuarse con los números 313, 314 y 315/2006, expresan la relación entre el 149.1.1 y otros títulos competenciales como es el artículo 149.1.6 sobre la justicia, y el 149.1.18 sobre la expropiación forzosa.

En la STC 251/2006, el TC dirá que, en materia de expropiación, forma parte de esas condiciones básicas de igualdad el establecimiento de las garantías expropiatorias, correspondiendo a las CC. AA. la organización, concreción y aplicación de esas garantías básicas. De ahí la posibilidad de que las CC. AA. puedan crear sus propios órganos expropiatorios. (FJ 11). Esta sentencia tiene dos votos particulares que vienen a considerar en síntesis que no puede haber desigualdad entre las diferentes CC. AA. en la evaluación y en la compensación en materia de expropiación. Estos votos se mantendrán en las SSTC 313, 314 y 315/2006. La STC 314/2006 conoce de una CI presentada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA de Madrid contra los artículos 102 y 103 de la ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, en su redacción 20/1997, de 15 de julio, de medidas urgentes en materia de suelo y urbanismo. Los títulos competenciales aludidos son el 149.1.1 y el 149.1.18. El artículo 102.3 ha sido modificado por la ley de la CA de Madrid 24/1999, de 27 de diciembre, en el sentido de cambiar la exigencia de un magistrado para la determinación del justiprecio por la de un jurista, en la composición de los jurados provinciales de expropiación forzosa. El TC considera que, si la comunidad autónoma de Madrid tiene transferidas las competencias de ejecución en materia de expropiación, dentro las competencias de ejecución está la de crear jurados de justiprecio. Y, por lo tanto, desestima la cuestión. La creación por parte de las CC. AA. de órganos de desigual composición no es contraria a la exigencia de las condiciones de igualdad del artículo 149.1.1. Sus exigencias constitucionales se satisfacen porque el Estado tiene las competencias legislativas, las de ejecución se pueden diferir a cada CA. La STC 315/2006 contiene los mismos razonamientos referidos ahora a Castilla la Mancha, en el artículo 152 de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actividad urbanística, y artículo 2, aptdo. 44 de la Ley 1/2003, de modificación de la anterior. Estos preceptos regulan el contenido, composición y funciones del Jurado Regional de Valoraciones.

³¹ Acerca de la posibilidad de esta regulación, Díez-Picazo L. M (2006). «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?» *REDC*, n.º 78.

En cuanto a la diferencia entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, está resultando un debate finalmente intrascendente³², que tampoco permite basar en esta diferencia la regulación de unos derechos, que no podrían ser fundamentales, pero sí el desarrollo de otros derechos constitucionales, que en la Constitución se definen como principios rectores, y los estatutos podrían dimensionar con un mayor compromiso territorial. Por otra parte, la distinción entre los derechos y los principios rectores se desdibuja progresivamente por la permanente reconducción que se opera en estos principios que tienden a ubicarse dentro de sucesivas ampliaciones de los derechos fundamentales. Así, el derecho a la salud se reconduce por la vía del derecho a la integridad física y moral, o el derecho a una vivienda, cuya competencia está trasferida a las CC. AA., permite el desarrollo de los derechos sociales. El artículo 149.1.1 podría favorecer una relación que permitiera constituir una garantía de igualdad mínima, sobre la que las CC. AA. desarrollarán distintos niveles de prestaciones³³.

3. LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS ESTATUTARIOS

La regulación de los derechos estatutarios se incardina en el ordenamiento jurídico del Estado, teniendo en cuenta necesariamente la centralidad de los derechos regulados en la Constitución, de la misma manera que lo hicieron en su momento los derechos regulados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁴. No hay que maximizar tampoco la importancia de

³² Para J. Jiménez Campo, el concepto de «derecho fundamental» en nuestro ordenamiento es el que, por contraste con lo dispuesto en el número 3 del artículo 53 CE deriva del número 1 del mismo artículo; vale decir, derechos resistentes, en su «contenido esencial», a la acción legislativa. Solo por eso merecen la calificación de «fundamentales» todos los derechos enumerados en el Capítulo Segundo de del Título I, tanto en la Sección 1.^a como en la Sección 2.^a El pudoroso distingo que la jurisprudencia viene haciendo, desde la STC 16/1981, FJ 10, entre «derechos fundamentales» y «derechos constitucionales» reconocidos en aquel título (estos últimos, los declarados en la Sección 2.^a) carece de sentido jurídico. J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales...*, p. 27.

³³ Para F. Balaguer, el artículo 149.1.1 «no supone una atribución competencial ordinaria al Estado en materia de derechos y deberes de los ciudadanos. Este precepto debe interpretarse bajo la perspectiva de la función de garantía que incorpora, definiendo, por tanto, una facultad estatal orientada a garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de los ciudadanos. Facultad que puede ejercitarse a través de las competencias ordinarias del Estado, sin llegar a identificarse plenamente con ellas, así como por medio de sus facultades extraordinarias de intervención». F. BALAGUER, «Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización», pp. 653-666.

³⁴ Sobre la ubicación de estos derechos, BALAGUER, F. (2008). «Alcance e interpretación de los derechos. Las cláusulas de limitación competencial y de salvaguarda del nivel constitucional e internacional de protección». En *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, de F. Balaguer (dir.). IAAP (p. 15). Solemente «en el nivel estatal se produce una ordenación de los derechos que integre en plenitud la interacción entre el constituyente (por referencia a auténticos derechos fundamentales), el legislador y la jurisdicción».

unos derechos que están fundamentalmente llamados al compromiso de los poderes públicos y a la identificación territorial de la ciudadanía³⁵.

La parcial coincidencia en el tiempo, cuando menos cercano, entre la iniciativa de una constitución para Europa, y de la revisión de unos estatutos de autonomía, que habrían cubierto un primer ciclo temporal, los lleva a un cierto mimetismo con la arquitectura constitucional, adoptando esa forma triangular de declaración programática, derechos e instituciones³⁶.

Algunos de los argumentos que se han venido utilizando para desautorizar la regulación de derechos en los EE. AA. parten de una situación de hecho errónea³⁷. La conveniencia de progresar en el desarrollo del Estado social no debe obstaculizarse por la constitucionalidad, al convertir el problema en un asunto de técnica legislativa u oportunidad, porque las técnicas de articulación que el Título VIII CE permiten, hacen posible y mucho más débil de sostener doctrinalmente esa imposibilidad³⁸, habida cuenta de que la conveniencia o no de su regulación es meramente voluntarista³⁹. Esas posiciones doctrinales en

³⁵ Uno de los aspectos importantes de los nuevos estatutos es que en ellos aparece la sociedad. Los anteriores estatutos contenían sobre todo normas reguladoras de competencias e instituciones, y ahora los nuevos contienen principios, valores y objetivos que implican de forma importante a la ciudadanía. BALAGUER, F. (2008). «Subsidiariedad horizontal y vertical». En *Reformas estatutarias y declaraciones...*, p. 9.

³⁶ Para V. Ferreres no existe esa pretendida identidad entre el proceso europeo y el proceso estatutario. FERRERES, V. (2006). «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, de P. Biglino, V. Ferreres y M. Carrillo. CEPC (p. 30). Tampoco para P. Biglino, en la medida, dice, que crea la falsa apariencia de que estamos ante un texto constitucional cuándo no es así. En «Los espejismos en la tabla de derechos», de la misma obra colectiva, p. 40. También en ORTEGA, L. (2007). «Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía, en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*. Institut d' Estudis Autònoms (p. 80).

³⁷ La posición de V. Ferreres, en la que posteriormente se han basado algunas otras, contiene cuatro argumentos contrarios: a) la falsa concepción de lo que es un estatuto de autonomía, b) la reducción del poder de autogobierno que conlleva el reconocimiento de derechos estatutarios, c) la falta de consenso sobre su existencia, y d) la defectuosa técnica legislativa para su implantación. (V. FERRERES, «Derechos, deberes y principios...», p. 12). Cada uno de estos argumentos tiene fácil contradicción. Respecto de la falsa concepción de lo que es un estatuto de autonomía, difícil es sostenerlo porque es una institución que carece de historia y nace con la misma Constitución. Su desarrollo dogmático, de sobra es conocido que ha tenido que instrumentarse en estos treinta años en la propia conformación de un modelo autonómico abierto, cuya construcción se hace en lo político mediante acuerdos, y en lo jurídico, fundamentalmente por las leyes básicas y las resoluciones del Tribunal Constitucional. No hay un concepto erróneo de lo que debe contener un estatuto de autonomía. Hay un concepto constitucional o inconstitucional, en función de lo que los intérpretes válidos de la Constitución, en cada momento determinen. En cuanto a la reducción del poder de autogobierno, mal puede decirse que siendo el parlamento autonómico el que legisla el proyecto de estatuto, limite su autogobierno. Se trataría en todo caso de una limitación de futuro, aceptada por referéndum del pueblo, que sin duda incrementa su legitimidad, respecto de posiciones futuras de mayorías políticas. El consenso tampoco es un argumento excesivamente jurídico, como puede fácilmente entenderse, y finalmente, la técnica legislativa defectuosa lo único que exige es corrección, pero nunca mayor o menor adecuación constitucional.

³⁸ P. Biglino, en esta misma obra, entiende que no se ha cuestionado la constitucionalidad del Título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña, sino la técnica legislativa empleada. En «El espejismo de la tabla de derechos», *op. cit.*, p. 60.

³⁹ Marc Carrillo se sitúa justamente en una posición contraria, también en esta obra colectiva, con «La declaración de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno

torno a la posibilidad o no de regulación estatutaria de derechos se muestran muy en relación con el concepto de desarrollo autonómico⁴⁰. Precisamente en las CC. AA. de mayor reivindicación autonomista, la regulación de los derechos se ha mantenido en una posición secundaria de otros conceptos como el de soberanía o el término «nación» o nacionalidad. Así, el planteamiento de las competencias soberanía-nación-nacionalidad es el eje de la reforma del EAC, mientras en otras CC. AA. como Andalucía, los derechos han constituido el eje fundamental de su reforma estatutaria. La centralidad de la reforma estatutaria en Andalucía la ha constituido la política social, la identidad de la ciudadanía con su territorio, y está de todo punto ajena la cuestión de la reivindicación política respecto del Estado⁴¹. En Cataluña se aborda, ciertamente, una regulación estatutaria de los derechos, pero estos no constituyen el eje fundamental de la reforma estatutaria⁴².

En un sistema jurídico pluriordenamental, la relación entre las normas de los distintos ordenamientos prácticamente solo se hace visible en la fase de aplicación normativa, más que en una teórica jerarquización, compleja desde el punto de vista de la relación que muestra con la posición competencial⁴³.

y límite a los poderes públicos», título elocuente de su posición. De forma similar a lo que después dirá el Tribunal Constitucional, en los Estatutos caben un contenido necesario y un contenido adicional, al que todavía cabe además un contenido posible, complemento de ese contenido necesario y que sería en el caso del Estatuto de Cataluña (en *Derechos, deberes y principios en el nuevo...*, p. 67).

⁴⁰ En el n.º 20 de *Teoría y realidad constitucional*, dedicado con carácter monográfico a los derechos fundamentales, se formula entre otras, la pregunta acerca de la constitucionalidad de incluir derechos en las reformas de los EE. AA. De las cinco personas encuestadas, solamente dos ven con claridad esta posibilidad. G. Peces-Barba y Díez-Picazo la niegan tajantemente, Gómez Montoro ve muchos inconvenientes, y L. Aguiar y J. Solozábal consideran posible esta inclusión. Aguiar parte del esquema clásico: el artículo 139.1 se refiere a la igualdad en el interior de cada CA, el artículo 149.1.1 no se relaciona con los derechos, sino con la igualdad en las competencias, el artículo 147.2 es norma de mínimos. En todo caso no es partidario de su inclusión por razones extraconstitucionales. Sí es partidario Solozábal, sobre todo en los derechos de configuración legal.

⁴¹ Un ejemplo de esa pretensión de liderazgo, preeminencia o superioridad de Cataluña está presente en la misma doctrina constitucionalista. *Cfr.*: La posición de C. Viver Pi-Sunyer sobre la posibilidad de generalización del modelo catalán. VIVER, C. (2005). «La reforma de los Estatutos de Autonomía», en *La reforma de los Estatutos de Autonomía, con especial referencia al caso de Cataluña*, por C. Viver, F. Balaguer y J. Tajadura. CEPC (pp. 27-29). Una posición más generalista y equidistante, tanto de la centralidad de Madrid como de la de Cataluña en BALAGUER, F. (2005) «Comentario a “La reforma de los Estatutos de Autonomía” de Carles Viver», en la misma obra.

⁴² El esquema en que plantea C. Viver esta posibilidad, a la que no dedica la parte más importante de su ponencia, se desenvuelve en una línea de pensamiento muy cercana a la doctrina del TC: el artículo 14 no forma parte de los parámetros de constitucionalidad para valorar las diferencias entre los distintos EE. AA. (*Ib.*, p. 28), con lo que no son de aplicación tampoco los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en el análisis de la igualdad. Por otra parte, del contenido de la Constitución no se desprende ninguna causa de inconstitucionalidad: el artículo 147 tiene un contenido de mínimos, y las limitaciones de estos derechos estarían en el respeto al artículo 81.1, al 141.1, y, naturalmente, a los poderes públicos de Cataluña. (pp. 31 y ss.).

⁴³ En ese sentido, «en un sistema multinivel de derechos fundamentales, la interacción entre los diversos niveles es un criterio metodológico a considerar siempre en el análisis de cada nivel. Por ese moti-

La posibilidad de regulación de los derechos estatutarios no debe ignorar su verdadera dimensión aplicativa. De una parte, porque la naturaleza de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos no se altera y, de otra parte, porque no cabe ignorar la centralidad estatal de estos derechos con respecto a los reconocidos por las CC. AA.⁴⁴

Y así se considera en la primera sentencia que conoce el recurso de inconstitucionalidad sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, de desestimación del recurso de inconstitucionalidad contra la LO 6/2006, de 10 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Valencia.

En la segunda sentencia, la STC 249/2007, que conoce otro recurso de inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, también por contradicción del artículo 20 del Estatuto con los mismos preceptos constitucionales invocados en el anterior recurso, el Tribunal se remite a la doctrina sentada en la STC 247/2007, por la que el artículo 147.2 se puede considerar con un contenido de mínimos, que no excluye una regulación de aquellos otros en los que la comunidad tenga reconocidas las competencias, y se haga, además, con respeto a los preceptos constitucionales. De igual modo, los votos particulares emitidos se remiten a la primera sentencia. En resumen, el Tribunal Constitucional ha considerado que es posible la regulación estatutaria de los derechos, con las limitaciones constitucionales que señalan los artículos 53, 81.1, 139.1, y 149.1.1 CE. Respecto del 139.1, se vuelve a reafirmar en la sentencia que no contiene una exigencia de uniformidad absoluta, que no es atributivo de competencias, sino que es un límite a las competencias tanto autonómicas como estatales (FJ 14). Es un límite a las diferencias jurídicas que pueden imponer las CC. AA. a sus ciudadanos.

Hay pues una continuidad con la línea jurisprudencial anterior respecto de la que se entiende que el legislador de las CC. AA. solo está limitado por el artículo 81.1 en relación con el 53.1 y por su propio techo competencial⁴⁵.

vo, las limitaciones competenciales en relación con las cláusulas de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos, debe contemplarse también desde esa perspectiva». F. BALAGUER, «Alcance e interpretación de los derechos...», p. 57.

⁴⁴ Sobre la centralidad estatal de los derechos fundamentales, BALAGUER, F. (2007). «Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Dykinson (p. 135). Solamente en el nivel estatal se produce la plenitud de instancias (p. 152).

⁴⁵ Un análisis de las sentencias en CÁMARA, G. (2009). Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana). *REDC*, n.º 85. También, TORNOS MAS, J. (2008). «La sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 7; CANOSA, R. (2008). Preparando una muta-

4. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN UNA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER

A la evolución del derecho autonómico ha contribuido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que de manera progresiva lo fue configurando desde su inicio, y ha consolidado un modelo considerado por algunos autores como de transición entre el modelo regional clásico y el modelo de estado federal⁴⁶.

La interpretación de la Constitución y la relación competencial entre el Estado y las CC. AA, en las primeras décadas de funcionamiento requirió de una intensa actividad por parte del Tribunal Constitucional, en relación con las transferencias de estas competencias y, desde ahí, la evolución tuvo un contenido claramente autonomista, por el que el Tribunal entendió que las CC. AA. eran una forma de distribución del poder en los diferentes territorios, que estaba avalada constitucionalmente por el Título VIII, y que de su relación con el artículo 2 cabía desprender un derecho a la autonomía, y una garantía de todas ellas, bajo el principio de la solidaridad.

La apertura del modelo de distribución territorial del Estado, que se basa en principios igualmente abiertos, como el principio dispositivo, y en mecanismos como los establecidos en los pf. 2 y 3 del artículo 149 CE, ha determinados algunos de los problemas competenciales que hoy persisten entre el Estado y las CC. AA., lo que permite pensar en cómo reducir la conflictividad normativa, y por tanto evitar una actividad de permanente revisión jurisdiccional por el Tribunal Constitucional de la delimitación competencial.

5. EL CONCEPTO DE PREVALENCIA

El criterio de la prevalencia, recogido en el artículo 149.3 CE como mecanismo regulador de la aplicación de las normas constitucionales y estatutarias, no está en una relación de jerarquía en los ordenamientos jurídicos respectivos, pues debe entenderse que las competencias de una comunidad autónoma no deben interferirse por criterio alguno de regulación, sino que deben entenderse desde el respeto a ese ámbito competencial.

ción constitucional, comentario a la STC 247/2007. *Teoría y realidad constitucional*, n.º 22; FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2008). «¿Hacia una nueva doctrina constitucional del estado autonómico? Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana». Civitas, y CABELLOS ESPÍEREZ, M. A. (2008). «La relación derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto valenciano». *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 7.

⁴⁶ BALAGUER, F. (2021). *Manual de derecho constitucional (tomo I)*. Tecnos.

La prevalencia, tal y como viene regulada aquí implica quizás una normativa que se impone a las CC. AA. como condicionante de aplicabilidad de una norma de un ordenamiento jurídico propio, el autonómico, que queda supeditado a la existencia sobrevenida de otra norma estatal considerada como básica. Y plantea problemas de múltiple significación, la necesidad de entender cuando una norma ha de considerarse como básica. En la fase de aplicación normativa, cuando el Tribunal Constitucional ha de considerar si una norma estatal sobrevenida es básica y se impone a una norma autonómica sobre materia idéntica, exige un acto interpretativo. La consideración de norma básica ha de ser determinada por el propio TC; solo así el juez ordinario podrá tener la certeza de que esa norma tiene carácter básico, y solo así desplazará la norma estatal a otra norma autonómica anterior en conflicto.

Igualmente, las cláusulas de supletoriedad contenidas en el artículo 149.3 *in fine* han sido interpretadas inicialmente por el TC desde la lógica de la igualdad de ordenamientos. Las SSTC 118/1996 y 61/1997, actualizadas en las SSTC 102/2016 y 127/2016, se interpretan también desde la consideración de un criterio de validez y no de jerarquía. Así, se parte de una igualdad de ordenamientos, autonómica y estatal, y no de su jerarquización.

Finalmente, el aptdo. 3 del artículo 149 CE regula también la cláusula residual de supletoriedad por la que las materias no atribuidas expresamente al Estado podrán ser asumidas por las CC. AA. en función de sus respectivos estatutos. Pero dada la redacción de este precepto, la competencia residual acaba siendo estatal si las CC. AA. no incorporan esas competencias, de manera que tampoco aquí se puede decir que haya una claridad normativa en las fases aplicativas de las normas.

En realidad, en la fase constituyente de nuestro sistema político no se entendió que, desde los principios constitucionales, lo que se defendía era una posición igualitaria entre las CC. AA. y el Estado central. Y no lo entendieron tampoco las CC. AA. en general, con independencia de que las llamadas comunidades históricas buscaran y aspiraran a un modelo de evolución federalista como el que prácticamente ha devenido. Por definición, en las fases constitutivas, falta la perspectiva para entender qué está sucediendo, pero lo cierto es que, en una lectura sosegada, se ponen de relieve algunas contradicciones que, antes o después, se hacen muy visibles. Si en el reparto competencial el Estado se reserva ciertas competencias de manera exclusiva, por entender que afectan a su unidad, a cuestiones relacionadas con la igualdad básica de los territorios y a las personas que los integran, o a la seguridad nacional, estas aparecen bloqueadas, pero al mismo tiempo liberan a aquellas sobre las que no pesa la atribución competencial exclusiva. Así que, desde un punto de vista competencial, una materia

está en principio atribuida al Estado o a las CC. AA., no siendo posible estarlo al mismo tiempo a dos diferentes instituciones. Pero como muy pronto quedó al descubierto, la evidencia de que las materias objeto del derecho son cuasi infinitas en su regulación, sobre una misma materia caben regulaciones susceptibles de competencias estatales y autonómicas, en consideración al aspecto de la materia regulada. Ante esta situación, el Estado puede hacer uso de diferentes mecanismos como el de la regulación de títulos horizontales, por el artículo 149.1.13 CE, en referencia a «las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». El rescate de ese precepto es temprano por parte del Tribunal Constitucional, que acude en defensa de una política económica del Estado, centralizadora de unos criterios generales, que vendrían condicionados desde finales de los ochenta del pasado siglo, por las exigencias del derecho europeo.

6. LOS PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN Y SU RESPUESTA INTERPRETATIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Más allá de la indeterminación con la que la Constitución reguló los problemas de articulación ordinamental entre el Estado y las comunidades autónomas, tampoco desde la LOTC se solventaron algunas insuficiencias procesales el de la legitimación activa de las CC. AA. en relación con los recursos de inconstitucionalidad, y la limitación de su ejercicio por parte de las propias instituciones intracomunitarias.

El Tribunal Constitucional tuvo desde el inicio de su jurisprudencia una consideración amplia de la legitimación activa de las CC. AA. para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad frente a las leyes del Estado, más allá de la literalidad del pf. 2 del artículo 32 LOTC, que había restringido la posibilidad de que se presentaran estos recursos a leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado, «que pudieran afectar a su propio ámbito de autonomía». De la lectura del artículo 162. 1. a) se desprende que «los órganos colegiados ejecutivos de las CC. AA. están legitimados para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad». Así, de manera genérica, se considera la legitimación activa del resto de los sujetos legitimados.

Esta legitimación se desarrolla en la LO 1/1979, de 3 de octubre, que en el artículo 32.2 restringe la legitimación activa de los órganos colegiados ejecutivos de las CC. AA. respecto de la más amplia legitimación del párrafo primero: no la tendrán más que «contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado, que puedan afectar a su propio ámbito de su autonomía».

Esta limitación ha sido, como hemos visto, en lo que se refiere a la consideración de la afectación «al propio ámbito de su autonomía», y es clara en relación con la reducción acerca de qué tipo de leyes pueden ser objeto de recurso por parte de los órganos ejecutivos de las CC. AA. y de las asambleas, previo acuerdo adoptado al efecto.

El artículo 162.1.a) de la Constitución considera partes legitimadas para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad al presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados o cincuenta senadores, los órganos ejecutivos y las Asambleas de las CC. AA. La doctrina se ha mostrado desde el primer momento muy crítica con esta restricción, y algunos autores han considerado que esta norma sería inconstitucional, en razón justamente de estos argumentos⁴⁷.

El carácter restrictivo de la legitimación de las CC. AA. llevado a cabo por la LO 3/1979, no fue ratificado por el TC, que intentó una lectura de conformidad constitucional buscando criterios interpretativos conectados a la naturaleza del recurso de inconstitucionalidad, como la necesidad de contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico, por parte también de las CC. AA., o la consideración del concepto de «interés» de una manera tan amplia, que hacía coincidir ese interés con cualquier materia. Después de una jurisprudencia que consideró de manera restrictiva la legitimación activa de las CC. AA., en algunas sentencias, como STC 25/1981, de 14 de julio, que tuvo un voto particular⁴⁸, y de la STC 84/1982, de 23 de diciembre, en la STC 86/1982, de 23 de diciembre, se consideró el concepto de «interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolla su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la Ley impugnada». El Tribunal Constitucional ha conocido en no pocas ocasiones situaciones sobre las

⁴⁷ PÉREZ ROYO, J. (1988). *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Tecnos (p. 59).

⁴⁸ La sentencia resolvía un RI que consideró no legitimada a la comunidad autónoma vasca para accionar frente al Estado en la Ley 11/1980, de 1 de diciembre, que desarrollaba el artículo 55.2 CE. Era, además, un caso en el que claramente concurría un interés propio de esa CA por la implicación del terrorismo, que afectaría en su aplicación a ese territorio. El recurso se desestimó por la mayoría del Tribunal. Dado que el recurso estaría previsto para la defensa de los intereses generales y las CC. AA. defenderían intereses particulares, no había lugar al recurso. Los VV. PP. centraron la cuestión de la legitimación, en otros términos. Dado que las leyes responden a intereses generales, y las CC. AA. han de defender los intereses generales en su propio territorio, la supremacía constitucional no les podrá resultar nunca indiferente. A partir de la STC 84/1982, se irá ratificando en otras posteriores, hasta desaparecer ese argumento, tanto por parte de la Abogacía del Estado como por el propio Tribunal. Un avance puede leerse en la STC 63/1986, en la que el Tribunal dirá que «la legitimación del gobierno vasco se justifica porque el Fondo de Compensación Interterritorial, forma parte del presupuesto vasco», y una consolidación definitiva la constituye la STC 26/1987, al considerar que «la esfera de interés de la CA que justifica su legitimación no coincide con la defensa de sus competencias». Es quizás con la STC 56/1990 cuando se abandona ya cualquier consideración sobre la legitimación activa de las CC. AA.

que pronunciarse en uno u otro sentido en relación con este problema. Así, la STC 199/1987 por la que «la legitimación de las CC. AA. para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico, y en este sentido dicha legitimación se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente tanto por el propio interés en la constitucionalidad que prima a la hora de habilitar la acción frente a las leyes estatales, como por el hecho de que el artículo 32.2 LOTC contiene una presión sobre el alcance de la legitimación de los recursos de inconstitucionalidad frente a leyes estatales que establece el artículo 162.1. CE. Por ello, la exigencia específica de la posible afectación «a su propio ámbito de autonomía» no puede ser interpretada de forma restrictiva, sino en favor del reconocimiento de la legitimación»⁴⁹.

Una segunda consideración a tener en cuenta en relación con la posición institucional de las CC. AA. la tiene la posibilidad constitucionalmente reconocida en el artículo 161. 2 CE que permite al Gobierno central solicitar la suspensión de la disposición recurrida por un plazo de cinco meses. Es una garantía que en el fondo constituye un privilegio concedido al Estado frente al recelo del constituyente en relación con un derecho autonómico futuro⁵⁰.

Y la posibilidad de prorrogar el plazo de los cinco meses de suspensión puede constituir un arma política en manos del Estado para frenar muchas

⁴⁹ En la STC 17/1990, de 7 de febrero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la ley del parlamento de Canarias, se propuso por esta Asamblea una cuestión procesal de falta de legitimación activa de los cincuenta parlamentarios estatales recurrentes. En su FJ 1, se estimó la excepción sobre la admisibilidad por entender que, a diferencia de la falta de legitimación que el artículo 162.1.a) otorga a posibles fracciones parlamentarias de las CC. AA., las del Parlamento de la nación la tienen expresamente reconocida en la CE y en la LOTC. Esta argumentación la extrae el Tribunal del antecedente jurisprudencial de la STC 86/1982, en la que se consideró que cuando estos sujetos legitimados interponen un recurso lo hacen por la existencia de un interés público objetivo, en el que el TC desarrolle su función de garantizar la supremacía de la constitución mediante el enjuiciamiento de la ley impugnada, ya que es el orden constitucional y no los intereses privados, lo que justifica la legitimación. También en las SSTC de 16 y 17 de marzo de 2011, dictadas en relación con el recurso del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, contra el artículo 51 de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y del artículo 75.1 de la LO 17/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, se alega la falta de legitimación activa del Gobierno de Extremadura, y aquí el Tribunal no estima la excepción procesal, y entra en el fondo de la pretensión declarando inconstitucionales algunos de los preceptos recurridos. En el FJ 3 considera el Tribunal que «no puede negarse la legitimación activa del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra la Junta de Andalucía por tratarse de intereses que afectan a su propio ámbito de autonomía».

⁵⁰ Esta limitación se sumaría a otras dos, la de la prevalencia de la ley estatal y la de la sujeción obligatoria a las leyes de armonización. Para F. Balaguer no es una medida cautelar sino de control. F. BALAGUER, *Fuentes del derecho*, t. II. Y también con mayor amplitud en *La integración del derecho autonómico...*, p. 133.

políticas de las CC. AA. de manera que el transcurso del tiempo pueda hacer ilusorio el contenido de algunas leyes. El Tribunal debe en estos casos mantener la prudencia respecto de las prórrogas de estos plazos, más aún en leyes complejas que exijan un tiempo dilatado en la tramitación del recurso. De este modo, el auto que resuelva la solicitud de prórroga ha de justificar de manera fehaciente la necesidad de posdatar la entrada en vigor de la ley. Y, asimismo, a la Abogacía del Estado se le exige un razonamiento suficiente acerca de los perjuicios que podrían derivarse para el Estado de la aplicación de la ley, de manera que esta previsión constitucional no tenga el efecto de bloqueo institucional a la CA recurriendo sistemáticamente leyes autonómicas como arma política de intereses ajenos a la depuración del ordenamiento jurídico. En general, el TC ha desestimado las prórrogas cuando el avanzado estado de tramitación del recurso las hacía innecesarias, o cuando no se había razonado por el recurrente acerca de los perjuicios que ocasionaría la aplicación de la ley recurrida.

A) **La legitimación activa de los órganos ejecutivos para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad frente sus propias asambleas parlamentarias**

Pero mayor problema plantea la legitimación activa de las CC. AA. en relación las posibilidades de interponer recursos de inconstitucionalidad respecto de sus propias leyes. El Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el artículo 32.3 regulaba esta posibilidad: «Los órganos colegiados ejecutivos de las CC. AA. están legitimados en su caso, para impugnar las leyes, actos y disposiciones con fuerza de ley emanada de las respectivas asambleas legislativas». Sin embargo, ese precepto, como se sabe, no llegó a aprobarse, sin que se sepan las razones exactas de esa omisión en el texto legal definitivo.

La doctrina se ha hecho eco de esta cuestión, intentando desentrañar las razones por las que finalmente ese texto no llegó al *BOE*, sin conseguir una conclusión definitiva. Para algunos autores, la falta de legitimidad de los gobiernos autónomos para impugnar las normas emanadas de sus propias asambleas se debe a un despiste, dado que las Cortes aprobaron un apartado 3 en el artículo 33 LOTC donde se recogía tal pretensión, apartado que, por alguna extraña razón, nunca llegó a entrar en vigor por falta de promulgación y de publicación⁵¹.

La legitimación de los órganos ejecutivos autonómicos para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra las leyes dictadas por sus pro-

⁵¹ CORCUERA ATIENZA, J. (1981). «Autonomía y recurso de inconstitucionalidad». *RVAP*, n.º 1.

pías asambleas legislativas se había reconocido en el artículo 32.3 del Proyecto del Gobierno de la LOTC y en el texto votado en el Congreso de los Diputados y el Senado, pero que no fue finalmente publicado en el *BOE*. Las razones, que no se han explicitado nunca, pudieron obedecer a un descuido, o a alguna intención, pero lo cierto es que esa legitimación finalmente no se reguló⁵². La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha resuelto de manera quizás parcial este problema. En la STC 223/2006, de 6 de julio, en un recurso promovido por la junta de Extremadura y ochenta senadores contra el reglamento de la Asamblea de Extremadura, se analiza la legitimación activa de los gobiernos autonómicos. Es importante señalar de entrada que el ministerio fiscal consideró de plena legalidad la legitimación del gobierno por entender que la lectura de los artículos 162.1.a) y 32 permitían una interpretación integrada capaz de admitir la legitimación activa. El gobierno de la junta recurrente entiende que la LOTC no puede regular con mayor restricción esta legitimación si la Constitución la permite, y alude a la desaparición de un tercer párrafo en el artículo 32 de esa ley en el que se reconocía esa legitimidad y que no llegó al *BOE*. De admitirse esa limitación, la única posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de estas normas autonómicas derivaría de la voluntad del Estado en sus múltiples posibles sujetos legitimados. El fiscal mantuvo el criterio amplio de considerar que la Constitución constituiría una regla para recurrir de inconstitucionalidad todo tipo de leyes y la LOTC la limitación para las leyes del Estado. La exclusión no sería de la legitimación activa de los órganos ejecutivos colegiados de las CC. AA., sino de la reducción al propio ámbito de autonomía.

El Tribunal consideró en su FJ 2 que debía de someterse al tenor literal de la publicación en el *BOE* sin sujeción a una posible norma inexistente, y que sería contrario al artículo 32 cualquier otra posición, estimando así la falta de legitimación del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura⁵³.

Javier Corcuera ha valorado acerca de cómo la LOTC reduce considerablemente la legitimidad de los órganos de las CC. AA. para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad⁵⁴, y ha puesto de manifiesto las dos pos-

⁵² Sobre esta cuestión, J. JIMÉNEZ CAMPO, «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», p. 105.

⁵³ La sentencia contiene un voto particular suscrito por tres magistrados, que pone de relieve la debilidad de esa argumentación. Y considera que, si lo analizamos desde la perspectiva de la jerarquía de las fuentes del derecho, no puede hacerse prevalecer lo dispuesto en el artículo 32 LOTC sobre lo dispuesto en términos inequívocos por el artículo 162. 1.a) CE. Ante este, el precepto infraconstitucional resulta inoperante. Un segundo argumento que añade el voto es el carácter inequívoco con que se refiere a los órganos ejecutivos, mientras en las asambleas de las CC. AA. hace referencia a «en su caso», condicional que solo está previsto para ellas. Si están todos los sujetos alineados en paridad, no es lógico suprimir luego a los consejos de gobierno de las CC. AA. sin ninguna razón que se justifique en la norma.

⁵⁴ *Ib.*, pp. 200 y ss.

turas contradictorias que tuvieron lugar en los debates parlamentarios. No se modificó en ningún momento el contenido del P. 3 del artículo 32 de la LOTC, que no apareció sin embargo publicado en el *BOE*⁵⁵.

Por su parte P. Pérez Tremps, en un artículo posterior, considera que la posibilidad de esa legitimación viene determinada por criterios de posible interpretación⁵⁶. Entiende que es desde la relación del artículo 161 CE y el artículo 32 LOTC que se puede entender la legitimación. Y esto porque, alineándose a la doctrina de los votos particulares de la STC 223/2006, la LOTC no podría restringir el contenido constitucional. Así que tanto el silencio de la Constitución como la propia doctrina del Tribunal respecto de la naturaleza del recurso de inconstitucionalidad como instrumento de depuración objetiva del ordenamiento jurídico, sobre la amplitud del concepto de «su propia autonomía», abundarían en un criterio de la legitimación activa muy amplio.

Una posición diferente sostiene J. Jiménez Campo, quién admite en su consideración la posibilidad de que la Constitución haya considerado una asimetría de legitimados para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad entre el Estado y las CC. AA.⁵⁷. Para este autor no es posible la subsanación de este error vía interpretativa, ni tampoco dar vigencia o posibilidad alguna de aplicación a una norma no nata. De ahí la aceptación de esa ausen-

⁵⁵ En el proyecto de ley la legitimación de los órganos colegiados ejecutivos y de las Asambleas de las CC. AA. se ceñía al recurso de inconstitucionalidad de todas las leyes, no solo las del Estado, que tuvieran relación con el ámbito propio de autonomía. El informe de la ponencia de la comisión constitucional del Congreso sostiene ese contenido, pero en el dictamen se modifica y se elimina la exigencia de la afectación. El debate del Pleno terminó con un acuerdo entre UCD y Minoría Catalana que volvió al texto original de la ponencia. J. Corcuera considera que las razones fueron políticas, determinadas por la posibilidad de que una ampliación de la legitimación pudiera generar en el Tribunal Constitucional un «reino de Taifas». En el Senado se mantuvo la reducción de las comunidades autónomas en su legitimación activa para interponer RI contra leyes de otras comunidades, pero en lo que se refiere a las leyes de las propias CC. AA., E. García de Enterría lo atribuye a un inverosímil despiste, toda vez que el Congreso aprobó y el Senado no enmendó ese pf. 3 que concedía legitimación a los gobiernos autonómicos para recurrir y se muestra decididamente partidario de la legitimación activa de los ejecutivos autonómicos para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad de las leyes de sus propias asambleas legislativas. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2017). *Curso de derecho administrativo*. Civitas (pp. 199 y ss.).

⁵⁶ PÉREZ TREMP, P. (2007). «La legitimación de los ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su comunidad autónoma: crónica de un precepto perdido». *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Coincide puntualmente con J. Corcuera en la descripción de los avatares sufridos en la tramitación Congreso-Senado-Congreso por el pf. 3 del art 32 LOTC. En las referencias a las votaciones del Pleno, observa que realmente se aprobó el texto y que el error fue posterior a la manifestación de la voluntad de las Cortes, pero no constó en el texto de remisión al *BOE*. Este error podría haber sido subsanado por las propias Cortes, pero no se ha hecho en ningún momento.

⁵⁷ J. JIMÉNEZ CAMPO, *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*. pp. 104 y ss., y BALAGUER, M. L. (2020). «La organización territorial del Estado en la Constitución española de 1978». En *Balance y perspectivas de la Constitución Española de 1978*, de J. F. Tezanos y J. García Fernández (Eds.). Biblioteca Nueva (pp. 367-397).

cia, sea cual sea la causa en la legitimación activa de los órganos colegiados ejecutivos de las CC. AA. que solamente tendría una solución de *lege ferenda*.

La STC 176/2019 prueba por mayoría la tesis de falta de legitimación del ejecutivo de una CA para interponer un recurso de inconstitucionalidad de su propia asamblea legislativa en un Fundamento Jurídico Único que considera plenamente constitucional esa limitación⁵⁸. Pero la sentencia contiene tres votos particulares que razonan en sentido contrario⁵⁹.

B) El problema de los títulos competenciales transversales

El artículo 149.1.1 CE garantiza la igualdad dentro de las diferencias que las CC. AA. pueden establecer en las diferentes proyecciones políticas que la Constitución permite en los distintos territorios. No es, como se sabe, un título competencial, pero sí mantiene una exigencia de uniformidad respecto de las condiciones en las que el Estado ha de legislar de conformidad con «unas condiciones básicas».

En general, su consideración en cuanto a la regulación estatal por la vía del artículo 149.1.1 CE, como garantía de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles, en el ejercicio de los derechos y en el cumpli-

⁵⁸ En él se afirma que «En definitiva, los distintos planos institucionales y funcionales en los que respectivamente se desenvuelven los órganos estatales y autonómicos dan sobrada razón de las diferentes regulaciones que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha establecido, con fundamento en la Constitución, en orden a la legitimación de unos u otros órganos (o de sus fracciones) para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad. Importa destacar que esta diversidad de ordenaciones está presente, para aspectos de mayor relieve, en la propia norma fundamental. Así ocurre, en particular, con la asimetría de posición, en punto a la legitimación activa, de las cámaras de las Cortes Generales, de un lado, y de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas, pues en estas últimas, a diferencia de las primeras, la Constitución no atribuye tal legitimación a una determinada fracción del órgano parlamentario, sino al órgano en sí [art. 162.1.a)]. De ello cabe inferir, con toda naturalidad, que la acción de inconstitucionalidad no fue otorgada por la Constitución, en estos casos, para la impugnación de leyes propias por las mismas Asambleas autonómicas que las aprobaron, y en cuya potestad está, por tanto, derogarlas total o parcialmente. Y es del todo evidente, esto advertido, que la legitimación que a efectos de tal tipo de impugnación pretende ahora para sí el ejecutivo autonómico no solo carece, por lo ya dicho, de base alguna en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino que llevaría también, de reconocerse, a romper el equilibrio o paridad institucional que debe existir, porque así lo ha querido la Constitución, entre uno y otro órgano superior de la comunidad autónoma para el ejercicio de la acción directa de inconstitucionalidad».

⁵⁹ El primero considera es de adhesión del magistrado J. A. Xiol a los votos particulares suscritos por el magistrado P. González Trevijano, al que también se adhiere el magistrado R. Enríquez, y el segundo es de la magistrada M. L. Balaguer. Los votos, apoyados en la doctrina constitucionalista, consideran que la legitimación activa deviene del texto constitucional mismo, y que lo previsto en el artículo 32.2. de la LOTC no podría reducir por ley la legitimación reconocida en el artículo 162.1. CE. En el mismo sentido puede consultar el artículo de M. L. Balaguer en la obra colectiva.

miento de los deberes constitucionales, tampoco fue un instrumento legal de uso generalizado en las primeras décadas de vigencia de la Constitución⁶⁰.

Pero es el artículo 149.1.13 el que ha mostrado una mayor complejidad en su desarrollo jurisprudencial. En la STC 13/1992, se fijó una jurisprudencia del TC en relación con las posibilidades interpretativas de esta norma que entendían de forma restrictiva las posibilidades de utilización por parte del Estado de esa exigencia de uniformidad. Se trataba de un RI interpuesto por la CA de Cataluña, en relación con las subvenciones que se recogían en los PGE. La sentencia estimó el recurso, fijando como doctrina que no era posible una utilización del 149.1.13 para intervenir en las competencias exclusivas de las CC. AA., salvo que existiera un título competencial por parte del Estado⁶¹.

Pero posteriormente esta interpretación ha experimentado cambios importantes por parte de la jurisprudencia del TC, sobre todo a partir de la última década, en la que ha servido de apoyo a declaraciones de inconstitucionalidad de normas autonómicas, que han generado votos particulares de importancia en las sentencias más recientes⁶².

⁶⁰ Una ley que se aprobó al amparo explícito de esta norma fue la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sobre la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia. En este sentido, la exposición de motivos justifica la ley en la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1CE), por parte de esta Ley, de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las administraciones públicas, y con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 de la Constitución.

⁶¹ En esta sentencia se recoge además la exigencia de la igualdad territorial en lo que se refiere a la «territorialización de los fondos» como una exigencia del respeto a las autonomías. Un análisis de esta sentencia en BALAGUER, M. L. (2010). *Igualdad y Constitución española*. Tecnos (p. 198).

⁶² A mi juicio, sobre el alcance del artículo 149.1.13 se ha producido la modificación más importante que en los últimos quince años ha generado la jurisprudencia del TC en relación con la distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA., y esto lo podemos estudiar en algunas sentencias en las que se manifiesta la versatilidad de esta norma constitucional y la falta de construcción definitiva en la doctrina del Tribunal. En la STC 33/2014, de 27 de febrero, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad frente a determinados preceptos de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, que fue recurrida por el Gobierno de Cataluña, en la materia referida a servicios sociales, energías renovables y eficiencia energética los recurrentes invocan la ignorancia de la ley a la jurisprudencia del TC en relación con la STC 13/1992, que fue paradigmática en su día respecto de la distribución competencial en materia de subvenciones. En la STC 13/1992, como se sabe, partía de que la materia de subvenciones debía ser regulada de acuerdo con las competencias materiales respectivas de los entes territoriales, de manera que el Estado debía respetar que cuando una CA hubiera asumido las competencias en determinada materia, los recursos habrían de destinarse a esa comunidad para que se pudieran cumplir sus fines, porque si no sería ilusoria la transferencia competencial. A través de ese principio, la competencia en las subvenciones es determinada por el título correspondiente a cada materia. Y en ese sentido, la STC 33/2014 debería haber transcurrido por esa línea de razonamiento. Así ocurre con la materia de servicios sociales, que es competencia exclusiva de las CC. AA., emigración en lo que se refiere a prestaciones sociales, y una

■ INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

Pero es probablemente en la STC 79/2017, de 22 de junio, contra la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, donde se produce una recentralización competencial importante. Aquí, el Parlamento de Cataluña recurre esta ley por entender que ni el artículo 149.1.1, ni el 149.1.13, ni el 149.1.18 CE permiten al Estado esa regulación.

La conciliación de la unidad del mercado con la autonomía presenta ahora rasgos específicos en relación con la descentralización del estado autonómico. La ley establecía limitaciones en el proceso de elaboración de las normas, y otros aspectos de dudosa constitucionalidad.

partida referida a las ayudas a la incentivación y energías renovables, pero desestima el recurso en aspectos importantes, como la centralización de parte del Estado considerando que la «regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional, objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso, se sitúan dentro de las competencias autonómicas la gestión, tramitación y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos que deben ser competencia del estado». Es porque mientras tanto se han dictado las SSTC 178/2011, 36/2012, 130/2013.

CAPÍTULO V

DERECHO EUROPEO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La integración europea y su evolución a través del derecho comunitario. A) *El Acta Única Europea*. B) *La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional respecto de la posibilidad de contradicción entre el Tratado Constitucional Europeo y la Constitución española (CEU y CE)*. C) *El Tratado de Lisboa*. 3. La relación entre el derecho europeo y el ordenamiento constitucional español en la interpretación constitucional de derecho. 4. El comportamiento de los jueces estatales de España respecto del derecho comunitario. El diálogo entre tribunales. 5. La dificultad de conciliación entre normas europeas de defensa de los derechos fundamentales en la Unión Europea y derechos estatales. 6. El caso Melloni como paradigma de diálogo entre tribunales. 7. Las técnicas de articulación entre el derecho estatal y el derecho comunitario.

1. INTRODUCCIÓN

La idea de un derecho europeo es reciente y se desarrolla ya prácticamente en este siglo. Que no se hablara del derecho europeo en su concepción de ordenamiento jurídico no significa, claro está, que no existiera desde antes un derecho internacional ni instituciones formadas desde la creación jurídica de normas que regulaban las relaciones de los Estados con Europa, pero si queremos hablar de ordenamiento habremos de referirnos al esfuerzo de transformación de estructuras económicas en jurídicas en un proceso que se inicia en las últimas décadas del pasado siglo y en referencia a un proyecto de europeización que aún está en fase de construcción política y jurídica.

Europa, como necesidad, es en su inicio el reconocimiento de que los Estados que componen en ese momento la Comunidad Económica Europea se consideran partícipes de una cultura, la cultura europea, que une por encima de las diferencias, de los conflictos bélicos que se estiman superados, y de la necesidad de abordar la globalización desde un área geopolítica común, capaz de fortalecer ese territorio frente a otros continentes en proceso de avances tecnológicos y económicos que podrían arrinconarlo a posiciones internacionales subalternas en la disputa por el liderazgo mundial. Y es desde esa cultura común y desde la necesidad de los mismos Estados, como se avanza en pocos años hacia un intento de formulación de una Constitución Europea supra-Estados con aspiraciones de formación de Estados federados, no por fracasada en su momento, desechada en la narrativa de la construcción de Europa¹.

Esa configuración de Europa parte por lo tanto de la necesidad de cobertura legal a unos organismos fundamentalmente económicos, con claro predominio de esos intereses y raquílicas normas jurídicas de derecho excesivamente débil para acometer la función de lo que se quería que fuese una Europa unida. Tal operación exigía un más alto nivel diplomático y desde luego institucional y desde ahí se intenta una legitimación de sus instituciones con bases de democracia directa como el Parlamento Europeo, Defensoría del Pueblo, poderes ejecutivos democratizados desde los Estados de origen, y, naturalmente, el reforzamiento de un incipiente sistema jurisdiccional con la posibilidad de dirimir aquellos conflictos normativos susceptibles de crearse en ese proceso y en la articulación con los respectivos ordenamientos estatales.

Es esta circunstancia histórica la que justifica el hecho de que la relación entre el ordenamiento europeo y el de los Estados está siendo estudiada desde fechas relativamente recientes por parte de la doctrina constitucionalista y muy especialmente en lo que se refiere a las teorías interpretativas de las normas jurídicas y de los efectos que producen las resoluciones de los dos tribunales europeos, de una parte, el TEDH y, de otra parte, el TJCE. En ese sentido, se entiende la expresión «diálogo entre tribunales», que hace referencia a la exigencia de que se produzca un entendimiento entre jurisdicciones estatales y tribunales de

¹ Ha de darse cuenta aquí de las aspiraciones de los Estados que entonces no formaban parte de la CEE de su pertenencia a ese club y sus esfuerzos por conseguirlo en Estados como el nuestro, cuyo obstáculo para entrar era el de la carencia de un sistema democrático. España deseaba formar parte de la Comunidad desde muchos años antes de la extinción de la dictadura y uno de los objetivos de nuestra transición democrática era justamente su incorporación a Europa. Un análisis detallado del condicionamiento europeo en el proceso histórico de la transición se puede encontrar en BALAGUER, M. L. (2021). *Contranarrativa de la transición política en España*. CEPC.

la UE². Sin embargo, la evolución que hoy experimenta el derecho comunitario en relación con su grado de importancia geopolítica y de los procesos de globalización habidos desde las últimas décadas, exige que nos detengamos en el estudio de una interpretación de las normas jurídicas desde la consideración del derecho europeo como un derecho multinivel formalizado desde la idea de una construcción europea, también, y, sobre todo, desde la juridicidad.

Lo que el derecho europeo habría de suponer en la construcción europea era una corriente de positivismo normativista de constitución material, donde la interpretación constituye el elemento clave, porque la necesidad de una valoración de la justicia constitucional, y la producción de trabajos de derecho comparado producen un enriquecimiento muy importante en el mundo jurídico, tanto desde el aspecto institucional, como en el normativo³.

En el ordenamiento jurídico italiano, corresponde a R. Romboli, y A. Pizzorusso dar cuenta de cuál es la aportación que el derecho constitucional italiano supone al derecho de la Unión Europea⁴, que está sobre todo en el concepto material de constitución de Mortati, y de la tutela de los derechos fundamentales, y que conecta con un planteamiento del derecho constitucional progresista y de superación del formalismo de otras épocas.

Esto permite considerar que la justicia constitucional sea un mecanismo capaz de cambiar el concepto de derecho sostenido hasta entonces, auxiliado este cambio por una alteración en el sistema de las fuentes del derecho y de su consideración en la fase aplicativa, que exige dinamizar antiguos principios a la luz de la nueva situación.

Es cierto que no se podría hablar con precisión de una Constitución europea, pero sí en sentido material si se entiende que los tratados y la Carta de los Derechos Fundamentales han permitido durante estos años la generación de una dogmática jurídica europea en el plano interpretativo. La construcción del concepto de primacía supone el mejor ejemplo de esa inserción en el sistema de las fuentes de una categoría jurídica nueva que se intenta compadecer en su fase aplicativa con la supremacía constitucional de los Estados miembros⁵.

² Sobre una difícil relación en la articulación estatal con la Constitución Europea, BALAGUER, F. (2007). «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea». *RDCE*, n.º 7 (p. 335 y ss.). También GÓMEZ FERNÁNDEZ, M. I. en «Vínculos y relaciones entre el derecho internacional y el derecho de la UE en el marco del ordenamiento español». *Revista Aranzadi Doctrinal*. 7- 2017, pp. 207-236.

³ ALCARAZ, H. (2017). «Luis Favoreu y su aportación del derecho constitucional francés y europeo». En *El derecho constitucional de comienzos del siglo XXI en la Europa mediterránea. Homenaje a los profesores L. Favoreu, A. Pizzorusso y F. Rubio Llorente*, de P. Pérez Tremps (coord.). CEPC (pp. 17 y ss.).

⁴ *Ib.*, pp. 25-45.

⁵ El «cielo estrellado el derecho europeo», del que los autores hablan en la metáfora de un cierto iluminismo jurídico del derecho europeo. (*Ib.*, p. 63).

Así, el derecho comparado se muestra inevitable por el contagio que los Estados miembros ofrecen en ese concierto entre los que componen la Unión, y las resistencias del propio ordenamiento a que algunos de sus firmes postulados, a causa de ese derecho supraestatal superpuesto, escapen a su control.

El mismo criterio tendrá O. Lecucq acerca de la influencia del derecho europeo en el derecho constitucional de la Francia de hoy. La justicia constitucional es para el autor una auténtica revolución en el mundo del derecho⁶.

En cuanto a lo que supone para nuestro ordenamiento el derecho europeo, L. López Guerra considera que España sigue a Europa en un constructivismo constitucional, de manera que, ante un método jurídico tradicional de clara insuficiencia, este ha sido completado con una jurisprudencia que no es de conceptos, sino de intereses, y que atiende a los problemas reales, desde un punto de vista material sustantivo-valorativo, y con el desarrollo de la mejor doctrina por nuestro Tribunal Constitucional⁷.

2. LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y SU EVOLUCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO COMUNITARIO

El proceso por el que se configura una Europa más allá de los Estados tiene que ver con circunstancias históricas que se relacionan con una cultura de identidad compartida como Occidente, de la que se desprenden consecuencias políticas, que desde el final de la II Guerra Mundial crean una opinión de progresiva unión, con avances y estancamientos que culminan en un intento de constitución europea. Ciertamente no ha sido una realidad hasta ahora, pero a cada impulso se corresponde un paso importante en ese avance, al punto de que aún en ausencia de constitución escrita, de los tratados y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puede desprenderse un ordenamiento jurídico supraestatal, que condiciona el derecho de los Estados miembros cada vez con más determinación e intensidad.

A) El Acta Única Europea

Los hitos jurídicos de ese avance vienen para nuestro Estado desde la década de los 90 en los que después de la integración de España en Europa, se plantea la exigencia de una reforma constitucional con motivo de la firma de la Acta

⁶ *Ib.*, p. 194.

⁷ *Ib.*, pp. 153-168.

Única Europea que condiciona una futura reforma constitucional en materia electoral⁸. Y, esto promueve una reflexión acerca de la relación entre el derecho nacional y comunitario, que genera una importante doctrina en las posteriores actuaciones de España en el contexto comunitario. El TC, en la DTC 108/1992, toma postura sobre que en la Constitución española no se habilita una reforma por la vía del artículo 93 CE, sino que la reforma exigida es exclusivamente la prevista en el título X. CE, y de este modo se inicia el camino de la delimitación de los respectivos ordenamientos estatal y constitucional, con la afirmación de categorías jurídicas como la de primacía o el efecto directo⁹.

Más allá de los pronunciamientos del Tribunal Federal Alemán en relación con el proceso de incorporación de los Estados a una posible constitución europea, que constituyeron en su momento un condicionante en parte de la doctrina sobre el proceso, la integración europea en España se ha llevado a cabo con una importante disciplina científica y una voluntad deliberada hacia la idea de formar parte de Europa¹⁰.

B) La Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional respecto de la posibilidad de contradicción entre el Tratado Constitucional Europeo y la Constitución española (CEU y CE)

El requerimiento que el Gobierno de España hace al TC está en relación con las dudas de constitucionalidad sobre tres posibles contradicciones: la pri-

⁸ El derecho de sufragio activo de las personas extranjeras en España exige la modificación del artículo 13.2 CE en los términos que permitan su homologación con el derecho europeo.

⁹ La ratificación por España del Tratado de la Unión Europea requería, según declaró el Tribunal Constitucional con fecha 1 de julio de 1992, la previa reforma del artículo 13, apartado 2, de la Constitución española. Esta reforma se realizó el 27 de agosto de 1992. De acuerdo con lo previsto en el artículo 93 de nuestra Constitución, resultaba necesario que la prestación del consentimiento del Estado para ratificar el Tratado de la Unión Europea fuera autorizada mediante ley orgánica, tal como ocurrió con motivo de la adhesión de España a las Comunidades Europeas y de la ratificación del Acta Única Europea. (Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992).

¹⁰ El TFA ha seguido esa línea de reafirmación estatal recurrente en sus resoluciones judiciales que se extiende recientemente a otros tribunales constitucionales de Estados de incorporación más reciente. El TFA ha considerado de manera muy restrictiva la competencia que el TJ tendría sobre la jurisdicción constitucional de los Estados miembros de la Unión y en ese sentido ha condicionado una buena parte del discurso interpretativo. Se adscribe así a lo que se llama «tesis de la autonomía» por la que el ordenamiento comunitario nace de tratados internacionales y se ha de regir por las normas que cada Estado establece para los tratados, así que corresponde a la soberanía parlamentaria de cada Estado la determinación de las condiciones de cada uno de ellos y su propia eficacia jurídica. AZPITARTE, M. (2002). *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*. Civitas (p. 40 y ss.). Así que Azpitarte valora negativa esa concepción de los tratados y la solución a la que conduce, que deja sin solución los conflictos entre el TJUE y los tribunales de los Estados.

macía del derecho de la Unión, la Carta de los Derechos Fundamentales y en cuanto a su ámbito de aplicación, la interpretación y los principios. El Dictamen, aprobado con tres votos particulares, desestima la posibilidad de una inconstitucionalidad respecto de la primacía del derecho de la Unión, por ser compatible con el de supremacía constitucional, porque se trata de dos categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Así, el concepto de supremacía integraría el de la primacía, porque no están en una relación de jerarquía, sino de aplicación preferente. De ahí que no fuera necesario reformar la constitución¹¹.

El Dictamen representa, doctrinalmente hablando, una continuidad respecto de la Declaración de 1992 por parte del TC en relación con la aprobación del Tratado de Maastricht. En relación con la Carta, dirá que las disposiciones de la CDFUE tras su integración en el ordenamiento serán pauta para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución española reconoce, por imperativo del artículo 10.2 CE.

Los votos discrepantes lo son por entender que existía contradicción entre el texto de la Constitución europea y la española, lo que habría exigido una reforma constitucional. Más allá de que las dudas suscitadas tuvieran alguna justificación después de la Declaración de 1992 por parte del TC, la idea de una reforma constitucional no estaría justificada en relación con las categorías que el derecho ya había construido, desde la idea de primacía del derecho europeo y supremacía constitucional. La articulación entre una posible constitución europea y una constitución nacional debía arbitrarse desde esa lógica conciliadora que se aleja del principio de jerarquía de la norma para no plantear frontalmente esa cuestión. Supremacía y primacía son categorías que se desenvuelven en órganos diferenciados. La supremacía asume la primacía, la supremacía admite la primacía de otras normas capaces de desplazar a las estatales, de otro ordenamiento internacional, porque la Constitución española lo ha previsto así. Y el artículo 93 CE y el artículo 1-6 del Tratado así lo recogen.

C) El Tratado de Lisboa

El fracaso que genera el intento de una Constitución para Europa se saldará con el Tratado de Lisboa, especie de síntesis de contrarios que cierra en falso un debate muy importante para la Unión, pero permite salir de la situa-

¹¹ RODRÍGUEZ-VERGARA, A. (2005). «¿Quién debe ser defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004 de 13 de diciembre». *ReDCE*.

ción mediante la fórmula jurídica de un tratado¹². La incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea supondrá uno de los mayores valores de esa especie de Constitución-Tratado en una mixtura que mostraba la insuficiencia y la imposibilidad del proceso de construcción de la Unión Europea como realidad jurídica plena en ese momento histórico¹³.

Los Estados europeos han sostenido una actitud recelosa en todo el proceso de crecimiento del derecho de la Unión, por su resistencia a perder el control sobre su propio derecho. La sentencia que el TFA emite sobre el Tratado de Lisboa se ha criticado por la doctrina que, desde el lenguaje mismo, utiliza para referirse al tratado. Algunas frases y expresiones como «apodíctico y dogmático», «negativo y ofensivo», intentaban desalentar un proceso por otra parte inevitable¹⁴. Así, la valoración de que no aumentaría el nivel de desarrollo democrático, o que el Parlamento europeo no sería representativo de la soberanía, evidenciaron las reticencias a una constitución europea y pusieron de manifiesto que no todos los Estados tenían la misma aspiración a crear una constitución común. P. Häberle, en su crítica, llama la atención sobre la evolución de la teoría política de los tiempos actuales en relación con conceptos como soberanía y otros que considera que deben formularse desde posiciones más actualizadas y en los contextos contemporáneos del poder político. El concepto de soberanía nacional como centro de imputación de la política ha evolucionado hacia formas políticas que desbordan, se quiera o no, el ámbito nacional, por exigencias históricas y de insuficiencia de los Estados para dar respuestas eficaces a la convivencia ciudadana. La globalización política hoy una consideración en términos absolutos¹⁵.

Igualmente, para Häberle la idea de identidad constitucional que expresa el TFA en esta sentencia es autorreferente, no viene condicionada por la doctrina científica, sino más bien se extrae de sentencias anteriores del mismo tribu-

¹² Sobre las formas en que se desarrolla ese tratado y sus pretensiones de «constitucionalidad», ver BALAGUER, F. (2009). «La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes comunitario y su influencia en los ordenamientos estatales», en *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*. Comares (p. 65 y ss.). Sobre esta cuestión también el análisis de GÓMEZ FERNÁNDEZ, M. I., «La constitución española frente al tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional». Civitas. *Revista Española de Derecho Europeo*. 14, pp. 297-327.

¹³ BALAGUER, F. (2021). «Prólogo *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de A. Aguilar Calahorra». CEPC. Para F. Balaguer, el debate sobre la constitución europea se cerró en falso con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (pp. 13 y ss.).

¹⁴ *Ib.*, p. 413.

¹⁵ HÄBERLE, P., y BALAGUER, F. (2009). «La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada». *ReDCE*, n.º 12.

nal y obedece a una visión tradicional del Estado a espaldas de una realidad europea que busca imponer su funcionalidad en el concierto internacional¹⁶.

3. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO EUROPEO Y EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La doctrina constitucionalista y en general de derecho público en España ha adoptado distintas posiciones respecto de la relación entre ambos tribunales, europeo y español, desde puntos de vista que tienen que ver también con la idea más general de un derecho abierto a Europa o de respeto más riguroso al ordenamiento interno. En las posiciones más partidarias de un derecho abierto en su orden interpretativo y plural desde la concepción jurídico política, se atribuye una mayor atención a la exigencia de entendimiento y diálogo entre tribunales.

Una concepción cercana a autores como P. Häberle considera que el pluralismo en una sociedad abierta de intérpretes constitucionales enriquece mutuamente los dos ordenamientos al conciliar aspectos interpretativos que innovarían y revitalizarían los ordenamientos respectivos en una cultura política común europea. Y, ese avance sería fructífero para el sentimiento constitucional de la Unión.

A ello contribuyen algunos argumentos que se deben resaltar pese a su obviedad. Que el derecho europeo es un derecho materialmente constitucional, pese a las dificultades políticas en el proceso que obstaculizaron la denominación formal de «constitución»; que la actividad interpretativa de la norma exige la coherencia de los ordenamientos y esa articulación multinivel incumbe tanto al ordenamiento jurídico estatal en su relación con las CC. AA. como en su aplicación del derecho europeo, del que forma parte en su proceso de creación. Y, además, también por la exigencia de coherencia y complitud del ordenamiento que exige esa articulación a menos que se fragmente el ordenamiento y se creen contradicciones pocos salvables en esa articulación. Así que los principios de primacía y eficacia no serían más que exigencias interpretativas propias de una articulación de ordenamientos.

Hay que tener en cuenta que la uniformidad es también un principio general de derecho que refuerza las aspiraciones políticas de la UE, y en ese

¹⁶ *Ib.*, p. 426.

sentido el TJUE tiene una importante función de homologación del derecho de los Estados en su fase interpretativa y aplicativa.

Más allá de la exigencia de los Estados pertenecientes a la Unión de acatar las resoluciones judiciales en el ámbito en el que se produzcan, estaría en este sentido la del seguimiento por parte de sus respectivos jueces y tribunales, en relación con la interpretación de las normas incumbentes al caso, del seguimiento de esa doctrina, que no es una cuestión pacífica en el constitucionalismo de los Estados, porque, finalmente, hay una desigual aceptación por parte de estos, que incluso en algún caso llega a la desobediencia abierta. Se ha puesto de manifiesto por la doctrina que es precisamente en este ámbito del derecho donde el ordenamiento jurídico europeo muestra sus mayores contradicciones¹⁷.

4. EL COMPORTAMIENTO DE LOS JUECES ESTATALES DE ESPAÑA RESPECTO DEL DERECHO COMUNITARIO. EL DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES Y LA CUESIÓN PREJUDICIAL EUROPEA

La dificultad de ordenar el derecho en su actividad interpretativa, con sujeción al sistema de fuentes y a principios como el de jerarquía y el de competencia para la resolución de su aplicación, viene condicionada por un problema previo que es el de la correcta articulación de ordenamientos. Esto es especialmente importante para nuestro ordenamiento, desde la consideración de un ordenamiento jurídico constitucional complejo como el que determina el título VIII de la Constitución, con un derecho autonómico que desde la igualdad pueda desarrollarse sin quiebras importantes y siempre sujeto a la posibilidad de rectificación por parte del TC. Los principios de prevalencia o subsidiariedad son muy pertinentes en el ámbito interpretativo para que un tribunal pueda considerar la competencia el estado o de la CA respectiva en orden a su determinación. Pero en el derecho comunitario la situación es más complicada por otro orden de razones: la terminología, los criterios de solución de conflictos y la ausencia de un tribunal regulador de la competencia legislativa, con capacidad de determinación para su delimitación.

Un elemento añadido a este podrá ser el de la ausencia de un método jurídico o sistema compartido en el ámbito de la UE. Si a un Estado con sistema de jurisdicción concentrada le es difícil esa adecuación, con mayor dificultad

¹⁷ BALAGUER, F. (2002). Prólogo a AZPITARTE, M. *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*. Civitas (pp. 13 y ss.).

se podrá adaptar el de jurisdicción difusa, donde la jurisprudencia basada en el caso o el precedente ha de compaginarse con una adaptación a la metodología de los tribunales de la Europa Central¹⁸.

Uno de los factores determinantes de la relación entre el ordenamiento jurídico estatal y el comunitario se plantea con la cuestión prejudicial que exige a los jueces y tribunales españoles la consulta al TJUE en el caso de duda sobre la aplicación o no del derecho comunitario, y cuya infracción ha de considerarse vinculada a la tutela judicial¹⁹.

La cuestión prejudicial exige dos requisitos: que exista duda sobre la validez de una disposición comunitaria, y que esa duda sea decisiva para emitir el fallo del tribunal que lo cuestiona. La negativa del juez a interponer la cuestión puede suponer una lesión a la tutela del derecho en el aspecto del derecho de defensa residenciado en el artículo 24 CE.

Se configura así la cuestión prejudicial de manera paralela a la cuestión de inconstitucionalidad que nuestra Constitución reconoce en casos en los que el juez dude de la constitucionalidad de una norma que debe aplicar a un caso.

En la cuestión prejudicial se pone de manifiesto uno de los principales problemas de articulación entre el tribunal nacional y el europeo, porque se actualiza como en ningún otro proceso la articulación entre ambas jurisdicciones, al exigir el cumplimiento de una doble condición. Por una parte, la necesidad de que el tribunal que plantea la cuestión retenga para su enjuiciamiento las posibilidades interpretativas del límite de la constitucionalidad y, de otra, que el tribunal europeo tenga sus propias normas de interpretación del derecho europeo desde los tratados. Constitucionalidad que constituye el contenido propio del derecho estatal y cuyo control incumbe de manera exclusiva y excluyente al TC de cada Estado, y al mismo tiempo dejar el margen preciso al control que el TJ haya de realizar sobre su posible contradicción con el derecho europeo. Es una operación que a veces encierra dificultades de alcance, sobre todo si se trata de casos o situaciones de relativa complejidad acerca de derechos fundamentales de aplicación directa desde la Constitución sin intermediación legislativa, que suelen presentar mayor amplitud y apertura interpretativa, por no venir regulados con la exhaustividad que las leyes determinan.

La doctrina española más solvente ha planteado algunos de los problemas que presenta la cuestión prejudicial en referencia a los procesos que en

¹⁸ Sobre esa dificultad, CABO, C. de (2003). *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Trotta. En igual sentido F. BALAGUER, «Los tribunales constitucionales...», p. 360.

¹⁹ M. Azpitarte señala cuatro funciones de la cuestión prejudicial nacional como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, unidad del ordenamiento, aplicación eficiente y las garantías procesales (*op. cit.*, p. 113).

nuestro ordenamiento se pueden presentar. Así, la relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad en donde se puede dar un supuesto de inconstitucionalidad y también de contradicción con el derecho de la UE, estamos en dos procesos incidentales respecto de la petición principal y ha de hallarse la norma de aplicación entre un ordenamiento estatal y otro comunitario, en el que, además, no son similares las operaciones exegéticas, ni el proceso de indagación y selección normativa, ni en el derecho aplicable.

La cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial son dos formas de diálogo entre los tribunales que tienen algunos elementos en común. Desde la exigencia de llevar a cabo una operación hermenéutica por parte del juez *a quo*, hasta la necesidad de que exista una contradicción entre ambas normas que no permita un acomodo interpretativo. Esto exige, claro está, un diálogo entre tribunales que debe basarse en el respeto escrupuloso a ambos ordenamientos y en un esfuerzo interpretativo relativamente nuevo en el derecho, que consiste en intentar la conservación de las normas jurídicas por el respeto al poder legislativo, al tiempo que se satisfaga también el derecho a una resolución justa. Más compleja puede ser aún la delimitación del ámbito competencial jurisdiccional cuando se trate de casos de doble prejudicialidad, como en la STC 65/1990.

En los casos de concurrencia entre la cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial, en los que no existe norma de tratamiento de ese doble control de constitucionalidad por parte de jurisdicciones nacionales y europea, algunos autores ven la solución incluyendo en la LOTC la cuestión prejudicial, con suspensión del amparo hasta resolver la cuestión, o ante el Tribunal Constitucional si la plantea ante los jueces ordinarios.

De entenderse que la cuestión prejudicial es estimatoria, el juez estatal ha de inaplicar el derecho interno, sin perjuicio de su constitucionalidad o no, dado que desde la jurisdicción ordinaria un juez español no tiene competencia, sino que es el TC el órgano que tiene el monopolio de rechazo. En estos casos, la acumulación de ambos procesos en el orden temporal puede determinar contradicciones importantes en el plano interpretativo, y la pérdida de cierta coherencia interna en alguno de los dos ordenamientos, o en los dos.

Si se rechaza la cuestión prejudicial por no ser contraria al derecho europeo, podría ocurrir que todavía el juez se plantee la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC por tener dudas de inconstitucionalidad sobre la norma de aplicación, y en tal caso podría o no ser declarada inconstitucional. Pero ¿qué podría ocurrir si el juez plantea de manera simultánea ambas cuestiones, dada la circunstancia de que nunca serían iguales los efectos de la contrariedad constitucional y la de los tratados? Porque en el primer caso la norma se deroga y

expulsa del ordenamiento, pero en el segundo basta con una mera inaplicación para satisfacer la exigencia del principio de primacía exigido por los tratados.

Hay que recordar, llegados a este punto, que los tribunales estatales son también tribunales de la Unión, y que por lo tanto les alcanza la obligación de mantener la coherencia y complitud del ordenamiento, así como la obligación de resolver según el sistema de fuentes establecido. Y la división de funciones que se establece en la cuestión prejudicial, en orden a la determinación de cuál ha de ser la operación interpretativa de ambos tribunales, complica considerablemente una solución integrada. El Tribunal de la UE deberá pronunciarse respecto de la adecuación de la norma cuestionada a las fuentes del derecho europeo y, por su parte, el juez estatal ha de estar a esa decisión para inaplicar en el caso de que proceda el derecho estatal si se produce una colisión con el europeo. Pero si se considerara de aplicación el derecho estatal y el juez dudara de su constitucionalidad, se vería obligado al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Reino de España, lo que probablemente retrasaría de manera importante la resolución del litigio.

Los efectos de la estimación de una cuestión prejudicial son más limitados que los de la cuestión de inconstitucionalidad, porque en el primer caso la norma europea permanece incólume, aunque no se aplique, y en el segundo el Tribunal Constitucional, en caso de estimar la cuestión, deberá declarar la inconstitucionalidad por contradicción con la Constitución Española.

Esta puede ser la dificultad para emitir el tribunal *a quo* un fallo en el supuesto de doble cuestión, porque la necesidad de concluir ambos fallos en los tribunales superiores exige una hermenéutica nada fácil. Ese es el sentido en que algunos ordenamientos han legislado sobre la precedencia en torno a la espera al pronunciamiento de Luxemburgo. Y ciertamente existen razones atendibles en nuestro ordenamiento, como se ha señalado, para priorizar la cuestión de inconstitucionalidad sobre la prejudicial, porque en el caso de que se proceda antes, la coherencia del ordenamiento jurídico constitucional español quedaría más garantizada, ya que la sustracción al control de constitucionalidad con una inaplicación dejaría subsistente en el ordenamiento una norma que bien podría haber sido declarada inconstitucional en el ordenamiento estatal²⁰.

²⁰ La STJUE dictada en el asunto Melki y Abdeki, sin embargo, va en el sentido contrario al considerar que una duda de inconstitucionalidad de un juez de un Estado miembro no le impide plantear la cuestión prejudicial. Porque el artículo 267 TFUE no lo exige. Y que igualmente, si el juez nacional plantea una cuestión de inconstitucionalidad y esa norma es expulsada del ordenamiento, se impide sentar al TJUE una doctrina cerca de ese precepto.

5. LA DIFICULTAD DE CONCILIACIÓN ENTRE NORMAS EUROPEAS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHOS ESTATALES

La realidad de dos textos jurídicos con dos jurisdicciones plenamente independientes en la Unión Europea, de una parte, la Carta de los Derechos Fundamentales y de la otra el Convenio Europeo de Derechos Humanos, produce la dificultad de delimitación de la aplicación de estos dos textos y la manera de hacer posible su conciliación²¹.

Es cierto que, en el derecho de la UE, la Carta es el único documento al que ha de someterse la Unión y los ordenamientos del Estado, pero igualmente el Convenio es obligatorio para los Estados firmantes y el ejercicio de las acciones por parte de particulares puede llegar en algún momento a producir resultados contradictorios.

En nuestra Constitución son materia constitucional tanto el Convenio como la Carta por el 10.2. CE²². Y, aunque el Convenio es más extenso y está firmado por diferentes países, hasta cuarenta y siete, no contiene tantas diferencias, porque la Carta se inspira en él. Y, además, el artículo 6.2 TUE exige la adhesión al Convenio.

Por su parte, el TEDH ha considerado como estándar mínimo el contenido convencional y cuando estima que el Estado ha cumplido ese mínimo en su normativa o en la del TJUE en ese estándar, considera cumplido el Convenio²³.

En lo que se refiere a la cuestión prejudicial regulada en el artículo 267 del TFUE o en el artículo 6 del CEDH, del que se desprenderían las exigencias, de que el órgano *a quo* razone sobre su falta de pertinencia, que haya habido ya una previa interpretación por parte del TJUE o que se trate de un acto claro, el TEDH remite a la negativa a la cuestión si el TJUE ya resolvió

²¹ Sobre la articulación del principio de primacía en nuestro ordenamiento, se han producido importantes aportaciones de la doctrina que analizan el doble canon y otros aspectos de esta garantía. recientemente, C. CONDE PUMPIDO en «La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», en *Estudios en honor al Presidente Manuel Acosta Andrade*. (En prensa).

²² Para ver la relación TEDH y TJUE, LÓPEZ GUERRA, J. L. (2017). «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”». *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, UNED (p. 163).

²³ Así, en relación con materias como la moral y su naturaleza normativa, el TEDH ha considerado que la proporcionalidad es un límite que ese tribunal puede establecer respecto del control de los Estados. El respeto al convenio exige que los Estados justifiquen la proporcionalidad de las medidas. La moral definida como el conjunto de rasgos y comportamientos que conforman el carácter de una persona o una comunidad permite al tribunal un margen de apreciación. NARANJO DE LA CRUZ, R. (2021). *La moral y el margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch (p. 128).

con anterioridad sobre ese mismo asunto. Esta especie de cosa juzgada, por importada de un tribunal a otro, ha sido criticada por la doctrina. Se trataría de un «diálogo excesivo entre tribunales»²⁴.

6. EL CASO MELLONI COMO PARADIGMA DE DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

Uno de los problemas de articulación entre el derecho constitucional estatal y el derecho europeo lo constituyen las formas jurídicas que adoptan las fuentes de derecho de los respectivos ordenamientos jurídicos. La uniformidad que el ordenamiento jurídico español sostiene en su sistema de fuentes conforme a los principios de jerarquía y de competencia, que desde las CC. AA. se formalizan con el Estado, no se mantienen en el ordenamiento jurídico europeo caracterizado por una semántica diferenciada que desde su origen sostiene peculiaridades propias. La ley europea, ley marco europea, reglamento europeo, decisión europea, recomendaciones y dictámenes se enumeran en la Parte III del Tratado de Lisboa, en un intento de sistematización que se corresponde poco con el concepto de ley, reglamento o decretos que configuran el sistema de fuentes nacional. Algunos de los enumerados en el derecho europeo como las recomendaciones y dictámenes, no tienen fuerza vinculante. Las decisiones en algunos casos. Dada la previsión de que el Tratado de Lisboa se materializara poco después en tres diferentes tratados: TUE, TFUE y Carta, la confusión podía incrementarse.

Lo que caracteriza al derecho europeo en lo que se refiere a su normatividad es el *soft law* o *derecho mite*, suave, débil²⁵. La diferencia entre *soft law* y *hard law* está en el grado de vinculación al tribunal. En el primer caso no hay una obligación estricta de aplicar esas leyes, sino solo de tenerlas en cuenta, y en el segundo hay una obligación de aplicarlas. En las directivas *soft law* por su falta de precisión.

El TCE interfiere de dos maneras en relación con la aplicación del derecho comunitario. Desde su propia aplicación directa, en los casos en que proceda, o desde la revisión en amparo de la denuncia de un derecho a la cuestión prejudicial que se niega al justiciable, por la negativa de elevar la cuestión de jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

²⁴ En la Sentencia del TEDH 232/2015 sobre la equiparación de sexenios entre interinos y funcionarios el Tribunal considera que se vulnera la Constitución cuando se ignora la interpretación de que el TJUE ha dado ya a una directiva europea.

²⁵ RODRÍGUEZ-VERGARA, A. (2001). *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas (p. 26).

El Tribunal Constitucional español ha sido de alguna manera reticente a integrar el derecho europeo. Todavía no existe en nuestro ordenamiento una voluntad que reconozca que el derecho europeo formaría parte del bloque de la constitucionalidad y una buena parte de la doctrina también niega esa posibilidad. Y, esto es así por la valoración que el TC sostiene sobre la comprensión del artículo 93 CE y de la aplicación del derecho comunitario como si se tratase de un asunto de legalidad ordinaria. Si al llevar a cabo su operación el tribunal de instancia realizara con pulcritud su tarea interpretativa, no habría lugar a elevar la cuestión. O, sea, que si se dificulta la presentación de una cuestión prejudicial se limita la función del TJUE en su control del derecho europeo. Finalmente, no es intrascendente a estos efectos que el justiciable tenga una resolución judicial respecto de su derecho sin que transcurra un plazo de tiempo tan dilatado que lo haga impracticable²⁶.

Pero, además, lo que debería plantearse desde el diálogo entre tribunales como una forma de colaboración se presenta a veces de manera antagónica y sin esfuerzo interpretativo integrador, lo que hace difícil producir un avance en la relación armonizada de derecho. Hay que tener en cuenta que en nuestro propio Tribunal Constitucional no es hasta el año 2011 cuando se eleva la primera cuestión prejudicial al TJUE y este asunto se convirtió de hecho en el *leading case* de esa relación.

El ATC 86/2011 es el primero por el que se eleva una cuestión prejudicial, donde el Tribunal pregunta sobre la posibilidad de integración del derecho europeo en el parámetro de constitucionalidad. Con este auto, el Tribunal admitió esa posibilidad al reconocer que se enfrentaba por primera vez a un problema cuya solución dependía en parte de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio, en relación con el artículo 53 CDFUE, sobre la orden europea de detención y entrega.

Ahí se supera en parte el recelo del TC español hacia la posibilidad de ser enmendado o corregido en su jurisprudencia por el TJUE. Tal circunstancia no por posible deja de estar justificada y la huida de esa posibilidad, lejos de fortalecer a un tribunal lo debilita si tenemos en cuenta que la legitimación de los órganos jurisdiccionales, más allá de su democraticidad en la designación o regulación, está en la calidad jurídica de sus decisiones y en ese sentido, una

²⁶ La conclusión de este auto es que tanto la precedencia como la simultaneidad presentan problemas bastante complicados. 194.

posible corrección debe reputarse no solamente lícita, sino positiva para la consecución de ordenamientos jurídicos homologables en el conjunto de la UE²⁷.

No hubo, en cambio, unanimidad por parte del Tribunal Constitucional español al formar la voluntad de ese auto, ni tampoco es unánime la doctrina al considerar necesarias las cuestiones prejudiciales en los ordenamientos estatales. Hay quienes consideran razonable que el TC no planteara hasta ese momento cuestiones prejudiciales atendiendo a que, en la STC 28/1991, se habría dicho ya que el derecho de la Unión no podía ser parámetro de validez constitucional de normas nacionales²⁸.

Pero el Tratado de Lisboa en 2009 genera una situación distinta. La Carta de los DF de la Unión, cuya obligatoriedad se introduce para los estados firmantes, en relación con el artículo 10.2 CE, obliga hoy a esta forma instrumental de colaboración entre ambos, en lo que se llama «diálogo entre tribunales»²⁹.

Entre el criterio interpretativo y la aplicación directa del derecho de la Unión, el TC opta por lo primero y el TJUE, en lugar de reafirmarse en la aplicación, elude la cuestión haciendo unas afirmaciones genéricas que no entran en el caso concreto. Finalmente, la STC 26/2014 tiene más valor por los votos que formulan los magistrados discrepantes que por los de la mayoría que la aprueba ya que en ella se rebajan los derechos del art 53 de la CEDF.

El caso Melloni se presentó como una ocasión por parte del TC en un caso de tutela judicial de un preso y en el que se solicitaba a España su entrega. La Carta prohíbe en sus arts. 47 y 48 la entrega de un preso condenado en un juicio celebrado en su ausencia, si no se condiciona esa entrega a la revisión por parte del Estado solicitante.

En nuestra jurisprudencia el caso paradigmático y único es el que se tramita por parte del TC en la cuestión prejudicial en donde, como se dice, por primera y todavía única vez, tiene ocasión ese diálogo entre tribunales, el europeo y el constitucional español. El auto 86/2011, de 9 de junio, de elevación de la cuestión prejudicial, trata de un caso de derecho penal relacionado con la euroorden y la lectura que cabe hacer desde el derecho europeo de una orden

²⁷ Sobre la oportunidad concreta de solicitar la cuestión prejudicial en este caso y no en otros, como el que dio origen a la STC 199/2009, se pronuncia un voto particular al auto, que consideró poco pertinente este caso en relación con la normativa invocada por la mayoría. En el mismo sentido se pronuncian también la mayoría de los autores de la revista.

²⁸ REQUEJO PAJÉS, J. (2007). «Encuesta sobre el TJUE como actor de constitucionalidad». *Teoría y realidad constitucional*, n. 39, en *Teoría y realidad constitucional*. Monográfico TJUE. N. 39. 1. Trimestre 2017.

²⁹ Pedro Cruz Villalón considera que el valor de posición de la carta de DF en la comunidad constitucional europea alude a un cambio de paradigma en la Carta en relación con el modo de asumir la garantía de los derechos y libertades. CRUZ VILLALÓN, P. (2017). «El valor de posición de la carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea». *Teoría y realidad constitucional*, n. 39 (pp. 85-101).

de detención en un país de la Unión, y las posibilidades de revisión de la jurisprudencia del tribunal en ese momento situada en las SSTC 91/2000 y 177/2006 por condenas dictadas en ausencia del acusado.

Desde la CE es el artículo 24 el que reconoce el derecho de tutela judicial y se plantea cómo debe ser interpretado, de conformidad con la Decisión Marco 2002/584/JAI del 13 de junio del Consejo, incorporada al ordenamiento español por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega. El razonamiento que efectúa el TC se basa sobre todo en su relación con los artículos 6 TUE, que reconoce los derechos regulados en la CEDH; 47 II FUE, sobre las exigencias de ser oído por un juez imparcial; 48 CDFUE, sobre el derecho de defensa; 52.3 CDFUE, en su enlace con el CEDH, y el 53 CDFUE, sobre la interpretación de la Carta a la luz del derecho internacional en la decisión marco 2002/584/JAI referida a la orden europea de detención y entrega. El procedimiento se regula en el artículo 267 del TFUE.

El ministerio fiscal se opuso a la cuestión prejudicial por considerar que no era aplicable a este caso. Las preguntas que se formularon fueron 1) si se podía denegar la orden de entrega, 2) si el artículo 4 de la Decisión Marco se debía de interpretar en el sentido de que las autoridades judiciales españolas están impedidas de la entrega a menos que se garantice la repetición el juicio, y 3) si el artículo 53 CDFUE era un estándar mínimo o permitía al TC una mayor amplitud del derecho de presencia y defensa desde el artículo 24.2. CE.

El auto de elevación de la cuestión contenía un voto particular importante en la medida en que no se realizaba desde la oposición al derecho europeo, sino justamente después de celebrar la iniciativa del TC, de plantear ese diálogo entre tribunales a que viene obligado nuestro ordenamiento. El voto particular consideraba innecesario preguntar al TJUE sobre ninguna de las cuestiones, porque el derecho europeo se ejecuta de conformidad con los estándares y exigencias de su propio ordenamiento, y no cabía en consecuencia imponer un parámetro desde el ordenamiento estatal. Es cierto que la duda del auto se expresa desde la propia Constitución española, e incluso desde la construcción del contenido esencial del derecho que, como criterio interpretativo, ha servido muchas veces a los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales, pero esa idea de contenido esencial del derecho desde la hermenéutica de un Estado miembro no era la categorización que cabía hacer según este voto.

La STJUE da respuesta negativa a todas las preguntas de la cuestión prejudicial. Sobre la primera no considera posible que, a diferencia de la extradición, el Estado que ejecute la orden pueda someter a condiciones al Estado receptor. Tampoco que el ejercicio del derecho de tutela no se satisfaga desde el artículo 6. de la Decisión Marco 2002/584/ del Consejo. Y, finalmente en lo

que se refiere a la duda de que el artículo 53 de la Carta sea susceptible de mejora por los Estados, tampoco, porque tal cosa implicaría una merma del principio de primacía. La negativa a las tres preguntas supuso la desestimación de la cuestión y una sentencia desestimatoria del Tribunal, pero con la adición de importantes votos concurrentes que abundaron acerca de las argumentaciones de la sentencia en relación, sobre todo, con los FJ 3 y 4.

La STC 26/2014, de 13 de febrero, cuya ponente hizo también un voto concurrente, delimita de forma poco disciplinada el contenido de la sentencia del TJUE en el sentido de completar con el DTC 1/2004, de 13 de diciembre, emitido por el Tribunal con ocasión de una solicitud del Gobierno de España antes de la firma del Tratado. Y. desde ese dictamen del año 2004 se alinea con una lectura del artículo 93 CE en relación con la cesión de soberanía y el concepto de primacía, e instrumentaliza una defensa patria poco consistente sobre los límites del derecho europeo.

De ese modo, el FJ 4 plantea la posibilidad de vulneración indirecta de artículo 24.2 CE y la integración del artículo 6 CEDH, y para solventarlo vuelve a las consideraciones de la diferencia entre derecho absoluto y relativo, en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales, y sus criterios hermenéuticos. En realidad, el TC parece remiso a aplicar directamente el derecho de la UE, que es el aplicable, confrontándolo con nuestro rodamiento; y de esta forma seguramente intentando reconducir la aplicación a un artículo 24 *reinterpretado*, como si, en lugar de directamente otorgar validez al derecho europeo, hubiera de hacerlo mediante la aplicación del artículo 24 CE.

Particular interés merecen en esta sentencia los votos particulares. El de la magistrada Adela Asua, que centra perfectamente la posición del TJUE en el sistema de fuentes del derecho europeo, y alaba la opción de plantear ese auto y la necesidad de un diálogo entre tribunales. Y. considera innecesario y perturbador el FJ 3 de la sentencia del TC. Especialmente es lúcido el voto en su punto cuarto cuando expresa que «esa fundamentación puede alentar la idea de que este tribunal no reconoce la primacía del derecho europeo y adopta una actitud defensiva de su autonomía jurídica frente a aquel ordenamiento, soslayando la primacía del derecho de la Unión, mediante operaciones interpretativas que cree poder controlar con arreglo al artículo 10.2 CE».

La idea de que esta jurisdicción no aplica derechos de la Unión, sino los derechos fundamentales de la Constitución convenientemente interpretados, de manera que coincidan indefectiblemente con el nivel de protección de la Unión, no deja de ser una ficción poco convincente.

El voto de la magistrada Roca se resume finalmente por ella en algunos puntos de flaqueza de la sentencia que son también muy esclarecedores, el de

que se cambian los cánones sin explicarlos, se ignora la naturaleza del derecho de la Unión respecto de lo DF, y, en definitiva, no se asume por parte del TC su papel de tribunal europeo.

Con posterioridad, la STC 132/2020 abordará un asunto de extradición en un recurso de amparo abocado a Pleno, que tendrá en cuenta la jurisprudencia anterior para fijar los criterios de delimitación entre la orden de detención y entrega de la UE y la extradición a terceros países ajenos a la Unión. Si ambas figuras obedecen criterios distintos, los efectos igualmente han de ser diferentes y también el procedimiento en cuanto a la exigencia de mayores garantías en el espacio extracomunitario. En el caso de la euroorden, se trata de una situación de ejecución por parte de un juez de una orden a otro Estado europeo que solicita colaboración, mientras que la extradición es un instrumento de auxilio jurisdiccional internacional para combatir la impunidad, de naturaleza mixta, administrativa y judicial, que puede condicionar la entrega a ciertas garantías procesales. Es un mecanismo de cooperación judicial entre Estados de un mismo espacio jurídico, y que crea un nuevo modelo de relaciones entre estos a través del reconocimiento mutuo de valores compartidos. Un análisis comparativo pone de relieve que se trata de figuras distintas que atienden a distintas formalidades y finalidades. La sentencia estimará el amparo por no acreditarse las garantías del artículo 24 CE del país receptor, lo que parece razonable desde un ordenamiento que se interpreta ahora de manera correcta por parte del Tribunal Constitucional.

La crítica a la sentencia por parte de la doctrina ha pretendido clarificar la delimitación de ambos órdenes jurisdiccionales en lo que se refiere al ámbito interpretativo, dando cuenta de la necesidad de distinguir entre los diferentes estándares de protección³⁰.

7. LAS TÉCNICAS DE ARTICULACIÓN ENTRE EL DERECHO ESTATAL Y EL DERECHO COMUNITARIO

La creación de un acervo comunitario común se corresponde con la exigencia de que el derecho comunitario solo pueda ser controlado en su validez por el TJUE, y no sometido a la posible disparidad interpretativa de los Estados, de modo que a una jurisdicción estatal no le estará permitido decidir di-

³⁰ Sobre el caso Melloni, SÁNCHEZ-MOLINA, P. (2021). *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global*. Aranzadi (pp. 181 y ss.). Y, sobre el estándar, quedaría claro que la protección mayor lo será de los Estados en su propio ámbito, pero no en relación al derecho europeo.

recta o indirectamente sobre la validez del derecho comunitario, y recíprocamente, el derecho de los Estados no constituye parámetro de validez en la aplicación del derecho comunitario.

En nuestro ordenamiento estatal es el artículo 93 CE el que permite estas facultades interpretativas por las que el deseo integrador del constituyente hace que desde ese momento se constitucionalice una fórmula que después permitiría la integración normativa del derecho europeo en España.

La exigencia de tener en cuenta los distintos niveles que exige la aplicación del derecho desde contextos geopolíticos lleva a la consideración actual de un derecho multinivel.

El término «constitucionalismo multinivel» se acuña como una forma de manifestación de que el constitucionalismo no es solamente atinente a la estructura de un Estado y en relación con un territorio, sino que afecta a la denominación de un proceso que en Europa se abre sobre la progresiva integración normativa europea en los Estados Y. en referencia a los derechos fundamentales, adquiere especial importancia porque, además de «servir a la diferenciación de los diferentes grados de aplicabilidad normativa del derecho», en relación con el derecho europeo ha podido contribuir también a la clarificación competencial de las CC. AA. en nuestro ordenamiento, zanjando la discusión doctrinal acerca de la posibilidad o no de regulación de derechos materialmente fundamentales en los procesos de revisión de los Estatutos de Autonomía que tuvieron lugar en las pasadas décadas. La funcionalidad de un constitucionalismo multinivel facilita una operación exegética de selección y determinación de las normas que se superponen en un ámbito material y en la que no toda la competencia la detenta el mismo órgano o institución. Esa diferencia de nivel determina la aplicabilidad en una u otra situación, en función de criterios materiales de determinación³¹.

Los conceptos de «efecto directo» y «primacía» contribuyen por otra parte a la clarificación y delimitación de este complejo entramado jurídico, que a veces se produce entre el derecho de la Unión y el de los Estados. Y. aquí el TJUE ha diferenciado tempranamente entre efecto directo, que afectaría al derecho originario, Tratados y Carta, y reglamentos de derecho derivado, pero no a las directivas, que tendrían un efecto indirecto. Ese efecto indirecto exige requisitos, como que la directiva ha de ser clara y precisa, no estar sometida a reserva alguna, no requerir ningún acto jurídico previo para su validez, y no dejar al Estado un margen de apreciación que él pudiera utilizar antes de su aplicación.

³¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2015). *El constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*. Sanz y Torres (pp. 80 y ss.).

El principio de primacía es el que rige como criterio habitual entre el derecho de la Unión y los Estados. El equívoco término de «primacía» ha sido tratado por la doctrina constitucionalista como una forma de eludir y dar salida un conflicto que tenía verdaderas dificultades para resolverse.

Los conflictos entre los tribunales españoles y el TJUE se solventan con este principio de primacía. Esto no es más que un principio aplicativo del derecho que tiende a ignorar la articulación de las fuentes del derecho, pretiriendo la norma estatal y prefiriendo la europea.

Debiéndose excluir la posibilidad de derogación del derecho de un Estado por parte de la Comunidad, el TJUE opta por una derogación material que se basaría en el desplazamiento de la norma nacional y la preferencia del derecho comunitario. De esa forma, se garantizaría la seguridad jurídica del derecho de la Comunidad. Ahí se genera el principio de primacía sustentado en los tratados, que daría prevalencia al derecho europeo sobre el nacional en orden a la aplicabilidad³².

Otros principios de articulación son el de «subsidiariedad» y el de «proporcionalidad». El primero indica su aplicación cuando sea más efectivo, grado de efectividad determinable en cuanto a la importancia que tiene para ese Estado.

Más determinable parece el criterio de proporcionalidad, en el que la doctrina constitucionalista ha construido claramente los requisitos de idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.

La dificultad de conciliar las exigencias de una constitución interna con un derecho europeo aún en fase construcción deja a veces a los jueces y tribunales estatales ante una situación de conflicto. Al no preverse expresamente mecanismos de solución de conflictos normativos, el derecho europeo actuará desde la primacía, y los Estados, desde la aplicación del derecho comunitario, no pueden interpretarse en contra de la Constitución, de manera que a veces solamente desde el voluntarismo pueden llegarse a conciliar estas posturas.

Aunque la Constitución española no haya hecho expreso reconocimiento de la justicia supra-Estados, y por lo tanto los jueces del derecho europeo no están comprendidos dentro del poder judicial regulado en el artículo 117 CE, el Estado sí se obliga con sus sentencias³³. La violación del Convenio por parte de un Estado genera obligaciones positivas que no son solo la de cesar en determinadas conductas o dejar de hacer, sino ejecutivas como la *restituto in*

³² LÓPEZ CASTILLO, A. (1996). *Constitución e integración*. CEC (pp. 42-63).

³³ Con el CEDH se produce la jurisdiccionalización de los derechos humanos en Europa. QUERALT, A. (2003). *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch (pp. 28 y ss.).

integrum, la reciprocidad en las relaciones de colaboración³⁴, o los remedios subsidiarios con satisfacción equitativa. Ahora bien, que sean obligatorias no significa que sean ejecutivas, porque a los Estados no se los puede ejecutar por este Convenio, a diferencia de la jurisdicción estatal. En España, la posibilidad de ejecución directa está diferida a otro proceso, el del recurso de amparo. Es a través de un recurso de amparo como se instrumentaliza el derecho reconocido en una sentencia del TEDH³⁵, porque directamente no es posible la ejecución de una sentencia del TEDH en nuestro ordenamiento³⁶. Los condicionantes internos de los Estados limitan la efectividad del derecho. No es igual «criterio hermenéutico» que «pauta interpretativa». En el primer caso, el juez interno aplica los criterios que el TEDH ha incorporado al Convenio, y en el segundo supuesto, las pautas son orientaciones que no exigen que se haya incorporado el Convenio, porque son solo consideraciones³⁷. De modo que el nivel de la efectividad interpretativa del TEDH sobre el TC es igualmente muy limitado³⁸. Y esto es así porque conforme al sistema de fuentes de nuestro ordenamiento, el Convenio es infraconstitucional pero suprallegal, y esto lo convierte en una herramienta jurídica limitada. Aun así, el estándar del Convenio tiene un carácter de mínimos, sin perjuicio de un estándar estatal mayor. Lo que se llama el «estándar mínimo europeo».

A) EL TEDH

El TEDH, como institución que viene actuando en Europa antes de los avances legislativos que se producen en las últimas décadas, ya cuenta con una importante jurisprudencia que no favorece la posibilidad de integración por la asimetría que presenta en relación con la Carta y con las categorías nuevas que el derecho europeo avanza. El TEDH mantiene procedimientos y técnicas de alcance precisamente por la experiencia que muestra en relación con el derecho procesal y los procedimientos, además de la mecánica de reclutamiento de jueces y tribunales. Una forma de simplificar los procesos del TEDH son las sentencias políticas³⁹. Naturalmente las sentencias piloto exigen una reflexión

³⁴ *Ib.*, pp. 236-240.

³⁵ Ver STC 245/1991, de 16 de diciembre.

³⁶ QUERALT, A. (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al TC*. CEPC (p. 57).

³⁷ *Ib.*, p. 153.

³⁸ *Ib.*, p. 193.

³⁹ QUERALT, A. (2018). «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Teoría y realidad constitucional*, n.º 42. Como señala la

acerca de la función jurisdiccional y los límites de su ejercicio, porque esta forma de impartir justicia pone en cuestión algunos elementos de consideración sobre el derecho de defensa, pero su utilidad en una jurisdicción condicionada por el número de asuntos le da mayor credibilidad⁴⁰.

A los efectos de estudiar cuál es ese grado de vinculación deben tenerse en cuenta algunas cuestiones previas, como la necesidad de armonización del ámbito europeo del derecho. Si el avance dogmático de los derechos fundamentales exige una mirada hacia la consecución una legislación común que tenga como sustrato los valores y principios jurídicos que sustentan y exigen esa regulación, poco sentido tendría después que en su aplicación práctica no llegaran a similares efectos.

De ahí que haya de procurarse lo que se ha llamado un estándar mínimo europeo de defensa de los derechos fundamentales en todos los Estados. Cierzo que esa armonización no es igual a una uniformidad y que las diferencias en ese sentido están lejos de un derecho común a todos los Estados, porque los derechos fundamentales se regulan separadamente en las constituciones de los Estados miembros, incluidos los procesos de aplicación y la importancia de cada uno de ellos en sus condiciones de aplicabilidad, pero dentro de la desigualdad e intensidad, el CEDH homogeniza y sostiene un canon europeo de aplicación que se exige común a todos ellos⁴¹.

El juego del artículo 10.2 CE como constitucionalización de un canon hermenéutico proporciona la norma de acatamiento por parte del TC de esa exigencia condicionante, pero con la literalidad del artículo 10.2 no se alcanzaría una culminación de las acciones interpretativas exigidas por el contexto europeo si no se atiende también el juez a la indagación, comparación y resolución en el caso concreto, de cuál es el espíritu de la ley que alienta esa necesidad de que los Estados mantengan una actitud colaborativa de sus propias resoluciones, sin un apartamiento ostensible de los criterios y razonamientos en los que el TEDH se desenvuelve. El seguimiento de la jurisprudencia de los

autora, después de sesenta años de funcionamiento y como una manera de solventar el colapso que sufre ese tribunal, las sentencias piloto constituyen una buena forma de aligerar los procedimientos (pp. 396 y ss.). Esas sentencias, que constituyen lo que se llama «cosa interpretada», realizan una extensión de la cosa juzgada que en sí no lo es a supuestos idénticos, e impulsan cambios legislativos en los Estados capaces de generalizar los efectos de ese caso.

⁴⁰ Relativizan la función judicial, pero también pueden crear problemas de adaptación de los supuestos de hecho, que pueden no ser idénticos, o pueden dejar sin tutela judicial a alguna parte. Sobre estas limitaciones (*Ib.*, pp. 418 y ss.).

⁴¹ QUERALT, A. (2007). «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales». *Teoría y realidad constitucional*, n.º 20. Sobre los efectos y su grado de vinculación (pp. 436 y ss.).

tribunales se tiene que hacer desde la *ratio iuris* si se quiere coincidir más allá de un razonamiento formal⁴².

En la relación entre los tribunales europeos y estatales, España mantiene una discreta aceptación de la jurisprudencia en lo que se refiere al acatamiento de los fallos, aunque no siempre en las argumentaciones jurídicas. Un ejemplo es la STC 145/2012, de 2 de julio, por la que se resuelve un recurso de amparo interpuesto por una empresa energética contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJM, en la que se confirmaba una sanción interpuesta por la Comisión Nacional de Energía, por no haber solicitado autorización administrativa para el incremento de participación en otra empresa. La sentencia del TC otorga el amparo solicitado por la empresa energética, reconoce el derecho a la tutela efectiva de esta y, en consecuencia, anula la sanción, pues entiende que es contraria al contenido de la STJUE de 17 de julio de 2008, que, en materia sancionadora en un proceso seguido contra España por la Comisión Europea, había incumplido el derecho de la Unión al legislar la Ley Estatal 34/1998, que era la noma de cobertura para la sanción que establecía la CNE de España.

Los mecanismos europeos de protección podrán adoptar estos tres grupos de acciones procesales: el amparo en Alemania y España, el control incidental, muy importante en Italia, y el de control abstracto previo por parte de las minorías parlamentarias de Francia. Pero son los Estados los protagonistas de un fundamento de la validez del derecho, y que opera en un doble sentido, por una parte, urge a la creación de un modelo de construcción europeo, y al tiempo, en ese proceso de homologación de normas incide en la cesión de soberanía estatal para favorecer leal desarrollo institucional de la UE, y ello obstaculiza la integración en cuanto la retrasa. Un elemento a considerar será el de que las constituciones de los Estados prevean ese proceso y en tal sentido el artículo 93 CE favorece algunas de las condiciones del proceso. La doble posibilidad que arroja esta norma se considera desde la mutación constitucional, hasta un nuevo procedimiento de reforma constitucional cuya activación sería la de un tratado contrario a la Constitución. Efectivamente, el artículo 95 CE exige una reforma constitucional en casos de contradicción con un tratado.

La contraposición con el modelo norteamericano arroja algunas ideas. En EE. UU., es el TS el que realiza la integración jurídica de los estados corrigiéndoles la doctrina, y este mecanismo tiene la virtualidad de homogeni-

⁴² El argumento de autoridad, del a mayor abundamiento, complementario, y la incorporación a un estándar europeo mínimo sin perjuicio de otro mayor estatal, conducen, según A. Queralt, a un desarrollo homologado por parte del tribunal español. (*Ib.*, pp. 448 y ss.).

zar el derecho los estados. Puede ser útil a la construcción europea, donde se traspasen categorías dogmáticas de un estado a otro que sirvan a una progresiva igualación.

En este momento, sin embargo, hay razones para sostener la duda sobre el común denominador de los derechos fundamentales en Europa, siquiera con efectos mínimos⁴³. No solo por la heterogeneidad de los sistemas de jurisdicción que en un principio ya dividían a los Estados continentales del sistema del *civil law* respecto de otros, sino por la dificultad en los procesos de ampliación más recientes de conciliar aspectos culturales tan importantes en relación con la religión, la cultura civil y otros aspectos determinantes de la convivencia intra-Estados.

El TEDH funda sus resoluciones en la conciliación de dos principios, el de consenso con los derechos fundamentales de los Estados miembros, y el de interpretación autónoma, derivada del texto de la Convención. En el primer caso se trata, al igual que el TJCE, de ir creando un corpus de doctrina desde los elementos comunes de todos los Estados miembros y, desde el otro, de crear también una doctrina autónoma y propia que pueda ser asumida por todos los Estados. En España, la naturaleza declarativa en las sentencias no exige modificaciones de la legislación interna.

La CE no puede oponerse como un límite formal al derecho europeo en materia de DF porque ha traspasado su competencia en la firma de los tratados. Pero sí es posible en el caso de un estándar más alto de los Estados y una mayor protección del derecho.

⁴³ *Ib.*, p. 103.

CAPÍTULO VI

LA TEORÍA CRÍTICA DEL DERECHO Y SUS MODELOS INTERPRETATIVOS

SUMARIO: 1. La interpretación en el uso alternativo del derecho. 2. Posmodernismo y derecho. La huida del derecho del control jurisdiccional. 3. Propuesta de una teoría interpretativa-axiológica del derecho.

1. LA INTERPRETACIÓN EN EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Las transformaciones sociales de los años setenta en Europa tienen un importante desarrollo de ideas progresistas que pretenden una integración de las ideas de un socialismo moderado, que sean capaces de realizar cambios sociales desde la teoría marxista, que adopta una posición crítica ante el derecho, las instituciones políticas y el marco teórico de la representación política, una mejora de vida de las clases medias en una sociedad en progresiva industrialización, y una renuncia en general a la violencia como sistema de cambio político. Esa floreciente clase obrera, organizada en sindicatos, que alternan sus reivindicaciones entre la negociación y las huelgas como sistemas de presión, adquieren un importante poder dentro de las empresas, y reivindican la constitución como un pacto entre el capital y el trabajo. Sin embargo, en su desarrollo constitucional, la clase dominante traiciona el pacto constitucional, *cuya reafirmación es hoy necesaria en interés general*¹.

¹ BARCELONA, P., y COTTURRI, G. (2009). *El Estado y los juristas*. Coyoacán (p. 10).

Son años de articulación de la vida democrática, asimilación de los conceptos del Estado social y adaptación de algunas de las estructuras a las nuevas demandas sociales y económicas. La industrialización y la modernización de las ciudades europeas tiene una consecuencia social y política también con la entrada del consumo, la influencia de los medios de comunicación y la tecnología importada desde EE. UU. al continente europeo, y, con ella, determinaciones importantes del medio de vida, provocando una concentración urbana en las grandes ciudades que modifica los paisajes rurales de las áreas mediterráneas de Europa principalmente². Se considerarán importantes el cuidado de la salud, la enseñanza, el trabajo y la participación política, al objeto de contribuir al desarrollo de una clase obrera industrializada. El derecho es la institución social reguladora de los diferentes intereses que permite la gestión ordenada de la vida social, y debe atender a estas exigencias.

Pero desde los sesenta del pasado siglo, las teorías que sostienen una teoría general del derecho se muestran críticas con su posibilidad liberalizadora de la clase obrera. Una actividad interpretativa en la que todas las conclusiones se convalidan mediante la adhesión a un sistema unitario y coherente, pero en el que la unidad y la coherencia llevan a la argumentación que siempre prevé de una clase, la que lo forma y lo conforma. Y esa previsión acaba mostrando un derecho tautológico porque «las categorías jurídicas presentadas como elaboraciones conceptuales independientes de los condicionamientos históricos acaban siendo un instrumento para la valoración positiva de las relaciones de poder existentes. Esto es, acaban dando valor a la realidad tal cual es, vedando cualquier crítica al modelo de desarrollo social». Hay aquí una negación clara de las posibilidades transformadoras del derecho, que en las fases anteriores del capitalismo fue precisamente el que mostró la fuerza e impulso de la clase obrera en esa transformación que desde el punto de vista histórico claramente favoreció el desarrollo de los Estados sociales. Negar al derecho la capacidad de transformación social era hurtar esa capacidad a una clase que consiguió imponerse y modificar las condiciones materiales de la existencia en un período histórico que fijó un nuevo modelo de sociedad. La modernización y los avances sociales no habían sido una concesión, sino una conquista.

Y habría sido desde el derecho, que en su actualización en interpretaciones constructivas permitió la aprobación de aquellas constituciones garantis-

² *Ib.*, p. 54.

tas, por lo que un uso alternativo del derecho tiene que hacer posible un mayor contenido de justicia³.

La idea de que el juez reconstruye el mismo sistema y lo actualiza en la aplicación del derecho exige tener en cuenta la posibilidad de que no lo haga y sostenga un contenido de justicia material que es justamente el que el uso alternativo del derecho propugna. El derecho como una posibilidad de emancipadora en su alternativa constructivista permite una acción política alternativa.

Es P. Barcellona quien analiza el desarrollo del derecho privado en Italia y la importante deriva del poder del derecho para condicionar las relaciones sociales. Desde los sesenta allí la reconstrucción de la economía en la posguerra de los cincuenta se hace con el control social de las empresas y el desarrollo de estos litigios, la concentración monopolística arrincona a los empresarios y obreros a una relación que no está intermediada por el Estado, de enfrentamiento de los agentes sociales⁴. Y la judicatura, al lado de la clase dominante, lleva a cabo una contención de la lucha obrera a través de las magistraturas del trabajo. El círculo de la producción y la distribución y el desarrollo del Estado social en lo que tiene de asistencial, produce una paradoja en un sistema de mercado en el que se socializa la producción, pero se privatiza la apropiación del beneficio. Y la redistribución, que podría operar como factor de corrección a cuenta del Estado, está en manos de jueces administradores de un derecho alejado de la clase obrera.

El uso alternativo del derecho plantea la reapropiación social de la función normativa, la modificación de las relaciones sociales y su legitimación, la posibilidad de que la clase obrera pueda autorrealizarse en sus propios intereses y acrecentar su poder como clase. Para ello, el derecho público debe intervenir a través del Estado, en un derecho laboral que se construya desde la cultura jurídica alternativa⁵.

La sociedad democrática exige en su articulación que las leyes sean interpretadas de conformidad con el fin social que persiguen y es en ese ámbito judicial en el que no se produce un avance. Por eso el uso alternativo del derecho va encaminado a conseguir una actividad jurisdiccional que haga justicia a la parte social débil. La presunta objetividad de las normas responde a un interés de clase, y la justicia material debe responder a las exigencias de una sociedad que tenga en cuenta las necesidades de igualdad social⁶.

³ *Ib.*, p. 101.

⁴ *Ib.*, p. 147.

⁵ *Ib.*, p. 263.

⁶ P. BARCELLONA y G. COTTURRI, *El Estado y los juristas*, pp. 47 y ss.

Un derecho privado que solo responde a los intereses de la clase dominante tiene que ser reinterpretado superando los obstáculos que se oponen a la igualdad, y esa interpretación solo es posible desde una actividad jurisdiccional que supere las corrientes conservadoras de la magistratura. De ahí la necesidad de buscar en los principios generales del derecho un resquicio interpretativo que favorezca a las clases bajas⁷.

Este debate se abre en Italia sobre la magistratura y la función judicial del derecho, en ese tiempo histórico en el que entra en vigor una constitución normativa que coexiste con un derecho que aplicaba un sistema de normas cerrado y completo. La necesidad de desarrollar el Estado social que se contenía en el texto constitucional exigía el paso a un sistema de normas abierto y fluido, conectado a la opinión pública y lejos del corporativismo judicial. Desde los años sesenta, se van creando grupos de trabajo que plantean la necesidad de revisar el derecho privado civil y vincularse a los postulados de la izquierda en la aplicación del derecho. Desde el derecho laboral, en la posibilidad de reparos de plusvalía, la evitación de los procesos de concentración de capital, y el papel del Estado como actor redistributivo de las ganancias.

De ahí que autores como Ferrajoli y Barcellona, en su reconocimiento de la función política del derecho, demanden un ordenamiento jurídico que no responda al método subsuntivo tradicional, sino que tenga en cuenta la dimensión política del derecho, en sus fases de generación y de aplicación judicial, para corregir desde su uso alternativo, no ese grado de politicidad, sino su compensación. Se trata, pues, de buscar las incoherencias y contradicciones en la aplicación normativa. Y, desde una teoría política como el marxismo, que no tuvo nunca demasiada confianza en el derecho, producto de la clase dominante, y que ha considerado el derecho como un elemento más del sistema productivo, se llega a reformular en términos realistas una concepción del derecho en su función correctora de las desigualdades sociales⁸.

En España se recepciona pronto la teoría del uso alternativo del derecho desde la filosofía del derecho, y en los movimientos sociales que tienen lugar en los años de la transición de la dictadura a la democracia. Y, se vincula a la exigencia de su democraticidad. Frente a un derecho que se enseñaba en la universidad desde las concepciones filosóficas vinculadas al derecho natural, se alza una filosofía del derecho aperturista, que busca su identificación con el materialismo dialéctico, que desde otros sectores del conocimiento se afianza

⁷ *Ib.*, pp. 85 y ss.

⁸ N. López Calera en LÓPEZ CALERA, N.; SAAVEDRA LÓPEZ, M., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1978). *Sobre el uso alternativo del derecho*. Fernando Torres (pp. 13-26).

en los estudios del marxismo. De ese modo, Modesto Saavedra definirá el uso alternativo del derecho «como (de) una práctica jurídico-política específica que se inscribe en el seno de formaciones sociales en crisis, cuyo sentido estriba en afianzar pasos, al nivel de la superestructura jurídico en la solución emancipadora de las tensiones y contradicciones de dichas formaciones sociales»⁹.

Supone la toma de conciencia de la función política del derecho, desde la necesidad de ampliar los espacios democráticos, una práctica judicial emancipadora, que se diferencia de un acto de creación libre del derecho, mediante la utilización de instrumentos estables que se consoliden en interpretaciones posibles y razonables, pero tuitivas hacia la parte más débil. Una propuesta alternativa y emancipadora que exige el cuestionamiento del método jurídico.

La dogmática científica es así entendida como la construcción racionalizada del sistema legal y el estatuto teórico de la dogmática jurídica, como construcción racionalizadora de los contenidos del derecho positivo a través del establecimiento de categorías conceptuales, entre los distintos elementos de la totalidad normativa. Pero ese contexto está contaminado de los condicionantes del intérprete. Lo que se propone es una alternativa a la interpretación, la reconstrucción de la norma en su actividad interpretativa cambiando el *telos*. No identificarse con la dogmática al uso sino con las posibilidades alternativas que ofrece el pluralismo interpretativo¹⁰.

El uso alternativo del derecho se formula por P. Barcellona vinculado, pues, a una nueva organización de los aparatos judiciales e instituciones. El poder judicial organizado de otra forma y con otra diferente perspectiva. La estructura del poder judicial como poder del Estado exige un cambio sustancial tanto en sus órganos como en la oficina judicial en la que se imparte. Y, por lo tanto las formas, la concepción represora del derecho desde la figura de un juez justiciero, togado y salomónico, deben dar paso a una humanización de la justicia, por la que tanto su papel en el proceso como el del fiscal y la propia escenificación de las vistas orales, dejen de representarse como aparatos ideológicos del Estado para que puedan percibirse como órganos de la justicia que prestan un servicio más a la sociedad¹¹. Mientras la configuración del poder jurídico se materializa todavía en el marco del derecho estatal, las circunstancias del poder económico se producen en un escenario supranacional, y las posibilidades de que los Estados pueden legislar acerca de ese poder económi-

⁹ M. SAAVEDRA, *Ib.*, pp. 35 y ss.

¹⁰ *Ib.*, p. 51.

¹¹ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 67.

co para ejercitar su control cada vez son menores. Y, esto, por dos circunstancias que concurren: en primer lugar, porque el derecho, en su apreciación de las circunstancias que exigen la regulación de las consecuencias jurídicas de los hechos, se produce con un cierto retraso sobre la realidad social, es, por decirlo así, un *a posteriori* del desarrollo social, de manera que entra a regular las situaciones que presentan una exigencia continuada de sujetar los hechos al control. Y, en segundo lugar porque ahora las posibilidades de regulación de los entes mercantiles escapan al derecho estatal, en la medida en que se radican en escenarios geográficos que convienen a sus intereses y escapan así a la competencia estatal para su regulación, que puede limitarse como mucho a aspectos administrativos o impositivos por parte de los Estados, pero no a sus condiciones de regulación sustantiva.

La exigencia de un nuevo modelo de juez, que reemplace los residuos del período fascista en Italia y se acomode a las exigencias de la nueva Constitución italiana constituye una respuesta más en el proceso de democratización de los Estados fascistas que formaron parte del conflicto bélico que acababa prácticamente de terminar. Esto exigía un sistema de formación y elección de los jueces que el Estado debía legislar, en lo que se puede llamar una magistratura alternativa y democrática, que incorporaría valores a las resoluciones judiciales¹².

La idea de superar por parte de la teoría del uso alternativo del derecho ese formalismo jurídico era precisamente por la necesidad de descubrir su naturaleza pretendidamente apolítica, neutra y que se manifestaba con mayor incidencia en el derecho privado, en el que en la defensa de la propiedad privada se defendía en realidad a las clases dominantes. Ante esa realidad, lo primero es destruir el mito de la apoliticidad y luego ver cómo ha de ser esa jurisprudencia alternativa. Y, en ese sentido, la Constitución italiana proporcionaba una cobertura muy precisa desde su artículo 3¹³.

De esa forma se pretende establecer un equilibrio entre la dogmática jurídica tradicional y el uso mutable y dinámico de los conceptos y su comprensión en el caso concreto con los valores y razonamientos anclados en la justicia material y no formal, donde el estado representa un equilibrio de fuerzas que debe ser traído a las resoluciones judiciales.

Se trata de establecer una correspondencia entre fuerzas sociales tendente al equilibrio, para compensar la desigualdad de hecho entre las partes en

¹² TARELLO, G. (1972). «Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete». *Politica del diritto*, III, fasc. 3-4, y BARCELLONA, P. (ed.) (1973). *L'uso alternativo del diritto* (t. II). Laterza (p. 69).

¹³ FERRAJOLI, L. (1973). «Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria», en *L'uso alternativo del diritto* (t. I). Laterza (pp. 105 y ss.).

conflicto. Si se parte del reconocimiento de las clases sociales y de la superioridad de la clase burguesa sobre la trabajadora, el mecanismo de compensación para conseguir la igualdad material exigirá aproximaciones que eliminen esa diferencia¹⁴. De hecho, esas compensaciones ya están en algunos principios generales del derecho en ciertos órdenes jurisdiccionales. Así el principio de *in dubio pro operario* se aplica en el orden jurisdiccional social como una técnica de favorecimiento de la parte procesal más débil en los casos en la prueba no sea definitivamente clara en materia sancionadora. Y, de alguna manera se excepciona el principio de igualdad de las partes en el proceso y se antepone un mecanismo que favorece la igualdad real. De la misma forma la inversión de la prueba que en nuestro ordenamiento jurídico exige que en materia de lesión de los derechos fundamentales y una vez aportada la prueba de indicios, y exige la prueba a la parte demandada de una justificación objetiva y razonable es también una excepción a la teoría clásica del *onus probandi incumbit quid affirmat non quid negat*. De ese modo se produce una corrección de las desigualdades que en un proceso producen desigualdad tendente a la superación de los conceptos de dos clases, una dominante y otras dominadas y el enraizamiento del derecho en las fuerzas productivas¹⁵.

Es razonable también que la batalla se libere en el derecho privado porque en realidad la lucha de clases se produce entre la burguesía y el proletariado que a partir de los años sesenta coincide con el desarrollismo económico industrial de los estados europeos que relanzan la economía en una reconstrucción de posguerra mundial. El desarrollismo económico que crea los escenarios de la industrialización y favorecen las capas de trabajadores organizados en sindicatos cuya legalización se produce al amparo de un constitucionalismo de pacto social entre el capital y el trabajo.

Pero si las relaciones entre los agentes sociales y el estado, tiene lugar en el ámbito público desde el reconocimiento constitucional en lo que se refiere a las relaciones privadas se seguirá manteniendo esa desigualdad entre al capital y el trabajo que beneficiará a la burguesía como clase en detrimento de los trabajadores. Los procedimientos judiciales giran en su mayoría en torno al derecho privado, de familia, contratos, en definitiva, del ámbito de derecho privado, y se sitúan entre la clase media y la burguesía. Hay un divorcio importante en Italia entre la academia y el derecho judicial que produce ese deterioro de la

¹⁴ BARCELLONA, P. (1973). «Uso alternativo y reserva di liceità a favore della prassi emancipatoria», en *L'uso alternativo del diritto* (t. II). Laterza (pp. 125 y ss.). La fuerza del trabajo y el capital y su representación y la necesidad de reequilibrar (p. 129).

¹⁵ VITALE, P. (1973). «Uso alternativo delle istituzioni come sviluppo della potenziale carica di socialità». En *L'uso alternativo del diritto* (t. II). Laterza (p. 179).

función judicial, y se impone una nueva cultura jurídica. Las categorías jurídicas existente giran en torno a las relaciones de poder anteriores a la constitución y las reproducen. De manera que una de las funciones esenciales del derecho, la pacificación de los conflictos sociales, se imposibilita, cada vez más¹⁶.

Una economía de mercado que crea un modelo de economía de circulación de bienes y mercancías basada en un falso libre acuerdo, con un apoyo ideológico del estado. Se crea una mutación figurada de los procesos en realidad económicos como si fueran jurídicos, basados en principios como la autonomía de la voluntad, la autonomía privada, que bajo el derecho disfraza los negocios económicos, y lo que son leyes económicas se elevan a leyes vigentes generales para la sociedad, aunque solo responden a los intereses de una clase. La autodeterminación resulta ser una falacia. Se objetiva totalmente la institución contractual. Todo contrato es válido por el hecho de serlo salvo que se impugne en cuyo caso el juez determinara conforme a derecho. Cambio de mercancía por dinero. La juridificación de los intercambios económicos es la elevación de las leyes económicas a leyes generales, lo que convierte los intereses particulares en intereses generales. Así, principios de validez universal como la autonomía privada soportan en realidad posiciones económicas de clase, universalizando un discurso de clase a los sectores que soportan la debilidad. Y. esto es así porque la normatividad sustituye a la racionalidad una vez que se implanta en el ordenamiento. Se produce una falsa representación del poder de autodeterminación que constriñe totalmente la voluntad de la parte débil, en la que la invasión del derecho privado en el ordenamiento escapa al control de los poderes públicos.

La libertad contractual se presenta bajo dos aspectos diferentes, que operan como límites, de una parte, la discrepancia entre el modelo normativo-conceptual y la realidad empírica y, de otra, la contradicción entre principios y reglas, lo que produce una relación entre desigualdad formal e igualdad real. Si la norma es la autonomía el límite es siempre la excepción. Y. las restricciones de la autonomía de la voluntad de algunos son las excepciones al criterio general. El principio de igualdad de trato es una falacia con la que convive el derecho, de ahí la protección al consumidor, la solidaridad, la progresión impositiva conforme a la capacidad económica, y otros principios correctores de la desigualdad. De ese modo, toda derivación del modelo es imputable a la realidad y no se resuelve en la práctica, sus desviaciones se consideran excepcionales, y sus límites externos¹⁷.

¹⁶ P. BARCELLONA. *La formación del jurista...*, pp. 33 y ss.

¹⁷ *Ib.*, pp. 133-141.

Un derecho privado pertinente al capitalismo de la acumulación, libre competencia y con apoyo ideológico de la academia, que prioriza el derecho privado y su desarrollo dogmático, exige su transformación dogmática a un derecho del Estado social constitucional. Y. de ahí la propuesta del uso alternativo del derecho, que pretende abrir la brecha de la deslegitimación de todo el derecho anterior analizando la realidad de lo que el derecho tiene de desigualitario.

El uso alternativo del derecho es una doctrina que, más que una teoría del derecho en general, se postula como una teoría de la interpretación judicial del derecho, susceptible de realizarse en su vertiente aplicativa¹⁸. Un uso alternativo considera irrealizables los cambios revolucionarios de transformación social y deposita su esperanza en el derecho vigente reinterpretado desde la justicia material. La crítica acerca de su falta de rigor jurídico, que por parte de un sector de la doctrina se ha utilizado como una forma de desautorización, no debe hacer creer que no tiene una importante función transformadora del derecho¹⁹.

2. POSMODERNISMO Y DERECHO. LA HUIDA DEL DERECHO DEL CONTROL JURISDICCIONAL

A finales del siglo xx, el uso alternativo del derecho sigue su posición crítica desde la nueva orientación de la política de los países europeos ante la disolución de la mediación estatal²⁰. Lo que se puede llamar tercer capitalismo constituye la generalización del sistema de segmentación contextual de la prestación laboral con ausencia de espacios que permitan la posibilidad de reagrupamiento de los intereses de clase. El aislamiento y la segmentación, junto con el fraccionamiento temporal que no atiende ya a la división de los

¹⁸ U. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista...*, p. 70.

¹⁹ CABELLO FERNÁNDEZ, D. (2021). *Seguridad jurídica*. Aranzadi (p. 72). Como bien dice la autora, supone la relación más estrecha de todas las visiones del derecho, entre la política y el derecho. La teoría del uso alternativo del derecho se ha considerado por algún sector de la doctrina como un ataque a la seguridad, sin percibir en esa acusación que la seguridad jurídica no viene determinada por el uso de los principios y valores, sino que es reforzada por ellos, de manera tal que un derecho que acude a los principios exegéticos, no hace más que plantear soluciones enraizadas en ese contexto social y político. Además la seguridad jurídica no se conculca por el derecho, sino por la inadecuación del método, es decir, por no regular con precisión los términos del derecho, así que depende en gran medida del lenguaje, más que de los argumentos, que bien explicitados, constituyen la fuente que enraza mejor la aplicación de una norma jurídica, porque es capaz de realizar sus fines en un campo valorativo que, como tal, puede ser o no compartido, pero que determina un criterio susceptible de ser combatido por los órganos jurisdiccionales superiores y, por lo tanto, rectificado.

²⁰ BARCELONA, P. (1992). *Posmodernidad y comunidad*. Trotta (pp. 10 y ss.). Sobre el cinismo de la contemporaneidad en la que una especie de realismo sucede al sarampión revolucionario, y abre una fiebre de capitalismo y consumo desbocado, donde el capitalismo occidental pretende ocupar el lugar que deja el fracaso del comunismo en los países del Este.

horarios y el descanso, borra el antagonismo de la lucha de clases hasta hacer ineficaz la lucha obrera, de manera que en la sociedad posmoderna no es posible ya la agrupación de intereses, porque el tercer capitalismo ha diluido lo social. La estructura de las sociedades orientadas al orden y la estabilidad reemplaza el diálogo y los espacios comunes por la relación mediada del consumo. Es el discurso que se produce desde los medios de comunicación y que limita la comunicación al universo cibernético unidireccional.

Ya desde finales de siglo se ve como la disolución del Estado de derecho se hace presente en la crisis de la representación política. El ciudadano pierde progresivamente su condición y se convierte en consumidor; y no solo la política ya no lo representa, sino que el derecho es solo un espacio en el que ese consumidor es únicamente un objeto de los intereses económicos en conflicto.

El derecho aquí se reconduce a la verdadera función instrumental para la que surgió en la modernidad. Se desentiende de la política y sobre la afirmación de la igualdad formal, construye su íntima conexión con la sociedad, el formalismo jurídico de la igualdad, que hace innecesaria la política y se reconduce al derecho. Un derecho identificado con la ley, que deja a la política instrumentalizada para cambiar el derecho en función de intereses de los grupos sociales que tengan la posibilidad de conseguirlo²¹.

El derecho, desde su proceso de formación y aplicación sigue siendo útil a la satisfacción de la necesidad para lo que nace²². Porque la estrategia de los derechos tiene la trampa de crear expectativas engañosas. Al individualizarse el derecho, la prestación se somete a condiciones precisas y al cumplimiento de ciertos requisitos: edad, situación social, patrón municipal o cargas familiares. Los derechos sociales se convierten en derechos sustitutos de la cohesión social entre los grupos y clases sociales, de manera que el Estado intenta reparar las injusticias, pero luego esas posibilidades están sujetas a trámites muy mediatizados por tantos requisitos burocráticos que acaban haciendo ilusorios esos derechos para los sectores más deprimidos de la sociedad.

El Estado como árbitro del conflicto social en realidad no satisface más que los intereses del mercado, y la burocracia que generan las prestaciones sociales dificulta la redistribución en los grupos desfavorecidos. Pero, sobre todo, el Estado en su ámbito territorial ha sido superado hoy por la globalización, que no solamente es política en su organización territorial, sino que se muestra incapaz de cumplir su finalidad política.

²¹ *Ib.*, p. 48.

²² *Ib.*, pp. 106 y ss.

En nuestra situación geopolítica hemos podido apreciar el incipiente grado de desarrollo de la Unión Europea y las dificultades de incardinación y de la integración de los Estados en una instancia supranacional cuya heterogeneidad pone de manifiesto las contradicciones de esa construcción política.

El futuro de Europa se desenvuelve hoy entre la técnica y el nihilismo. De una parte, la exigencia de una constitución para Europa se desenvuelve entre el maximalismo jurídico y el minimalismo político. Las estructuras administrativas y tecnocráticas crean una burocracia desproporcionada en relación con su gobernanza real. Su grado de democraticidad en el origen no es tampoco proporcional a la influencia que despliega en los Estados²³, sobre todo por su débil posición jurídica, después de que fracasara el intento de una constitución europea. Como se ha dicho por la doctrina constitucionalista, la Europa de los tratados no permite un desarrollo normalizado por parte de la teoría política para cobijar instituciones europeas que legitimen y normalicen un poder supra-Estados²⁴.

Pero no se trata solamente de esa consecuencia institucional, de que la política se pueda ver más o menos respaldada por un texto constitucional, sino que desde la teoría constitucionalista no se puede atender al desarrollo de una dogmática jurídica constitucional sin el objeto preciso, la Constitución europea, por más que se quieran presentar los tratados como una constitución material *non nata*. La integración de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión igualmente constituye un incipiente documento que se integra en los tratados y se superpone en cierta medida al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, pero cuya finalidad y funcionalidad no está debidamente articulada con el derecho nacional de los Estados²⁵.

La construcción europea presenta en estos momentos una fase de desarrollo incipiente en relación con las exigencias de la globalización del derecho, cuyas repercusiones se dejan sentir en Europa. Este nivel supraestatal no tiene capacidad para enfrentarse a las exigencias jurídicas de lo que tendría que ser una federación de Estados si se quiere formar una fuerza política competitiva

²³ BARCELONA, P. (2005). *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*. Dédalo (pp.17 y ss.).

²⁴ BALAGUER, F. (2021). Prólogo a *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de A. Aguilar Calahorro. CEPC.

²⁵ La Carta Europea de los Derechos Fundamentales no es suficiente para una Europa sin constitución. La dificultad de los tratados está en que por su insuficiencia no permiten el desarrollo de una dogmática jurídica en la que se reconozca el ordenamiento europeo, lo que produce una curiosa inversión: en lugar de unas fuentes del derecho que encaucen los derechos fundamentales, son estos los que han de suplir la carencia de la constitución. AGUILAR CALAHORRO, A. (2021). *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. CEPC (p. 21).

en el concierto mundial. Asuntos como la defensa de Europa y su potencialidad de mercado unido frente a otros liderazgos mundiales no permite pensar hoy en una Europa con presencia real, más allá del voluntarismo político.

Un análisis muy indiciario de los obstáculos que se presentan para limitar ese nivel de desarrollo necesario en una Europa competitiva se puede hacer desde la heterogeneidad de los Estados que forman la Unión. Más aún desde la entrada de los últimos países, en donde la posibilidad de unos valores y cultura comunes muestra importantes disfunciones en materia religiosa, cultural e incluso de desarrollo económico.

Como se ha dicho ya, los problemas de la integración social en una sociedad multicultural y globalizada dificultan el desarrollo político. De una parte, por la insuficiencia de los Estados para hacer frente a situaciones que desbordan el marco geográfico, pero, además, porque las instancias supranacionales que podrían hacer frente a esas situaciones carecen de la cobertura institucional de las democracias representativas que todavía están depositadas en los Estados²⁶.

Un análisis de la realidad política de hoy pone en evidencia tanto la insuficiencia de los Estados para hacer frente a la globalización, como la de las instancias supranacionales, escasamente legitimadas en sus instituciones. Esto tiene repercusiones desde la instrumentalización de los poderes del Estado porque el avance de la globalización exige rapidez y momentización en las respuestas que refuerzan a los poderes ejecutivos de los Estados, de manera que el resultado se traduce en la irregularidad del poder en el ámbito estatal, donde la división de poderes se instrumentaliza en el poder ejecutivo, que absorbe al legislativo para favorecer el capital liberal y monopolístico financiero, de modo que se evite el conflicto y con esto la disolución²⁷.

El capitalismo se ha quedado sin enemigos, en el ámbito internacional porque desaparece el comunismo, pero también por la expansión económica del capitalismo internacional mientras el conflicto sigue fragmentado en el nivel estatal y en su diversidad, clase, jóvenes y nacionalismo²⁸.

El nuevo conflicto se expresa hoy desde el populismo. Lo que ocurre actualmente con el constitucionalismo social es que la exigencia de una normatividad no se cumple, porque ese neopositivismo constitucional constituye una

²⁶ DENNINGER, E., y GRIMM, D. (2007). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Trotta.

²⁷ CABO, C. de (2019). *Conflicto y Constitución desde el constitucionalismo crítico*. CEPC (pp. 133 y ss.).

²⁸ *Ib.*, p. 198.

supremacía que no solo es jerarquía, sino principio fundante como fuente de fuentes, y en tal sentido performativa²⁹.

En el año 2008 se produce una quiebra del pacto social entre el capital y el trabajo debido a la crisis económica mundial. La estructura social se derrumba, y en aras de la excepcionalidad económica se desconstitucionaliza todo tipo de relación entre los agentes políticos y se deriva aquella constitucionalidad meramente formal, que era propia del constitucionalismo liberal.

Esta situación produce importantes contrastes. Se ha formado una globalización financiera que se inserta en un mundo internacionalizado, pero el componente social de los estados todavía desarrolla su sistema productivo desde un ámbito estatal. Solo de una forma minoritaria el trabajo se ha internacionalizado, y sin embargo el capital se mueve libremente por la geopolítica. Las organizaciones sindicales pierden fuerza en la negociación de las condiciones de trabajo e incluso las empresas multinacionales escapan con facilidad al control del derecho.³⁰

3. PROPUESTA DE UNA TEORÍA INTERPRETATIVA-AXIOLÓGICA DEL DERECHO

El verdadero elemento diferenciador de los análisis que cabe hacer hoy acerca de las posibilidades de un cambio susceptible de cumplir las expectativas sociales tiene que ver fundamentalmente con las dificultades de interlocución con los agentes sociales que podrían posibilitarlo. En el siglo xx, la lucha de clases se presenta como el elemento político que alberga sus posibilidades en el enfrentamiento que gira en torno a la idea de propiedad y trabajo. Suprimido. Sin embargo, la situación que presenta el siglo xxi respecto de la interlocución de las formaciones sociales en relación con la estructura del poder dominante no permite a los Estados sostener más que negociaciones parciales y cada vez más menguadas respecto de la representación del capital, porque el capital está ya dotado de una autonomía supra-Estados, o mejor, al margen del control, no solamente del estrecho acotamiento de la soberanía nacional, sino susceptible de un enmascaramiento indetectable para el poder político. La inexistencia de un sustrato científico de base filosófica acerca de las condiciones materiales en las que hoy se puede producir el derecho, la falta de apela-

²⁹ *Ib.*, p. 250.

³⁰ CABO, C. de (2017). *Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*. Trotta (p. 121).

ción a los criterios generales de justicia deja al derecho sin una exigencia prope-
deútica justificativa³¹.

La utilización política del derecho en las sociedades modernas únicamente se puede plantear por los grupos sociales como un instrumento de liberalización. Deriva del pluralismo político expresado en la misma Constitución y permite un análisis marxista si se atiende a qué condiciones sean posibles.

La vuelta al ámbito jurídico privado del derecho obvia el conflicto desde el Estado y lo desplaza a los agentes económicos a través de ese arbitraje internacional. El ejemplo paradigmático de este giro del derecho hacia la privatización, no ya del derecho sustantivo, sino del procesal, lo constituye la institucionalización del arbitraje que, desde su formulación nacional, se expande en el derecho internacional como una forma preferente de solución de los conflictos comerciales en los tratados del libre comercio. Desde el derecho internacional se hurta al poder judicial la posibilidad de que, en los conflictos derivados de los conciertos económicos internacionales, los Estados contratantes se sometan a un control jurisdiccional del derecho, cuya resolución se difiera a despachos privados internacionales con capacidad para dictar arbitrajes obligatorios. Una de las consecuencias de estos tratados internacionales es que las empresas multinacionales que se implantan en los Estados europeos podrán solicitar a los Estados importadores indemnizaciones, al amparo de este tratado, si estos modifican sus políticas de manera que incidan y puedan perjudicar sus inversiones, produciendo efectos negativos en sus gestiones comerciales. Se trata de un mecanismo para la resolución de los conflictos entre empresas y Estados que permite a las primeras pedir indemnizaciones capaces de hundirlos económicamente. La cuestión estriba en la evitación de los juzgados contenciosos, y la obligación de someterse a procedimientos arbitrales. Estos tribunales de arbitraje no forman parte de la jurisdicción ordinaria de los Estados ni se tramitan por órganos jurisdiccionales.

El 9 de junio de 2014 tiene lugar la comparecencia del secretario de Estado de Comercio a propuesta del Gobierno, para informar del Tratado de Libre Comercio. Plantea el acuerdo como una manera de preservar los valores de la democracia en el mundo, «la Unión Europea y Estados Unidos son los dos bloques democráticos más importantes del mundo. Solo a través del TTIP podemos conseguir que prevalezcan los valores que compartimos: la primacía del derecho, el respeto a la legalidad, la apertura económica, y a la vez, la protección de los consumidores y de los derechos laborales». Desmiente que

³¹ SPAGNA MUSSO, E. (1973). «Note per una discussione organica sulla utilizzazione politica del diritto». En *L'uso alternativo del diritto* (t. I), de P. Barcellona (ed.). Laterza.

el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS) socava la soberanía de los Estados. Considera que es un sistema ágil de solución de los conflictos. Algunos grupos denuncian en primer lugar la falta de transparencia, entendiendo que no existe información, que podría facilitarse con las precauciones precisas. En segundo lugar, la determinación de la política por la economía, el acuerdo va a permitir la regulación *de facto* de muchos aspectos de la economía, que se van a sustraer a la soberanía de los Estados, dejando en manos de los poderes económicos decisiones que debían ser del poder político, con un oscurantismo en el proceso negociador. La valoración que se hace de preferir el arbitraje a los tribunales ordinarios es porque parece mejor opción que la Corte de Nueva York o de Washington. No se dan las razones para ese temor a los tribunales americanos sobre las decisiones de los árbitros, reclutados de despachos profesionales y en general defensores de los intereses empresariales³².

No es, con todo, la mayor huida del derecho si tenemos en cuenta la desregulación que presentan otros factores de mayor control, como la desregulación digital en lo que justamente caracteriza a las sociedades actuales. La sociedad de la era digital³³ carece de control, no solamente por parte de los Estados, sino también desde las instancias supranacionales, cuya impotencia y dejación a partes iguales permite el desarrollo de una sociedad global y mundial, de una información libre y descontrolada por el poder político, pero perfectamente establecida desde el poder tecnológico. Las empresas multinacionales de la información no están sujetas a control alguno, mientras que expanden su mercado en lo que se ha llamado «el capitalismo de la vigilancia», introduciéndose en ámbitos de intimidad cuyos efectos no son conocidos ni consentidos, pero sí tolerados por las instancias de todos los poderes de los Estados.

Las posibilidades de reacción ante esta situación no pasan de unos intentos de control de los datos que sirven al desarrollo de un capitalismo digital global, con una normativa restringida y limitada a meras formalidades, que en ningún caso tiene la menor afectividad frente al oscurantismo y tecnificación que dificultan las posibilidades de conocimiento real del destino de esa información³⁴.

Y el problema del uso y abuso de esa tecnología es aún mayor en lo que se refiere al condicionamiento de las conductas orientadas al consumo y sobre todo a la orientación política, pues a través de la selección de algoritmos con-

³² Un comentario más amplio sobre esta comparecencia en BALAGUER, M. L. (2015). «Crónica de la legislación europea». *ReDCE*, n.º 24.

³³ M. Arias Maldonado llamará «giro digital» a esta sociedad de la tecnología que inaugura el siglo XXI. En ARIAS MALDONADO, M. (2016). «La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 173 (pp. 31 y ss.).

³⁴ BALAGUER, F. (2019). «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia». *ReDCE*, n.º 32.

sigue condicionar el voto en los procesos electorales con mayor efectividad que cualquiera otra propaganda política.

Estas huídas del derecho desde el poder mismo, en las que renuncia a la regulación de sectores del ordenamiento decisivos para el desarrollo de la democracia y la justicia material, tiene una importancia trascendental en la economía y en la política. Desde la economía, la sobredeterminación con la que esta opera sin defensa alguna ante las agresiones a derechos fundamentales de protección constitucional, y ante la política, en los procesos electorales, donde puede llevar a resultados sustitutorios de la voluntad real del electorado³⁵.

³⁵ BALAGUER, F. (2019). «La Unión Europea frente al Brexit y otros procesos disgregadores en el contexto global», en *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, de F. Balaguer y J. Tudela (coords.). Marcial Pons.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La interpretación del derecho ha de entenderse conectada íntimamente al modelo de Estado, y, por tanto, en el Estado constitucional, la interpretación de las normas, ha de hacerse desde la Constitución y en relación con los presupuestos de ese modelo de Estado. El proceso de juridificación de ese modelo, por el que se llega a las constituciones actuales, determina que ya en ellas tome importancia la interpretación de las normas para el derecho constitucional, en la medida en que el derecho constitucional ha de ser interpretado como norma e integrado y aplicado en relación con el resto de las normas del ordenamiento. Ello conlleva la búsqueda de fórmulas de articulación entre las normas ordinarias y las constitucionales, teniendo en cuenta que el derecho constitucional está llamado a desempeñar una función de coherencia y unidad con el resto de las normas infraconstitucionales. La búsqueda de métodos capaces de dar cuenta de un concepto de interpretación que ha rebasado las posibilidades de recreación de la norma y se centra en la interpretación como acto de creación nos ha demostrado a lo largo de estas páginas que no hay un método correcto en detrimento de otros, sino que, por el contrario, cualquier método puede coadyuvar a la búsqueda de la mejor solución a la aplicación de una norma a un caso controvertido y que, si bien determinados métodos no parecen idóneos para la aplicación de las normas constitucionales, la unidad metodológica, que no la unidad del método, es una exigencia de la coherencia del ordenamiento.

SEGUNDA. No es ajena a las teorías acerca de la interpretación la cuestión de quién ha de interpretar y aplicar el derecho, así como de los límites a la actividad creadora del derecho, que han de imponerse a los intérpretes. En este sentido, es de destacar la importancia de plantear las recientes aportaciones doctrinales acerca de los estudios sobre el poder judicial, superando la

neutralidad valorativa de las concepciones decimonónicas. Durante todo el siglo XIX y parte del XX se ha pretendido ignorar esa dimensión del poder judicial, dando por sentado que cumplía una mimética traducción de la ley al caso, lo que proporcionó la ilusoria situación de creer que, en efecto, el poder judicial, en cuanto poder, era residual. La historia desmiente categóricamente el aserto de que el poder judicial es un poder neutro, y demuestra que la práctica judicial exige una labor de creación y no de indagación de las normas, en la interpretación del derecho. Situar la interpretación del derecho en el plano de la creación y no del cubrimiento, implica una consideración del poder judicial como poder efectivo y no meramente neutral en las relaciones entre los poderes del Estado, y en su incidencia social.

Permitir, pues, desde la consideración de un poder que no se ha formado en la base de la representación popular, una interpretación desde la creación, y no desde el descubrimiento o la recreación de la norma, remite a un problema previo de legitimidad que debe plantearse en clave teórica, si no se quiere dejar en el vacío la razón de ser de la aplicación judicial del derecho. De ahí la importancia de volver a ciertos problemas teóricos de alcance, como son la legitimación de las resoluciones judiciales, o los conceptos de independencia y función judicial, que han intentado analizar la manera de encajar al poder judicial en un Estado constitucional.

TERCERA. La irrupción de los tribunales constitucionales en las constituciones europeas y la jurisprudencia dictada en los procesos de constitucionalidad han abierto perspectivas muy importantes para la elaboración de una teoría general de la interpretación de las normas, por la que se acometa la tarea de buscar elementos comunes a cada una de las teorías de la interpretación, y formar una teoría integradora con las peculiaridades que pueda presentar cada sector del derecho.

En nuestro ordenamiento, los efectos fundamentales de la jurisdicción constitucional en la interpretación de las normas se proyectan sobre las normas constitucionales y legales, pero no dejan de sentirse en las normas infralegales, porque la LOPJ exige que toda interpretación sea conforme a los principios y normas constitucionales. Esta unificación interpretativa es muy importante para la unidad del ordenamiento. Ahora bien, la unidad del ordenamiento exige, no solo que no existan contradicciones entre las normas, sino que no existan contradicciones en la interpretación de las normas. Y, para garantizar la unidad del ordenamiento en la interpretación de las normas, es imprescindible la unificación de las reglas de interpretación, en todos los operadores jurídicos.

Tal circunstancia exige por tanto un control en la actividad interpretativa. Es preciso que el ordenamiento posea un cuerpo consistente de criterios her-

menéuticos orientado a homogeneizar la interpretación, para que la interpretación de las normas impida la discrecionalidad del juez, y mantenga la actividad interpretativa dentro de unos límites que, sobrepasados, dejan de ser actividad interpretativa para ser arbitrariedad judicial.

La única posibilidad de controlar la actividad jurisdiccional, y ejercer ese control social por el que constitucionalmente se legitima el poder judicial, está en sistematizar las reglas de interpretación (lo que hemos llamado «normas sobre la interpretación jurídica»). De este modo se acometen las dos exigencias básicas del ordenamiento: unidad y control.

CUARTA. Lo que viene a diferenciar a la actividad interpretativa no es, como se ha mantenido comúnmente, el material sometido al conocimiento del intérprete, ni el órgano que efectúa la labor interpretativa. Tampoco la fuente de la que se obtiene la norma, ni su naturaleza, sino el objeto sobre el que versa la interpretación, y el contexto en el que esta se produce. Cuando el órgano jurisdiccional controla normas, el contraste de una norma con otra, lo que se llama convencionalmente «control abstracto» determina un método, en el que el juez no efectúa propiamente una operación subsuntiva, sino un juicio de racionalidad.

La interpretación en el Estado constitucional exige del juez la adecuación a ciertos valores y principios establecidos en la Constitución. Ello implica una relación determinada entre el modelo de Estado y los cánones hermenéuticos de que puede valerse el intérprete. Así, de la interpretación como actividad de conocimiento del juez de la ley, se pasa a la interpretación como aplicación de valores y principios constitucionales, determinados y concretados conforme a lo que la Constitución ha establecido, y buscando la coherencia del ordenamiento.

Que la interpretación se realice conforme a los valores y principios constitucionales remite el problema de los límites de la interpretación legal a los límites de la interpretación constitucional, límites que pueden establecerse, en gran medida, mediante las funciones que el Tribunal Constitucional tiene atribuidas. Estos límites, que operan con toda claridad para depurar el ordenamiento de normas que sean contrarias a la Constitución, no se imponen, sin embargo, para la progresión del Estado social y democrático de derecho en los niveles de mayor desarrollo que pueda llevar a cabo el legislador o el juez ordinario, dado que la Constitución es un marco de mínimos, por encima del cual, una sociedad puede progresar en la igualdad y en la libertad, respetando los límites de otros derechos también constitucionalmente protegidos.

QUINTA. La distribución territorial del Estado que la Constitución diseñó en el modelo autonómico que contiene el título VIII exige, en lo que a la actividad interpretativa de las normas se refiere, la unidad y congruencia de la

actividad jurisdiccional de los intérpretes constitucionales. Un ordenamiento multinivel no debe olvidar los principios de jerarquización y competencia, pero también de subsidiariedad, como de otros mecanismos de articulación. Lo que de importante tiene el ordenamiento autonómico complejo que originan los Estados compuestos es, precisamente, la detección de la aplicabilidad normativa en una situación como la pluralidad de asambleas legislativas y su necesario acomodo constitucional. Ciertamente, la labor correctora del Tribunal Constitucional constituye un elemento central en la interpretación de las normas jurídicas, pero, además, todos los agentes que intervienen en el ámbito de sus respectivas competencias han de interpretar de conformidad con el sistema de fuentes, y agotar sus posibilidades interpretativas. Las colisiones normativas así planteadas tienen sus posibilidades de solución por la vía del acomodo constitucional, y esta fase incumbe agotarla a todos los operadores jurídicos por igual. Y es en el propio texto constitucional donde debe buscarse la adecuación del ordenamiento en todas sus fases, desde su creación hasta el sistema de recursos establecidos. Los principios y valores constitucionales proporcionan el instrumento adecuado para la formulación de las normas, más allá de las correcciones que en las distintas fases quepa remediar.

SEXTA. En lo que se refiere al ámbito europeo, es sin duda la novedad de la incorporación que en España se produce a un contexto legislativo nuevo, lo que produce un impacto definitivo en cuanto a la teoría de las fuentes del derecho en el Estado español y, por consiguiente, en la actividad interpretativa del derecho. Las nuevas fuentes del derecho son importantes en esta referencia no solamente por su materia supraestatal, sino también por el propio diseño normativo de las fuentes del derecho europeo. La inexistencia de una constitución europea, sustituida hasta el momento formalmente por los tratados, proporciona un escenario susceptible de una cierta perplejidad en lo que se refiere a la exigibilidad vía fuentes del derecho, desde el principio de la jerarquía muy difícil de conceptuar, en el que la conciliación de la primacía europea y la supremacía constitucional muestra ciertas paradojas de difícil realización en la práctica. De ahí la importancia de la categorización de los nuevos conceptos que se alumbran en el ordenamiento estatal desde la relativización de la distinta fuerza normativa de algunas fuentes del derecho europeo, como directivas y reglamentos, que se han de contrastar, no solamente desde la jerarquización o la competencia de las normas europeas en relación con las estatales, sino desde su diferente fuerza de obligar.

Se trata, por lo tanto, de exégesis complejas sobre las que el derecho europeo adiciona un nuevo obstáculo a la interpretación al que los actores jurídicos de los Estados se ven sometidos. El plano interpretativo no solo ha de re-

lacionarse ahora con la materia de que trate la norma, sino también con su posibilidad de ejercer un grado u otro de coerción, elemento que puede adoptar un importante relieve cuando se trate de derechos en los que el seguimiento de los órganos estatales queda concernido por la jurisprudencia de los tribunales europeos, el TJUE y el TEDH.

SÉPTIMA. Finalmente, la interpretación actual del ordenamiento jurídico en su conjunto muestra específicos componentes en referencia al derecho internacional o interestatal, si tenemos en cuenta cómo se comportan las sociedades contemporáneas en relación con la globalización económica.

En relación con las sociedades contemporáneas y la normatividad se pueden extraer dos conclusiones fundamentales. La primera, se refiere a la dificultad que hoy representa cierta huida del derecho jurisdiccional obligado por normativas internacionales a la renuncia del foro, mediante la obligación de someterse al arbitraje, y la segunda se refiere a la huida del derecho sustantivo hurtando cada vez a la regulación aspectos de extraordinaria importancia económica, que consiguen que empresas multinacionales se eviten un control jurídico de sus actividades por parte de los Estados.

En el primero de los problemas señalados, la interpretación del derecho se difiere a arbitrajes que deberán dictar una resolución sobre el asunto comercial objeto de la controversia, y el Estado queda obligado a respetar y cumplir esa resolución, sin posibilidad de que intervengan los jueces y tribunales de derecho, por lo que las garantías no están sometidas al control público estatal, sino a personas elegidas con criterios ajenos al sistema judicial ordinario. En el segundo caso, el escaso control que los Estados pueden ejercer en las empresas multinacionales que actúan libremente en actividades comerciales, determina un importante desvío de la tributación en función de criterios de la oportunidad de las empresas, condicionado a sus ganancias comerciales, en lugar de otros criterios como el de territorialidad, que las obligaría a tributar en el lugar del ejercicio de su actividad.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A. (1987). «Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica». *Doxa*, n.º 4.
- (1991). *Lo racional como razonable*. CEC.
- ABAJO QUINTANA, J. (1995). «La implementación de las normas. Las secuencias del proceso decisonal», en *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*. IVAP.
- ABELLÁN, V., y VILA, B. (1993). *Lecciones de Derecho comunitario europeo*. Ariel.
- ABENDROTH, W. (1986). «El Estado de derecho democrático y social como proyecto político», en *El Estado social*. CEC.
- ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K. (1986). *El Estado social*. CEC.
- AGUILAR CALAHORRO, A. (2021). *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. CEPC.
- AHUMADA RUIZ, M. A. (1991). «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 8.
- AJA, E. (1999). *El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza.
- ALARCÓN CABRERA, C. (1995). «Derogación», en *Deóntica de la validez*. Tecnos.
- ALCARAZ, H. (2017). «Luis Favoreu y su aportación del derecho constitucional francés y europeo», en *El derecho constitucional de comienzos del siglo XXI en la Europa mediterránea. Homenaje a los profesores L. Favoreu, A. Pizzorusso y F. Rubio Llorente*, de P. Pérez Tremps (coord.). CEPC.
- ALEXY, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. CEPC.
- (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. CEPC.
- ALONSO GARCÍA, E. (1982). «Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional americano». *REDC*, n.º 2.
- (1984). *La interpretación de la Constitución*. CEC.

- ÁLVAREZ CONDE, E. (1996). *Curso de Derecho Constitucional* (vol. I). Tecnos.
- (1996). «El reparto de competencias en materia de Administración de Justicia: el estado de la cuestión», en *La división de poderes: el Poder Judicial*, de A. Monreal (ed.). Institut de Ciències Polítiques i Socials.
- AMBROSI, A. (1991). Häberle, P.: «La Svizzera come laboratorio: política costituzionale in vista della futura “Grande Europa”». *Quaderni Costituzionali*, n.º 3.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y MOVILLA, C. (1986). *El poder judicial*. Tecnos.
- APARICIO, M. A. (1993). *Introducción al sistema político y constitucional español*. (6.º ed.). Ariel.
- (1989). «La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto de amparo constitucional». *RCEC*.
- (1989). «La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales». *Jueces para la Democracia*, n.º 6.
- ARAGÓN, M. (1989). *Constitución y democracia*. Tecnos.
- ARIAS MALDONADO, M. (2016). «La digitalización de la conversación pública: redes sociales, afectividad política y democracia». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 173.
- ARISTÓTELES (1988). *Tratados de Lógica. (Organom)*. Gredos.
- ARNOLD, R. (1990). *Profili di giurisdizione costituzionale comparata*. Lint.
- ASÍS ROIG, R. DE (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Marcial Pons.
- ATIENZA, M. (1986). *Sobre la analogía en el Derecho*. Civitas.
- (1991). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. CEC.
- (1993). *Tras la justicia*. Ariel.
- AZPITARTE, M. (2002). *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*. Civitas.
- BALAGUER, F. (1988). «Aplicación de la Constitución y garantía de los derechos». *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, n.º 2.
- (1988). «Tribunal Constitucional, poder legislativo y poder constituyente». *Revista Jurídica Castilla-La Mancha*.
- (1991). «La integración del derecho autonómico y la aplicación supletoria del derecho estatal». *RAP*.
- (1991). *Fuentes del Derecho* (tomo I). Tecnos.
- (1992). *Fuentes del Derecho* (tomo II). Tecnos.
- (1997). «Constitucionalización del Estado autonómico». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*.
- (1997). «Constitución normativa y ciencia del derecho», en *Estudios de derecho público en homenaje a J. J. Ruiz-Rico*. Tecnos.
- (1997). «Igualdad de los ciudadanos y proceso de descentralización». En *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, de J. Asensi (coord.). Tirant lo Blanch.

- BALAGUER, F. (1997). «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, de Miguel A. García Herrera (coord.). Universidad del País Vasco.
- (2005). «Comentario a “La reforma de los Estatutos de Autonomía” de Carles Viver», en *La reforma de los Estatutos de Autonomía, con especial referencia al caso de Cataluña*, por C. Viver, F. Balaguer y J. Tajadura. CEPC.
- (2005). «La financiación de las Comunidades Autónomas y la constitucionalización del Estado Autonómico», en *El Estado Autonómico: Integración, solidaridad y diversidad*, coord. por J. M. Vidal Beltrán y M. A. García Herrera. Colex.
- (2006). «Presentación». *RDCE*, n.º 6.
- (2007). «Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Dykinson.
- (2007). «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea». *RDCE*, n.º 7.
- (2008). «Alcance e interpretación de los derechos. Las cláusulas de limitación competencial y de salvaguarda del nivel constitucional e internacional de protección». En *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*. IAAP.
- (2008). «Subsidiariedad horizontal y vertical». En *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, de F. Balaguer (dir.). IAAP.
- (2009). «La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes comunitario y su influencia en los ordenamientos estatales», en *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*. Comares.
- (2019). «La Unión Europea frente al Brexit y otros procesos disgregadores en el contexto global», en *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, de F. Balaguer y J. Tudela (coords.). Marcial Pons.
- (2019). «Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia». *ReDCE*, n.º 32.
- (2021). *Manual de derecho constitucional* (tomo I). Tecnos.
- (2021). Prólogo a *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de A. Aguilar Calahorro. CEPC.
- BALAGUER, M. L. (1990). *Interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*. Civitas.
- (1992). *El derecho fundamental al honor*. Tecnos.
- (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos.
- (2010). *Igualdad y Constitución española*. Tecnos.
- (2015). «Crónica de la legislación europea». *ReDCE*, n.º 24.
- (2020). «La organización territorial del Estado en la Constitución española de 1978». En *Balance y perspectivas de la Constitución Española de 1978*, de J. F. Tezanos y J. García Fernández (eds.). Biblioteca Nueva.
- (2021). *Contranarrativa de la transición política en España*. CEPC.

■ INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

- BARCELLONA, P. (ED.) (1973). *L'uso alternativo del diritto* (tomos I y II). Laterza.
- (2005). *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*. Dédalo.
- BARCELLONA, P., y COTTURRI, G. (2009). *El Estado y los juristas*. Coyoacán.
- BARCELLONA, P.; MÜCKENBERGER, U., y HART, D. (1977). *La formación del jurista. Capitalismo monopolítico y cultura jurídica*. Civitas.
- BASTIDA, F. (1986). *Jueces y franquismo*. Ariel.
- BAYÓN MOHINO, J. C. (1985). «El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana» (Dworkin, Ely, Tribe, Barber). *RCG*, n.º 4.
- BELADÍEZ, M. (1994). *Los principios jurídicos*. Tecnos.
- BELAID, S. (1974). *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*. Bibliotheque de Philosophie du Droit, vol. XVII.
- BELTRÁN, M. (1989). *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork, una polémica constitucional*. Civitas.
- BERNAL PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. CEPC.
- BERTI, G. (1990). *Interpretazione costituzionale*. CEDAM.
- BETTI, E. (1975). «*Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*». *Revista de Derecho Privado*, Editoriales del Derecho Reunidas.
- (1990). *Teoría generale della interpretazione*. Giuffrè.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2006). «Los espejismos en la tabla de derechos», en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, de P. Biglino, V. Ferreres y M. Carrillo. CEPC.
- BILANCIA, P. (2006). «Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos». *RDCE*, n.º 6.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (1994). *El valor de la Constitución*. Alianza.
- (2002). «Estado autonómico, asimetría política y gobernabilidad». En *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. CEPC.
- BOBBIO, N. (1958). *Teoría della norma giuridica*. G. Giappichelli.
- (1966). *Principi generali di diritto*. Novissimo Digesto Italiano, UTET.
- (1980). *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara.
- (1991). *Teoría general del derecho*. Debate.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (1993). *Escritos sobre los derechos fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft.
- BORRAJO, I.; DíEZ-PICAZO, I.; FERNÁNDEZ, G. (1995). *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*. Civitas.
- BOUZAT, G. (1990). «El control constitucional. Un estudio comparativo», en *Fundamentos y alcances del control de constitucionalidad*. CEC.

- BRAGE CAMAZANO, J. (2005). «El Tribunal Constitucional Federal y la jurisdicción constitucional en Alemania», con particular referencia al pensamiento de P. Häberle y K. Hesse (estudio introductorio), en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, de K. Hesse y P. Häberle. Porrúa.
- BULYGIN, E. (1991). «Tiempo y validez», en *Análisis lógico y Derecho*. CEC.
- BURDEAU, G. (1981). *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Nacional.
- CAAMAÑO, F. (1996). «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado “contraamparo”». *REDC*, n.º 47.
- CABELLO FERNANDEZ, D. (2021) *Seguridad jurídica*. Thomson.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (2007). «La regulación de los derechos: el papel del Estado y de las CC. AA. a partir del artículo 149.1.1 CE». En *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*. IEA.
- (2008). «La relación derechos-Estado autonómico en la sentencia sobre el Estatuto valenciano». *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 7.
- CABO, C. DE. (2000). *Sobre el concepto de ley*. Trotta.
- (2001). «Aproximación crítica al actual proceso de convergencia federalismo-regionalismo». En *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. Universidad Complutense de Madrid.
- (2003). *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Trotta.
- (2006). *Teoría constitucional de la solidaridad*. Marcial Pons.
- (2017). *Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*. Trotta.
- (2019). *Conflicto y Constitución desde el constitucionalismo crítico*. CEPC.
- CALSAMIGLIA, A. (1986). *Introducción a la ciencia política*. Ariel.
- CALVO GARCÍA, M. (1992). *Teoría del derecho*. Tecnos.
- CÁMARA VILLAR, G. (1993). *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español*. Ministerio de Justicia.
- (2009). «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)». *REDC*, n.º 85.
- CANO BUESO, J. (1995). «Procedimiento legislativo y análisis de adecuación de las normas a la realidad», en *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*. IVAP.
- CANOSA, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. CEC.
- (2008). «Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007». *Teoría y realidad constitucional*, n. 22.
- CAPELLA, R. (1968). *El derecho como lenguaje*. Ariel.
- CAPPELLETTI, M. (1990). *Le pouvoir des juges*. Presses Universitaires D' Aix.
- (2007). «El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado», en *La justicia constitucional / Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Porrúa.
- CARNELUTTI, F. (1941). *Teoría general del Derecho*. Revista de Derecho Privado.
- (1962). *Metodología del Derecho*. UTEHA.

- CARRÉ DE MALBERG, R. (1984). *La loi, expression de la volonté générale*. Económica.
- CARRILLO, M. (1995). *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. CEC.
- (2006). «Las declaraciones de derechos en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña: expresión de autogobierno y límite a los poderes públicos», en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, de P. Biglino, V. Ferreres y M. Carrillo. CEPC.
- CARRINO, A. (1993). *E. Ehrlich e H. Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, ICPS.
- CASANOVAS, P., y MORENO, J. J. (1994). *El ámbito de lo jurídico*. Crítica.
- CASCAJO CASTRO, J. L. (1986). «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española». *RECD*, n.º 17.
- CASTRO, F. DE (1955). *Derecho civil de España*. IEP.
- COHEN, S. (1994). «Recensión de los principios fundamentales de la sociología del derecho de Ehrlich», en *El ámbito de lo jurídico*. Crítica.
- CONDE PUMPIDO, C (2022) «La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español», en *Estudios en honor del Presidente Manuel Acosta Andrade*. (En prensa).
- CONSEJO DE REDACCIÓN (2007). «Encuesta: Derechos Fundamentales». Encuestados: Luis Aguiar de Luque, Luis María Díez-Picazo, Ángel Gómez Montoro, Gregorio Peces-Barba Martínez, Juan José Solozábal Echevarría. *Teoría y realidad constitucional*, n.º 20. UNED.
- CORCUERA ATIENZA, J. (1981). «Autonomía y recurso de inconstitucionalidad». *RVAP*, n.º 1.
- COSSÍO, C. (1944). *La teoría egológica del derecho*. Abeledo-Perrot.
- COVER, R. (2002). *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Gedisa.
- CRISAFULLI, V. (1964). «Disposizione (e norme)». *EdD*, t. XVII.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1982). «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 4.
- (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. CEC.
- (2003). «La constitución accidental», en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente* (vol. II). CEPC.
- (2017). «El valor de posición de la carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea». *Teoría y realidad constitucional*, n. 39.
- DENNINGER, E. y GRIMM, D. (2007). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Trotta.
- DÍAZ REVORIO, F. J. (2016). «Interpretación de la Constitución y juez constitucional». *Revista IUS*, vol. 10, n.º 37.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. (1983). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Ariel.
- (1991). *Régimen constitucional del poder judicial*. Civitas.
- (1996). «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en Recursos de amparo», en *La sentencia de amparo constitucional*. CEC.

- DWORKIN, R. (1984). *Los derechos en serio*. Ariel.
- (1986). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- (1990). «Retorno al derecho natural», en *Derecho y moral*, de J. Betegón y J. R. de Páramo (coord.). Ariel.
- Eco, U. (1990). *Obra abierta*. Ariel.
- (1992). *Límites de la interpretación*. Lumen.
- (1995). *Interpretazione e sovrainterpretazione*. Pompiana.
- ELY, J. H. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.
- ERLICH, E. (1976). *I fondamenti della sociologia del diritto*. Giuffré.
- ESSER, J. (1961). *Principios y normas en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Bosch.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (1984). «Los argumentos interpretativos en las sentencias del TC: El argumento de la autoridad», en *La interpretación de la Constitución*. III Cursos de Verano de San Sebastián, UPV.
- (1987). *La argumentación en la justicia constitucional española*. HAEE / IVAP.
- (1988). «Concepto, valor normativo y función interpretativa de las Exposiciones de Motivos y los Preámbulos». *RVAP*, n.º 20.
- (1990). *El voto particular*. CEC.
- FALCÓN Y TELLA, M. J. (1991). *El argumento analógico en el derecho*. Civitas.
- FAVOREU, L. (1995). *Los Tribunales Constitucionales*. Ariel.
- FAVOREU, L., y RUBIO LLORENTE F. (1991). *El bloque de la constitucionalidad*. Civitas.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1999). «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: cuestiones resueltas, problemas pendientes». *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 2.
- (2008). «¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado autonómico?». *Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana*. Civitas.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general, derecho comparado, el caso español*. Civitas.
- FERRAJOLI, L. (1973). «Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria», en *L'uso alternativo del diritto (t. I)*. Laterza.
- FERRARI, V. (1989). *Funciones del Derecho*. Debate.
- FERRERES, V. (2006). «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, de P. Biglino, V. Ferreres y M. Carrillo. CEPC.
- FERRERES, V., y XIOL, J. A. (2009). *Carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- FIGUEROA, A. (1995). «La evaluación del Derecho», en *Los procesos de implementación de las normas jurídica*. IVAP.

- FORSTHOFF, E. (1986). «Concepto y esencia del Estado social de Derecho», en *El Estado social*. CEC.
- (1975). *El Estado de la sociedad industrial*. Instituto de Estudios Políticos.
- FOUCAULT, M. (1978). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- FREIXES, T. (1992). *Constitución y derechos fundamentales*. PPU.
- FRIENDLY, F., y ELLIOT, M. (1987). *Frenos y contrapesos del poder*. Bosch.
- FROSINI, V. (1989). *Lezioni di teoria dell' interpretazione giuridica*. Bulzoni.
- (1995). *La letra y el espíritu de la ley*. Ariel.
- GADAMER, H. (1975). *Verdad y método*. Sígueme.
- GARCÍA AMADO, J. A. (1988). *Teorías de la tópica jurídica*. Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1980). Prólogo a *Los diez mejores de la Historia norteamericana*, de B. Schwartz. Civitas.
- (1984). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Civitas.
- (1985). *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Civitas.
- (1992). *Hacia una nueva justicia Administrativa*. Civitas.
- (1995). *Democracia, jueces y control de la administración*. Civitas.
- (2017). *Curso de derecho administrativo*. Civitas.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2019). «La imprecisión en las leyes, vulneradora de la seguridad jurídica. El Tribunal Constitucional no puede asumir la función de legislador positivo: Comentario a la Sentencia 135/2018, de 13 de dic., en la cuestión de inconstitucionalidad n.º 3377-2018, planteada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TC respecto al artículo 367.1 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE n.º 13, 15/01/2019)». *RCG* (106).
- GARCÍA MORILLO, J. (1994). *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-PELAYO, M. (1991). «Las transformaciones del Estado contemporáneo». *Obras completas*, t. II. CEC.
- GARCÍA TORRES, J. (1988). «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales». *Poder Judicial*, n.º 10.
- GARGARELLA, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Ariel.
- GASCÓN, M. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación judicial*. Tecnos.
- (2014). «Concepciones de la interpretación y problemas interpretativos», en *Argumentación jurídica*, de M. Gascón (coord.). Tirant lo Blanch.
- GAVARA DE CARA, J. C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. CEC.
- GÉNY, F. (1919). *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*. Reus.
- GERBER, C. F. (1971). *Diritto pubblico*. Giuffré.
- GEWIRTH, A. (1990). «La base y el contenido de los derechos humanos», en *Derecho y moral*, de J. Betegón y J. R. de Páramo (coord.). Ariel.

- GIANFORMAGGIO, L. (1984). «L' interprétation de la Constitution entre application de règles et argumentation basée sur des principes», en *La interpretación de la Constitución*. III Cursos de Verano de San Sebastián.
- GIMENO SENDRA, V. (1988). *Constitución y proceso*. Tecnos.
- (1993). *Derecho procesal, proceso civil*. Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2006). *Redefinir el bloque de a constitucionalidad*. Estudios de Deusto.
- «La constitución española frente al tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional». Civitas. *Revista Española de Derecho Europeo*. 14, pp. 297-327.
- «Vinculos y relaciones entre el derecho internacional y el derecho de la UE en el marco del ordenamiento español». *Revista Aranzadi Doctrinal*. 7- 2017, pp. 207-236.
- «El recurso al artículo 10.2 como paradigma de los Tribunales Constitucionales». *Revista Inernacional Consinter de Diritto*. III/V segundo semestra, pp. 417-443. 2017.
- GÓMEZ PUENTE, M. (1997). *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. McGraw-Hill.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2015). *El constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*. Sanz y Torres.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2003). *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. CEPC.
- (2015). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Aranzadi.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. (1993). *Independencia del juez y control de su actividad*. Tirant lo Blanch.
- GONZALEZ-TREVIJANO, P. *La costumbre en derecho constitucional*. Congreso de los diputados. Madrid. 1989.
- *Las reglas de corrección constitucional, los precedentes constitucionales y la praxis constitucional*, en *Revista de Derecho Político* n. 26, Madrid.
- GRETEL (1986). *La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa*. Bosch.
- (1989). *Curso de técnica legislativa*. CEC.
- GUASTINI, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta.
- (2014). *Interpretar y argumentar*. CEPC.
- HÄBERLE, P. (1978). «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeßein Pluralismuskonzept», en la recopilación del mismo autor, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Duncker & Humblot.
- (1987). «La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales», en *División de poderes e interpretación*, López Pina (ed.). Tecnos.
- (1993). *Derecho constitucional común europeo*. REP.

■ INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

- (1993). *Le liberta fondamentali nello stato costituzionale*. La Nuova Italia Scientifica.
- HÄBERLE, P. (1996). *Retos actuales del Estado constitucional*. IVAP.
- (1997). *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HÄBERLE, P. (1997). «Problemas fundamentales de una teoría del regionalismo en perspectiva comparada», en *Estudios de derecho público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Tecnos.
- HÄBERLE, P., y BALAGUER, F. (2009). «La regresiva “Sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada». *ReDCE*, n.º 12.
- HABERMAS, J. (1986). *Ciencia y técnica como ideología*. Tecnos.
- (1986). *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Amorrortu.
- (1989). *El discurso filosófico de la modernidad*. Taurus.
- HART, H. L. A. (1980). *El concepto de Derecho*. Nacional.
- HASSEMER, W. (1992). «Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Debate.
- HAURIOU, M. (1927). *Principios de Derecho público y constitucional*. Reus.
- (1968). *La teoría de la institución y de la fundación*. Abeledo-Perrot.
- HAYEK, A. (1985). *Derecho, legislación y libertad*. Unión.
- HELLER, H. (1992). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica.
- HERRERO DE MIÑÓN, M. (1998). *Derechos históricos y Constitución*. Taurus.
- HESSE, K., (1983). *Escritos de Derecho constitucional*. CEC.
- (1987). «Constitucionalidad, derecho común y jurisdicción ordinaria», en *División de poderes e interpretación*, de López Pina (ed.). Tecnos.
- (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*. Civitas.
- HESSE, K. y HÄBERLE, P. (2005). *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Porrúa.
- HÖFFE, O. (1988). *Estudios sobre teoría del Derecho y la justicia*. Alfa.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J. (1984). «La interpretación de la Constitución: demarcación de perspectivas», en *La interpretación de la Constitución*. III Cursos de Verano de San Sebastián.
- (1986). «Sobre “principios” y “positivismo legalista”». *RVAP*, n.º 14.
- (1990). Introducción a *El voto particular*, de F. J. Ezquiaga Ganuzas. CEC.
- (1992). *Márgenes y límites en la aplicación del derecho*. Librería Carmelo.
- (1993). Conceptos indeterminados y hechos en el Derecho. *RVAP*, n.º 36.
- (1994). *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.
- IHERING, R. VON (1947). *El espíritu del Derecho Romano*. Revista de Occidente.
- (1978). *El fin en el Derecho*. Heliasta.
- (1987). *La jurisprudencia en broma y en serio*. Civitas.
- (1994). «Teoría de la técnica jurídica», en *El ámbito de lo jurídico*, de P. Casanovas y J. J. Moreno (eds.). Crítica.

- ITURRALDE SESMA, V. (1989). *Sistema legal y lenguaje jurídico*. Tecnos.
- (1995). *El precedente en el common law*. Civitas.
- JELLINEK, G. (1912). *Sistema dei Diritti Publici Subbiettivi*. Libreria.
- (1990). *Reforma y mutación de la Constitución*. CEC.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1992). «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», en *Los procesos constitucionales*, II Simposio de Derecho constitucional, CEC.
- (1992). «Analogía “secundum constitutionem”». *RCEC*, n.º 13.
- (1995). «Interpretación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas.
- (1997). «Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España», en *Aplicación jurisdiccional de la Constitución*, coord. por Gerardo José Ruiz-Rico Ruiz. Tirant lo Blanch.
- (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta.
- KAUFFMAN, A. (1992). «Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Debate.
- KELSEN, H. (1960). *La teoría pura del derecho*. Universidad de Buenos Aires.
- (1986). *Teoría pura del derecho*. UNAM.
- (1985). *Teorie Generalle della norma*. Einaudi.
- (1988). «Derecho y lógica», en *Normas jurídicas y análisis lógico*. CEC.
- KRIELE, M. (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. De Palma.
- LABAND, P. (1977). *El Derecho presupuestario*. IEF.
- LAPORTA, F. (1984). «Norma básica, Constitución y decisión por mayorías». *Revista de las Cortes Generales*, n.º 1.
- (1997). «Vindicación del precedente judicial en España». En *La vinculación del juez a la ley*. UAM/BOE.
- LARENZ, K. (1966). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel.
- (1990). *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas.
- LEGAZ LACAMBRA, L. (1979). *Filosofía del derecho*. Bosch.
- LEGUINA VILLA, J. (1987). «Principios generales del derecho y Constitución». *RAP*, n.º 114.
- (1997). «La reforma del Senado y los hechos diferenciales», en *La participación de las comunidades autónomas en las decisiones del Estado*, de A. Pérez Calvo (edit). Tecnos.
- LOCKE, J. (1981). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Aguilar.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (1994). *Justicia y Estado autonómico*. Civitas.
- (1996). *La justicia y sus problemas en la Constitución*. Tecnos.
- LÓPEZ CALERA, N.; SAAVEDRA LÓPEZ, M., y ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1978). *Sobre el uso alternativo del derecho*. Fernando Torres.
- LÓPEZ CASTILLO, A. (1996). *Constitución e integración*. CEC.
- LÓPEZ DE OÑATE, F. (1987). «Teoretical and ideological problems of judicial independence», en *Los jueces en una sociedad democrática*, de J. Igartua (coord.). IVAP.
- (2007). *La certeza del derecho*. Comares.

- LÓPEZ GUERRA, J. L. (1981). «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», en *El Tribunal Constitucional*. Instituto de Estudios Fiscales, vol. II.
- (1997). «Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional», en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Tirant lo Blanch.
- (2017). «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”». *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, UNED.
- LÓPEZ PINA, A. (ed.) (1987) *División de poderes e interpretación*. Tecnos.
- (1991). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Civitas.
- LOSANO, M. (1982). *Los grandes sistemas jurídicos*. Debate.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, E. (2001). «Cláusulas de igualdad y autonomía política en la Constitución Española de 1978», en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. Universidad Complutense de Madrid.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (1997). «El amparo judicial de los derechos fundamentales», en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Tirant lo Blanch.
- LUCAS VERDÚ, P. (1975). *La lucha por el Estado de Derecho*. Studia Albornotiana.
- (1984). «Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la CE», en *La interpretación de la Constitución*. III Cursos de Verano de San Sebastián.
- (1987). *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Tecnos.
- (1993). *La Constitución abierta y sus enemigos*. Beramar.
- LUCHAIRE, F. (1984). «El Consejo Constitucional Francés», en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. CEC.
- MARTÍN CASALS, M. (1989) «Preámbulo y disposiciones directivas», en *Curso de técnica legislativa*, de GRETEL. CEC.
- MC CORMICK, N. (1990). «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», en *Derecho y moral*, de J. Betegón y J. R. de Páramo (coord.). Ariel.
- (1993). «La argumentación y la interpretación en el Derecho». *RVAP*, n. 36.
- MENDONCA, D. (1992). *Introducción al análisis normativo*. CEC.
- MERKL, A. (1987). *Il Duplice Volto Del Diritto. Il Sistema Kelse Niano E Altri Saggi*. Guiffrè.
- MONTERO AROCA, J. (1988) *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial*. Tecnos.
- MONTESQUIEU (1980). *El espíritu de las Leyes*. Tecnos.
- MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; y GIMENO SENDRA, V. (1993). *Introducción al derecho procesal*. Tirant lo Blanch.
- MORTATI, C. (2000). *La Constitución en sentido material*. CEC.
- MÜCKENBERGER, U., y HART, D. (1977). *La formación del jurista*. Civitas.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1986). *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*. Civitas.

- NAVAS SÁNCHEZ, M. (2002). *Poder judicial y sistema de fuentes: la potestad normativa del Consejo General del Poder Judicial*. Civitas.
- NEGRI, T. (1994). *El poder constituyente*, Libertarias/Prodhufo, S. A.
- NEUBORNE, B. (1995). *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad estadounidense*. Civitas.
- NIETO, A. (1983). «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *RAP*, n.º 100-102.
- NINO, C. S. (1984) «Ross y la reforma del procedimiento de reforma constitucional». *Alf Ross: estudios en su homenaje*, vol. 2. Edeval.
- OGAYAR Y AYLLÓN, T. (1975). *Creación judicial del derecho*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA, y FERNÁNDEZ, M. A. (1992). *Derecho procesal civil* (tomo IV). Centro de Estudios Ramón Areces.
- OLIVECRONA, K. (1980). *El Derecho como hecho*. Labor Universitaria.
- ORTEGA, L. (2007). «Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía», en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*. Institut d'Estudis Autonòmics.
- OTTO PARDO, I. DE (1985). *Defensa de la Constitución y partidos políticos*. CEC.
- (1986). «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*. Civitas.
- (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel.
- (1989). *Estudios sobre el poder judicial*. Ministerio de Justicia.
- PACE, A. (1991). «El legislador de los derechos fundamentales», en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, de López Pina (ed.). Civitas.
- PÁRAMO, J. R. DE (1984). *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*. CEC.
- PAREJO ALFONSO, L. (1990). *Constitución y valores del ordenamiento*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- PERALTA, R. (1994). *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Universidad Complutense de Madrid.
- PERELMAN, Ch. (1979). *Lógica jurídica y nueva retórica*. Civitas.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (1994). *Interpretación y jurisprudencia*, Aranzadi.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1986). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos.
- PÉREZ ROYO, J. (1978). «El proyecto de Constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX», *REP*, n.º 1.
- (1988). *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Tecnos.
- (1995). «Inconstitucionalidad por omisión». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas.
- (1997). *El nuevo modelo de financiación autonómica: un análisis exclusivamente constitucional*. McGraw-Hill.
- PÉREZ TREMPES, P. (1985). *Tribunal constitucional y poder judicial*. CEC.

- PIZZORUSSO, A. (1981). «Las sentencias “manipulativas” del tribunal constitucional italiano», en *El Tribunal Constitucional*. IEF.
- (1989). «L’interpretazione della Costituzione e l’attuazione di essa attraverso la prassi». *RTDP*, n.º 1.
- POPPER, K. (1992). *Sociedad abierta, universo abierto*. Tecnos.
- POSNER, R. A. (2011). *Cómo deciden los jueces*. Marcial Pons.
- POTTIER, B. (ed.) (1983). *Semántica y lógica*. Gredos.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1987). *Ideología e interpretación jurídicas*. Tecnos.
- (1992). *Sobre principios y normas*. CEC.
- (2014). «Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica», en *Argumentación jurídica*, de M. Gascón (coord.). Tirant lo Blanch.
- QUADRA SALCEDO, T. DE LA (1987). «Interpretación de la Constitución y órganos del Estado», en *División de poderes e interpretación*, de López Pina (ed.). Tecnos.
- QUERALT, A. (2003). *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- (2007). «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales». *Teoría y realidad constitucional*, n.º 20.
- (2008). *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al TC*. CEPC.
- (2018). «Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Teoría y realidad*, n.º 42.
- RAWLS, J. (1979). *Teoría de la justicia*. FCE.
- RECASENS SICHES, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Porrúa.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. (1989). *Jurisdicción e independencia judicial*. CEC.
- (2007). «Encuesta sobre el TJUE como actor de constitucionalidad». *Teoría y realidad constitucional*, n. 39.
- ROBLES, G. (1993). *Sociología del Derecho*. Civitas.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (1977). Estudio preliminar al *Derecho presupuestario*, de P. Laband. IEF.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., y LIÑAN NOGUERAS, D. J. (Coord.) (1993). *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*. CGPJ.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1988). *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Civitas.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A. (1994). «Los límites constitucionales a la cesión de competencias a la Unión: comentario a la Declaración del TC español sobre el Tratado de la Unión Europea». *Rev. Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 3.
- (1997). «La mayor protección de los derechos fundamentales: dos ejemplos norteamericanos y algunas enseñanzas para el caso europeo», en *Estudios de derecho público en homenaje a J. J. Ruiz-Rico*. Tecnos.
- (2001). *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas.
- (2005). «¿Quién debe ser defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004 de 13 de diciembre». *ReDCE*.

- RODRÍGUEZ ZAPATA, J. (1987). «Métodos y criterios de interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional», en *División de poderes e interpretación*, López Pina (ed.). Tecnos.
- ROMANO, S. (1975). *L'ordre juridique*. Dalloz.
- ROSS, A. (1977). *Sobre el derecho y la justicia*. Universidad de Buenos Aires.
- ROUSSEAU, J. J. (1992). *El contrato social*. Alianza.
- RUBIO LLORENTE, F. (1993). *La forma del poder*. CEC.
- (1984). Prólogo de *La interpretación de la Constitución*, de E. Alonso García. CEC.
- RUIZ, G. (1991). *El derecho al juez ordinario en la Constitución Española*. Civitas.
- (1994). *El federalismo judicial. (El modelo americano)*. Civitas.
- RUIZ MANERO, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. CEC.
- SAAVEDRA, M. (1978). *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*. Universidad de Granada.
- SAINZ MORENO, F. (1976). *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad*. Civitas.
- SAINZ MORENO, F. (ed.) (1980). *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios* (v. II). Congreso de los Diputados.
- SÁNCHEZ-MOLINA, P. (2021). *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global*. Aranzadi.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces.
- SAVIGNY, M. F. C. (s.f.). *Sistema del Derecho Romano actual*. Centro Editorial Góngora.
- (1994). «Sobre el fin de la revista de la escuela histórica», en *El ámbito de lo jurídico*, de P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.). Crítica.
- SCHLAICH, K. (1984). «El Tribunal Constitucional Federal Alemán», en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. CEC.
- SCHMITT, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Alianza.
- SCHNEIDER, H. P. (1991). *Democracia y Constitución*. CEC.
- (1984). *El federalismo norteamericano actual*. Civitas.
- SERRA CRISTÓBAL, R. (2004). *La libertad ideológica del juez*. Universidad de Valencia.
- SIEYÈS, E. J. (1991). *El tercer Estado y otros escritos de 1789*. Espasa Calpe.
- SIMÓN, D. (1985). *La independencia del juez*. Ariel.
- SMEND, R. (1985). *Constitución y derecho constitucional*. CEC.
- SOBRAL FERNÁNDEZ, J., y PRIETO EDERRA, A. (1994). *Psicología y ley*. Eudema.
- SOLOZÁBAL, J. J. (2002). «Constitución y derechos históricos», en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. CEPC.
- SOPER, P. (1993). *Una teoría del derecho*. CEC.
- SPAGNA MUSSO, E. (1973). «Note per una discussione organica sulla utilizzazione politica del diritto». En *L'uso alternativo del diritto* (t. I), de P. Barcellona (ed.). Laterza.

- STARK, C. (1979). *El concepto de ley en la Constitución alemana*. CEC.
- STEIN, F. (1973). *El conocimiento privado del juez*. Universidad de Navarra.
- STERN, K. (1987). *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. CEC.
- TARELLO, G. (1972). «Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete». *Politica del diritto*, III, fasc. 3-4.
- (1980). *L'interpretazione della legge*. Giuffrè.
- TOMÁS y VALIENTE, F. (1993). *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. CEC.
- TORNOS MAS, J. (2008). «La sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 7.
- TORRES DEL MORAL, A. (1992). *Principios de derecho constitucional español*, tomo I. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. (1996). *La cuestión interna de inconstitucionalidad*. McGraw-Hill.
- VECCHIO, G. DEL (1979). *Los principios generales del Derecho*. Bosch.
- VEGA, P. DE (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- VERNENGO, R. J. (1971). *La interpretación literal de la ley*. Abeledo-Perrot.
- VIEHWEG, T. (1988). *Tópica y jurisprudencia*. Taurus.
- (1992). *Tópica y filosofía del Derecho*. Gedisa.
- VILLACORTA, L. (2005). «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 130 (octubre-noviembre).
- VILLAR PALASÍ, J. L. (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Tecnos.
- VILLAVERDE, I. (1996). «Inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos», en *Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 8 (p 149).
- (1997). *La inconstitucionalidad por omisión*. McGraw-Hill.
- VITALE, P. (1973). «Uso alternativo delle istituzioni come sviluppo della potenziale carica di socialità». En *L'uso alternativo del diritto (t. II)*. Laterza.
- VIVER, C. (2005). «La reforma de los Estatutos de Autonomía», en *La reforma de los Estatutos de Autonomía, con especial referencia al caso de Cataluña*, por C. Viver, F. Balaguer y J. Tajadura. CEPC.
- VV. AA. (1990) *Derecho y moral*, de J. Betegón y J. R. de Páramo (coord.). Ariel.
- (1992). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Debate.
- (1992). *Los procesos constitucionales*. Segundo Simposio de Derecho constitucional. CEC.
- (1995). *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*. Civitas.
- (1995). *Los procesos de implementación de las normas jurídicas*. IVAP.
- (1996). *La sentencia de amparo constitucional*. CEC.
- (1997). *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*. Tirant lo Blanch.
- (1997). *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Tecnos.

- WESTON, A. (1994). *Las claves de la argumentación*. Ariel.
- WITTGENSTEIN, L. (1987). *Tractatus Logicus-Philosophicus*. Alianza.
- (1990). *Conferencia sobre Ética*. Paidós.
- WROBLESWKI, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas.
- XIOL RÍOS, J. A. (1996). «Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo”», en *La sentencia de amparo constitucional*. CEC.
- (2005). *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*. Colegio de Registradores de España.
- ZAGREBELSKY, G. (1987). «La Corte constitucional y la interpretación de la Constitución», en *División de poderes e interpretación*, López Pina (ed.). Tecnos.
- (1988). *La giustizia costituzionale*. Il Mulino.
- (1988). *Manuale di diritti costituzionale*. UTET.
- (1992). *Il diritto mite*. Einaudi.
- (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.
- ZOCO ZABALA, C. (2003). *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2002))*. Bosch.

María Luisa Balaguer Callejón

María Luisa Balaguer Callejón es catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad de Málaga y experta en igualdad. Desde marzo de 2017 es magistrada del Tribunal Constitucional de España.

Se licenció en Derecho por la Universidad de Granada en 1976 y se doctoró en octubre de 1983. Ejerció de abogada adscrita al Ilustre colegio de abogados de Málaga de 1977 a 2003. En 1980 inició su etapa como docente universitaria en las facultades de Derecho y Periodismo de la Universidad de Málaga. Ha dirigido la revista *Artículo 14, una perspectiva de género* editada por el Instituto Andaluz de la Mujer (IAM). También ha dirigido dos congresos de Derecho Constitucional organizados por el Parlamento de Andalucía en los años 2002 y 2003.

Formó parte del comité de ética de la Consejería de Salud, del Observatorio de Publicidad del Instituto Andaluz de la Mujer y del Consejo Asesor para la modernización del Estado de las Autonomías de la Junta de Andalucía.

Fue consejera electiva del Consejo Consultivo de Andalucía en 2005 y 2017.

Entre sus obras más recientes sobresalen *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, 2005; *Legislación sobre igualdad de género*, 2007; *Igualdad y Constitución española*, 2010 e *Hij@s del mercado. La gestación subrogada en un Estado Social*, 2017.

Colección Derecho Público

Directora:

Yolanda Gómez Sánchez

Últimos títulos publicados:

7. Repensar la Constitución.
Ideas para una reforma de la Constitución
de 1978. Reforma y comunicación dialógica
**Coordinación por Teresa Freixes Sanjuán y
Juan Carlos Gavara de Cara**
8. Nación y nacionalismos en la España de las
autonomías.
Isidro Sepúlveda Muñoz (Editor)
9. Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta
años de Constitución Española
Silvia Romboli (Coordinadora)
10. José Pedro Pérez-Llorca. Una Biografía Política
Gema Pérez Herrera
11. Garantías del proceso debido y Unión Europea.
Implicaciones para los ordenamientos internos.
Coordinación por Teresa Freixes Sanjuan
12. XXI Ensayos de Derecho Constitucional
Comparado
Miguel Herrero de Miñón
13. Las razones del aforamiento
Enrique Arnaldo Alcubilla
14. Jurisdicción constitucional, derecho procesal
constitucional y pluralismo en Alemania
Jorge Luis León Vásquez

La Constitución se entiende en la actualidad como el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad. La Constitución es la resultante de un proceso de confluencia entre las diferentes fuerzas políticas del Estado, que se «constituyen», que forman un orden «constitutivo», alcanzando un consenso acerca de las cuestiones básicas que afectan a la convivencia social, forma de Estado, sistema político, división del poder y protección de los derechos fundamentales.

Este acuerdo, textualizado, se protege mediante mecanismos e instituciones que garantizan su supremacía. Y así, la Constitución queda establecida en la sociedad como un orden creado para la coexistencia en comunidad, de diferentes opciones políticas que consiguieron encontrar normas de convivencia en tolerancia mutua.

Siendo la Constitución la norma fundamental del Estado, el centro del ordenamiento jurídico, interesa analizar cómo ha de configurarse la actividad interpretativa del derecho, en un sistema en el que todas las normas han de ser conformes a esa norma fundamental. La razón de ser de esa supremacía constitucional, la legitimidad constitucional, en definitiva, es la referencia obligada de toda investigación que pretenda dar cuenta de la interpretación del derecho en la actualidad.

Este estudio pretende afrontar el análisis de las principales doctrinas en esta materia, tanto en España como en derecho comparado.