

JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA INVASIÓN DEL ÁMBITO POLÍTICO*

Marina GASCÓN ABELLÁN*

SUMARIO: I. *Caracterización del constitucionalismo: la justicia constitucional.* II. *Los límites de la justicia constitucional.* III. *La invasión del ámbito político.* IV. *Observaciones finales.*

I. CARACTERIZACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO: LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Aunque lo que haya de entenderse por *Estado constitucional* parece una cuestión abierta o en todo caso sometida a debate, podría decirse, de una forma genérica y puramente aproximativa, que constitucionales son aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter *normativo*: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y

* El presente texto, que retoma una idea ya desarrollada en un trabajo anterior más amplio sobre las fricciones del Tribunal Constitucional español con el legislador y con la jurisdicción ordinaria (“Los límites de la justicia constitucional: entre jurisdicción y legislación”, en Laporta, F. (coord.), Madrid, CECP, 2003, *Constitución. Problemas filosóficos*), se inserta en el proyecto de investigación *La Arquitectura de la Ley en el Estado constitucional*, financiado por la JJCC de Castilla la Mancha, PAI05-055.

** Catedrática de Filosofía del derecho de la Facultad de Derecho de Albacete (Universidad de Castilla-La Mancha).

además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad “cualificada” (el poder constituyente) es la norma “más alta”, por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en su parámetro de validez. En otras palabras, como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la *supremacía política* de la Constitución y, derivadamente, su *supremacía jurídica o supralegalidad*.

Precisamente resaltando esta nota de supralegalidad suele decirse que el Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de derecho; o mejor, su culminación: si el *Estado legislativo de derecho* había supuesto la sumisión de la administración y del juez al derecho, y en particular a la ley, el *Estado constitucional de derecho* supone que también el legislador viene sometido a derecho, en este caso a la Constitución. Podría decirse, pues, que el Estado constitucional de derecho incorpora, *junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad*. Por lo demás, la supremacía jurídica de la Constitución, que es el rasgo más significativo del Estado constitucional de derecho, no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la *rigidez* de la Constitución, es decir, cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado o en todo caso más complejo que la tramitación legislativa ordinaria,¹ y (sobre todo) cuando se establece un sistema de *control de constitucionalidad* de la ley y otros actos del poder.² Puede

¹ Véase el volumen *La rigidez de las Constituciones escritas* (A. Pace y J. Varela), Madrid, CEC, 1995; o Ferreres, V., “En defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000. De una opinión distinta es Prieto, L., para quien la rigidez no es condición necesaria de la supremacía jurídica de la constitución, pues ésta quedaría también garantizada mediante un sistema flexible, pero explícito, de reforma constitucional, “Constitución y Parlamento”, *Parlamento y Constitución*, núm. 5, 2001, pp. 12 y ss.

² M. García Pelayo, entre otros, señala que así como “el Estado legal de derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, el Estado constitucional de derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional”, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, *Obras completas*, Madrid, CEC, 1991, p. 3037. De una opinión distinta es J. C. Bayón, para quien la supremacía de la Constitución no depende necesariamente de la existencia de una garantía constitucional, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, J. *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CECP, 2004, pp. 67 y ss.

decirse por ello que, en la caracterización tradicional del constitucionalismo, supremacía de la Constitución y justicia constitucional son conceptos inextricablemente unidos.

Es posible distinguir en principio dos grandes sistemas de justicia constitucional: el sistema de *control difuso y concreto*, orientado primariamente a la garantía de los derechos, y el sistema de *control concentrado y abstracto*, orientado primariamente a controlar el texto de la ley. El primero conoce su realización paradigmática en el derecho norteamericano y responde justamente a la primera realización histórica de la justicia constitucional.³ El temprano y firme reconocimiento de la supremacía constitucional (y consiguientemente de la justicia constitucional) se vincula aquí a la idea de contrato social lockeano que postula una Constitución con dos objetivos: la creación de las instituciones y la garantía de los derechos. Es más, “para garantizar esos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos”.⁴ Cuaja así la idea de un Poder Constituyente encarnado en el pueblo, fuera y por encima de los órganos estatales, que decide y establece por sí mismo y para sí mismo un orden político determinado. La Constitución es, pues, el acto con el que el pueblo soberano delega libremente en los gobernantes, reservando para sí amplias zonas de libertad (los derechos). Precisamente porque instituye (y delega en) los órganos del Estado y regula su forma de proceder, la Constitución aparece como *lógicamente* superior a los mismos y *jurídicamente* superior a las demás normas, y su garantía (sobre todo la de los derechos) se confía al más neutro de los poderes: el Poder Judicial.⁵ Es lo que se conoce como *judicial review*, que se configura como un control difuso y concreto para la protección de los derechos constitucionales. *Difuso* porque los derechos pueden ser invocados ante cualquier juez, y en

³ Sobre el origen y justificación de la *judicial review* véase por ejemplo Blanco Valdés, R., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Madrid, Alianza, 1998.

⁴ Esta es una de las “verdades” que los autores de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos* (1776) sostenían “por evidentes”.

⁵ La idea está bien descrita por A. Hamilton en *El Federalista*: “No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo” (Hamilton, A., 1780, cap. LXXVIII).

último término ante el tribunal supremo, cuya doctrina (vinculante) es la que delimita realmente el contenido de los derechos que la Constitución enuncia. Y *concreto* porque se vincula a la resolución jurídica de un caso particular: la parte agraviada debe acreditar que la ley que estima inconstitucional resulta lesiva para sus intereses inmediatos y legítimos.

El *control concentrado y abstracto*, por su parte, conoce su manifestación paradigmática en el modelo de justicia constitucional kelseniano que fuera inicialmente plasmado en la Constitución austriaca de 1920 y, que tras la Segunda Gran Guerra se adoptaría en Europa. Frente al modelo norteamericano, donde la garantía de la Constitución (o de los derechos) se atribuye a todos los jueces, este sistema de control se configura como una jurisdicción *concentrada* en un único órgano *ad hoc* (el tribunal o corte constitucional) *separado* de la jurisdicción ordinaria y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total *abstracción* de los móviles e intereses políticos que subyacen a las leyes enjuiciadas y de los conflictos e intereses que subyacen a los concretos casos de aplicación de las mismas. Es decir, el control de constitucionalidad se agota en el que ejerce un tribunal constitucional que aparece como “el órgano que confronta norma (abstracta) de la ley con norma (abstracta) de la Constitución para verificar la contradicción lógica eventualmente producida en el seno del ordenamiento”.⁶ La opción de Kelsen por este sistema resulta comprensible si se considera el contexto jurídico-político en el que se gesta. En la tensión política entre jueces y legisladores de la Europa de la década de los veinte, que tendría su culminación dramática en la experiencia constitucional de la República de Weimar, y en la tensión teórica entre un positivismo desacreditado y un derecho libre desbocado, el Tribunal Constitucional venía a representar dos cosas: un intento de conciliar la garantía de la Constitución y la libertad política del Parlamento frente a los jueces y al mismo tiempo un intento de recuperar el ideal de la aplicación racional y controlable del derecho. En suma, en una situación histórica donde la consolidación del Estado de derecho hallaba múltiples dificultades, donde la supremacía de la ley aparecía amenazada por una judicatura sumamente activista y no precisamente imbuida de la filosofía liberal que alentó el

⁶ Véase Volpe, G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1977. Véase también Prieto, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 77 y 78.

constitucionalismo norteamericano, la pretensión de Kelsen es institucionalizar un control de constitucionalidad que no comprometa la libertad política del Parlamento y que se muestre lo más cercano posible a la razón y la lógica.

Interesa destacar, sin embargo, porque es importante para lo que después se dirá, que el logro de estos objetivos requería algo más, esta vez referido a la propia idea de Constitución. Kelsen, en efecto, visualizaba ya los peligros que para una justicia constitucional, que quisiera ser racional y respetuosa con el legislador, representan los preceptos constitucionales más o menos vagos o ambiguos; de ahí su enérgico rechazo a este tipo de normas.⁷ Por ello para este autor la Constitución es ante todo una norma organizativa y procedimental cuyo objeto consiste en regular la producción de normas generales⁸ y que puede, asimismo —es verdad—, condicionar hasta cierto punto el contenido de esas normas, pero sin que ese condicionamiento sustantivo pueda concebirse en términos de un sistema de valores y principios con vocación de plena eficacia, tal y como sucede en las Constituciones contemporáneas. Muy simplemente, el reconocimiento de un carácter puramente formal a la Constitución garantizaba la posibilidad de un juicio racional, pero representaba sobre todo un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador.

Los dos sistemas de control mencionados (el de jurisdicción difusa y el de jurisdicción concentrada) pueden considerarse modelos extremos, y actualmente puede apreciarse una tendencia hacia la unificación. Por una parte, porque en el sistema de la *judicial review*, orientado prevalentemente a la garantía judicial de los derechos en el caso concreto, el tribunal supremo acaba siendo el juez de las grandes cuestiones constitucionales, al modo de los tribunales constitucionales europeos.⁹ Por otra, porque en *los sistemas de jurisdicción concentrada y separada*, orienta-

⁷ F. Rubio habla de “la repugnancia (de Kelsen) a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación constitucional del contenido material de la ley”; “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, p.40.

⁸ Véase Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 1960, trad. de R.Vernengo, México, UNAM, 1986, pp. 232 y ss.

⁹ En adelante, para referirnos al juez de las grandes cuestiones constitucionales (se configure como un Tribunal Constitucional separado de la organización de la jurisdicción ordinaria, o como un Tribunal Supremo inserto en el esquema de la jurisdicción ordinaria) utilizaremos la expresión *juez constitucional*.

dos al control del texto legal por el juez constitucional, también los jueces realizan un control *per incidens* de la ley para la garantía de los derechos. Lo cual, por lo demás, parece lógico, pues si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más distintas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede sustraerse a la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas fórmulas de armonización a fin de evitar las tensiones.¹⁰

Esta tendencial unificación de los sistemas de control permite abordar de manera unitaria una cuestión que, tanto conceptualmente como en la práctica, aparece como crucial: la de los límites de la justicia constitucional; especialmente los que la separan de la acción democrática o política.

II. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Con independencia de las particularidades que afectan a la concreta configuración de sus competencias en cada sistema, la justicia constitucional (ya se articule a través de un Tribunal Constitucional o a través de un sistema de jurisdicción difusa que culmine en el Tribunal Supremo) está sometida a unos límites. Estos límites son los que derivan de la distinción entre juicio de constitucionalidad y decisión política democrática que puede ser reformulada como sigue: *la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, tiene, frente a la constitución, una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir*. La distinción, por lo demás, no expresa un simple tecnicismo, sino que está estrechamente vinculada al modo en como se conciben las relaciones entre Constitución y ley, relaciones que en línea de principio podrían configurarse conforme a dos modelos: el modelo *constitucionalista* o *judicialista* y el modelo *democrático* o *legalista*.

¹⁰ Precisamente por esa inevitable extensión de la justicia constitucional a la jurisdicción ordinaria, hay quien sostiene que el Tribunal Constitucional “representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la constitución a los jueces ordinarios”, Prieto, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación”, en Moreno, J. D. (ed.), *Derecho y proceso. Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, 2001, p. 205.

Según el primer modelo (constitucionalista o judicialista), la Constitución encierra un proyecto político bastante bien articulado o cerrado y al legislador le corresponde su simple ejecución. En otras palabras, la Constitución pretende determinar en gran medida *qué* debe mandarse; es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Si este modelo puede denominarse *constitucionalista* es porque descansa en la idea de que la Constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley sólo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales. Y si puede denominarse también *judicialista* es porque en él son los jueces quienes terminan desempeñando un papel fundamental en la determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento: sobre todo el juez constitucional, a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley; pero también los jueces ordinarios, que pueden aplicar la Constitución en detrimento de la ley si fuera necesario.

De acuerdo con el segundo modelo (democrático o legalista), la Constitución se limita a fijar las reglas del juego de la competencia política, pero sin pretender participar directamente en el mismo. En otras palabras, la Constitución sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, *hasta dónde* puede mandar. *Qué* haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Si este modelo puede denominarse *democrático* es porque se basa en la idea de que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que señala tan sólo las reglas de juego y el marco abierto de valores donde el legislador —en expresión del principio democrático— puede moverse: dentro de este marco caben opciones políticas de muy distinto signo. Y si este modelo puede denominarse también *legalista* es porque en él es el poder político en cada momento quien se encarga de hacer realidad lo que en la Constitución sólo aparece como posible; o sea, es el legislador democrático quien determina qué normas presiden un sistema político-histórico concreto, de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el juez constitucional sólo debe declarar inconstitucional la ley cuando ésta rebasa el marco de posibilidades políticas que la Constitución permite.¹¹

¹¹ Véase Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, 5a. ed., trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 2006, pp. 150-152; Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, pp. 55 y ss.;

Aunque los dos modelos descritos son conceptualmente plausibles, el compromiso con la dignidad democrática de la ley supone (e impone) optar por el segundo, pues si se opta por el primero acaso pueda tenerse un sistema más jurídico, pero también menos democrático. Insistimos, pues, en lo que más arriba se afirmó: la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, sigue teniendo en los sistemas constitucionales una autónoma razón de ser. Y de ello deriva una consecuencia clara para la configuración de las competencias de la jurisdicción constitucional: la separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. La función del juez constitucional no es sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; *no es, por tanto, la de fijar la mejor ley desde la perspectiva constitucional*, sino tan sólo eliminar aquellas que resulten intolerables, y de ahí su caracterización usual como “legislador negativo”. Por eso, en su tarea de controlar la constitucionalidad de la ley, el juez no debe entrar a valorar los móviles políticos que impulsaron al legislador y mucho menos sugerir o directamente imponer a éste una opción política determinada. En pocas palabras, *el Tribunal Constitucional no debe influir en la dirección política del país*.

En resumen, pues, el principio democrático, que es la esencia del poder constituyente que instituye los poderes e instaura un “coto vedado” como límite a la acción de los mismos, exige que la justicia constitucional se asiente sobre la separación entre el *juicio de constitucionalidad* de las leyes o de otros actos de poder, que compete al juez constitucional, y la *decisión política* expresada en la ley, que es competencia del legislador democrático. Y esta separación obliga al juez constitucional a realizar un esfuerzo autoinhibitorio a fin de no transformarse en un legislador positivo.

Sin embargo, no siempre resulta fácil mantenerse fiel a estos propósitos; más exactamente, en la práctica resulta complicado que el legislador negativo no termine transformándose en un legislador positivo. Precisamente por eso tiene interés preguntarse si, más allá de las apariencias, la justicia constitucional se ajusta, en su modo de funcionar, a esa caracterización. A estos efectos, y aunque la andadura de cada concreto sistema

de justicia constitucional merecería un juicio particularizado, me ceñiré aquí, por razones obvias, al caso español.

En España, la transformación del juez constitucional en sujeto político creo que resultaba manifiesta en el ámbito del llamado recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, hoy desaparecido,¹² que, en resumidas cuentas, suponía una invitación al Tribunal Constitucional para que aleccionase al legislador acerca de qué modificaciones debería adoptar en sus proyectos de ley a fin de que éstos resultasen constitucionalmente legítimos. Quizás el ejemplo más paradigmático de esta forma de proceder fue la sentencia 53/1985, del 11 de abril, relativa además a un asunto tan controvertido como fue la despenalización de algunos supuestos de aborto, donde el Tribunal se permitió sugerir medidas o garantías suplementarias cuya omisión hacía inviable el proyecto, convirtiéndose así en colegislador. La sentencia reconocía la constitucionalidad de los supuestos de despenalización, pero fundaba la inconstitucionalidad del precepto en que el legislador no había previsto “las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto” despenalizador.¹³ Así, la falta de previsión de un dictamen médico, en el caso del aborto terapéutico, la ausencia de mecanismos de comprobación del supuesto de hecho, en los tipos terapéutico y eugenésico, así como de medidas que garantizaran la práctica del aborto en las debidas condiciones médicas, fueron los elementos que sirvieron al Tribunal Constitucional para justificar la inconstitucionalidad del Proyecto. En suma, el Tribunal llevó a cabo una argumentación finalista más interesada en evitar el posible uso fraudulento del precepto impugnado que en ceñirse a los estrictos límites del juicio de constitucionalidad.¹⁴ Por ello, los cinco votos particulares que se formularon a esa sentencia fueron conscientes de lo que ello significa-

¹² El control previo de constitucionalidad frente a Leyes Orgánicas y Estatutos de Autonomía fue abolido en España en 1985, mediante L. O. 4/1985, del 7 de junio. Véase Pérez Royo, J., “Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 137 y ss.

¹³ STC 53/1985, del 11 de abril, FJ^o12.

¹⁴ Por lo demás, ni siquiera esta argumentación finalista justificaba —por haber sido necesaria para evitar peligrosas lagunas legales— la actuación cuasi-legislativa del TC, pues “una cosa es el Código Penal” —objeto de juicio— “y otra la hipotética reglamentación administrativa de los abortos justificados o inculpables” (voto particular del magistrado L. Díez Picazo).

ba para la posición del propio Tribunal, “cuya actuación no puede aproximarse a la de una tercera Cámara sin provocar un peligroso desequilibrio en nuestro sistema jurídico-político, invadiendo facultades que corresponden al Poder Legislativo”.¹⁵

No obstante, la desaparición de aquel recurso previo no ha supuesto la perfecta separación entre justicia constitucional y política. De un lado, porque el principio de interpretación conforme de la ley a la Constitución, que se impone en todas las instancias, da pie a una actuación cuasi legislativa o legislativa a secas en nombre de la justicia constitucional. Así sucede cuando el juez constitucional dicta un pronunciamiento “interpretativo”, pero también (y sobre todo) cuando dicta un pronunciamiento “manipulativo” que arrebatara al legislador sus funciones políticas; y lo mismo sucede cuando el juez ordinario, en su papel de guardián (también) de la Constitución y so pretexto de ese mismo principio interpretativo, “retuerce” intolerablemente el sentido de la ley. De otro lado, la intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la política viene propiciada muchas veces por la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes cláusulas abiertas y principios materiales de justicia cuya interpretación es notablemente discrecional.

III. LA INVASIÓN DEL ÁMBITO POLÍTICO

1. Interpretación conforme y sentencias interpretativas

Como en línea de principio cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales; se habla de *interpretación conforme* a la Constitución (la *Verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana)¹⁶ cuando se interpreta una disposición o texto legal de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones plausibles de un texto legal, discriminando

¹⁵ Voto particular de los magistrados A. Latorre y M. Díez de Velasco.

¹⁶ Sobre el principio de interpretación conforme, véase, para la doctrina alemana, Zippelius, R., “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, en el volumen colectivo *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tubinga, Mohr, 1976, vol. II, pp. 108 y ss.; para la doctrina española véase Jiménez Campo, J., “Interpretación conforme a la Constitución”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Pero —nótese—, en el ámbito de las *interpretaciones plausibles* de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su semántica, en conjunción obviamente con la sintaxis y la pragmática. Cuando so pretexto de la interpretación conforme el juez (constitucional u ordinario) “retuerza” intolerablemente el sentido de la ley estará ejerciendo, simple y llanamente, funciones políticas.

Pues bien, las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según el *principio de conservación de las leyes* (*rectius*: de los textos o disposiciones legales), acogido plenamente por nuestro Tribunal Constitucional¹⁷ y directamente relacionado con el principio de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. En virtud de dicho principio, cuya obligatoriedad se vincula a la primacía constitucional, un precepto legal sólo debe ser declarado inconstitucional cuando no admita una interpretación conforme a la Constitución, de manera que ha de conservarse en la medida en que sea susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada. De acuerdo con esto pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admita alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjugan así la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes.

En palabras del Tribunal Constitucional español son sentencias interpretativas “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad del precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados”.¹⁸ Lo que con ello se señala es que existen otras posibilidades de interpretar la ley, diferentes de la rechazada, y que de acuerdo con esas otras interpretaciones *plausibles* —que la sentencia proporciona— la ley resulta compatible con la Constitución. Dichas sentencias son, pues, el resultado de una interpretación (a veces notablemente forzada) que evita la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.

¹⁷ Véase STC 77/1985, del 27 de junio, FJ^o4.

¹⁸ STC 5/1981, del 13 de febrero, FJ^o6. Sobre la forma de las sentencias interpretativas en el TC, véase Ezquiaga, F. J., *La Argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987, pp. 111 y ss.

Las sentencias interpretativas son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero *sustancialmente estimatorias* de la misma. Esto es así porque en ellas se determina qué interpretaciones son legítimas desde la perspectiva constitucional¹⁹ o cuáles deben rechazarse,²⁰ y de este modo se delimitan (en el primer caso) o directamente se señalan (en el segundo) las interpretaciones de la ley constitucionalmente inaceptables; es decir, se circunscriben las posibilidades interpretativas del precepto legal impugnado o cuestionado. Pues bien, aun cuando las sentencias interpretativas puedan ser consideradas consustanciales al ejercicio de cualquier función jurisdiccional,²¹ mediante esta técnica el Tribunal Constitucional desempeña una función más propia de un tribunal supremo y no exenta en muchos casos de polémica, por el riesgo que entraña de imponer, so pretexto de la interpretación conforme a la Constitución, la *mejor interpretación* de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales. Actuando de este modo el tribunal constitucional invade claramente las competencias de la jurisdicción ordinaria, pues deja sin efecto la necesaria libertad interpretativa que se atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria como parte esencial de la independencia judicial. Pero además, y sobre todo, teniendo en cuenta la fuerza vinculante de sus sentencias y la naturaleza “legisladora” de las mismas, al imponer la mejor interpretación de la ley puede decirse que el Tribunal Constitucional realiza una tarea cuasi legislativa.²²

¹⁹ Por ejemplo, aquellas que declaran que un precepto “no es inconstitucional, siempre que se entienda que...” (STC 11/1981, del 8 de abril); o que “sí se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido de que...” (STC 14/1981, del 29 de abril); o que no es contrario a la Constitución “en cuanto no sea interpretado en contradicción con...” (STC 37/1981, del 16 de noviembre) o “interpretado en los términos...” (STC 237/1992, del 15 de diciembre) o “en la interpretación acorde con...” (STC 204/1992, del 26 de noviembre).

²⁰ Por ejemplo, aquellas que declaran que una disposición “es inconstitucional... interpretada como...” (STC 22/1981, del 2 de julio); o que “no puede ser interpretada en el sentido de que...” (STC 34/1981, del 10 de noviembre).

²¹ En este sentido Rubio, F., “Sobre la relación del Tribunal Constitucional...”, *cit.*, nota 7, pp. 35 y ss.

²² Además, que el Tribunal Constitucional era consciente de estas consecuencias lo prueba una de sus primeras decisiones donde, tras afirmar que las sentencias interpretativas representan “un medio lícito aunque de muy delicado y difícil uso”, añade —justamente para rehusar su utilización— que “el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, *no legislador*, y sólo cabe solicitar de él, el pronunciamiento

En conclusión, los límites que separan la *interpretación conforme* de la *mejor interpretación* resultan a veces lábiles e imprecisos. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado (aunque en la práctica no siempre es así) por un permanente ejercicio de *self-restraint*.

Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. Con la excusa de la interpretación conforme, el Tribunal Constitucional puede terminar imponiendo una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasan así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones *plausibles* de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas.

2. Sentencias manipulativas

Cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas) y no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el juez constitucional puede “salvar” su constitucionalidad de dos modos: a) *manipulando el texto* de la ley para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto a fin de cambiar su sentido); o bien b) *manipulando directamente su interpretación*; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto (si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*) a fin de que resulte compatible con la Constitución. Aunque en ambos casos se producen manipulaciones de la ley (sea de su texto, sea de su interpretación), suele usarse la expresión *sentencias manipulativas* —acuñada por la doctrina italiana—²³ para el segundo supuesto; es decir, para los casos en que el Tribunal constitucional manipula directamente la interpretación de la ley.

sobre adecuación o inadecuación de los preceptos de la constitución”, STC 5/1981, del 13 de febrero, FJ^o6. La cursiva es mía.

²³ Véase Pizzorusso, A., “Las sentencias manipulativas del tribunal constitucional italiano”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol.

Así caracterizadas, las sentencias manipulativas son en realidad un caso particular de pronunciamientos interpretativos, pues a través de ellas se *excluye* cierta interpretación de la ley y se *impone* otra. La interpretación aquí puede recaer, bien sobre el *programa normativo* del precepto (sentencias sustitutivas), o bien sobre su *ámbito de aplicación*, que tras la interpretación resulta reducido (en cuyo caso se habla de sentencias reductoras) o ampliado (en cuyo caso se habla de sentencias aditivas). Más precisamente, las sentencias *sustitutivas* consisten en sustituir una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado por otra que sólo forzosamente puede decirse que deriva del mismo pero que resulta acorde con la Constitución. Las sentencias *reductoras* consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de conformarlo a la Constitución: tras la interpretación, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal.²⁴ Las sentencias *aditivas* consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de conformarlo a la Constitución: tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal.²⁵ En los tres casos podría decirse que, en la medida en que en un afán de conservación de la ley se traspasa el ámbito de interpretaciones plausibles de la misma, el Tribunal Constitucional rebasa los límites de la interpretación confor-

I; y Zagrebelsky, G., *La Giustizia Costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1988, pp. 296 y ss.

²⁴ Un ejemplo de sentencias *reductora*, del Tribunal Constitucional español es la 5/1981, dictada a propósito de la impugnación de los artículos 34.3 b y 34.2 de la LOECE, que establecen un determinado régimen para los centros educativos. El Tribunal estimó que estos preceptos son inconstitucionales en cuanto se refieran a “centros sostenidos por la Administración con fondos públicos”; no lo son en cuanto se refieran a “centros privados no sostenidos con fondos públicos”. De manera que, tras la interpretación, la norma legislativa sólo se considera aplicable a los centros privados no financiados con fondos públicos.

²⁵ Son ejemplos de sentencias aditivas del Tribunal Constitucional español la 116/1987, que extiende el régimen jurídico establecido para los militares republicanos que ingresaron en el ejército antes del 18 de julio de 1936 a los que lo hicieron con posterioridad; y la 222/1992, que hace extensible a quien hubiere convivido con otro de modo marital el beneficio de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de una vivienda que la ley concedía al cónyuge superviviente; es decir, extiende a las parejas de hecho (*more uxorio*) los derechos que la ley concede a los matrimonios.

me arrogándose competencias del Poder Legislativo. Pero esta actuación paralegislativa es particularmente notoria en las sentencias aditivas.

Las sentencias aditivas suponen el reconocimiento de la *inconstitucionalidad por omisión*: censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que *no dice*; es decir, “en la medida en que no prevé” algo. Si puede decirse así, una sentencia aditiva estima inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho; por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos. Para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia “añade”, por vía interpretativa, esa regulación que falta. Por ello podría definirse una sentencia aditiva como aquélla que extiende la aplicación de un precepto legislativo a un supuesto de hecho no previsto en el mismo pero sin el cual sería inconstitucional.²⁶ Lo que suele perseguirse con esta actuación es garantizar *el principio de igualdad*, presuntamente vulnerado por una interpretación no expansiva, sino estricta, del precepto.²⁷ Pero está claro que en estos casos el juez constitucional también podría salvar la igualdad simplemente anulando el texto legal. Si en vez de eso opta por hacerlo extensible al grupo discriminado (sentencia aditiva) es porque considera que la simple anulación del precepto *in toto* puede ocasionar perjuicios inmediatos para todos aquéllos a quienes el precepto otorga derechos.²⁸

²⁶ Sobre las sentencias aditivas en el derecho español, véase Díaz Revorio, F. J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Valladolid, Lex Nova, 2001; Fernández, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998; Villaverde, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

²⁷ En efecto, puede haber cierta proclividad a las sentencias aditivas cuando está en juego el principio de igualdad. En estos casos, el TC puede optar entre declarar directamente la inconstitucionalidad de la ley o hacerla extensible al grupo discriminado. La opción por el segundo supuesto —sentencias aditivas— puede venir explicada por el hecho de que el TC considere que si el legislador ha dado cierto tratamiento a un grupo de ciudadanos es porque lo ha considerado adecuado en virtud de un determinado valor de la Constitución; en consecuencia, extiende ese tratamiento a todos los que se encuentran en la misma situación. Véase L. Elia, “Constitucionalismo cooperativo, Racionalidad y Sentencias Aditivas”, *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 77 y ss.

²⁸ Véase Rubio, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22, 1988, p. 36. En el mismo sentido Modugno, F., “I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizione in sede di giustizia costituzionale”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1989, p. 39.

Aun cuando esta clase de sentencias se dicten para salvar la igualdad, es evidente que, al extender el campo de aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional actúa como un auténtico *legislador positivo*, pues *crea* una norma nueva que es ley para los aplicadores del derecho pero que no ha sido querida o establecida por el legislador. Es más, precisamente el hecho de que el juez constitucional “no considere adecuado o conveniente” anular el precepto legal impugnado (y en vez de eso dicte una sentencia aditiva) muestra claramente que está haciendo valoraciones políticas. Ahora bien, esta actuación puede llegar a ser recusable. Primero, y sobre todo, porque al actuar así el Tribunal Constitucional arrebató al legislador competencias que le son propias. Segundo, y no menos importante, porque se puede originar una situación de inseguridad jurídica de consecuencias probablemente no previstas ni queridas por esa interpretación constitucional. En efecto, puesto que los derechos que la sentencia reconoce al grupo de sujetos discriminados no existían hasta ahora, falta también la regulación de su ejercicio y las previsiones económicas que muchas veces son necesarias para su satisfacción. Esta regulación es necesaria para evitar que el ejercicio de los derechos se desborde más allá de lo previsto y querido por esa doctrina constitucional, pero el Tribunal Constitucional no puede hacerla. Si puede decirse así, el Tribunal Constitucional es un órgano “torpe” para legislar positivamente, pues no puede —o no con la precisión y previsión que lo haría el legislador— establecer el régimen jurídico que permitiera limitar y acotar el ejercicio de los derechos reconocidos en la sentencia.

Las sentencias manipulativas en general y las aditivas en particular sólo parecen admisibles cuando crean o producen normas constitucionalmente *exigidas*,²⁹ o sea, cuando la nueva norma que deriva de la sentencia obedezca a la necesidad de proteger algún bien o valor constitucional y, además, no exista otra forma de hacerlo que la establecida precisamente en la sentencia: en estos casos resulta indiferente que esa integración legislativa la lleve a cabo el juez constitucional o el legislador. Por el contrario, cuando falta alguno de estos requisitos, y en particular cuando existen varias posibilidades legislativas para eliminar la inconstitucional-

²⁹ Se trata de lo que la doctrina italiana denomina sentencias *a rime obbligate*. véase Crisafulli, V., “Relazione generale”, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bolonia, 1978, p. 84. Asimismo, Zagrebelsky, G., *La Giustizia Costituzionale*, cit., nota 23, p. 304.

lidad, la interpretación en que consiste la sentencia manipulativa es una forma de arrebatarse al legislador su libertad de configuración normativa. Por lo demás, los problemas que las sentencias manipulativas plantean cuando las normas que introducen no son exigidas, podrían solventarse dictando una sentencia de *mera inconstitucionalidad* (o de *inconstitucionalidad sin nulidad*), mediante la cual se declara la inconstitucionalidad de la ley pero no se anula ésta, sino que se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por vía legislativa, y en la que el propio Tribunal Constitucional podría incluir una serie de directrices provisionales, válidas en tanto no se dicte la nueva ley. Actuando de este modo se respeta, por así decirlo, el principio “a cada uno lo suyo”: el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley (que es su función); y la producción de la nueva norma se deriva al legislador (que es el órgano que ostenta la legitimidad democrática).

En suma, los pronunciamientos manipulativos revisten un particular interés, pues dan la medida de cuánto cambia un ordenamiento jurídico por vía del control de constitucionalidad. Pero se trata de una técnica muy cuestionable, pues no es precisamente la expresión de un *self-restraint* del Tribunal Constitucional; antes al contrario, a través de estos pronunciamientos éste sobrepasa los límites de la interpretación conforme, al suplantar lisa y llanamente al legislador. En esta medida, las sentencias manipulativas violentan el principio democrático y el de separación de poderes en los que se asienta todo el edificio constitucional. Sólo pueden ser aplaudidas por quienes ven en ellas una forma rápida de acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos.³⁰

3. Otras formas de influencia política de la justicia constitucional

Más allá de los cuestionables pronunciamientos manipulativos e interpretativos, la intromisión de la justicia constitucional en cuestiones políticas es muchas veces consecuencia de (o puede venir propiciada por) la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes las cláusulas abiertas o de fuerte contenido valorativo.

³⁰ Véase Rubio, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”, *cit.*, nota 28.

En efecto, cuando los preceptos constitucionales implicados en una cuestión de constitucionalidad están altamente formalizados, su interpretación no ofrece demasiados problemas. Sin embargo, las Constituciones actuales contienen muchos preceptos que padecen de una escasa formalización; es más, muchos de ellos son tan solo la positivación de principios y juicios de valor, de manera que su significado está altamente indeterminado. Esta indeterminación hace que el juicio de constitucionalidad de la ley sea notablemente discrecional. En algunos casos tan discrecional, que pareciera que el juez constitucional viene irremediabilmente abocado a convertirse en un sujeto político.³¹

La indeterminación constitucional está detrás de algunas actuaciones políticas del Tribunal Constitucional que, o bien contienen recomendaciones al legislador, o bien fijan de manera discutible el significado de un concepto esencialmente controvertido. En algunos casos, en efecto, ante la duda sobre el significado de la Constitución en un determinado punto, y ante la duda por tanto sobre si la ley cuestionada respeta el ámbito de posibilidades políticas permitidas por la Constitución, el Tribunal declara la constitucionalidad de la ley, pero acompaña a su declaración una *recomendación al legislador* a fin de que en el futuro reforme la ley ajustándola a la *mejor interpretación* de la Constitución que establece la sentencia. Es evidente la carga de autoridad que acompaña a esta recomendación, por lo que es muy probable que el legislador termine atendiendo esa sugerencia y reformando la ley.³² De otro lado, cuando la indeterminación tiene que ver con principios o valores constitucionales cuya interpretación es socialmente controvertida (como el derecho a la vida en los casos de eutanasia, aborto, rechazo de tratamientos médicos en situaciones de urgencia vital, etcétera) es posible no ya que el juez constitucional haga una recomendación al legislador, sino que *fije direc-*

³¹ Precisamente la visión de estos peligros explica el enérgico rechazo de Kelsen a las normas constitucionales más o menos vagas o ambiguas; véase Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Juan Ruiz Manero, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1998.

³² Un ejemplo de este tipo de pronunciamientos en el derecho español lo constituye la STC 108/1986. Se impugnaba la ley que preveía la elección parlamentaria de los vocales del Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional entendió que ese sistema de elección no era contrario a la constitución, por lo que no procedía declarar su inconstitucionalidad; pero al propio tiempo indicaba que un sistema alternativo (en el que en la elección de los vocales participasen el Parlamento y el Poder Judicial) sería “más conforme” a la Constitución.

tamente (de manera “intolerable” desde la perspectiva del principio democrático) el significado de esos principios o valores.

En todo caso, el problema de la indeterminación constitucional tal vez podría salvarse sin necesidad de que el juez constitucional desempeñe funciones políticas. En concreto, como en una *cuestión constitucional esencialmente controvertida* es muy posible que las dos partes enfrentadas (la mayoría creadora de la ley y la minoría que impugna la ley) esgriman argumentos atendibles, el juez podría adoptar una *solución intermedia*, consistente en declarar válida la ley pero dejando abierta la reversibilidad de su decisión: por si surgieran nuevos datos (por ejemplo, acerca de las valoraciones sociales dominantes a propósito de valores constitucionales controvertidos) que ayuden a esclarecer la cuestión, o por si cambiaran las propias valoraciones sociales. Se trata pues de que, por razones democráticas y habida cuenta la duda, es preferible diferir la cuestión al criterio de la mayoría: o sea, declarar válida la ley (al menos por el momento) pero reconociendo que los argumentos que invocó la minoría tienen peso suficiente como para dudar. Si se quiere, se trata de atribuir al juez constitucional la función de “árbitro” de las cuestiones constitucionales esencialmente controvertidas, estableciendo simplemente los puntos a partir de los cuales las partes políticas y sociales enfrentadas deben discutir para alcanzar un acuerdo que bien pudiera desembocar en la sustitución de la vieja ley por otra nueva.³³ Sólo este tipo de actuación se mostraría verdaderamente respetuosa con el principio democrático.

IV. OBSERVACIONES FINALES

1. *Argumentos contra el control de constitucionalidad*

En los últimos años ha vuelto a cobrar actualidad, tanto en América como en Europa, el viejo debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional. Algunos de los argumentos que se esgrimen en su contra traen causa del gran poder discrecional (y por tanto “político”) que ejerce el juez constitucional, sobre todo cuando las cuestiones de constitucionalidad afectan a conceptos esencialmente controvertidos, y las comentadas

³³ Véase este planteamiento en el excelente trabajo de Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEC, 1997.

actuaciones políticas de la justicia constitucional no han hecho sino reforzarlos. Pero otros argumentos van directamente contra la propia idea de supremacía constitucional y se sustentan en la tesis de que *las generaciones pasadas no pueden vincular a las generaciones futuras*. Esta es la objeción fundamental a la que se enfrenta la justicia constitucional, que en los Estados Unidos se verbaliza con la expresión, acuñada por Alexander Bickel, de la *dificultad contra-mayoritaria*.³⁴

Los dos tipos de argumentos están conectados, pues esta segunda objeción es tanto más importante cuanto mayor sea el grado de discrecionalidad que permita el tipo de Constitución de que se trate; es decir, cuanto mayores dudas interpretativas plantee el texto constitucional. Por eso, Constituciones cargadas de normas controvertibles en esencia propician más la discrecionalidad y hacen por tanto más grave la objeción antidemocrática. Si una ley que regule la eutanasia es invalidada por el Tribunal Constitucional por vulnerar el derecho a la vida que la Constitución protege, tendría sentido preguntar quién es el Tribunal Constitucional para imponer su interpretación del derecho a la vida por encima de la que ha hecho el legislador democrático. En cambio no habría lugar a cuestionar la actuación del Tribunal Constitucional si éste invalidara una ley que estableciese la pena de muerte para determinados supuestos; sencillamente porque la interpretación del precepto constitucional que proscribiera la pena de muerte no plantea ninguna duda, y frente a ello no cabe el argumento democrático: el Tribunal Constitucional simplemente ejecuta la Constitución en un supuesto clarísimo.

Justamente como respuesta a la dificultad contramayoritaria se ha propuesto la *tesis de la Constitución procedimental*,³⁵ o más exactamente, de la *lectura procedimental* de la Constitución. La idea que la sustenta puede resumirse como sigue. En un mundo pluralista (en valores) y con un cierto relativismo ético no puede entenderse que la Constitución impone valores objetivos indiscutibles, porque el único valor fundamental es la *igualdad* de todos los hombres, que en el plano de las decisiones colectivas se traduce en la *democracia*, es decir, en la participación de todos en pie de igualdad en las decisiones colectivas. Brevemente, la Constitución

³⁴ Bickel, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale Univ. Press, 1962.

³⁵ Ely, J. H., es el principal exponente de esta tesis. Véase *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1980.

no impone resultados políticos legítimos, sino que tan sólo insta un proceso legítimo (la democracia) para la adopción de decisiones políticas. Se postula, pues, una lectura democrática (en sentido estricto, procedimental) de todas las disposiciones constitucionales: algunas (la mayoría) se ocupan directamente de establecer cuáles son los órganos y los procedimientos de decisión; otras (las relativas a derechos) tienen como objeto establecer las condiciones que garanticen la igual participación de todos en el proceso democrático. De ahí se deriva una *concepción restrictiva de la justicia constitucional*, según la cual ésta debe limitarse a mantener abiertos los canales de la participación; es decir, sin condicionar la decisión última. En otras palabras, la justicia constitucional debe limitarse a velar porque en el proceso político se respeten todas sus condiciones de legitimidad, lo que en resumidas cuentas conduciría a controlar exclusivamente el respeto de la igualdad y de los derechos políticos, por ser los que constituyen la esencia de la participación y debate democrático.

Esta tesis, sin embargo, resulta objetable, pues es discutible que el respeto de los derechos políticos agote las garantías de participación democrática en pie de igualdad. Por ejemplo, parece claro que la libertad de expresión formaría parte del ámbito de control constitucional, porque se pone al servicio de la democracia; pero ¿y los derechos sociales? Si se responde negativamente estaría olvidándose que los derechos sociales pueden interpretarse también como garantías de ese “mínimo vital” sin el cual la libertad (o la participación libre y sin restricciones) no puede realizarse efectivamente. Pero si se atiende a esta última consideración y se responde afirmativamente ya tenemos un juez constitucional interfiriendo en la política económica y social del país.³⁶

2. *A modo de conclusión*

1. De lo dicho hasta aquí puede afirmarse que muchos de los problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional, sobre todo por sus fricciones con el legislador democrático, traen causa de la existencia de

³⁶ Sobre ello ha llamado la atención Nino, C. S., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 1989.

Constituciones materiales, cargadas de principios de justicia abiertos e inconcretos y tendencialmente contrastantes cuyos eventuales conflictos han de ser resueltos mediante un ejercicio de poder notablemente discrecional.

2. El propio Kelsen defendía un concepto de Constitución como regulación *formal* de los modos de producción normativa, y en todo caso recomendaba una redacción *detallada* de los preceptos relativos a derechos fundamentales, porque advertía ya los problemas que generaría una Constitución que contuviera principios materiales de justicia: “no es imposible —escribía el autor en *La garantía constitucional de la Constitución*— que un Tribunal Constitucional llamado a decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley la anule por ser injusta, al ser la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe aplicar. Pero entonces, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insostenible. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley”.³⁷ Es verdad que éste es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria, pues, desde el momento en que se acepta la plena fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos. Pero no cabe duda también que es el juez constitucional quien de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios, dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales.

3. Ahora bien, la solución de los problemas que generan las Constituciones materiales no parece encontrarse en la adopción de una Constitución formal, a lo Kelsen, pues una Constitución así de “descarnada” hace perder el sentido al constitucionalismo como concepción del derecho plenamente comprometida con el control del poder para la protección de los derechos (también por tanto, o sobre todo, de los derechos de las minorías frente al eventual atropello de la mayoría). Además, los derechos y principios de justicia, al expresar valores y fines respaldados en

³⁷ Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, cit., nota 31, p. 143; y *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 33 y 34.

mayor o menor grado por los diversos grupos sociales, posibilitan un pacto constituyente en el que todos pueden reconocerse, lo que contribuye a la integración política en una sociedad plural.³⁸ Y este es el drama de la justicia constitucional. La consagración constitucional de derechos y principios materiales de justicia plantea problemas con el legislador democrático. Pero, por otro lado, si ha de tener sentido el pleno control del poder (también del legislativo) es necesario concebir la Constitución no ya (o no sólo) como la carta formal de distribución del poder en el sistema, sino sobre todo (o también) como el reconocimiento de los principios de justicia que han de constituir los cauces por los que transcurre la vida social y política. Estos principios de justicia, además, no son sólo los derechos de participación en el debate democrático, pues la sola garantía de estos derechos aún no protege a la minoría, que puede ser arrollada por una decisión (o una ley) de la mayoría; son también la consagración constitucional de las plurales concepciones de justicia presentes en la sociedad. Es decir, la concepción de la democracia a la que debe dar vida la Constitución no es la *formal* que establece *quién* decide y *cómo* se decide, sino la *sustancial* que establece *qué* es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir.

4. Pero la solución tampoco puede consistir en auspiciar Constituciones *de detalle* a fin de que el control de constitucionalidad sea más objetivo o menos discrecional, y ello porque el marco de valores constitucionales tiene que ser lo bastante abierto como para no producir asfíxia legislativa, es decir, para que siga teniendo sentido afirmar que corresponde al legislador democrático, de acuerdo con las concepciones valorativas de su tiempo, determinar el contenido de los principios y resolver las colisiones entre ellos dentro de los límites permitidos por la Constitución (o sea, sin que ninguno de los valores constitucionales sea objeto de un sacrificio desproporcionado). Si alguna virtualidad democrática tiene la concepción *abierta* de las Constituciones de principios es justamente eso: que se traslada (o así debería ser) al legislador la definición concreta de las conductas que en cada momento histórico han de realizar los valores y fines expresados por los principios constitucionales.

³⁸ A título de ejemplo, esta virtualidad integradora de las constituciones de principios es destacada por Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, cit., nota 11; y por Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, cit., nota 33.

5. Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una Constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, parece que lo único que cabría hacer es diseñar los mecanismos para conjurar los riesgos de “gobierno del juez constitucional”³⁹ y en todo caso pedir de la jurisdicción constitucional un ejercicio de autocontención; un *self restraint* que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y de legalidad, por otro. Sólo si esta saludable contención se consigue podremos conciliar la exigencia de garantizar la efectividad de la Constitución con la de garantizar una política democrática, decidida conforme a los mecanismos de producción democrática legislativa.

Naturalmente con ello no se pretende quitar un ápice de fuerza vinculante a la Constitución. Significa tan sólo que la carta magna, y especialmente su parte material o programática, no ofrece una respuesta unívoca a todos y cada uno de los casos o conflictos que puedan plantearse, sino sólo unos cauces de actuación más o menos amplios dentro de los cuales han de desenvolverse tanto las instituciones políticas como los operadores jurídicos. Por eso, tal vez no esté de más insistir también en la importancia técnica, pero sobre todo legitimadora, que presenta la *argumentación* en el ámbito de una jurisdicción constitucional que, más que ninguna otra, ha de hacer uso de valores, principios y, en general, normas de contenido sustantivo coincidentes con postulados morales.⁴⁰

³⁹ Así, por ejemplo, desde la defensa de una forma débil de constitucionalismo —que en lo sustancial no comparto— P. de Lora ofrece una propuesta que estimo plausible y sugerente también en un constitucionalismo no débil: exigir que los tribunales constitucionales solo puedan proceder a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes cuando todos sus miembros estén de acuerdo con ello. “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, en Laporta, F. (coord.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CECP, 2003, pp. 345 y ss.

⁴⁰ Sobre la importancia de la función legitimadora de la argumentación en el ámbito de la jurisdicción constitucional véase, recientemente, Iglesias, M., “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, 23, 2000.