



UNIVERSIDAD DE BURGOS
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESIS DOCTORAL

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
DIFUSO DE LA NORMA**

**UN ANÁLISIS A PARTIR DE SUS
PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS**

JEFERSON SCHNEIDER

Directora: Prof.^a Dr.^a Núria Bellosó Martín

Codirectora: Prof.^a Dr.^a María Aránzazu Moretón Toquero

2015

MIS AGRADECIMIENTOS

Sin mis profesores nada sería posible.

Así, entre todos, rindo mis sinceros y profundos homenajes al Prof. D. Luis Esteves Scaloppe, que desde el primer año del curso universitario hizo despertar en mí una mirada crítica, responsable y constructiva sobre la ciencia del Derecho; al Prof. Dr. D. Paulo Ferreira da Cunha, orientador durante mi instancia de investigación en la Universidad de Porto, por haber compartido sus inagotables conocimientos jurídicos de forma fraternal e incentivado a proseguir con el proyecto; a la Prof^a. Dra. Dña. Nuria Belloso Martín, en nombre de la Universidad de Burgos, orientadora desde el primer momento y a lo largo de todos estos años, por su paciencia, comprensión, dedicación y, en definitiva, por creer que fuera posible la realización de un sueño.

Sin mis amigos nada sería posible.

Al llegar a Burgos tuve la grata felicidad de conocer a los amigos Florentino Duque Pérez y a su esposa Montserrat Urizarna, los cuales me acogieron en su familia, propiciando días maravillosos de convivencia y de intercambio de la cultura española, los cuales jamás serán olvidados.

Sin mi familia nada sería posible.

Inicialmente, agradezco a mis padres y hermanos, los cuales proporcionaron las condiciones necesarias para mi formación académica; a mi esposa, Rosana Schneider, por haber aceptado amorosamente el desafío y tiempo que no he podido dedicar a mi familia, así como por el apoyo e incentivo en las horas de soledad; a mi hijo, Natan Schneider, por haberse visto privado de mi presencia en su primer año de vida.

Sin Dios nada sería posible.

Nada habría acontecido.

Simplemente, yo no estaría aquí.

Mi agradecimiento a todos.

ABREVIATURAS

Art./s. – artículo y artículos

BOE – Boletín Oficial del Estado

CE – Constitución de España

Cfr. – *confer* (conferir)

Comp. - compilación

Coord. (s). – Coordinador y Coordinadores

Dir. – dirección

Ed. (s). – Editor y Editores

ed. – edición

etc. – etcétera (y otros de la misma clase)

F. J. – fundamento jurídico

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial

LOTIC – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LOTGC – Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales

op. cit. – *opere citato* (obra ya citada)

Org. (s). – Organizador y Organizadores

p. – página

pp. – páginas

ss. – siguientes

STS – Sentencia Tribunal Supremo

TC – Tribunal Constitucional de España

T. – Tomo

Trad. – traducción

Vol. – volumen

ÍNDICE

| | |
|--|------------|
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| CAPÍTULO I - LOS PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS: ESTADO, LEY Y CONSTITUCIÓN | 21 |
| 1 – El Estado: <i>locus</i> de control de constitucionalidad | 21 |
| 1.1 – Formación y crisis del Estado liberal de Derecho | 23 |
| 1.2 – Formación y crisis del Estado social de Derecho | 32 |
| 1.3 – Formación y crisis del Estado social y democrático de Derecho | 41 |
| 2 – La ley: objeto de control de constitucionalidad | 54 |
| 2.1 – Concepto tradicional de ley | 57 |
| 2.2 – Erosión de los supuestos de la concepción tradicional de la ley | 65 |
| 2.3 – Resistencia ante la crisis de la ley | 73 |
| 3 – La Constitución: parámetro de control de constitucionalidad | 76 |
| 3.1 – Idea de constitución | 76 |
| 3.1.1 – “Constitución” de los antiguos | 76 |
| 3.1.2 – “Constitución” del medioevo | 77 |
| 3.2 – Constitucionalismo | 80 |
| 3.3 – Neoconstitucionalismo | 84 |
| 3.3.1 – Neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico | 84 |
| 3.3.2 – Tránsito desde el constitucionalismo al neoconstitucionalismo y la constitucionalización del ordenamiento jurídico | 88 |
| 3.3.3 – Elementos estructurantes del neoconstitucionalismo | 93 |
| 3.3.3.1 – Constitución rígida | 94 |
| 3.3.3.2 – Constitución principialista | 98 |
| 3.3.3.3 – Especificidad de la hermenéutica constitucional | 107 |
| 3.3.3.4 – Garantía jurisdiccional | 109 |
| 3.4 – Nuevo constitucionalismo latinoamericano | 114 |
| CAPÍTULO II - DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA A LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL | 123 |
| 1 – La confluencia entre la filosofía analítica y la filosofía hermenéutica | 125 |
| 2 – La interpretación jurídica tradicional | 130 |
| 2.1 – Separación entre el Derecho y la realidad | 130 |
| 2.2 – Identificación entre el texto de la ley y la norma | 132 |
| 2.3 – Método lógico-deductivo-subsuntivo | 134 |
| 2.4 – Separación entre el sujeto y el objeto | 137 |
| 3 – La hermenéutica normativa estructurante concretizadora | 139 |
| 3.1 – Elemento hermenéutico | 140 |
| 3.1.1 – Pre-comprensión como condición de posibilidad | 140 |
| 3.1.2 – Autoridad de la tradición: el lenguaje | 142 |
| 3.1.3 – Estructura circular de la comprensión | 143 |
| 3.1.4 – <i>Applicatio</i> como síntesis de la comprensión | 146 |
| 3.1.5 – Diferencia ontológica entre el texto de la ley y la norma | 147 |
| 3.2 – Elemento normativo estructurante: programa normativo y ámbito normativo | 151 |
| 3.3 – Elemento concretizador: construcción de la norma del caso concreto | 157 |
| 4 – Hermenéutica constitucional: principios de concreción de la norma | 159 |
| 4.1 – Hermenéutica constitucional: caso específico de hermenéutica jurídica | 159 |

| | |
|--|------------|
| 4.2 – Principios hermenéuticos constitucionales | 162 |
| 4.2.1 – Principio de la supremacía normativa de la Constitución | 162 |
| 4.2.2 – Principio de la unidad de la Constitución..... | 165 |
| 4.2.3 – Principio de la armonización de las normas constitucionales..... | 167 |
| 4.2.4 – Principio del efecto integrador de la Constitución | 167 |
| 4.2.5 – Principio de la máxima efectividad de la Constitución | 168 |
| 4.2.6 – Principio de la conformidad funcional..... | 170 |
| 4.2.7 – Principio de la proporcionalidad | 171 |
| 4.2.8 – Principio de la comparación entre derechos | 174 |
| 5 – Discrecionalidad judicial y poder hermenéutico..... | 177 |
| 5.1 – Discrecionalidad judicial y limitación de poder..... | 177 |
| 5.2 – Discrecionalidad judicial en el positivismo jurídico | 182 |
| 5.2.1 – Positivismo jurídico exclusivo..... | 186 |
| 5.2.2 – Positivismo jurídico inclusivo..... | 192 |
| 5.3 – Discrecionalidad en el post-positivismo jurídico | 196 |
| 5.4 – Ausencia de libertad (discrecionalidad judicial) para decidir conforme a la Constitución | 215 |
| 5.4.1 – Nivel descriptivo: el elemento hermenéutico como blindaje contra la discrecionalidad judicial..... | 216 |
| 5.4.2 – Nivel prescriptivo: escoger conforme a la conciencia no es lo mismo que decidir conforme a la Constitución | 221 |
| CAPÍTULO III - DOS CONCEPTOS DE JURISDICCIÓN | 231 |
| 1 – Los paradigmas teóricos del principio de la división de poderes | 233 |
| 1.1 – La teoría de la división de poderes en John Locke..... | 234 |
| 1.1.1 – Poder legislativo..... | 235 |
| 1.1.2 – Poder ejecutivo..... | 239 |
| 1.1.3 – Función judicial | 242 |
| 1.2 – La teoría de la división de poderes en Montesquieu | 244 |
| 1.2.1 – Poder legislativo..... | 246 |
| 1.2.2 – Poder ejecutivo..... | 247 |
| 1.2.3 – Poder judicial | 248 |
| 1.2.4 – Crítica a la teoría de la división de poderes en Montesquieu..... | 250 |
| 2 – El modelo norteamericano de jurisdicción..... | 253 |
| 2.1 – El principio de la división de poderes en el modelo norteamericano | 253 |
| 2.2 – La posición constitucional del Poder Judicial y su función jurisdiccional en el modelo norteamericano | 263 |
| 3 – El modelo francés de jurisdicción | 270 |
| 3.1 – El principio de la división de poderes en el modelo francés | 270 |
| 3.2 – La posición constitucional del Poder Judicial y su función jurisdiccional en el modelo francés..... | 286 |
| 4 – El principio de la división de poderes contemporáneo..... | 294 |
| 4.1 – La aparición de nuevos órganos y funciones del Estado | 294 |
| 4.2 – La distinción entre poderes y funciones del Estado..... | 301 |
| CAPÍTULO IV - JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ORDINARIA Y SU PROYECCIÓN EN UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO | 293 |
| 1 – Las primeras experiencias del control jurisdiccional de constitucionalidad en el continente europeo..... | 307 |
| 1.1 – Control de constitucionalidad en Suiza | 312 |
| 1.2 – Control de constitucionalidad en Alemania..... | 314 |
| 1.3 – Control de constitucionalidad en Austria | 326 |
| 1.4 – Control de constitucionalidad en España | 328 |
| 1.5 – Síntesis de las primeras experiencias | 330 |
| 2 – Control de constitucionalidad difuso de la norma: la relevancia del tema en el proceso de densificación de la Constitución | 333 |
| 2.1 – Argumento teórico | 333 |

| | |
|--|------------|
| 2.2 – Argumento pragmático | 343 |
| 3 – Elementos del control de constitucionalidad difuso de la norma..... | 348 |
| 3.1 – Jurisdicción constitucional ordinaria..... | 348 |
| 3.2 – Control de constitucionalidad difuso de la norma | 356 |
| 3.2.1 – Primera situación hermenéutica: la inconstitucionalidad de la norma provoca la expulsión del texto de la ley del ordenamiento jurídico | 361 |
| 3.2.2 – Segunda situación hermenéutica: la inconstitucionalidad de la norma no provoca la expulsión del texto de la ley del ordenamiento jurídico | 364 |
| 3.3 – Estructura del control de constitucionalidad difuso de la norma | 366 |
| 3.3.1 – Parámetro de control de constitucionalidad | 367 |
| 3.3.2 – Objeto de control de constitucionalidad | 374 |
| 3.3.3 – Órgano de control de constitucionalidad | 379 |
| 3.3.4 – Locus de control de constitucionalidad | 381 |
| 3.3.5 – Sujetos legitimados | 382 |
| 3.3.6 – Efectos de la decisión judicial | 385 |
| 4 – Legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional ordinaria..... | 388 |
| 4.1 – Un concepto adecuado de democracia: la democracia constitucional | 388 |
| 4.2 – Legitimidad orgánica o institucional: intangibilidad de los derechos fundamentales..... | 397 |
| 4.3 – Legitimidad jurisdiccional o de la decisión judicial..... | 399 |
| 4.3.1 – Participación directa de las partes en el proceso judicial | 399 |
| 4.3.2 – Motivación de las decisiones judiciales conforme a la Constitución ... | 401 |
| 4.3.3 – Efectividad de la tutela de los derechos fundamentales | 403 |
| 5 – Casos de control de constitucionalidad difuso de la norma | 405 |
| 5.1 – Interpretación conforme a la Constitución | 409 |
| 5.1.1 – Fundamento y naturaleza jurídica | 409 |
| 5.1.2 – Polisemia semántica como presupuesto y límite | 413 |
| 5.1.3 – Dos situaciones hermenéuticas de incidencia | 422 |
| 5.2 – Fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad..... | 426 |
| 5.2.1 – Fundamento y naturaleza jurídica | 426 |
| 5.2.2 – Características y condiciones de la cuestión de inconstitucionalidad. | 435 |
| 5.3 – Inconstitucionalidad sobrevenida..... | 445 |
| 5.4 – Disposiciones normativas sin fuerza de ley | 454 |
| 5.4.1 – Reglamentos: ejecutivo e independiente | 459 |
| 5.4.2 – Decreto legislativo ultra vires | 470 |
| CONCLUSIONES | 475 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 491 |

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto de reflexión la existencia, la identificación y la sistematización del *control de constitucionalidad difuso de la norma* en el ámbito del sistema de justicia constitucional español. En las últimas décadas se ha constatado una acentuada aproximación entre el sistema de control de constitucionalidad concentrado de las normas y el sistema de control difuso, sin que resulte posible, en la actual fase de desarrollo de los institutos y de las técnicas de control de constitucionalidad, hablar de un sistema de control puro.

Sin embargo, a partir de verificar este movimiento convergente o, en algunos casos, incluso de fusión entre elementos pertenecientes a dos sistemas de control de constitucionalidad históricamente distintos y, en principio, antagónicos, en la presente Tesis Doctoral pretendemos centrar nuestra atención exclusivamente sobre los elementos del control de constitucionalidad difuso de la norma existentes en el sistema de justicia constitucional español a partir de una contemporánea concepción de lo que se puede entender por control de constitucionalidad difuso de la norma, teniendo por condición de posibilidad de esta comprensión la hermenéutica filosófica y una concepción específica de norma estructurante.

Para ello, en primer lugar, hay que definir, si bien de forma preliminar, los límites del objeto de este estudio a fin de que se pueda

encontrar posteriormente su localización dentro de las diversas disciplinas del Derecho. Aunque pudiera resultar más propedéutico, nuestra investigación no se plantea en un proceso de desvelamiento hermenéutico de temas generales dirigido a temas particulares. En este sentido, no tenemos la pretensión de analizar el sistema de justicia constitucional español como un todo, ni tampoco su complejo sistema constitucional de garantía jurisdiccional o, incluso, dentro de este, de la jurisdicción constitucional, propiamente dicha, destinada al análisis del control de constitucionalidad concentrado de la norma, del Tribunal Constitucional y sus funciones, de las relaciones del Tribunal Constitucional con el legislador y con la jurisdicción ordinaria. Estos temas, inicialmente relativos al control de constitucionalidad concentrado, a pesar de su relevancia constitucional dentro de un sistema de justicia constitucional, serán tratados sólo de forma complementaria y en la medida en que sea necesaria y suficiente para el enfoque del estudio principal de esta investigación.

En el ámbito del sistema de justicia constitucional, además de la jurisdicción constitucional que comúnmente afecta al Tribunal Constitucional, entendemos que existe una *jurisdicción constitucional ordinaria* a la que se encomienda la tutela de los derechos fundamentales en el día a día del ciudadano y, además, posee la misión constitucional de realizar el *control de constitucionalidad difuso de la norma*, control éste que está al servicio de la supremacía normativa de la Constitución y, en última instancia, de la propia protección de los derechos fundamentales.

Tal vez, más que localizar sólo topográficamente en el sistema de justicia constitucional el tema del control de constitucionalidad difuso de la norma, lo que presupone su existencia, el principal *objetivo general* de la investigación está en abrir un espacio de discusión, dentro del continente del sistema de justicia constitucional, sobre la existencia de la jurisdicción constitucional ordinaria y de sus institutos y técnicas de control de

constitucionalidad difuso de la norma en el sistema español, los cuales son tratados de forma periférica y diseminados en algunos estudios y completamente ignorados en muchos otros.

Además de este objetivo general, la investigación se plantea cinco *objetivos específicos*, los cuales esperamos hayan sido alcanzados a lo largo de esta Tesis Doctoral. El *primero objetivo específico* está en el desvelamiento acerca de la necesidad de adoptar un método específico *hermenéutico normativo estructurante concretizador*, en el que el elemento hermenéutico se refiere a la incorporación de algunos conceptos de la filosofía hermenéutica de Heidegger y de la hermenéutica filosófica de la Gadamer, como pre-comprensión, tradición, comprensión, círculo hermenéutico, *applicatio* y diferencia ontológica; el *elemento normativo estructurante* se refiere a la incorporación de la teoría estructurante de la norma de Friedrich Müller, por medio de la cual la norma del caso concreto está constituida tanto por el programa de la norma como por el ámbito de la norma; y, por último, el *elemento concretizador de la norma*, por medio del cual se demuestra que la actuación del intérprete no está resumida a un proceso hermenéutico de simple hallazgo y aplicación de la norma previamente dada al caso concreto, sino que tiene por contenido la construcción de la norma del caso concreto a partir del programa de la norma y del ámbito de la norma.

El *segundo objetivo específico* consiste en demostrar que la constitucionalización del ordenamiento jurídico, como consecuencia de la supremacía normativa de una Constitución principialista, modifica considerablemente la propia naturaleza de la jurisdicción ordinaria, puesto que a partir de este nuevo paradigma constitucional solamente la *ley constitucional* es ley, por lo que la jurisdicción ordinaria tiene el deber de realizar un previo control de constitucionalidad de la norma en todo y cualquier proceso, razón por la cual, si ésta es su nueva y primera misión, entendemos que resulta más adecuado y atinado el abandono de la

terminología de la jurisdicción ordinaria, tributaria de otros tiempos, para que adoptemos la expresión *jurisdicción constitucional ordinaria*.

El *tercer objetivo* específico consiste en demostrar que, concordando o no concordando, gustando o no gustando, el control de constitucionalidad difuso de la norma está presente en todo y cualquier proceso hermenéutico de construcción de la norma del caso, que se manifiesta en toda y cualquier decisión judicial de forma implícita o explícita, esté consciente o no el intérprete o constructor de la norma de este momento del proceso hermenéutico. Conviene destacar que incluso aquel intérprete absolutamente convencido de que no realiza el control de constitucionalidad en nombre de la ley y del parlamento, realiza el control de constitucionalidad, aunque en la forma negativa, porque éste se presenta como un elemento indisoluble de todo y cualquier proceso hermenéutico jurídico.

El *cuarto objetivo específico* consiste en demostrar que en el ámbito de una democracia constitucional como la de España, la jurisdicción constitucional ordinaria al desempeñar sus funciones constitucionales de control de constitucionalidad difuso de la norma, está ampliamente legitimada, ya sea a partir de una legitimidad orgánica o institucional, fundada en la intangibilidad de los derechos fundamentales, ya sea a partir de una legitimidad jurisdiccional o de la decisión judicial, fundada en la participación directa de las partes en el proceso judicial, en la motivación de las decisiones judiciales y en la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales.

Por último, como *quinto objetivo específico*, presentaremos algunos casos de control de constitucionalidad difuso de la norma, en los cuales la jurisdicción constitucional ordinaria ineludiblemente realiza el control difuso de la constitucionalidad de la norma, como por ejemplo la que se da con la interpretación conforme a la Constitución, la fase previa de la

cuestión de inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad superveniente y las disposiciones normativas sin fuerza de ley.

Una vez definidos los objetivos, éstos ya informan algo sobre la importancia de la investigación; es decir, la *relevancia del estudio* del control de constitucionalidad difuso de la norma encuentra fundamento tanto teórico como pragmático. Con respecto al *argumento teórico*, el control de constitucionalidad difuso de la norma está asentado en una determinada teoría política, por medio de la cual España está constituida en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la CE), así como en la dignidad de la persona y su libre desarrollo, los cuales fundamentan el orden político y la paz social (art. 10.1 de la CE).

Así, la idea de democracia constitucional, orientada por los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo jurídico, debe ser realizada también en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, debiendo el proceso constitucional, sus institutos, técnicas y procedimientos, servir de *locus* de la democracia participativa y de realización de los valores superiores propugnados por el legislador constituyente. La democracia, por un lado, encuentra fundamento principal en la dignidad de la persona, así como la dignidad de la persona, por otro, encuentra en la democracia participativa su expresión por medio de la cual el ciudadano participa activamente en la construcción de los límites de su libertad, razón por la cual la norma elaborada para el caso concreto a partir de la participación directa del ciudadano no esclaviza, pero potencia y consolida la libertad. Por lo tanto, la democracia participativa no se agota en la democracia representativa, normalmente confinada al parlamento y al proceso legislativo, razón por la cual la democracia participativa debe extenderse a los demás procesos públicos, entre ellos, el proceso judicial, con ocasión de la elaboración de la norma específica y concreta – la decisión judicial, puesto que solamente así la cláusula democrática de la fórmula político-jurídica podrá ganar mayor efectividad en el día a día del ciudadano.

A partir del *status activus processualis*, que actúa como una síntesis de las normas y formas de participación del ciudadano en el proceso, el ciudadano, ahora parte del proceso judicial, tiene la oportunidad de ser oído en el proceso, pero no solamente eso, sino que también tiene el derecho de participar activamente en el destino del proceso y en la producción de la norma del caso concreto – decisión judicial –, garantizando posiciones en las cuales la autodeterminación y la libertad de voluntad son fundamentales para la efectividad del principio de la dignidad de la persona. Una organización política que pretende calificarse de verdaderamente democrática, necesariamente, tiene que garantizar la efectiva participación del ciudadano en la producción de la norma, ya sea ella general y abstracta, cuando sea elaborada por el parlamento, o específica y concreta, cuando sea producida en el ámbito del proceso judicial.

Aunque los controles de constitucionalidad concentrado y difuso sean esenciales para la democracia constitucional, además de estar legitimados por la misma, el control difuso, debido a la participación directa de las partes en el proceso y en la formación de la decisión judicial de control, está impregnado de una mayor densidad democrática, motivo por el cual vemos en esta especie de control de constitucionalidad la realización efectiva de la democracia participativa.

Además del argumento teórico, la relevancia del estudio del control de constitucionalidad difuso de la norma también encuentra una adecuada justificación a partir de una simple observación de la práctica jurídica en el sistema de justicia español, puesto que es suficiente realizar un breve análisis del número de procesos en tramitación en los últimos años en el Tribunal Constitucional de España y en el Poder Judicial para concluir que la jurisdicción ordinaria, por nosotros denominada como jurisdicción constitucional ordinaria, es el ámbito natural y primero de protección de los derechos fundamentales y de control de

constitucionalidad difuso de la norma, teniendo en cuenta que los órganos judiciales ordinarios sean los tribunales responsables por la tutela de los derechos fundamentales en el día a día del ciudadano.

Acerca de la *metodología* que vamos a utilizar para llevar a cabo nuestra investigación sobre el control de constitucionalidad difuso de la norma, importa localizarlo, en primer lugar, dentro de una de las diversas disciplinas del Derecho. A partir de un análisis detenido del tema propuesto en este estudio, no es difícil constatar la coexistencia de elementos pertenecientes tanto a la disciplina de Derecho Constitucional como a la disciplina del Derecho Procesal. Sin embargo, según Peter Häberle, el Derecho Procesal Constitucional, tanto por comprender la concreción de la Constitución, como por ser la propia expresión del Derecho Constitucional concretado, está dotado de una naturaleza eminentemente constitucional. Pues bien, es sobre la ciencia del Derecho Procesal Constitucional, marcadamente constitucional, donde aplicaremos la perspectiva de la Filosofía del Derecho. Por lo tanto, se trata de un estudio interdisciplinar entre el Derecho Constitucional, el Derecho Procesal Constitucional y la Filosofía Constitucional, en que los elementos de las dos primeras disciplinas serán sometidos a un mirar reflejo de la filosofía jurídica, lo que justifica ampliamente la presencia de una doble codirección proveniente tanto de la Filosofía del Derecho como del Derecho Constitucional.

El interés por el estudio del control de constitucionalidad difuso de la norma en el sistema español surgió a partir de nuestra llegada a España para dar inicio a los estudios del Doctorado, y esto a causa de una más aparente que real distinción entre los dos sistemas constitucionales, el brasileño y el español. Porque, mientras que, por un lado, toda nuestra formación académica y experiencia profesional en la carrera de la magistratura federal permitían aceptar con absoluta naturalidad que un juez de primera instancia de jurisdicción realizara sin

ningún tipo de restricción el control de constitucionalidad difuso de la norma de una ley regularmente aprobada por el parlamento, por otro, nos encontramos en España con una cultura jurídica en la cual la sacralización de la ley se presentaba como un verdadero dogma, por medio del cual la ley parecía estar fuera del alcance de cualquier mirada crítica o, concretamente, de un control de constitucionalidad a cargo de la jurisdicción ordinaria.

Este extrañamiento ante esta postura reverencial con respecto a la ley nos sirvió de motivación para una reflexión más detenida sobre la existencia del control de constitucionalidad difuso de la norma en el sistema constitucional español. Así, para realizar esta investigación de filosofía constitucional, utilizaremos las fuentes bibliográficas, especialmente derivadas de España, Alemania, Italia, Portugal y Brasil, entre otros países, así como un detenido análisis de las estadísticas procesales y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo de España.

Así, la investigación que nos proponemos presentar es el resultado de un largo período de reflexión e investigación, durante el cual tuvimos la oportunidad de realizar varios otros cursos, entre ellos, la Especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en la ciudad de Madrid, el Curso Magistral sobre Constitucionalismo en la Historia, en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en la ciudad de Santander, el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla, así como un provechoso período de investigación en el Instituto Jurídico Interdisciplinar de la Facultad de Derecho de la Universidad del Porto, en la ciudad de Porto.

El hecho de que hayamos elegido una Universidad de Portugal (concretamente, la 'Universidade de Porto') para llevar a cabo nuestro

período de investigación no fue producto de una elección al azar sino que estuvo motivada por el hecho de que la Constitución portuguesa de 1976 contempla un sistema mixto de control de constitucionalidad, con el establecimiento de instituciones y mecanismos de control de constitucionalidad concentrado, así como difuso. Por lo tanto, teniendo en cuenta que nuestro objetivo de investigación era el del control de constitucionalidad difuso de la norma en el sistema constitucional español, consideramos oportuno estudiar otros sistemas constitucionales tomando como referencia Portugal y Brasil, donde el control de constitucionalidad difuso de la norma está contemplado expresamente en la Constitución, y también es desarrollado por la jurisdicción ordinaria.

Así, una vez definido el objeto, los objetivos, la relevancia del tema propuesto y la metodología a adoptar, comenzaremos la investigación del control de constitucionalidad difuso de la norma en España, a partir de un análisis de sus supuestos epistemológicos; es decir, de una determinada, y no cualquiera, teoría de Estado, teoría de Ley, y teoría de Constitución (Capítulo I). Así, a partir de una teoría de *Estado social y democrático de Derecho* definiremos el ámbito en que se da inicialmente el control de constitucionalidad difuso de la norma; a partir de una *teoría de Ley* procederemos a identificar el objeto del control de constitucionalidad difuso de la norma; y, por último, a partir de una teoría de la Constitución, parámetro de control de constitucionalidad difuso de la norma, a la luz de los elementos estructurantes identificados por el neoconstitucionalismo, analizaremos si la supremacía normativa de una Constitución principialista representa una condición de posibilidad del control de constitucionalidad de la norma.

Una vez definidos los supuestos epistemológicos, comenzaremos a desarrollar una teoría *hermenéutica normativa estructurante concretizante* (Capítulo II) que partirá de algunos elementos de la filosofía hermenéutica (Heidegger) y de la hermenéutica filosófica (Gadamer) como la pre-

comprensión, la tradición, la comprensión, la *applicatio*, el círculo hermenéutico y la diferencia ontológica para desembocar en una teoría de la norma estructurante (Friedrich Müller), en la que la norma no se identificará con el texto de la ley, sino con el resultado de una construcción hermenéutica a partir del programa normativo y del ámbito normativo por medio de un proceso hermenéutico de concreción de la norma.

Seguidamente (Capítulo III), analizaremos los dos modelos de jurisdicción que orientaron la formación y la definición de las atribuciones del poder judicial a partir de las teorías de la división de poderes en John Locke y Montesquieu para culminar con la división de los poderes en el Estado contemporáneo. La forma de reparto de poder entre los tres centros de poder estatal, legislativo, ejecutivo y judicial, delimita las atribuciones que se van a imputar al Poder Judicial, en cuanto función típica de la jurisdicción, con repercusión directa sobre lo que se puede entender por control de constitucionalidad de la norma.

Por último, trataremos de la *jurisdicción constitucional ordinaria* en España (Capítulo IV), comenzando por una aproximación histórica de las primeras experiencias del control de constitucionalidad en Europa continental, especialmente, del control de constitucionalidad difuso. Seguidamente construiremos un concepto de jurisdicción constitucional ordinaria, así como lo que se debe entender por *control de constitucionalidad difuso de la norma* para identificar, posteriormente, los elementos de la estructura de este control, así como asentar las bases de la legitimidad constitucional de esta función. A título de conclusión, presentaremos algunos casos específicos en los cuales el control de constitucionalidad difuso de la norma, realizado por la jurisdicción constitucional ordinaria, se revela con toda su profundidad.

CAPÍTULO I

LOS PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS: ESTADO, LEY Y CONSTITUCIÓN

1 – El Estado: *locus* de control de constitucionalidad

Entre las numerosas posibilidades de organizarse política y jurídicamente, el pueblo español, por medio de referéndum popular, constituyó una organización que tiene por elementos esenciales el ser Estado, no cualquier tipo de Estado sino un Estado de Derecho, incrementado de los adjetivos social y democrático, es decir un *Estado social y democrático de Derecho* (art. 1.1 de la CE). Esta fórmula político-jurídica es el núcleo de la Constitución. La supresión o la alteración de cualquiera de sus elementos, conllevaría una profunda alteración de toda la Constitución. No sería ya el mismo Estado, sino otro.

No es posible comprender la fórmula político-jurídica del Estado social y democrático de Derecho del artículo 1.1 de la Constitución de España sin un mirar a la historia de construcción y sedimentación de los elementos que componen esta fórmula – proceso de descomposición de la fórmula, lo que permitirá la percepción de que cada uno de estos elementos sea el resultado de una construcción histórica, dentro de la cual reciben un cierto contenido, los cuales vienen sufriendo constantes modificaciones por medio de una continua actualización, ante las necesidades contemporáneas de la sociedad.

En este sentido, la jurisdicción, en cuanto una de las funciones básicas del Estado, así como las demás clásicas funciones estatales, legislativa y ejecutiva, está directamente relacionada con la concepción de

Estado de una cierta época y lugar. En otras palabras, la concepción de Estado, ya sea ella de un Estado absoluto, legal, liberal, social o democrático, repercute decisivamente sobre lo que se puede entender por jurisdicción; esto porque las funciones estatales son conformadas de acuerdo con los elementos estructurales del Estado, estando la definición de estas funciones al servicio de una cierta concepción de organización política¹.

Toda la organización política es creada por una determinada sociedad para una cierta finalidad, ya sea para crear nuevas condiciones de vida, ya sea para mejorar las condiciones ya existentes, lo que se da por medio de la protección de valores fundamentales como la libertad y la igualdad. Si el Estado está al servicio de su finalidad institucional, las funciones básicas de la organización política serán concebidas de acuerdo con esta misma finalidad, con el fin de que el Estado pueda realizar los objetivos para los cuales fue creado. Cada forma de Estado es una respuesta jurídico-política a las exigencias de la sociedad ante las estructuras de poder de su época. Así, el Estado liberal de Derecho resulta de los impactos con el absolutismo monárquico del Antiguo Régimen²; el Estado social de Derecho responde al individualismo y al abstencionismo del Estado liberal de Derecho; y el Estado democrático de Derecho es el resultado de la supervivencia de las estructuras del poder liberal en el Estado social³.

Así, el contenido nuclear de las funciones básicas del Estado se modifica conforme a los fines de cada organización política, razón por la cual afirmamos, inicialmente, que la jurisdicción está en una relación de

¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis e RIBAS DO NASCIMENTO, Valéria, *Constitucionalismo e cidadania por uma jurisdição constitucional democrática*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 68 y ss.

² Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Sobre el estado de derecho y su significación constitucional", en *Sistema*, nº 57, Madrid, noviembre/1983, p. 52.

³ LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, pp. 131-132.

interdependencia con la concepción del Estado, motivo por el cual nuestra atención, en este apartado, estará centrada en el estudio de las tres sucesivas formas del Estado moderno; es decir, la liberal, la social y la democrática, así como en sus sucesivas crisis.

Finalmente, conviene destacar que estas tres formas de Estado mencionadas configuran sólo Estados-tipo para fines de análisis de la jurisdicción-tipo predominante en cada una de estas formulaciones políticas, puesto que no necesariamente estas organizaciones políticas se pueden encontrar en la historia como si fueran una sucesión evolutiva natural. La historia de las organizaciones políticas es más compleja, estando marcada por progresos y retrocesos, así como de características que sobrepasan más de un tipo estatal. La clasificación en Estados-tipo tiene la virtud de facilitar la comprensión y el estudio de las principales características de cada una de estas formulaciones políticas pero no la ambición de pretender aprehender la realidad en conceptos estáticos.

1.1 – Formación y crisis del Estado liberal de Derecho

El Estado de Derecho se contrapone al Estado Gendarme, básicamente porque introduce contenidos inmunes a las iniciativas del legislador ordinario y, por lo tanto, a la ley. El Derecho empieza a adquirir un contenido axiológico con los primeros derechos fundamentales de defensa del ciudadano contra el propio Estado⁴. A pesar de la carencia de un sentido unívoco, la expresión Estado de Derecho, en el transcurso del

⁴ LUIZ STRECK, Lenio, y BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2000, p. 84; BENDA, Ernesto *et al*, "El Estado social de Derecho", en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 505.

tiempo, terminó por sedimentar un cierto residuo común ideológico de los principales aspectos de la expresión en la historia del Estado moderno⁵.

Al tratar de la historia del concepto del Estado de Derecho, Alessandro Baratta divide su desarrollo en dos fases. Una primera, externa a Alemania, sobre todo en Inglaterra y Francia y, una segunda, dentro de Alemania, a partir de las experiencias inglesa y francesa. En la historia externa, el Estado de Derecho se consolidó principalmente bajo dos elementos; es decir, el de la legalidad, en el sentido de garantía de las libertades individuales – *rule of law* de origen inglés (Locke)⁶ – y el de la separación de los poderes – *séparation des pouvoirs*- de origen francés (Montesquieu)⁷. En la historia interna, el concepto del Estado de Derecho realiza una unión de los dos elementos anteriores, modificando sus significados, los cuales comienzan a tener por elemento nuclear la *autolimitación* del Estado por medio del Derecho. La garantía de las libertades individuales es sustituida por los derechos públicos subjetivos, y la separación de los poderes, inicialmente concebida con la finalidad de conferir supremacía a la ley, comienza a servir de límite⁸.

En virtud de estas circunstancias, el ciudadano, dentro del Estado de Derecho, estaba protegido de la interferencia estatal y de otros conciudadanos, porque los derechos fundamentales se encontraban asegurados por integrar el contenido axiológico sustraído de la actuación legislativa. La actividad estatal debe obedecer al principio de legalidad,

⁵ BARATTA, Alessandro, “El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual”, en *Sistema*, nsº 17-18, Madrid, abril/1977, p. 14; CASCAJO CASTRO, José Luis, “La lucha por el Estado de Derecho”, en *Sistema*, nsº 17-18, Madrid, abril/1977, pp. 163-165; CORTINA, Adela, “Del Estado de bienestar al Estado de justicia”, en *Claves de razón práctica*, nº 41, Madrid, abril/1994, p. 14.

⁶ Cfr. LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Madrid, Alianza, 1998.

⁷ Cfr. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. Mercedes Blásquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998, Libro XI, cap. VI.

⁸ BARATTA, Alessandro, “El Estado de Derecho...”, *op. cit.*, pp. 16-18; GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 52-53.

actuando conforme a la ley, la cual, a su vez, jamás puede violar los derechos fundamentales asegurados por el contenido axiológico⁹. El Estado de Derecho no solamente garantiza un contenido mínimo, sino que también está comprometido a actuar conforme a este mismo contenido – conjunto de valores, principios y derechos fundamentales.

El proceso de constitucionalización ha sido el mecanismo jurídico encontrado para la protección del contenido axiológico¹⁰. Sin embargo, para que esto fuera posible, la Constitución debería obligatoriamente estar dotada de algunos predicados, sin los cuales el contenido axiológico no estaría a salvo de las iniciativas del legislador ordinario. Entre estas cualidades, se encuentran: 1 - la supremacía normativa; 2 - la división de los poderes; 3 - la independencia del poder judicial; y 4 - el principio de la legalidad¹¹. Como es fácil constatar, en el Estado Gendarme el eje fundamental está en el principio de la estricta legalidad formal. Por otro lado, en el Estado de Derecho se han incluido más tres ejes fundamentales, siendo que la supremacía normativa de la Constitución comienza a ejercer la función de *fundamento de los fundamentos*.

Este tránsito del Estado Gendarme al Estado de Derecho es resultado de la confrontación entre los movimientos revolucionarios del liberalismo y del absolutismo¹². La idea de libertad del individuo nace en un período notablemente anterior a la Revolución Francesa (1789). En efecto, surge especialmente de la Revolución Inglesa (1688), a partir del pensamiento filosófico político de la época (Locke), comenzando por la

⁹ BELLVER CAPELLA, Vicente, “La dimensión prestacional de los derechos fundamentales en el estado social de derecho”, en *Revista General de Derecho*, nº 642, Valencia, marzo/1998, pp. 1881-1899.

¹⁰ PALOMAR MALDONADO, Evaristo, *et al*, “La construcción del Estado de Derecho en España”, en *El Estado de Derecho en la España de hoy; Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Actas, 1996, p. 104.

¹¹ LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado...*, *op. cit.*, pp. 23-24.

¹² BOUZA-BREY, Luis, “El poder y los sistemas políticos”, en CAMINAL BADIAL, Miquel (Ed.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 53.

libertad religiosa – tolerancia religiosa – y por la libertad política y económica. En síntesis, podríamos decir que el liberalismo concibe un Estado limitado en su poder y funciones, contraponiéndose, por un lado, al antiguo Estado Absoluto y, por otro, al futuro Estado social de Derecho (Norberto Bobbio)¹³. El *Estado liberal de Derecho* o, simplemente, Estado liberal se distingue del Estado Absoluto por estar limitado por los derechos individuales de libertad, ahora constitucional, así como se distingue del futuro Estado social de Derecho por poseer funciones mínimas, es decir, un Estado mínimo, que se restringe a tutelar los derechos individuales de libertad (Nozick)¹⁴.

Partiendo de las teorías contractuales del Estado, el contrato social se materializa en una Constitución escrita. Por esta razón, el liberalismo reivindica los derechos fundamentales, la limitación y la división de poderes y una Constitución escrita¹⁵. La idea de la necesidad de una Constitución está vivamente consolidada en la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando consta en su artículo 16 que solamente hay Constitución si hay división de poderes y reconocimiento de derechos fundamentales; es decir, la división de poderes, así como los derechos fundamentales comienzan a integrar el propio concepto de Constitución.

¹³ YTURBE, Corina, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, México, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2001, p. 162.

¹⁴ Cfr. NOZICK, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1991; PASCUCI, Enrico *et al*, “La aparición del Estado de Derecho: limitaciones del poder y separación de poderes”, en *El Estado de Derecho en la España de hoy: Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Actas, 1996, p. 88; y PALOMAR MALDONADO, Evaristo, “La construcción...”, *op. cit.*, p. 100; ANTÓN, Joan, “El liberalismo”, en CAMINAL BADIAL, Miquel (Ed.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 89; VERGARA, Francisco, *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*, Madrid, Alianza, 1999.

¹⁵ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 30.

Las barreras o defensas del ciudadano contra el Estado son los derechos fundamentales, los cuales están garantizados por la supremacía normativa de la Constitución, división de poderes, independencia del poder judicial y el principio de la legalidad¹⁶. Dentro de esta concepción de protección del ciudadano frente al Estado, el contenido básico de los derechos fundamentales en el Estado liberal se resume en la *libertad* y la *igualdad formal*, reconocidas como derechos naturales, innatos al hombre, dado que su inclusión en el ordenamiento jurídico del Estado no deriva de un simple acto de reconocimiento o de declaración de derechos preexistentes al propio Estado, sino que se ha comprometido a garantizarlos.

Como hemos dicho al principio, los conceptos fundamentales de la Constitución, entre ellos los valores superiores (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, art. 1.1 de la CE), padecen de un elevado grado de indeterminación. Así, según Benjamin Constant¹⁷, la libertad de los antiguos (libertad autonomía) no puede ser equiparada a la libertad de los modernos (libertad no interferencia), así como la libertad del Estado liberal no equivale a la libertad del Estado social de Derecho. La pretendida libertad es siempre una libertad de *algo y para algo*. Así, en cada época la sociedad o un cierto grupo de personas puede postular la libertad de algo que le fue o está siendo retirado, así como la libertad para algo que se pretenda realizar¹⁸. La libertad postulada por los modernos era una libertad frente al Estado Absoluto, de no interferencia, de ausencia de impedimentos o limitaciones; es decir, una libertad para el ejercicio de las libertades civiles, del derecho a la vida, a la libre circulación, a la libre

¹⁶ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, Capítulo 2.

¹⁷ Cfr. CONSTANT, Benjamín, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1988.

¹⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 55.

expresión, a la libre asociación, al libre comercio de bienes y trabajo; es decir, derechos de primera dimensión¹⁹.

Al lado de la *libertad negativa*, se presenta como valor del Estado liberal la *igualdad ante la ley o igualdad formal*²⁰. La sociedad del Antiguo Régimen estaba dividida en estamentos sometidos al monarca. No había movilidad entre estos estamentos, dado que el nacimiento era el factor determinante para definir a qué estamento la persona iba a pertenecer durante toda su vida. El sistema de privilegios estaba legitimado por la teocracia. La burguesía, clase social incipiente, pertenecía al tercer estamento o tercer Estado en la Asamblea de los Estados en Francia. Ante estas circunstancias históricas, la burguesía proclamaba la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, con la finalidad de poner fin a los privilegios de algunos estamentos en detrimento de otros. Así, la igualdad del Estado liberal debe ser entendida como una proclamación de igualdad contra el sistema de desigualdad estamental²¹.

El contenido axiológico del Estado liberal de Derecho impone al propio Estado el abstencionismo en el proceso económico y social, generando por consiguiente una rigurosa separación entre el Estado y la sociedad. El Estado no desarrolla ninguna política social o económica, limitándose a promulgar leyes, por lo que llegó a ser conocido como un Estado meramente legislador. La ausencia del Estado en la sociedad es el resultado de la libertad absoluta exigida por el liberalismo, lo que permitió un gran desarrollo de la clase de los detentadores del poder económico en detrimento de la clase trabajadora, cada vez más empobrecida, generando un profundo abismo entre estas capas de la sociedad y un creciente proceso de injusticia social. La pura libertad no

¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 5ª ed., São Paulo, RCS Editora, 2007, pp. 42-43

²⁰ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado social...*, *op. cit.*, p. 28.

²¹ REQUEJO COLL, Ferrán, *Las Democracias; Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 82.

era suficiente para corregir los desajustes y las injusticias en la sociedad. Esta corrosión de los pilares del Estado liberal no se da a partir de sus propias estructuras jurídicas, sino de la realidad social; es decir, son los crecientes conflictos sociales surgidos a partir de la ausencia del Estado que desafían la racionalidad del Estado liberal²². El Estado liberal comienza, por una cuestión de supervivencia, a democratizarse²³.

A la *libertad negativa* será añadida la libertad positiva; es decir, además de la libertad frente al Estado, se reivindicaba una libertad de participación en las decisiones políticas del Estado, lo que tuvo inicio a partir de una gradual ampliación del sufragio universal y de la formación de grupos de intereses. Son los llamados derechos políticos, también integrantes de la primera dimensión de derechos. Con la aparición de la democracia en el Estado liberal, el valor básico de las democracias liberales comenzó a ser el de la "*libertad igual*"²⁴.

Si la libertad, hasta aquel momento estaba presente sólo en su aspecto negativo, comienza a ampliarse su contenido por la libertad positiva, fenómeno que se ve impulsado por la igualdad ante la ley. La igualdad, hasta entonces restringida a los derechos civiles, derivados de la libertad negativa, es extendida a los derechos políticos como consecuencia de la libertad positiva. La igual participación en el proceso político, por medio del sufragio universal, confiere al Estado liberal la calidad de democrático; es decir, de democracia-liberal. La democracia no aleja del núcleo del Estado de Derecho el valor libertad, lo que hace de esta democracia una democracia-liberal, de naturaleza formal o meramente procedimental.

²² CASCAJO CASTRO, José Luis, "La lucha por el Estado...", *op. cit.*, pp. 165-166.

²³ REQUEJO COLL, Ferrán, *Las Democracias...*, *op. cit.*, p. 88.

²⁴ *Ibidem*, pp. 89-90; y, también, YTURBE, Corina, *Pensar la democracia...*, *op. cit.*, p. 170.

Paralelamente a la construcción del Estado liberal y de su proceso de democratización, se producen dos fenómenos, los cuales desvirtuarán el Estado de Derecho, transformándolo en un Estado Legal. El primero de estos fenómenos se produce en el ámbito de la teoría del Estado, en la cual la razón deja de ser parámetro de legitimidad del Estado de Derecho (Kant)²⁵ para asumir la función de fundamento del propio Estado (Hegel)²⁶, comenzando a identificarse el Estado con la legalidad, absorbiendo, así, en la legalidad, los derechos individuales. El segundo fenómeno se manifiesta dentro de la teoría del Derecho, con el positivismo jurídico formal²⁷, en el cual la razón es abandonada como límite de actuación del Estado para que la ley, promulgada por el propio Estado, comience a actuar como su límite, es decir, el Estado comenzaría a autolimitarse²⁸.

En síntesis, el Estado liberal de Derecho es convertido en un Estado Legal, en el cual se suprime el contenido axiológico de la ley, comenzando el Derecho a identificarse con la ley y la ley con el Estado (Hans Kelsen). El positivismo jurídico formal es el instrumento de la burguesía liberal, por medio del cual paulatinamente serán eliminados los contenidos iusnaturalistas de la concepción del Estado liberal de Derecho hasta reducirlo a un Estado Legal²⁹.

En el Estado Legal la legitimidad no se encuentra fuera del Estado, sino dentro del propio Estado, y precisamente, en la ley. La legalidad, sin ningún juicio sobre la justicia, se contenta con la sumisión del Estado a las leyes por él promulgadas. En otras palabras, el Estado se autolimita por sus leyes, y no existe ningún juicio sobre la justicia o injusticia de las

²⁵ Cfr. KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid, Alianza, 2002.

²⁶ Cfr. HEGEL, G. W. F. J., *Filosofía de la historia*, Buenos Aires, Claridad, 1976.

²⁷ CASCAJO CASTRO, José Luis, "La lucha por el Estado...", *op. cit.*, p. 166.

²⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Sobre el estado de derecho...", *op. cit.*, pp. 59-62; KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2002.

²⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 53.

mismas. La legitimidad es justificada por la legalidad, independientemente de su justicia, derivando, así, la legitimidad de la más pura legalidad³⁰. La validez de la ley no depende ya de su sintonía con la legitimidad, sino sólo de su regularidad jurídico-formal (Hans Kelsen).

Junto con el postulado de la no intervención como un elemento inherente al Estado liberal, el positivismo formalista contribuyó decisivamente a reforzar la formalidad del Estado al reconducir el Derecho a la ley y la ley al Estado, en el cual la legitimidad del Estado se encuentra en la mera legalidad³¹. Vaciada la ley de todo el contenido axiológico, ésta podría comenzar a ser utilizada incluso para cometer injusticias legales, de las cuales la historia es testigo.

Finalmente, estos rasgos definitorios del Estado liberal de Derecho y, posteriormente, del Estado Legal, atraviesan y configuran la función jurisdiccional de estos Estados, caracterizando la jurisdicción liberal a través de una actuación destinada exclusivamente a la resolución de conflictos de naturaleza individual; medidas judiciales no invasivas de la esfera de libertad de los ciudadanos y sin ningún contenido prospectivo de transformación y alteración de la realidad social; y una concepción de justicia distributiva por medio de la cual poca o ninguna importancia tiene lo que cabrá a cada uno, siempre que cada uno reciba lo que le es debido, es decir, *suum cuique tribuere*, dar a cada uno lo que es suyo.

³⁰ MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo *et al*, "La conculcación del Estado de Derecho: Legalidad versus Legitimidad", en *El Estado de Derecho en la España de hoy: Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Actas, 1996, pp. 237-241.

³¹ CASCAJO CASTRO, José Luis, "La lucha por el Estado...", *op. cit.*, p.166.

1.2 – Formación y crisis del Estado social de Derecho

A finales del siglo XIX, las presiones contra las injusticias sociales alcanzan niveles insostenibles para el Estado liberal, lo que propicia una lenta pero progresiva reforma del Estado. La transformación del Estado liberal en un Estado social de Derecho o Estado social es el resultado de una ardua lucha de la clase trabajadora por mejores condiciones de vida. La implementación del Estado social no se produce de la nada, no cae del cielo, ni tampoco es una concesión de quienes detentan el poder sino que es el fruto de una constante y agguerrida disputa por mejores condiciones de vida³². El rey, para no perder los dedos, entregó los anillos a la burguesía. Ahora llegó la vez de la burguesía para que entregue los anillos para no perder los dedos. Por esta razón Adela Cortina afirma que el Estado social nace más como una “*estrategia política [liberal] que por exigencia ética*”³³.

La preocupación por la cuestión social y las críticas al Estado liberal partieron de diversas corrientes, desde las más radicales como el marxismo (Karl Marx – 1818-1883) hasta las más moderadas como el socialismo (Louis Blanc), el socialismo inglés (Shaw, Wells y Webb), la socialdemocracia (Lassalle y Bernstein) y la Iglesia católica, por medio de la encíclica *Rerum Novarum* de 1891³⁴. Lorez von Stein (1850) fue el primer autor que teorizó sobre la monarquía social como solución para las desigualdades sociales provocadas por el Estado liberal. Sin embargo, fue Hermann Heller (1929)³⁵ el primero en teorizar sobre la idea de un Estado social de Derecho en medio a la crisis del Estado liberal y de la

³² CAPELLA, Juan-Ramón, “La crisis del “Estado del Bienestar””, en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 178; cfr. BONAVIDES, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado social*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

³³ CORTINA, Adela, “Del Estado de bienestar...”, *op. cit.*, p. 17.

³⁴ GALLEGO MÉNDEZ, María Tereza, “Estado social y crisis del Estado”, en DE ÁGUILA, Rafael (Ed.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 108-110.

³⁵ Cfr. HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de la Cultura Económica, 1992.

democracia, como una forma de salvar el Estado de la dictadura fascista, de la degeneración motivada por el positivismo jurídico formalista y de la apropiación del Estado por la elite económica³⁶.

Como vemos, la preocupación por las cuestiones sociales antecede a la formulación del Estado social de Derecho³⁷. A finales del siglo XIX ya existían políticas sociales sectoriales, las cuales no tenían por objetivo transformar la estructura social sino minimizar sus más graves problemas. Sin embargo, dentro de la nueva concepción de Estado, la política social es extendida a todos los sectores de la sociedad, ya no como reacción a los hechos sino como una acción que se antepone a los hechos, desencadenando la realización de una programación integrada y sistematizada política social³⁸.

La constitucionalización de la fórmula Estado social aparece por primera vez en 1949, en la Ley Fundamental de la República Alemana, cuando define, en su artículo 20, a Alemania como “*un Estado federal, democrático y social*”, y, en el artículo 28, como “*un Estado democrático y social de Derecho*”. Sin embargo, la Constitución mejicana (1917) y la Constitución de la República de Weimar (1919) ya contenían en sus textos los primeros fragmentos de una concepción social de Estado, aunque limitada a algunos sectores de la sociedad³⁹. La concepción del Estado social se generalizó en el constitucionalismo europeo occidental después de la Segunda Guerra Mundial.

³⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, pp. 16-17.

³⁷ Una parte de la doctrina distingue los conceptos de Estado de Bienestar, Estado Asistencial o Estado Providencial del Estado social de Derecho. Cfr. CORTINA, Adela, “Del Estado de bienestar...”, *op. cit.*, p. 20; K. PREUSS, Ulrich, “El concepto de los derechos y el Estado del Bienestar”, en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 68; GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 48; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho constitucional*, nº 69, Madrid, septiembre/diciembre, 2003, pp. 139-140.

³⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

³⁹ GALLEGO MÉNDEZ, Maria Tereza, “Estado social...”, *op. cit.*, pp. 110-113.

El contenido del Estado social recae sobre los mismos valores del Estado liberal; es decir, la libertad y la igualdad, sin embargo, dentro de un proceso integrador de una nueva visión o dimensión de aquellos valores. Cascajo Castro apunta que se trata de “*un proceso integrativo más que correctivo*”. Para Habermas, recordado por el citado autor, los principios del Estado liberal y del Estado social son los mismos, los cuales, tras los cambios sociales, comenzaron a exigir la superación de la forma liberal⁴⁰. Los valores del Estado liberal, libertad e igualdad, reciben en el Estado social un nuevo sentido, es decir, son los mismos valores, pero con una novedad de contenido, puesto que “*Cuando el mundo cambia, cambia con él el significado de las palabras*”⁴¹. No se trataba de excluir la primera dimensión valorativa, correspondiente al Estado liberal, sino de añadir una nueva perspectiva hasta entonces no revelada por la razón histórica.

En el Estado liberal predominaba la *libertad sobre la igualdad*, a partir de la propia configuración del Estado, en la cual éste asumía una función de garante de la libertad, no interviniendo en la sociedad para corregir las eventuales distorsiones ocasionadas por el ejercicio de la libertad. Todos son iguales ante la ley y dentro de esta concepción de no intervención, el Estado no ayuda a nadie que pueda encontrarse en una situación de riesgo de vida, puesto que ésta no es su función principal⁴².

⁴⁰ CASCAJO CASTRO, José Luis, “La lucha por el Estado...”, *op. cit.*, pp. 168-169; GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 56; DÍAS, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1986, p. 83.

⁴¹ CAPELLA, Juan-Ramón, “La crisis del “Estado del Bienestar...”, *op. cit.*, p. 177.

⁴² BARCELONA, Pietro, “Los sujetos y las normas: El concepto de Estado social”, en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 32; OLIVAS, ENRIQUE, “Problemas de legitimación en el Estado social”, en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 12.

En el Estado social, al contrario, predomina la *igualdad sobre la libertad*⁴³, en el cual aflora una nueva concepción de libertad cuando se compara la del Estado liberal; es decir, comienza a ser función del Estado corregir las distorsiones o injusticias sociales provocadas por la libertad⁴⁴. Es la llamada *igualdad material*⁴⁵. En esta nueva concepción se produce una alteración de peso en la relación entre los valores de la libertad y de la igualdad y, por consiguiente, se añaden nuevos principios y derechos fundamentales como resultado de este cambio. En el Estado liberal los derechos fundamentales se restringían a los derechos civiles y políticos, derechos de primera dimensión. Por otro lado, en el Estado social los derechos fundamentales, además de los consagrados en el Estado liberal, comienzan también a garantizar la igualdad material, introduciendo derechos de naturaleza social y económica, derechos de segunda dimensión⁴⁶.

La nueva concepción de igualdad, bajo el prisma de la materialidad, tiene como objetivo corregir las distorsiones o las injusticias sociales producidas por la libertad o por el exceso de libertad; es decir, la igualdad material, al concretarse, bajo un cierto aspecto, reduce la libertad⁴⁷, o, en otras palabras, cuanto mayor es la igualdad o cuanto mayor es la intervención del Estado a favor de esta igualdad, menor será el grado de libertad y, por consiguiente, el espacio de acción libre del individuo⁴⁸.

⁴³ BENDA, Ernesto, "El Estado social...", *op. cit.*, p. 548; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, "Sobre el estado de derecho...", *op. cit.*, p. 62.

⁴⁴ MIRETE NAVARRO, José Luis *et al*, "La justicia social como correctora de la justicia protectora", en *Estudios de Derecho Constitucional: Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Vol. I, Murcia, Universidad de Murcia, 1997, p. 566.

⁴⁵ REQUEJO COLL, Ferran, *Las Democracias...*, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁶ BELLVER CAPELLA, Vicente, "La dimensión prestacional...", *op. cit.*, p. 1.885; COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 33; CORTINA, Adela, "Del Estado de bienestar...", *op. cit.*, p. 16.

⁴⁷ BELLVER CAPELLA, Vicente, "La dimensión prestacional...", *op. cit.*, p. 1.885; BENDA, Ernesto, "El Estado social...", *op. cit.*, p. 545.

⁴⁸ LÓPEZ GUERRA, Luis, "Las dimensiones...", *op. cit.*, p. 172.

El valor de igualdad, al contrario de la libertad, no posee un contenido definido, pudiendo concretarse de las más diversas formas; es decir, es posible “*comprenderlo como categoría abierta donde tienen cabida una variedad muy grande de contenido*”⁴⁹. Esta gran flexibilidad del valor igualdad permite su constante reformulación y adaptación a los nuevos tiempos, de acuerdo con las necesidades del presente y del futuro, lo que hace del Estado social de Derecho “*un concepto abierto bajo el que cabe comprender muchas y diferentes cosas*”⁵⁰, o según Hermann Heller, una “*fórmula de carácter utópico*”, siempre abierta al futuro.

Actualmente no cabe la menor duda en la doctrina de que la libertad y la igualdad son valores que pueden convivir armónicamente dentro de un mismo orden constitucional. La concepción del Estado social es una “*fórmula de compromiso*” de respeto de las libertades individuales y de realización de la justicia social⁵¹.

El Estado social, por un lado, no puede abandonar las garantías proporcionadas por el Estado liberal, así como, por otro, tampoco puede quedar inerte por falta de fuerza normativa suficiente; es decir, reducido a una mera norma programática vacía de contenido vinculante. Los valores libertad e igualdad necesitan ser relativizados para una *armónica convivencia*, puesto que de lo contrario, acabarían por excluirse mutuamente⁵². Son las propias constituciones de los Estados sociales que proponen la convivencia de los dos valores, los cuales deben tener sus contenidos complementados a partir de esta relación dialéctica, a ejemplo

⁴⁹ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁰ BENDA, Ernesto, “El Estado social...”, *op. cit.*, p. 522; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El Estado social y democrático de Derecho: significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, en MONEREO PÉREZ, José Luis *et al* (Dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España* Granada, Comares, 2002, p. 90.

⁵¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Sobre el estado de derecho...”, *op. cit.*, pp. 65-66.

⁵² CASCAJO CASTRO, José Luis, “La lucha por el Estado...”, *op. cit.*, pp. 168-169.

de la Constitución española de 1978 que en su artículo 1.1 propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad. La libertad del Estado social no es la libertad frustrada o reprimida del Estado liberal, sino una nueva libertad. Según Bidart Campos, a los valores clásicos de igualdad y libertad son “*acrecidos contenidos como ‘igualdad de oportunidades y de trato’, y como libertad real ‘para’ acceder efectivamente al goce y ejercicio de numerosos derechos*”⁵³.

El Estado social acoge los valores básicos del Estado liberal, la libertad y la igualdad formal, para hacerlos más concretos. En el Estado social hay una actualización de los valores liberales. Para García-Pelayo “*no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real*”, puesto que hasta este momento se entendía la libertad como un presupuesto de la dignidad humana, lo que justificaba la preeminencia del valor libertad sobre el de la igualdad. Dentro de la nueva concepción de Estado se produce una inversión de valores, comenzando la dignidad humana a ser un presupuesto de la libertad⁵⁴ y a justificar la relevancia de la igualdad material, que se realiza en la existencia de condiciones mínimas de vida⁵⁵, es decir, ya no es posible hablar de libertad sin que hayan sido previamente implementadas las condiciones materiales mínimas para una vida digna. Por esta razón, en el Estado social comienza a ser imprescindible la definición de lo que se debe comprender por

⁵³ BIDART CAMPOS, Germán *et al*, “La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)”, en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, T. II, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México) y Servicio Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense de Madrid), 2001, p. 714.

⁵⁴ BELLVER CAPELLA, Vicente, “La dimensión prestacional...”, *op. cit.*, p. 1.892.

⁵⁵ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 26; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Sobre el estado de derecho...”, *op. cit.*, p. 63.

condiciones mínimas de existencia; eso es, “*qué necesidades consideramos lo que algunos llaman un ‘mínimo decente’, otros un ‘mínimo absoluto’, por debajo del cual no puede quedar ese Estado, si pretende legitimidad*”⁵⁶.

Este nuevo catálogo de derechos fundamentales, sociales y económicos, ahora fundados en la relación de valores establecida entre la igualdad material⁵⁷ y la libertad, impone al Estado la intervención en la sociedad con el objetivo de realizar la igualdad material, puesto que la inercia estatal, característica fundamental del Estado liberal, no proporcionaría las condiciones adecuadas para el enfrentamiento de la crisis y la realización de los nuevos derechos fundamentales proclamados por el Estado social. Con la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales, éstos dejan de ser meramente negativos, asumiendo una configuración positiva y deshaciendo el abismo entre el Estado y la sociedad⁵⁸. La separación entre Estado y sociedad provocada por el Estado liberal desaparece y el Estado empieza a desarrollar medidas de intervención en la sociedad, así como la sociedad amplía su participación en el Estado⁵⁹.

Como vemos, la democracia política floreció con la ampliación de la libertad y de la igualdad política, manteniéndose, sin embargo, en el ámbito del proceso político. En el Estado social, sin embargo, la democracia penetra en la sociedad, debiendo entenderse la democracia social no sólo como la participación en la toma de decisiones fundamentales de la política económica, sino también como la

⁵⁶ CORTINA, Adela, “Estado social...”, *op. cit.*, p. 124.

⁵⁷ GALLEGO MÉNDEZ, Marisa Tereza, “Estado social...”, *op. cit.*, p. 122.

⁵⁸ BELLVER CAPELLA, Vicente, “La dimensión prestacional...”, *op. cit.*, p. 1.885.

⁵⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 21; COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 32.

participación en la gestión, producción empresarial y distribución de bienes⁶⁰.

Como hemos mencionado anteriormente, el Estado social no derogó el Estado liberal. Al contrario, a partir de los valores básicos del Estado liberal, libertad e igualdad, realizó una relectura de estos valores fundamentales, los cuales recibieron una nueva dimensión. Teorizado en la primera mitad del siglo XX y afirmado después de la Segunda Guerra Mundial, el Estado social, desvirtuado y convertido en un Estado del máximo bienestar, ya no tardó más de dos décadas para empezar a presentar señales de agotamiento en su capacidad de resolución de la crisis social, ahora situada dentro de un contexto mayor, la crisis de la humanidad.

La consolidación y la profundización del Estado social se dieron a lo largo de continuas e incesantes presiones sociales por una mayor intervención del Estado en la sociedad, ahora instrumentalizadas por un amplio sufragio. La democracia liberal con la consecuente participación cada vez mayor de los ciudadanos en las decisiones políticas del Estado, especialmente de la gran masa excluida de la partición de la riqueza producida por el esplendor del Estado liberal, posibilitó una gran presión social por el aumento, a veces indiscriminado, de los servicios y las prestaciones estatales. La demanda social por una creciente intervención pública en el proceso económico y social dio causa a un incremento de las inversiones públicas con relación al Producto Interno Bruto – PIB, aumentando los costes públicos en un ritmo más acelerado que el PIB.

Por un lado, la sociedad exigiendo una mayor intervención del Estado con prestaciones y servicios y, por otro, el sistema económico que necesitaba esta intervención con el fin de incrementar el consumo y

⁶⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 50.

mantener la actividad económica. Esta demanda convergente, de la sociedad y del sistema económico, hizo que el Estado se hipertrofiara, generando crecientes déficits públicos. En síntesis, para Juan-Ramón Capella, la crisis del Estado del Bienestar se resume, por un lado, en una creciente demanda social por las prestaciones y los servicios públicos y, por otro, en una decreciente capacidad presupuestaria del Estado para hacer frente a estos gastos⁶¹. Así, la crisis económica genera la crisis del Estado del Bienestar, del Estado social, del Estado liberal y de la democracia, puesto que se trata, en efecto, de una crisis global de la propia concepción de Estado en el ámbito de una crisis de la civilización⁶².

Las “*promesas incumplidas*” (Norberto Bobbio)⁶³ del Estado social de Derecho provocan una pérdida de legitimidad. La legitimidad del Estado social no reside, simplemente, en la ley constitucional sino en el grado de efectividad de los derechos fundamentales, es decir, la “*legitimidad se refrenda o se pierde según el grado de garantía efectiva que otorga a los derechos fundamentales*”⁶⁴. La crisis de efectividad y de legitimidad del Estado social, provocada por su conversión en un Estado de Bienestar, abre el debate sobre la necesidad de la reducción del tamaño del Estado, sobre el grado del intervencionismo estatal en la sociedad a través de las prestaciones y servicios públicos.

Sin embargo, es cierto que el debate sobre la crisis del Estado social de Derecho no puede circunscribirse al sistema económico; es decir, las razones económicas no pueden prevalecer sobre las razones políticas y sociales, a punto de subordinarlas al desarrollo económico

⁶¹ CAPELLA, Juan-Ramón, “La crisis del...”, *op. cit.*, p. 180.

⁶² *Ibidem*, p. 187; SERRA, Francisco, “El futuro del Estado social”, en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, p. 167. Y, también, sobre la crisis fiscal, ideológica y filosófica del Estado social, véase; BOLZAN DE MORAES, José Luis, *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 42-49.

⁶³ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés, 1985.

⁶⁴ BELLVER CAPELLA, Vicente, “La dimensión prestacional...”, *op. cit.*, p. 1.886.

como si éste fuera un fin en sí mismo, puesto que la consideración exclusiva de argumentos económicos o *“la aceptación incondicionada de la lógica económica supone ya una ruptura del pacto constituyente que dio lugar al Estado social”*⁶⁵.

Por último, estos trazos definidores del Estado social de Derecho también reflejan la forma con que se presenta y desempeña la función jurisdiccional del Estado social. Así, la jurisdicción social mantuvo las principales características presentadas por la jurisdicción liberal con algunas contribuciones significativas, entre ellas, la actuación jurisdiccional deja de ser exclusivamente destinada a la resolución de conflictos de naturaleza individual, para tímidamente comenzar a actuar también ante los conflictos colectivos; las provisiones judiciales adquieren un mayor grado de intervención en la esfera de libertad de los ciudadanos, aunque sin un contenido prospectivo de transformación y alteración de la realidad social; y se supera una concepción de justicia meramente distributiva adoptando una concepción de justicia correctiva de las injusticias sociales y económicas.

1.3 – Formación y crisis del Estado social y democrático de Derecho

El proceso de democratización del Estado tiene inicio con el Estado liberal y se amplía en el Estado social. Históricamente es un proceso que se produce paralelamente a la formulación de los conceptos del Estado liberal y del Estado social de Derecho. En el Estado liberal la democracia liberal asumió una concepción estrictamente formal, limitada al campo político, mientras que en el Estado social la democracia social posee una concepción material; es decir, sin perder las conquistas de la democracia liberal, principalmente la posibilidad de acceso al poder político de un

⁶⁵ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El Estado social...”, *op. cit.*, p. 96.

número cada vez mayor de personas, penetra en el campo social, asegurando esta participación también en las áreas económica y social.

La cláusula democrática de los Estados se generaliza especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, incluso como forma de legitimación de los sistemas políticos autoritarios. La utilización indiscriminada del término, a veces totalmente separada de la realidad política y social, termina por vaciar de contenido el concepto, dificultando la labor del intérprete con relación al análisis de la fórmula político-jurídica del Estado democrático de Derecho.

Según Falcón y Tella la fórmula del Estado democrático de Derecho surge en Alemania con el Abendroth (1954) y Jahrheiss, en Suiza con Baumlich (1954)⁶⁶ y en España es introducida por Elías Díaz (1966)⁶⁷. La formulación democrática del Estado sufre un grado mayor de indeterminación que el propio concepto del Estado social, lo que hace de su interpretación una ardua tarea. En sus puntos extremos podremos ir desde una democracia formal o procedimental, limitada al campo político, hasta una democracia material, similar a la propuesta socialista⁶⁸, o en otras palabras, desde una democracia liberal a una democracia social. Por último, la cláusula democrática puede ser trabajada dentro del propio Estado social, en el cual las fórmulas Estado social de Derecho y Estado social y democrático de Derecho (España)⁶⁹ o Estado democrático y social de Derecho (Alemania) son equiparadas o, incluso, como una tercera fase en el proceso histórico de evolución del Estado de Derecho;

⁶⁶ FALCÓN Y TELLA, María José *et al*, "Constitución Española...", *op. cit.*, p. 184.

⁶⁷ DÍAS, Elías, *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, Cap. IV; DÍAS, Elías, "El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978", en *Sistema*, nº 41, Madrid, 1981, pp. 41-86.

⁶⁸ SCIACCA, Enzo, *Interpretación de la democracia*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas y Editorial de la Universidad Complutense, 1994, p. 8.

⁶⁹ "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político." (Art. 1.1 da Constitución de España de 1978)

es decir, el Estado democrático de Derecho como fase superadora del Estado social de Derecho⁷⁰.

Por un lado, las interpretaciones más conservadoras de la fórmula democrática desarrollan su contenido dentro del propio Estado social, incluyendo las fórmulas del *Estado social de Derecho* y del *Estado social y democrático de Derecho* o *Estado democrático y social de Derecho* como conceptos equivalentes. Estas corrientes interpretativas sufren algunas matizaciones, dado que entre ellas existen las que propugnan una democracia liberal y otras que defienden una democracia social. Por otro lado, las interpretaciones más progresistas postulan la superación del Estado social por el Estado democrático de Derecho, atribuyendo a éste un contenido específico y distinto, similar al socialismo. Si bien ésta no sea la tesis central de nuestra investigación, la definición de una teoría del Estado se impone, puesto que en el marco de esta teoría será posible desarrollar, posteriormente, una teoría de jurisdicción democrática, fundamento del control de constitucionalidad difuso de la norma. Así, en este apartado, intentaremos demostrar que el Estado democrático de Derecho, con contenido propio, parte de la segunda fase del Estado liberal, comenzando por el Estado social y proponiendo, al final, una profundización de sus contenidos. Por lo tanto, en un primer momento trataremos el Estado democrático de Derecho como proceso de consolidación de un específico ordenamiento jurídico y, posteriormente, como paradigma de un nuevo Estado.

El Estado democrático de Derecho posee un contenido propio, distinto de los contenidos axiológicos encontrados en los Estados liberal y social de Derecho. El Estado liberal, en su inicio, no era democrático, lo que lleva a la conclusión de que no todo Estado liberal es necesariamente democrático. Lo mismo sucede con el Estado social, que obligatoriamente

⁷⁰ Cfr. DÍAS, Elías, *Estado de Derecho...op. cit.*, pp. 91-92, 111, 114 y ss.

no necesita ser democrático, puesto que, teóricamente es posible concebir un Estado social sin democracia. La historia es testigo de la existencia de Estados liberales y Estados sociales no democráticos. Si estos Estados pueden existir sin democracia, significa que la cláusula democrática de las fórmulas político-jurídica Estado social y democrático de Derecho o Estado democrático y social de Derecho posee contenido propio, que no puede ser vaciada o equiparada simplemente a la cláusula social.

En el Estado democrático, así como en el Estado liberal y en el Estado social de Derecho, los valores libertad e igualdad coexisten, puesto que representan un fundamento de constitución, un parámetro de procedimiento y el fin último de la fórmula político-jurídica. Sin embargo, en el Estado democrático de Derecho hay una profundización de los contenidos presentados por el Estado liberal (libertad e igualdad formal) y por el Estado social (igualdad material y libertad) hasta alcanzar la dignidad de la persona, fundamento de los valores libertad e igualdad, en sus versiones formal y material. La dignidad de la persona actúa como síntesis de los valores libertad e igualdad⁷¹. La síntesis de estos valores también puede ser encontrada en el valor justicia⁷², lo que hace que muchos teóricos llamen el Estado democrático de Derecho como un Estado de justicia.

Al contrario del postulado por el Estado liberal, en el cual prevalece la libertad sobre la igualdad formal, y del Estado social, donde prevalece la igualdad material sobre la libertad, en el Estado democrático estos valores sintetizan la dignidad de la persona, por lo que ya no es posible la opción por el predominio de uno sobre el otro. La libertad y la igualdad

⁷¹ MAIHOFER, Werner *et al*, "Principios de una democracia en libertad", en *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 278.

⁷² PECES-BARBA, Gregorio, "Los valores superiores", en *Jornadas de Estudio sobre El Título Preliminar de la Constitución*, Vol. 1, Madrid, Centro de Publicaciones, 1988, p. 38.

son encontradas conjuntamente en la dignidad de la persona. La inexistencia o la reducción irrazonable de uno de estos valores, afecta directamente a la dignidad de la persona, razón por la cual el gran desafío está en encontrar un espacio de convivencia armónica de estos valores, aunque, desde luego, tiendan a rivalizar.

La cuestión, por lo tanto, no es la opción por un valor en detrimento del otro, puesto que quien hace la opción por la libertad, en efecto, decide por la libertad de algunos en detrimento de la libertad de otros, lo que sería lo mismo que no sólo decidir contra la igualdad, sino también contra la propia libertad. Por otro lado, quien opte por la igualdad, en efecto, decide por la igualdad de algunos en detrimento de la igualdad de otros, esto porque no decide sólo contra la libertad, sino también contra la propia igualdad. En síntesis, *libertad en igualdad e igualdad en libertad*⁷³. La relación, hasta entonces existente entre los valores libertad e igualdad, fundada en una concepción de necesario predominio de un valor sobre el otro, debe ceder espacio a una concepción de complementariedad.

En una concepción moderna de libertad, ésta no puede ya ser concebida solamente como una libertad formal o procedimental. La libertad también deberá asumir un contorno material o sustancial; es decir, un contenido económico y social. La libertad solamente podrá ser ejercida con plenitud si están presentes las condiciones económicas y sociales necesarias y suficientes para su ejercicio⁷⁴, puesto que de lo contrario, no sólo la igualdad sino también la propia libertad quedará vilipendiada, puesto que si el ciudadano no posee un mínimo de condiciones materiales de vida, su derecho a la libertad estará irremediabilmente contaminado por estas graves limitaciones. De la misma forma, la igualdad en el Estado democrático no puede resumirse

⁷³ *Ibidem*, p. 302.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 292.

en la igualdad formal o a la igualdad ante la ley, dado que esta igualdad genera desigualdad social y da lugar, por consiguiente, a una libertad desigual. La ausencia de igualdad material no sólo corrompe la igualdad sino también la propia libertad.

Además de esta aproximación y complementariedad de los valores libertad e igualdad en el Estado democrático, como derivación de la dignidad de la persona y de la autodeterminación, también verificamos que la dignidad de la persona está fundada en la solidaridad entre los hombres. El Estado democrático de Derecho, además de tutelar la libertad y la igualdad, deberá promover la solidaridad entre los hombres, entendida ésta como ayuda y compromiso con el otro. El Estado democrático está obligado a promover la humanización de las relaciones y de las condiciones sociales⁷⁵. La humanización democrática no está circunscrita a las compensaciones económicas por medio de servicios y prestaciones sociales, como propuesto por el Estado social, sino que implica la dedicación del hombre hacia el hombre y, por lo tanto, no se puede ni comprar ni regular⁷⁶. Así, necesariamente un Estado democrático, apoyado en la dignidad de la persona, estará basado en valores, principios y derechos humanos, debiéndose entender la cláusula democrática como una democracia liberal, social y humana⁷⁷.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 306-312. La expresión solidaridad podría ser sustituida por fraternidad, la tercera hermana, al lado de la libertad e igualdad, excluida u olvidada en el proceso de construcción del Estado moderno. A partir de la fraternidad, como fundamento de la dignidad de la persona, es posible respaldar la construcción de un Derecho fraterno humanista. Cfr. FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Geografia Constitucional, Sistemas juspolíticos e globalização*, Lisboa, Quid Juris? – Sociedade Editora Ltda, 2009, pp. 322-335; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, “Do Direito Natural ao Direito Fraterno”, en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 1, nº 1, São Leopoldo, Unisinos, janeiro-junho/2009, pp. 78-86, disponible en: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5138>; AYRES BRITTO, Carlos, *O Humanismo como categoria constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2010; CARDUCI, Michele, *Por um Direito constitucional altruísta*, Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2003.

⁷⁶ MAIHOFER, Werner, “Principios de una democracia...”, *op. cit.*, p. 315.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 317.

Una vez sentada la interdependencia entre la democracia como forma de vida y la democracia como forma política⁷⁸, tenemos que la cláusula democrática impone algunos límites al poder tanto de naturaleza formal como material. Como límite de una democracia formal o procedimental tendremos los principios de la legalidad, de la división de poderes y de las elecciones periódicas⁷⁹, aunque sea intuitivo que incluso las democracias formales suponen un mínimo de libertad e igualdad. Por otro lado, como límite de una democracia material, además del límite formal, debe ser añadido algún límite material, que según Manuel Aragón irá a operar en el modelo de democracia un “salto cualitativo”⁸⁰.

El núcleo central de la Constitución, los derechos fundamentales, concreción de los valores libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, actúa como límite material de la democracia; es decir, los derechos fundamentales derivados de estos valores están “fuera de lo decidible” por las eventuales mayorías democráticas. La democracia ejercida dentro de los marcos constitucionales está limitada materialmente por la democracia constitucional⁸¹. Así, según Perfecto Andrés Ibáñez “Los derechos fundamentales dejan de ser una suerte de punto de referencia externo para constituirse en “fundamento funcional de la democracia” según señala Häberle” o, también, como la “...“esfera de lo indecible” (Ferrajoli), es decir, un límite de derecho democráticamente impuesto a la mayoría, o sea, a la política, en garantía de la democracia...Integran “la dimensión sustancial de la democracia” (Ferrajoli), dan sentido a la política y al derecho y son su paradigma de legitimación, y de

⁷⁸ J. FRIEDRICH, Carl, *La democracia como forma política e como forma de vida*, 2ª ed., trad. Santiago Martínez Haba y G. Wasserziehr de Martínez, Madrid, Tecnos, 1966, pp. 22-23.

⁷⁹ ARAGÓN REYES, Manuel *et al*, “Constitución y Derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, vol. 1, Murcia, Universidad de Murcia, 1997, pp. 96-97.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 98-100.

⁸¹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El Estado social...”, *op. cit.*, p. 93.

*deslegitimación, por tanto*⁸². En el mismo sentido, Zagrebelsky afirma que la legislación está dedicada a las cuestiones sobre las cuales “se vota”, mientras que la jurisdicción constitucional trata de aquéllas que “no se vota”⁸³.

En el ámbito de la Constitución se produce una fusión entre el Estado de Derecho y la democracia, puesto que el “*Estado constitucional no es más que el intento de juridificar la democracia*”⁸⁴. Así, la constitucionalización de los derechos fundamentales modifica considerablemente los elementos constitutivos del Estado de Derecho; es decir, los derechos no son ya derechos legales, sino derechos constitucionales. Los derechos no valen más en los límites definidos por la ley, sino que es la ley que comienza a tener validez en los límites definidos por los derechos constitucionales⁸⁵. La ley sufre un proceso de desmitificación, comenzando los derechos fundamentales a encontrar fundamento ya no en la ley, sino en los valores y los principios constitucionales⁸⁶. Esta supremacía y normatividad de la Constitución, es garantizada, a su vez, por el control de constitucionalidad a ser realizado por un poder judicial independiente. No es por otra razón que Mauro Cappelletti y Bryant Garth reconocen que “*El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico – el ‘derecho humano’ más fundamental – en un sistema legal igualitario*

⁸² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Garantía judicial de los derechos humanos”, en *Claves de razón práctica*, nº 90, Madrid, marzo/1999, p. 11.

⁸³ ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Série, año XXXIX, septiembre-diciembre/2006, pp. 1148.

⁸⁴ ARAGÓN REYES, Manuel, “La democracia constitucional”, en *Constitución y constitucionalismo hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 94-99.

⁸⁵ ARAGÓN REYES, Manuel, “La democracia constitucional...”, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁶ BARATTA, Alessandro, “El Estado de Derecho...”, *op. cit.*, p. 21.

*moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos*⁸⁷.

Los derechos fundamentales de primera y segunda dimensión, los derechos civiles y políticos, así como los derechos sociales y económicos, respectivamente, concebidos en el Estado liberal y en el Estado social, se encuentran igualmente presentes en el Estado democrático, dado que la apertura de la cláusula social es potenciada por la cláusula democrática, ampliando las demandas de la sociedad, permitiendo la aparición de nuevas dimensiones de derecho, a los cuales podríamos llamar tercera y cuarta dimensiones.

La cláusula democrática no constitucionaliza una teoría democrática en abstracto, sino que define los marcos normativos para una *praxis*, aunque una “*interpretación integradora de la fórmula constitucional*” conlleve, necesariamente, a traducirse en una democracia material; dicho de otra forma, “*la lógica de la democracia conduce políticamente a la realización del Estado social*”⁸⁸. La normatividad constitucional otorga esta misma calidad a los valores, principios y derechos fundamentales, los cuales poseen un núcleo esencial que no puede ser vulnerado por las mayorías eventuales, aunque democráticas, puesto que estas mayorías solamente pueden actuar dentro de los límites previamente definidos por la democracia constitucional. Respetando la

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro, y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 12-13; LÓPEZ GUERRA, Luis, “Las dimensiones...”, *op. cit.*, p. 175; CASCAJO CASTRO, José Luis, “La voz “Estado social y democrático de Derecho”: materiales para un léxico constitucional español”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 12, mayo-agosto/1992, p. 22.

⁸⁸ CASCAJO CASTRO, José Luis, “El Estado democrático...”, *op. cit.*, pp. 118-119 y 137. Para Gregorio Peces-Barba, la expresión “Estado social y democrático de Derecho” de la Constitución de España (art. 1.1) es oportuna. Sin embargo el término social, desde el punto de vista teórico, sobra, porque ya está incluido en el término democrático, en cuanto fase posterior al Estado de Derecho. PECES-BARBA, Gregorio, con colaboración de PRIETO SANCHÍS, Luis, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Valencia, Fernando Torres editor, 1981, p. 29.

normatividad de todas las disposiciones de la Constitución, así como el núcleo esencial de los derechos fundamentales⁸⁹, emerge una multiplicidad de posibilidades de concreción de estos derechos, lo que significa decir que la Constitución no positiviza una política concreta o un proyecto de gobierno, sino que establece los límites dentro de los cuales la política deberá ser desarrollada. La cláusula social insertada en la cláusula democrática obliga al legislador ordinario a actuar conforme a la Constitución. El postulado social no define una única posibilidad de actuación de las fuerzas políticas sino que deja abierto el camino de las realizaciones al libre juego democrático, que en ninguna hipótesis puede trazarse por debajo del mínimo necesario para una vida digna, bajo pena de inconstitucionalidad.

La cláusula democrática establece un proyecto de Estado y de sociedad civil inacabados, en un estado de permanente construcción ante los desafíos del futuro⁹⁰. No se trata, por lo tanto, de una cláusula de contenido estático, cristalizado en el tiempo⁹¹, sino de una cláusula dinámica, en continua relación de interacción con la realidad⁹², en virtud de que la “*democracia es un concepto bifronte (empírico y normativo) que además se mueve en el tiempo, en la historia*”⁹³, en una constante lucha por la efectividad del Estado democrático⁹⁴. La cláusula democrática se presenta concomitantemente como el *ser* y el *deber ser*. Entre el *ser* y el

⁸⁹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El Estado social...”, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁰ VALLESPÍN, Fernando, “La democracia como proyecto inacabado”, en *Claves de razón práctica*, nº 13, Madrid, junio/1991, p. 48.

⁹¹ BIDART CAMPOS, German, “La positivización...”, *op. cit.*, p. 718; HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, trad. Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 19.

⁹² CORTINA, Adela, “Democracia; El dogma de nuestro tiempo”, en *Claves de razón práctica*, nº 29, Madrid, enero-febrero/1993, p. 26; JÁUREGUI, Gurutz, “Globalización y democracia”, en *Claves de razón práctica*, nº 99, Madrid, enero-febrero/2000, p. 13.

⁹³ VALLESPÍN, Fernando, “La democracia como...”, *op. cit.*, p. 46; J. FRIEDRICH, Carl, en *La democracia como...*, *op. cit.*, p. 14.

⁹⁴ BARATTA, Alessandro, “El Estado de Derecho...”, *op. cit.*, p. 23; CASCAJO CASTRO, José Luis, “La voz ‘Estado social...’, *op. cit.*, p. 11; FALCÓN Y TELLA, María José *et al*, “Constitución Española...”, *op. cit.*, p. 170.

deber ser habrá que encontrar un camino que no se conforme ni con la mera descripción de lo que somos, ni tampoco con una propuesta de democracia inalcanzable. En otras palabras, la cláusula democrática deberá partir de lo que somos y apuntar a lo que podríamos llegar a ser⁹⁵.

La tarea de concreción de la utopía democrática permite la realización solamente de los aspectos parciales y no de su totalidad. Ello obedece a que cuando un cierto aspecto del paradigma utópico democrático es alcanzado, inmediatamente este mismo aspecto comienza a tener un nuevo paradigma utópico como meta a ser alcanzada. Por ello, la cláusula democrática es un constante hacer y rehacer. En las palabras de Carl Friedrich, "*La constitución debe, pues, ser reconocida y concebida como "Constitución viviente"*"⁹⁶

En el momento en que la cláusula democrática alberga la cláusula social, esto significa que la crisis del Estado social también alcanza al Estado democrático. La ampliación de las demandas sociales conduce al aumento de los costes públicos con prestaciones y servicios sociales⁹⁷. Por otro lado, la ausencia de recursos públicos para hacer frente a la creciente demanda social refleja directamente en el grado de ineffectividad de los derechos y en la pérdida de legitimidad del Estado.

Sin embargo, ésta no es la única crisis del Estado democrático de Derecho. La propia cláusula democrática se encuentra en crisis en su relación con la forma de Estado y de gobierno. La cláusula democrática está fundada en el principio de la soberanía popular; es decir, todo el poder político, el dominio de los hombres sobre los hombres, emana del pueblo. De esta forma, la legitimidad democrática de la actividad desarrollada por el Estado depende del grado de influencia y del control

⁹⁵ VALLESPÍN, Fernando, "La democracia como...", *op. cit.*, p. 44.

⁹⁶ J. FRIEDRICH, Carl, *La democracia como...* *op. cit.*, p. 14; ZAGREBELSKY, Gustavo, "Jueces constitucionales...", *op. cit.*, pp. 1142-1145.

⁹⁷ MAIHOFER, Werner, "Estado de Derecho...", *op. cit.*, p. 227.

del pueblo; en una palabra, la participación. Cuanto menor es este grado de participación de la sociedad, cuanto más apartado está el pueblo de los centros de poder en los cuales las decisiones políticas sobre el futuro de sus vidas son tomadas, cuanto menor es su influencia y control, menor será el grado de legitimidad de la actividad estatal. Tal fenómeno se produce porque la cadena ininterrumpida de legitimación democrática no parte del pueblo ni es retroactiva, razón por la cual el grado de libertad del ciudadano viene reduciéndose, puesto que el pueblo va participando cada vez menos en las decisiones políticas acerca del futuro de su vida⁹⁸.

La pérdida de legitimidad democrática del Estado es consecuencia de varios factores internos y externos a los Estados-nacionales, factores éstos que actúan conjuntamente en la erosión del grado de legitimidad democrática. En el ámbito interno, Norberto Bobbio identifica algunos obstáculos para la realización democrática o las falsas promesas de la democracia: 1 – La aparición de cuerpos intermedios entre el ciudadano y el Estado, los cuales actúan como organizaciones corporativas de intereses específicos, haciendo que algunos intereses estén mejor representados que otros; 2 – El interés público no suplanta los varios y difusos intereses particulares; 3 – El poder político no llega a ser democratizado, debido a la supervivencia de los estamentos del poder; 4 – Todas las decisiones importantes para la sociedad no comienzan por una decisión democrática; 5 – La ausencia de transparencia por parte del poder público en la toma de las decisiones da origen a la falta de control democrático sobre estas decisiones; 6 – El ejercicio de la democracia no educa al ciudadano, al contrario, lo decepciona⁹⁹.

⁹⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Optimismo y pesimismo en la democracia", en *Claves de razón práctica*, nº 131, Madrid, abril/2003, pp. 24-32.

⁹⁹ Cfr. YTURBE, Corina, *Pensar la democracia...*, op. cit., pp. 231-233; J. LAPORTA, Francisco, "El cansancio de la democracia", en *Claves de razón práctica*, nº 99, Madrid, enero-febrero/2000, p. 20.

En el ámbito externo de los Estados-nacionales, surgieron en las últimas décadas algunos nuevos fenómenos, los cuales agravaron la crisis democrática de legitimidad. Entre estos fenómenos podríamos citar la globalización de la economía y sus consecuencias sobre los Estados, los procesos de integración supranacional, los problemas políticos derivados de la diversidad y del pluralismo étnico y cultural y la creciente influencia de los medios de comunicación de masa en el proceso político. Con el desarrollo de las economías y de las sociedades, las cuales superan los límites territoriales de los Estados, se produce una internacionalización de los centros de poder político sobre los cuales el ciudadano de a pie no tiene ningún tipo de influencia o control, aunque las decisiones tomadas en estos centros afecten a su vida. El Estado democrático enfrenta un déficit de democracia debido a la desterritorialización de los espacios políticos; es decir, la llamada crisis del espacio público¹⁰⁰.

Por último, la cláusula democrática siempre fue teorizada sólo en el ámbito interno de los Estados, sin que nunca alcanzara las relaciones internacionales. Por lo tanto, tenemos que los Estados, de puertas para dentro, son democráticos, sin embargo, de puertas para afuera, en sus relaciones internacionales, con la finalidad de proteger su independencia, adoptan posturas radicalmente antidemocráticas, como la carrera armamentista, las guerras preventivas y estratégicas, los proteccionismos comerciales, etc.¹⁰¹, los cuales, invariablemente, han llevado a la muerte, pobreza y al hambre de millones de personas.

Así, dentro de este cuadro de necesaria profundización de la idea de democracia, por un lado, y de crisis del Estado democrático de

¹⁰⁰ Cfr. CASCAJO CASTRO, José Luis, "El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, p. 116; VALLESPÍN, Fernando *et al.*, "El futuro de la democracia", en *Claves de razón práctica*, nº 97, Madrid, noviembre/1999, pp. 5-6.

¹⁰¹ Cfr. JÁUREGUI, Gurutz, "Globalización y democracia...", *op. cit.*, p. 14.

Derecho, por otro, es donde deberemos concebir una teoría de jurisdicción democrática adecuada a su tiempo, fuertemente impregnada de un contenido transformador de la realidad y de realización del proyecto constitucional¹⁰², que partiendo de las conquistas alcanzadas por los Estados liberal y social, pueda recibir en el Estado social y democrático de Derecho una concepción propia que al mismo tiempo pueda fundamentar un control de constitucionalidad difuso de la norma, así como estar dotada de una aptitud para hacer frente a las diversas crisis del Estado contemporáneo.

2 – La ley: objeto de control de constitucionalidad

A partir de la Revolución francesa la ley asume un lugar central en la construcción de la nueva organización política, aunque desde la antigüedad se utilizara como un instrumento político. La diferencia fundamental entre las dos concepciones de ley está en el hecho de que la ley de la antigüedad poseía características opresivas, porque se encontraba enteramente a disposición del soberano, que a través de la misma ley imponía su voluntad individual sobre los súbditos del reino, mientras que el concepto de ley surgido en la revolución asume características totalmente inéditas en la historia; es decir, comienza a servir de instrumento de defensa de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos frente al Estado. En otras palabras, en el período anterior a la Revolución francesa la ley era un instrumento de dominación del Estado, mientras que en el período posterior, en razón de los nuevos valores

¹⁰² BOLZAN DE MORAIS, José Luis e RIBAS DO NASCIMENTO, Valéria, *Constitucionalismo e cidadania...*, op., cit., pp. 70-71.

defendidos por la revolución, la ley asume un papel libertario del ciudadano frente al Estado¹⁰³.

A pesar de que la Revolución francesa se haya inspirada en el Derecho natural y en los derechos innatos del hombre, estos derechos jamás existieron independientemente de la ley. La concepción supralegal de estos derechos, los cuales deberían actuar como marco de delimitación de las funciones del poder legislativo, reconocida expresamente en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en el propio cuerpo de la Constitución de 1791¹⁰⁴, no resistió al principio de la supremacía del poder legislativo y, por lo tanto, de la ley, expresión de la voluntad general del pueblo.

La ley asume un lugar de centralidad en la organización política del Estado, tanto en su configuración, como en su función de articulación entre el Estado y la sociedad. Ante la configuración de la organización política, la ley posee un papel determinante en la estructura y en la definición de las funciones del Estado. Tanto en las concepciones de Estado de Kant como de Hegel, el poder legislativo y la ley surgen como elementos determinantes de la estructura y de las funciones del Estado,

¹⁰³ TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Istmo, 2004, pp. 121-122; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos, la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 2001, pp. 102-103.

¹⁰⁴ En el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 consta que *“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”*. En el Título Primero de la Constitución francesa de 1791 se afirma que *“El Poder Legislativo no podrá hacer leyes que vulneren y pongan trabas al ejercicio de los derechos naturales o civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución”*.

porque es a partir de la definición del concepto de la ley y del poder legislativo como se determinarán las funciones de los demás poderes del Estado. Ante la función de articulación entre el Estado y la sociedad, la concentración del poder político en manos del Estado soberano, así como la sumisión de los poderes del Estado ante la ley – principio de la legalidad – supone que las actividades del Estado deberían ser realizadas conforme (*sub lege*) y por medio (*per legem*) de la ley, estableciendo, por lo tanto, los fundamentos de libertad y de igualdad entre los ciudadanos. Además de configurar y articular, la ley también asume una función de legitimación democrática o de fundamentación política de toda la actividad del Estado. El poder soberano del Estado, entronizado en el poder legislativo, que por medio de la ley revela la voluntad general del pueblo, lleva a una completa sumisión de los demás poderes del Estado al poder legislativo. A partir de la sumisión de los poderes ejecutivo y judicial a la ley, expresión soberana de manifestación de la voluntad del pueblo, derivan la legitimidad democrática de estos poderes¹⁰⁵.

Durante los siglos XIX y XX es posible identificar dos conceptos distintos de ley; es decir, el norteamericano y el continental-europeo. Sin embargo, en la actualidad, esta distinción es mucho más aparente que real, en virtud de una amplia y creciente aproximación entre los dos sistemas jurídicos, lo que se ha producido, concretamente, a partir de la segunda posguerra con la adopción del control judicial de constitucionalidad de las leyes por parte de los países de la Europa continental. Mientras que en Europa la ley fue considerada la fuente de los derechos, así como la manifestación de voluntad de un poder soberano, en América del Norte, al contrario, la ley jamás dejó de ser la manifestación de un poder constituido y subordinado, al servicio de los derechos superiores y preexistentes a la Constitución de la organización política. En otras palabras, en Europa los derechos subjetivos, además de

¹⁰⁵ CABO MARTÍN, Carlos, *sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 18-20.

creados por la ley, recibían de la misma las condiciones para su ejercicio; es decir, estaban condicionados a los estrictos límites de la ley, mientras que en los Estados Unidos, al contrario, era la ley la que se encontraba condicionada y limitada por los derechos preexistentes a la organización política.

La determinación de un concepto determinado de ley repercute directamente sobre lo que se puede entender por jurisdicción, motivo por el cual es imprescindible, como uno de los supuestos epistemológicos de una teoría de la jurisdicción y, por lo tanto, del control de constitucionalidad difuso de la norma. Así, en primer lugar, es preciso definir un concepto de ley para que, posteriormente, sea posible también construir un concepto de jurisdicción que tome en consideración este mismo concepto de ley. Si el juez, por fuerza del principio de la legalidad, está sometido a la ley, debiendo, por lo tanto, interpretarla y aplicarla al caso concreto, será necesario, ante todo, entender lo que debe ser interpretado y aplicado por el juez¹⁰⁶.

2.1 – Concepto tradicional de ley

Habiendo la ley asumido un lugar de centralidad en la configuración de la organización política, determinando su estructura y definiendo las funciones del Estado, así como la función de articulación entre la organización política y la sociedad, unificando el poder político en el Estado soberano y sometiendo a los poderes del Estado a la ley, se construye un concepto de ley en Europa que comenzaremos a llamar de

¹⁰⁶ Según Manuel Aragón Reyes “*el problema de la vinculación de los jueces a la ley acaba siendo un problema de jurisdicción y así debe ser abordado*”, ARAGÓN REYES, Manuel *et al*, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *La vinculación del juez a la ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 1, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado 1997, p. 201.

concepción tradicional, que predominó entre los siglos XVIII y XIX, repercutiendo hasta los días de hoy¹⁰⁷.

La concepción positiva de la ley pretendió trasladar para sí todos los atributos de la concepción de ley natural, incluyendo, la racionalidad. Autores como Diderot, Saint-Just, Beccaria y Rousseau - como afirma Prieto Sanchís - nos enseñan que la ley debe ser única, simple, pública, redactada de forma coloquial, abstracta y general. La *racionalidad* de la ley, vertida en estos términos, posee sólo una naturaleza formal o instrumental, sin garantizar, por lo tanto, ningún nivel mínimo de justicia con respecto a su contenido. El legislador, más que crear la ley, tenía la función de revelar, declarar y convertir en pública las leyes dadas por la naturaleza¹⁰⁸. El acceso al contenido de las leyes naturales y su revelación se daban por medio de actos de conocimiento científico orientados por la razón del legislador y no por medio de actos de voluntad política¹⁰⁹.

La racionalidad de la ley supone un legislador racional. Así, antes de hablar del desplazamiento de la racionalidad de la ley para el momento de la decisión judicial, en la concepción tradicional de ley la interpretación del texto legal es dispensable y, en épocas más prístinas del Estado liberal de Derecho, incluso, prohibida – delito de interpretación –, puesto que una de las virtudes de la ley racional, plena y coherente, vertida en el

¹⁰⁷ Según Luis Díez-Picazo “*El concepto de ley que ha llegado hasta nosotros, que triunfó en el Estado jacobino, era la resultante de una doble línea filosófica, originada en Locke por una parte, y en Rousseau por otra: la ley como garantía y medida de la libertad civil; la ley como expresión de la voluntad general*”, en DÍEZ-PICAZO, Luis, “Constitución, ley, juez”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, Madrid, septiembre/diciembre, 1985, p. 10; FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho 3, Siglos XIX y XX*, Madrid, Pirámide, 1996, pp. 15-27.

¹⁰⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 8-10.

¹⁰⁹ Norberto Bobbio llama la atención sobre el hecho de que desde la antigüedad se ha distinguido entre *razón legisladora*, correspondiente al momento creativo del derecho, y *razón juzgadora*, relativa al razonamiento jurídico, con ocasión de la aplicación del derecho. Cuando se habla de la *razón en la ley* o de la *razón en el Derecho*, la cuestión que se pone es referente a la razón legisladora, en BOBBIO, Norberto, “La razón en el Derecho”, en *Doxa*, nº 2, Alicante, Universidad de Alicante, 1985, pp. 17-26.

código, está precisamente en prescindir de cualquier interpretación a causa de su racionalidad inmanente y de su significado objetivo y comprensible, alcanzable, exclusivamente, por medio de actos de conocimiento del intérprete¹¹⁰.

Además de la racionalidad de la ley, una de las características de la ley natural, trasladada para la ley positiva, concepción tradicional de ley de los siglos XVIII y XIX, también incluía otros tres elementos fundamentales, los cuales integraban la idea de ley de la Revolución francesa; es decir, la generalidad, la abstracción y la expresión de la voluntad general¹¹¹. Los revolucionarios franceses de 1789, directamente influidos por las obras de Rousseau, reconocieron en la generalidad y en la abstracción los elementos integrantes del concepto de ley¹¹².

La generalidad de la ley, para Gustavo Zagrebelsky, “*es la esencia de la ley en el Estado de derecho*”, puesto que este elemento fundamental de la ley está directamente vinculado con algunos de los postulados del Estado de Derecho; entre ellos, la moderación del poder, la separación de los poderes y la igualdad ante la ley. La generalidad de la ley, al imponer un tratamiento igualitario para todos, sin distinción, incluye, por un lado, una forma de moderación en el uso del poder por parte del Estado y, por otro, una garantía del ciudadano frente al Estado. La generalidad de la ley es un elemento estructurante en la división de las funciones entre los poderes, puesto que en la hipótesis de admitir que el poder legislativo

¹¹⁰ CALVO GARCÍA, Manuel, “Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 3, 1986, pp. 105-106.

¹¹¹ “Art. 6º. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

¹¹² ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato Social*, trad. Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, p. 90.

podiera promulgar leyes para situaciones singulares y concretas, estaría, en efecto, asumiendo las funciones de los poderes ejecutivo y judicial en la aplicación de la ley al caso concreto, sustituyendo el poder absoluto y arbitrario del rey por el poder parlamentario. Finalmente, la generalidad de la ley no toma en consideración los privilegios concedidos a ciertas clases sociales del Antiguo Régimen – *legues privatae* – sino que comienza a tratar a todos los ciudadanos de forma igual ante la ley. Ante la abstracción de la ley, Gustavo Zagrebelsky entiende que se trate de una “*generalidad en el tiempo*”, por medio de la cual la misma ley debe regular, indistintamente, todos los casos futuros en ella descritos. Este elemento fundamental de la ley confiere al ordenamiento jurídico estabilidad, proporcionando certeza y previsibilidad al Derecho, una exigencia del liberalismo¹¹³.

Con respecto al hecho de que la ley sea la expresión de la voluntad general, concepto también acogido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su artículo 6º, una vez más se constata la influencia de la obra de Rousseau junto con los revolucionarios franceses. Para Rousseau la voluntad general no equivale a la voluntad de todos, ni tampoco a la voluntad de la mayoría, dado que mientras éstas reflejan el interés privado, no siendo más que la suma de las voluntades particulares, las cuales se dejan orientar por las pasiones e intereses individuales, aquélla es siempre recta y tiende al bien común. Una vez dejados de lado los posicionamientos extremos de la voluntad de todos o de la mayoría, los cuales se anulan mutuamente, permanece siempre la voluntad general. En Rousseau la voluntad general está orientada por actos de puro conocimiento, motivo por el cual la voluntad general es siempre recta, tiene como finalidad el interés común y jamás puede errar. La conciliación entre la razón y la voluntad se da en

¹¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2003, p. 29.

Rousseau por medio de una fórmula de neutralización, en la cual, excluidas las manifestaciones extremas, ya sea para más o para menos, se encuentra un medio término revelador de la voluntad general racional¹¹⁴.

La concepción de la ley, como expresión de soberanía del pueblo, comienza a ser un postulado central sin el cual no es posible hablar de libertad e igualdad. La centralidad de la ley en la nueva concepción política de Estado y de sociedad es, incluso, reconocida expresamente en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 4º establece que deberá ser la ley la que defina los límites de la libertad ciudadana¹¹⁵. Esta centralidad de la ley hace del Estado un Estado legislador. Por medio de la ley son conquistadas la libertad y la igualdad, puesto que la ley es la ley de la libertad, ya que no es posible hablar de esclavitud o servidumbre si los propios ciudadanos son los que deciden personalmente, o a través de sus representantes, el contenido de las leyes que, a su vez, definirán la medida de su libertad. Para García de Enterría será “*esta mística de la ley*” la que actuará como un divisor de aguas entre el sistema europeo nacido con la Revolución francesa y el sistema norteamericano, ya que mientras en el modelo europeo la ley es la expresión de la soberanía del Estado, en América del Norte la ley se encuentra bajo constante sospecha¹¹⁶.

A partir de la Revolución francesa la ley comenzó a ser el único instrumento legítimo de ejercicio del poder político. Durante el Estado monárquico la ley estaba fundada sólo en el principio de la

¹¹⁴ ROUSSEAU, J. J., *Contrato social...*, *op. cit.*, pp. 81-82.

¹¹⁵ “Art. 4º. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

¹¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, en *La vinculación del juez a la ley*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 1, 1997, p. 82.

autoridad, lo que garantizaba al monarca una gran libertad legislativa. A partir de la Revolución, la nueva organización política comienza a estar constituida por nuevos postulados como el principio de la legalidad, el principio de la división de poderes y la independencia del poder judicial, todos concebidos y orientados para la tutela de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos, ahora, titulares de derechos.

Ya que se reconoció en la ley el único instrumento de actuación del Estado, los poderes ejecutivo y judicial terminaron subordinados al poder legislativo, el único órgano del Estado con poder legislativo. El poder ejecutivo, representado por el rey, y el poder judicial, por la aristocracia, fuerzas políticas conservadoras del Antiguo Régimen, son sometidos al principio de la legalidad. Con respecto al poder ejecutivo, su función se reduce a la mera regulación de las leyes aprobadas por el parlamento, sólo pudiendo, excepcionalmente, innovar el ordenamiento jurídico. Con respecto al poder judicial, extinta la relación de delegación entre el rey y el juez, que recibía de aquél la misión de dispensador de la justicia en nombre del rey y, en última instancia, de Dios, actuando como *legibus solutus*, el juez asume una función completamente distinta a partir de los principios de la división de poderes y de la legalidad asumidos por la Revolución francesa como postulados del Estado moderno. Por medio del principio de la división de poderes se garantizó la independencia del juez con relación al poder monárquico, mientras que a través del principio de la legalidad el juez fue sometido al poder legislativo. El control de la sumisión de la función jurisdiccional al principio de la legalidad, cuyo instrumento de concreción del principio es la ley, portadora de una pretensión regulatoria exhaustiva, se produjo, por primera vez en la historia, a partir de la obligación por parte del juez de fundamentar sus decisiones¹¹⁷.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 87.

Por último, otra cuestión importante a ser tratada en el ámbito de la concepción tradicional de la ley es la *relación entre la ley y los derechos públicos subjetivos*. La cuestión consiste en saber si estos derechos existen independientemente de la ley o, para que puedan ser opuestos y tutelados por el Estado, necesitan ser creados o, al menos, reconocidos por la ley. Hasta la aparición de la teoría de los derechos públicos subjetivos (Gerber y Jellinek) las personas – y no los ciudadanos – se encontraban ante el Estado en una posición de absoluta sujeción, sin nada poder oponer o exigir, puesto que el Estado detentaba la titularidad de todos los derechos, incluso, sobre la vida de las personas. Los derechos subjetivos encuentran su fundamentación en la libertad de los ciudadanos frente al Estado. Kant fundamenta la idea de derecho subjetivo en la libertad de acción, que por medio de la ley asegura la coexistencia de la libertad de todos¹¹⁸. Lo mismo se da con Hegel que fundamenta el derecho subjetivo en la libertad del sujeto de encontrarse satisfecho¹¹⁹.

Aunque la teoría del derecho público subjetivo eleve a las personas a la condición de ciudadano, este nuevo *status civitatis* solamente se da con relación a los poderes ejecutivo y judicial. En la fase embrionaria de la teoría, los derechos subjetivos no poseían una sustancia propia, puesto que estaban resumidos, en efecto, sólo a un único derecho de naturaleza formal; es decir, los derechos subjetivos no derivaban del derecho que tenía el ciudadano al exigir de la autoridad pública una actuación pautada por los límites legales. Como apunta Gustavo Zagrebelsky: “Los derechos, por tanto, no consistían en una “sustancia”, sino en una simple “forma” jurídica, la forma de la ley, la garantía de los derechos se reducía a la “reserva de ley””. Así, al no poseer los derechos subjetivos un

¹¹⁸ Cfr. KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres...*, op., cit.

¹¹⁹ Cfr. HEGEL, G. W. F. J., *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1993.

contenido propio, nada podría impedir o garantizar que el poder legislativo, por medio de la ley, restringiese un derecho o incluso dispudiese en el sentido contrario al derecho, vaciándolo de todo y cualquier sentido¹²⁰. Es precisamente aquí donde la teoría de los derechos subjetivos encuentra su punto más débil porque, a pesar de que las personas habían sido elevadas a la condición de ciudadano frente a los poderes ejecutivo y judicial, imponiendo, por un lado, a la administración pública y a la jurisdicción, su sumisión a la ley, por otro, no estableció ninguna garantía frente al poder legislativo, que continuaba siendo totalmente libre en la configuración de los derechos.

Esta subordinación de los derechos a la ley, además de la identificación o reducción del Derecho a la ley, promovida por el positivismo legalista, hace que la existencia de la ley coincida con su propia validez, equiparándose la legitimidad a la legalidad. El Derecho natural, que siempre actuó como un fundamento externo de legitimidad del Derecho positivo, es abandonado por el positivismo jurídico, que reduce e identifica el concepto de legitimidad al de legalidad. La legitimidad de la ley no reside ya en su armonía con el Derecho natural, especie de control de legitimidad externo al sistema jurídico, sino en la simple conformación de su promulgación con los procedimientos formales de su elaboración, pudiendo, la ley, asumir cualquier contenido sin que se pueda hablar de injusticia. La existencia y la validez se funden y se confunden en un único elemento, la legalidad.

Así, mientras en Francia la “*mística de la ley*” eleva la ley a la condición de fuente de los derechos y expresión soberana de la voluntad general, en los Estados Unidos de América, desde el principio, la ley recibió otra configuración. En la Revolución americana los derechos naturales del hombre y del ciudadano prescindieron de la ley, porque los

¹²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op., cit., p. 48.

derechos fueron reconocidos como anteriores al pacto social de creación de la organización política, razón por la cual todos los poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, estaban sometidos a estos derechos. En América del Norte la ley no es la fuente de los derechos, porque éstos preexisten a la ley. La ley y, por tanto, el poder legislativo, no son soberanos, porque la soberanía reside en los derechos. No es la ley que controla los derechos, sino son los derechos que actúan como mecanismo de control de las leyes¹²¹.

2.2 – Erosión de los supuestos de la concepción tradicional de la ley

Una vez asentadas las principales características de la ley concebida por el Estado liberal de Derecho, tras la Revolución francesa; es decir, racional, general, abstracta, soberana, expresión de la voluntad general y creadora de derechos públicos subjetivos, veremos que hoy en día muy poco ha quedado de esta concepción de ley. El equilibrio entre la razón y la voluntad, la ciencia y la política, defendida durante los años áureos del Estado liberal, confirmando a la ley un claro carácter racional, será profundamente modificado. A lo largo del tiempo el Estado liberal será reducido a un Estado legal, en el cual la ley deja de estar fundamentada en la racionalidad formal y sustancial para comenzar a fundamentarse en la autoridad de origen de la ley. Este cambio de fundamento de la ley permite que la voluntad del legislador prevalezca sobre la razón, transformando la ley en la pura concreción de esta voluntad. El Derecho natural y racional del liberalismo revolucionario es reducido a la ley positiva. El Derecho deja de ser la cristalización de una razón abstracta y atemporal, para comenzar a ser un fenómeno social, histórico y cambiante conforme a la voluntad del legislador. La ley ya no

¹²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op., cit., pp. 54-55.

es el fruto de la razón de un legislador racional, sino el resultado de una voluntad legislativa desnuda, sin condicionamientos constitucionales, soberana, que todo puede y de nada depende, un verdadero dogma para los juristas y, especialmente, para los jueces¹²².

El predominio de la voluntad del legislador sobre la razón, en la transición del Derecho natural al Derecho positivo, y la consecuente reducción del Estado liberal al Estado legal, desplazó la razón del momento de la creación del Derecho – fase legislativa – hacia el momento de su aplicación – fase judicial –, ya que en la medida en que la ley era considerada un producto racional del debate público en el parlamento¹²³ y la expresión de la voluntad general, condicionante de infalibilidad de la ley para Rousseau, la interpretación, excepcionalmente admitida porque la perfección de la ley dispensaba cualquier interpretación, no era más que un simple razonamiento lógico-deductivo, destituido de cualquier valoración, que se realizaba de forma silogística y automática por el juez, circunstancia en la que la racionalidad de la interpretación derivaba más de la racionalidad de la ley que del propio método. Sin embargo, suplantada la racionalidad de la ley por la voluntad del legislador, la razón hasta aquí residente en el momento creativo de la ley se desplaza en dirección al momento de su aplicación; es decir, sale del parlamento para entrar en los tribunales. Así, la racionalidad de la interpretación y de la decisión judicial fundamentada ya no será una mera consecuencia lógica de la racionalidad de la ley, sino el resultado de una concepción propia de razón desarrollada, especialmente, en el ámbito de la escuela exégeta y de la escuela de la jurisprudencia de los conceptos¹²⁴.

¹²² PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derecho...*, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹²³ Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...* *op. cit.*, p. 62.

¹²⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 22; también, vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, "Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo", en Rodilla González; Miguel Ángel; José Antonio. Ramos Pascua

El paso del Estado liberal al Estado social de Derecho también contribuyó a la erosión de los supuestos que permitieron la formación del concepto liberal de ley al cual estamos reputando de tradicional. La crisis de la ley surgida en el tránsito del Estado liberal al Estado social, por el hecho de tratarse de organizaciones políticas fundamentadas bajo concepciones distintas, impone el desarrollo de una nueva y diferente concepción de ley dotada de calidades necesarias para la consecución de las finalidades institucionales de la nueva organización política. Si durante el Estado liberal la ley estaba dotada de generalidad y abstracción, como consecuencia de los valores de libertad e igualdad formal, inspiradores de aquella organización política, en el Estado social la ley va a perder, en buena medida, estas características ante los valores de la igualdad material y de la libertad, los cuales llevarán al Estado social a desarrollar una nueva concepción de ley con características cada vez más particulares y concretas¹²⁵. La adopción, en el Estado social, de una Constitución normativa también repercutirá de forma decisiva sobre la soberanía de la ley, como expresión de la voluntad general y fuente de derechos.

Los cambios de los supuestos socioeconómico y jurídico-constitucional transformaron profundamente la concepción tradicional de la ley. Además de las transformaciones sociales y económicas, por un lado, que exigen una flexibilización de la generalidad y de la abstracción de la ley, las transformaciones de naturaleza jurídico-constitucional, por otro, posibilitarán esta alteración en la concepción de la ley. La supremacía normativa de la Constitución atrae a sí las tradicionales e

(Coordinadores) *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en Homenaje a J. Delgado Pinto. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2006, pp.781-802.

¹²⁵ ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto, "El juez del Título Preliminar (La justicia del "Estado de Derecho" en la crisis del "Estado social")", en *Jornadas de Estudio sobre El Título Preliminar de la Constitución*, Vol. I, Madrid, Centro de Publicaciones, 1988, p. 643; cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho", en *La vinculación del juez a la ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1*, 1997, pp. 303-306.

inherentes características de la ley, generalidad y abstracción, permitiendo la aparición de una nueva clase de ley; es decir, las llamadas leyes especiales, singulares o leyes-medidas¹²⁶.

En cuanto a las causas externas al ordenamiento jurídico¹²⁷, Cabo Martín apunta a la quiebra de los supuestos culturales de la modernidad con el pensamiento post-moderno¹²⁸, a través del cual la razón, la abstracción, la generalidad, la plenitud y la objetividad son sustituidas por lo razonable, concreto, empírico, incompleto y subjetivo. En este nuevo contexto cultural, la generalidad y la abstracción de la ley, expresión de la voluntad general del pueblo, signo de racionalidad y objetividad, son sustituidas por valores propugnados por la post-modernidad como la multiplicidad, la flexibilidad, la relatividad, la transitoriedad y la contradicción¹²⁹.

Ante la multiplicidad, la concepción clásica de ley, portadora de un meta-informe simplificador de toda la complejidad de la vida, se disuelve y se multiplica en varios pequeños relatos. El código racional, que pretende

¹²⁶ CABO MARTÍN, Carlos de, *sobre el concepto de ley... op., cit.*, p. 53; cfr. J. LAPORTA, Francisco, "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la Ley", en *Doxa*, nº 22, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, p. 330. Véase, también, sobre la crisis de la ley y la necesidad de su reinención, J. LAPORTA, Francisco, *el imperio de la ley, una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 151-167.

¹²⁷ Cabo Martín realiza un profundo análisis sistemático de las transformaciones de las principales características de la concepción tradicional de ley. Según este estudio, el enfrentamiento de la cuestión puede ser dividido en causas externas, entre las cuales están los presupuestos culturales, instrumentales y legitimadores, y las causas internas, entre las cuales están la normatividad de la Constitución y la práctica normativa y la dogmática jurídica en la administración de la ley. Para nuestra investigación, citaremos sólo la primera causa externa e interna apuntada por el autor, ya que para los fines de este apartado, entendemos que resulta suficiente. Cfr. CABO MARTÍN, Carlos de, *sobre el concepto de ley... op., cit.*, pp. 73 y ss.

¹²⁸ Cfr. SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, São Paulo, Cortez, 1997.

¹²⁹ Sin ninguna pretensión de agotar la polémica cuestión del Derecho en la post-modernidad, incluso porque éste no es nuestro objetivo, para que podamos dar continuidad al análisis de nuestro tema, adoptamos una clasificación expuesta por Andrés García Inda, que con el fin de sistematizar y simplificar la compleja cuestión, definió cinco puntos esenciales, que resumen toda la compleja cuestión del Derecho en la post-modernidad, en GARCÍA INDA, Andrés, "Cinco apuntes sobre Derecho y postmodernidad", en *Doxa* nº 24, Alicante, Universidad de Alicante, 2001, pp. 235-248.

regular la vida de forma general, abstracta, objetiva y completa, se multiplica en diversas leyes – proceso de descodificación – que comienzan a regular la vida en sus variadas e infinitas realidades y particularidades. La infinidad de situaciones de la vida revela la incompletud del código y la necesidad de nuevas leyes – proceso inflacionista de las leyes –, las cuales llevarán, a causa de su multiplicidad, a una pérdida de racionalidad, coherencia y objetividad del ordenamiento jurídico. Las impredecibles situaciones de la vida, juntamente con una creciente toma de conciencia y valorización de la pluralidad política y social, no pueden ya ser reducidas y sistematizadas en los estrechos límites de un código, lo que lleva la ley al agotamiento de su capacidad de regulación, con la consecuente desilusión y desprestigio de la razón codificadora de la vida, que poseía la pretensión de aprehender la vida dentro del código. Ante la flexibilidad de la ley, el texto legal es cada vez más construido, deliberadamente, con conceptos jurídicos indeterminados y ambiguos, ampliando los espacios de discrecionalidad y de interpretación jurídica, lo que permite, por consiguiente, una constante adaptación de la ley a los incesantes cambios de la realidad y a la cobertura de los espacios no regulados¹³⁰.

Ante la relatividad, esta misma ley, multifacética y flexible, carece de un amplio consenso acerca de lo que se puede entender por justicia, lo que exige un cierto grado de blandura o ligereza en sus determinaciones. El relativismo cultural provoca, en alguna medida, una debilidad axiológica, especialmente, cuando se trata de temas universales como el de los derechos humanos, lo que necesariamente exigirá una ponderación de valores frente a la diversidad cultural. Ante la transitoriedad, la velocidad del tiempo hace de la antigua ley, eterna e

¹³⁰ COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa*, nº 21, vol. II, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, p. 102; también, *vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. “Derecho e Incertumbres”. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2012, pp.99-112.

inmutable, un acto meramente provisional, precario y pasible de alteraciones o nuevas interpretaciones, según exijan las necesidades del tiempo presente. Por último, ante la contradictoriedad, el Derecho se revela en un ámbito de constantes paradojas como los existentes entre lo universal y lo particular, la regulación y la desreglamentación, los beneficios y los perjuicios de la regulación social, la igualdad entre sujetos desiguales, el amor y el odio al censor, lo nacional y lo local, la necesaria y al mismo tiempo imposible gestión de la complejidad¹³¹, todo, tal vez, resultado de la primera gran paradoja del Derecho que para proteger la libertad la limitó.

En cuanto a las causas internas al ordenamiento jurídico de la crisis de la ley, Cabo Martín apunta al impacto de la normatividad constitucional sobre la ley como la principal repercusión sobre el concepto tradicional de ley, puesto que la Constitución asumió, en el lugar de la ley, la función de fuente del ordenamiento jurídico. Como señala Gustavo Zagrebelsky, *“La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”*¹³². La ley pierde la función de única fuente del Derecho, así como es destituida de su soberanía, comenzando a estar sometida a procedimientos y contenidos definidos previamente en la Constitución, debido a la supremacía normativa del texto constitucional¹³³.

Según el concepto de la Revolución francesa, la ley fue concebida con la función de tutelar la libertad y la igualdad del ciudadano frente al Estado, así como de reconocer y garantizar los derechos subjetivos. Sin embargo, la ley dio señales de su imposibilidad ante la relevante misión

¹³¹ ARNAUD, André-Jean, “Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)”, en *Doxa* nº 15-16, Alicante, Universidad de Alicante, 1994, pp. 1000-1004.

¹³² ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 34. En el mismo sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios...*, op. cit., p. 33.

¹³³ PÉREZ ROYO, Javier, *Las Fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17 y s.

que le había sido confiada, dejando de ser un instrumento legal de tutela de los derechos del ciudadano contra el Estado para comenzar a ser, en manos del Estado, un arma por medio de la cual, legalmente, la organización política disparó varios golpes contra los derechos subjetivos¹³⁴. El principio de la legalidad formal fue suficiente para tutelar los derechos frente a las reiteradas violaciones perpetradas por la jurisdicción y por la administración, pero insuficiente frente a los abusos del legislador¹³⁵. Con el fracaso de la ley en la misión institucional que le atribuyeron los revolucionarios franceses, esta misma misión fue conferida a la Constitución, que asume, en el lugar de la ley, el papel de fundamentación y protección de los derechos¹³⁶. Para Prieto Sanchís, la razón más elemental de transformación que hasta entonces se entendió por ley, está en el hecho de que con la adopción de una Constitución normativa no solamente quedó pre-definido “*quién*” y “*cómo*” se decide, sino también, en alguna medida, “*qué*” se decide, asumiendo la Constitución una virtualidad prescriptiva o una función limitadora de la libertad de configuración del legislador y, por tanto, de la ley. El legislador ordinario pierde el puesto de poder soberano, así como su medio de expresión, la ley, es destituida de la soberanía para someterse a los preceptos constitucionales.

Así, asumiendo la Constitución el lugar y la función de la ley con relación a la fundamentación y protección de los derechos públicos subjetivos, como apunta Gustavo Zagrebelsky, el primero gran desafío del constitucionalismo moderno fue precisamente el de establecer una clara distinción entre ley, norma puesta por el legislador, y los derechos humanos, pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas,

¹³⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Leyes, principios...*, *op. cit.*, p. 23.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 2ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, p. 67.

¹³⁶ Díez-Picazo, Luis, *Constitución, ley, juez...* *op. cit.*, p. 14.

independientemente de la ley¹³⁷. Los derechos humanos, una vez constitucionalizados, comienzan a ser reconocidos como derechos fundamentales e empiezan a integrar el bloque del “*qué*” y que no está a disposición del legislador ordinario y de la ley. Este bloque de derechos tiene la función de actuar como un marco de control de constitucionalidad de la norma. La ley soberana, racional, coherente, estable, segura y legítima, comienza estando bajo constante sospecha; es decir, además de ser rebajada a un segundo plano, su validez también se desplaza del centro de un campo de seguridad y certeza hacia un área periférica de verdadera inseguridad e incertidumbre, asumiendo una posición de subordinación y de constante interinidad¹³⁸.

Por último, otra profunda consecuencia de la normatividad de la Constitución está en el establecimiento de un control de constitucionalidad de las leyes a cargo de un órgano externo al poder legislativo: el poder judicial y los Tribunales Constitucionales. Las diversas experiencias de control de constitucionalidad de las leyes durante el siglo XIX siempre estuvieron a cargo del propio poder legislativo, puesto que en razón del dogma de la soberanía del parlamento, no era admisible la existencia de un control externo al poder legislativo. Así, es solamente a partir de la segunda posguerra que el control de constitucionalidad surgirá como un elemento indisoluble de la Constitución¹³⁹. La sumisión de la ley a un control de constitucionalidad a cargo del poder judicial y de los Tribunales

¹³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 47. Como comentario a la obra de Gustavo Zagrebelsky (*El derecho dúctil*), Blanco Valdés hace algunas reflexiones relativas a las conclusiones del autor sobre la actual relación entre la ley y los derechos, para decir que “*ni los derechos están hoy tan alejados de la ley ni lo han estado históricamente tan cerca*”, en BLANCO VALDÉS, Roberto L., “La ley y el legislador”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XIII, 1996, p. 63.

¹³⁸ J. LAPORTA, Francisco, en “Materiales para...”, *op. cit.*, p. 322.

¹³⁹ ARAGÓN REYES, Manuel, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, Madrid, enero-abril/1987, pp. 34-36. En el mismo sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Leyes, principios...*, *op. cit.*, p. 33.

Constitucionales fue el principal golpe contra la soberanía de la ley y del poder legislativo.

2.3 – Resistencia ante la crisis de la ley

Una vez constatado que la ley se encuentra en crisis, al menos en lo que se puede comprender por su concepto tradicional, la cuestión, a saber, es si la ley en su degeneración también puede ser reconocida como un instrumento democrático eficiente para realizar los fines constitucionales, así como conferir efectividad a los derechos fundamentales. En el epicentro de la crisis de la ley el poder judicial comienza a ejercer un papel cada vez más relevante¹⁴⁰, puesto que incluso si un cierto concepto de ley esté en crisis, la ley no deja de ser una gran conquista del Estado de Derecho y expresión del principio democrático, razón por la cual continúa siendo imprescindible para el mantenimiento y la profundización del Estado social y democrático de Derecho¹⁴¹.

Aunque la ley pueda estar padeciendo serios problemas, esta crisis no puede obscurecer su real importancia en las sociedades modernas, porque sería lo mismo que destronar la democracia de la arena política¹⁴².

¹⁴⁰ GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, “Poder Judicial y Estado social: Legalidad y resistencia constitucional”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho, El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 79.

¹⁴¹ ARAGÓN REYES, Manuel, “La función legislativa de los parlamentos y sus problemas actuales”, en GARRORENA MORALES, Ángel (Ed.), *El parlamento y sus transformaciones actuales; Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 135-136.

¹⁴² En el mismo sentido Xavier Arbos sostiene que “*Renunciar a la regulación estatal, sin tratar de curar sus males, me parece un peligro mayor que la persistencia de la crisis*”, en ARBOS, Xavier, “La crisis de la regulación estatal”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 71, enero-marzo/1991, pp. 279-280; ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Tecnos, 1997. Y, también, MARCILLA, Gema, “Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 11, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México – ITAM, octubre/1999, pp. 177-193; ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, “De la

No podemos abandonar el recurso al legislador, representante del pueblo, para volver al juez del *Ancien Régime*, dispensador de la justicia del soberano, ni tampoco es posible habilitar el poder ejecutivo, por medio de delegaciones, para que sus tecnócratas hagan lo que el legislador debería hacer. Frente a esta falta de alternativas, García de Enterría reconoce que la ley ya no es el único instrumento de regulación social, aunque siendo insustituible, porque también es expresión del principio democrático. A pesar de la crisis, las sociedades modernas poseen en su ideario una esencia democrática, la cual presupone una sociedad autorregulada, que no admite la posibilidad de instancias externas, ya sea un monarca o cualquier otro poder absoluto, incluso, un judicial, pretenciosamente, redentor o alumbrado, autoinvestido de alguna ideología, doctrina o tradición histórica¹⁴³.

Una de las consecuencias de la crisis de la ley es la fuga en dirección al poder judicial, casi como un pedido de socorro. En el análisis de Prieto Sanchís, “*la creciente reivindicación de la figura del juez correrá paralela a un proceso de descrédito o decadencia de la ley*”¹⁴⁴. Con la crisis de la ley, la esperanza revolucionaria de hacer justicia a través de la ley, a pesar de la ley, está depositada en manos del juez, que asumirá la responsabilidad por realizar la tan esperada justicia. Planteada la cuestión en este sentido, se hace imprescindible que el poder judicial, por un lado, asuma la responsabilidad política y social por las consecuencias de su interpretación de la ley y, por otro, se someta a un control político y social llevado a cabo por la sociedad organizada¹⁴⁵.

jurisprudencia a la legislación”, en *Doxa*, nº 15-16, Alicante, Universidad de Alicante, 1994, pp. 771-772.

¹⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La democracia...”, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Leyes, principios...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁵ BELLOSO MARTÍN, Nuria, *El control democrático del poder judicial en España*, Curitiba/Brasil, Moinho do Verbo, 1999, pp. 78 y 99-105.

Una concepción adecuada de jurisdicción para el Estado social y democrático de Derecho, necesariamente, deberá tomar en consideración la crisis del objeto manejado diariamente por los jueces, la ley, bajo pena de que ya no sea posible a la jurisdicción cumplir con sus fines constitucionales¹⁴⁶. La restauración de los postulados básicos de la cláusula democrática del Estado social y democrático de Derecho es presupuesto necesario tanto para fundamentar la reserva de la ley, como para protegerla de posibles violaciones por parte de los propios poderes del Estado.

Así, el juez, al realizar la interpretación y aplicación de la ley, necesariamente elegirá, entre las interpretaciones posibles, la que confiera un mayor grado de efectividad a la Constitución y a la ley. En el ámbito del Estado social y democrático de Derecho no existe más espacio para el juez Pilatos, acostumbrado a actuar con indiferencia ante los resultados de la interpretación de la ley¹⁴⁷. Puesto que, si la efectividad de la ley y de la Constitución es un criterio de legitimidad de la organización política actual, el juez deberá tomar en consideración este criterio con ocasión de la elección de la mejor interpretación posible, bajo pena de que la jurisdicción responda políticamente por la pérdida de legitimidad del sistema jurídico.

¹⁴⁶ ARAGÓN REYES, Manuel, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad...", *op. cit.*, p. 197.

¹⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo, *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 75 y s.

3 – La Constitución: parámetro de control de constitucionalidad

3.1 – Idea de constitución

La *idea de constitución* no es algo que pertenece exclusivamente a los tiempos moderno y contemporáneo, sino que impregna todas las sociedades organizadas en todos los tiempos y lugares¹⁴⁸. Seguidamente, vamos a analizar ese proceso.

3.1.1 – “Constitución” de los antiguos

En Grecia (siglo IV a. C), la búsqueda por una forma de unión política, en otras palabras, la búsqueda por una forma de gobierno que reforzara la unidad de la *polis*, amenazada y en crisis, encuentra en el concepto de *politeia* un instrumento a través del cual el pensamiento político de la época pretende hacer frente a este desafío. En este sentido Maurizio Fioravanti entiende que es perfectamente legítimo reconocer en la forma de *unión política*, que Aristóteles denomina *politeia*, lo que hoy en día conocemos por constitución¹⁴⁹. A partir de Platón y Aristóteles la idea de constitución ideal o de organización política estable y duradera, en contraposición a la sociedad violenta y tiránica, se encuentra en el punto medio o de equilibrio entre todas las fuerzas políticas y los intereses presentes en la sociedad (disciplina social).

En Roma (siglo I a. C.), la idea de constitución de los antiguos recibirá nuevos influjos a partir de Polibio, que al contrario de Aristóteles,

¹⁴⁸ ARAGÓN REYES, Manuel, “La constitución como paradigma”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 29-32.

¹⁴⁹ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, De la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 19; cfr. ARISTÓTELES, *Politics*, III, Project Gutenberg EBook of Politics, http://www.gutenberg.org/files/6762/6762-h/6762-h.htm#link2H_4_0031, Consultado el 23/05/2015; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Teoria da Constituição, Mitos memórias, conceitos*, T. I, Lisboa, Verbo, 2002, pp. 267-271.

quien concentró su atención sobre las articulaciones de la sociedad y la necesidad de un equilibrio social, acentuará la necesidad de la existencia de varios centros de poder político, por medio de los cuales pretende encontrar el necesario equilibrio entre las fuerzas políticas (disciplina del poder). Cicerón, al tratar de la *res publica*, afirmará que una organización política que pretende afirmarse en el tiempo de forma estable y equilibrada deberá evitar las clásicas degeneraciones de los regímenes políticos, de la monarquía en tiranía, de la aristocracia en oligarquía y de la democracia en desorden, por medio de la construcción de una forma de unión política mixta o moderada¹⁵⁰.

A partir de los problemas enfrentados por los griegos y romanos y de las respectivas soluciones encontradas, se constata una gran convergencia, lo que permite extraer de estas experiencias una idea de *constitución de los antiguos*. Según Fioravanti, la *politeia* de los griegos y la *res publica* de los romanos, en cuanto criterio de orden y medida de la sociedad, fue un gran proyecto de conciliación y disciplina, social y política, cuyo mayor enemigo era el tirano, porque una vez en el poder, dividiría la sociedad en facciones, rompiendo con el equilibrio entre las fuerzas de la sociedad¹⁵¹.

3.1.2 – “Constitución” del medioevo

Con la caída del imperio romano (siglo V), se produce una disgregación de la centralidad del poder político en diversos centros de poder, la Iglesia, los imperios y los señores feudales. Así, uno de los primeros rasgos de la *constitución del medioevo* se encuentra en la intrínseca limitación de estos poderes públicos, no por fuerza de alguna

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 22-28

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 30.

norma superior o por voluntad de los agentes sino por una simple cuestión de hecho. El segundo de los elementos se encuentra en la concepción de un orden jurídico, dada de antemano por la tradición, estructurada por una diversidad de vínculos y convenciones multiformes, los cuales no permitían ninguna movilidad o disposición sobre la constitución¹⁵².

Al contraponerse la idea de constitución mixta de los antiguos con la del medioevo, Fioravanti concluye que la constitución de los antiguos era concebida como un orden político ideal a ser perseguido (prescriptivo), mientras que la constitución del medioevo es un orden jurídico dado (descriptivo), concebido ya sea como una forma de conservación y de distribución de los diversos poderes, ya sea como un instrumento de defensa contra las eventuales arbitrariedades. En otras palabras, la constitución mixta de los antiguos se orientaba a legitimar los poderes públicos, mientras que la constitución mixta medieval estaba destinada a limitar estos mismos poderes¹⁵³.

La constitución del medioevo es esencialmente mixta. En el auge de la experiencia medieval, esta constitución sirvió de fundamento para la idea de la *potestas temperata*, una especie de poder monárquico limitado por otras instituciones, representantes de las diversas fuerzas políticas en la sociedad¹⁵⁴. La inestabilidad política y social, especialmente, en Francia y en Inglaterra (desde el siglo XVI al XVII), será atribuida a la incapacidad de que una constitución mixta alcanzara y mantuviera la estabilidad política y social (Thomas Hobbes, 1588-1679). Una vez sentado que la disputa entre las diversas fuerzas políticas de la sociedad termina

¹⁵² *Ibidem*, pp.35-37.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 56. En el mismo sentido Ferreira da Cunha apunta que los escritos políticos del medioevo no quiebran la tradición, antes se integran como amenazadores o armonizadores de tensiones y conflictos, como método de integración y no de subversión, en FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Teoria da Constituição...*, *op., cit.*, p. 106.

¹⁵⁴ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, De la antigüedad a nuestros días...*, *op., cit.*, p. 71.

naturalmente en la anarquía social, se considera que en la antigüedad venía a reflejarse en la constitución mixta; es decir, la contemplación de la pluralidad de poderes comienza a ser vista como el gran obstáculo que debe superarse para que se pueda alcanzar la deseada estabilidad en la sociedad.

En este contexto empiezan a surgir las primeras doctrinas sobre la necesidad de un poder soberano (Jean Bodin, 1530-1596), por medio de las cuales la superación de la inestabilidad social solamente puede alcanzarse mediante la constitución de un poder soberano, perpetuo y absoluto. Un poder perpetuo, porque originario; es decir, no derivado de ninguna fuente de poder anterior o superior, y absoluto, porque por ser superior, no está obligado a asociarse, pactar o compartir el poder con otras fuerzas políticas, calidad de la cual se predica su indivisibilidad. Este poder por encima de la dimensión constitucional, no se someterá a ningún tipo de control o contrapeso, aunque tenga algunos límites. Estos límites, a pesar de ser estrictos, están relacionados con las leyes de sucesión al trono, a la alienación de los bienes de la corona y a los derechos de propiedad sobre las cosas y bienes de los particulares, familias, y comunidades rurales y urbanas¹⁵⁵. Así, para Fioravanti, la constitución de los modernos empieza a forjarse cuando surge la necesidad de que se diseñe un poder superior, fuera del alcance de las disputas políticas¹⁵⁶.

Para Thomas Hobbes, si lo que se pretende es evitar la guerra civil, entonces no hay otra alternativa que la identificación del poder político en un sólo centro de poder. Para Hobbes este proceso de identificación del poder soberano es la única y verdadera necesidad de la organización política, actuando como la única y verdadera ley fundamental. Para el filósofo inglés, la ley fundamental del Estado es aquella ley que si fuera

¹⁵⁵ Cfr. BODIN, Jean (1576), *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 1985.

¹⁵⁶ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, ..., op. cit.*, pp. 74-77.

anulada el Estado se disolvería por completo¹⁵⁷. De este modo, al contrario de la constitución del medioevo que se expresaba por medio de muchos pactos y acuerdos entre las diversas fuerzas políticas, en Hobbes comienza a existir una única ley fundamental, necesaria para la preservación del poder soberano, elemento imprescindible para el mantenimiento del orden político y social¹⁵⁸.

Este poder soberano hasta entonces en manos del monarca, según Rousseau (1712-1778) deberá ser de titularidad del pueblo¹⁵⁹. El poder soberano del pueblo tiene como único límite o garantía del ciudadano la generalidad de las leyes, las cuales deben disponer sobre todos los ciudadanos, sin hacer excepciones¹⁶⁰. La concepción del poder soberano tanto en Hobbes como en Rousseau, aunque no sea arbitrario, encuentra un gran déficit de límites claros e insuperables, por lo que no se puede encontrar en estos autores la idea de una constitución constituyente con límites al poder soberano, ni tampoco definitiva de un sistema de garantías del ciudadano¹⁶¹.

3.2 – Constitucionalismo

El *constitucionalismo* puede ser concebido como un conjunto de doctrinas surgidas en la segunda mitad del siglo XVII con la finalidad de recobrar en el horizonte de la constitución de los modernos la necesidad de establecer los límites al poder del Estado y las garantías para el ciudadano. Aunque en Hobbes y Rousseau el poder soberano no pudiera

¹⁵⁷ Cfr. HOBBS, Thomas (1651), *Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 2002.

¹⁵⁸ Cfr. HOBBS, Thomas (1651), *Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 2002.

¹⁵⁹ ROUSSEAU, J. J., *Contrato social...*, op. cit., p. 66-68.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 85.

¹⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución...*, op. cit., p. 84.

considerarse arbitrario, era absolutamente incompatible con estas teorías la división del poder soberano, a causa de su naturaleza indivisible, y del establecimiento de límites legales al ejercicio de este poder, porque la división de poderes del Estado exigiría el regreso de la constitución mixta. El constitucionalismo parte de la idea de constitución moderna en Hobbes y Rousseau con la pretensión de conciliar una concepción de poder soberano, inicialmente indivisible e ilimitada, con los ideales de división de poder y límites bien definidos¹⁶².

En el mismo sentido, Nicola Matteucci afirma que la originalidad del constitucionalismo moderno consiste en aspirar a una constitución escrita, dispuesta en normas orgánicamente relacionadas, en directa oposición a la constitución del medioevo, que además de que era consuetudinaria, se expresaba por medio de diversas leyes fundamentales. Junto con la pretensión de ser una constitución escrita, otras dos condiciones se exigirán a la constitución por parte del movimiento constitucionalista. La primera, se refiere a la legitimidad de la constitución, que tanto puede darse por medio de la legitimidad formal, como emanación de la voluntad soberana del pueblo, o por medio de la legitimidad material, derivada de la racionalidad y de la justicia intrínseca de la norma. Al contrario, en el medioevo la fuente de legitimidad de la constitución estaba en el pasado remoto, en la tradición y en la voluntad de Dios. La segunda condición se refiere a la función de la constitución que, además de servir de límite al poder político, también pretende consagrar un conjunto de derechos a favor del ciudadano como instrumento de limitación de este poder¹⁶³.

Es posible entender el constitucionalismo solamente a partir de la concepción del Estado absoluto, organización política que se caracterizó por una tendencia acentuada de concentración de poder político en

¹⁶² *Ibidem*, pp. 85-86.

¹⁶³ MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad*, trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1998, pp. 25-26.

manos de una única instancia, el rey, institución ésta que no reconocía ninguna instancia superior ya sea en un contexto interno, ya sea en uno internacional. Por lo tanto, para el constitucionalismo este era el “*enemigo histórico contra quien está llamado a batirse*”¹⁶⁴. Sin embargo, como apunta Ferreira da Cunha, la bandera del constitucionalismo fue izada más contra los protagonistas concretos del poder que contra sus fundamentos más profundos¹⁶⁵.

El primero gran idealizador de la concepción de un poder soberano, dividido y limitado, fue John Locke (1632-1704)¹⁶⁶, que trata de establecer algunas limitaciones al ejercicio del poder, aunque el poder legislativo estuviese identificado como el poder supremo del Estado. El Derecho natural, el principio de la legalidad, el derecho a la propiedad privada y el principio de la indelegabilidad actúan como instrumentos de limitación del poder legislativo. Así, en la doctrina lockeana, a pesar de que el poder legislativo represente el poder supremo del Estado, no es un poder absoluto, sin límites. En el mismo sentido, y partiendo de una concepción antropológica de la naturaleza humana mala, que siempre tiende a querer abusar del poder, concentrando en sus manos el máximo poder para la satisfacción de sus propios intereses, en detrimento del interés de los demás, Locke desarrolla una concepción de división de poderes. Si el Estado tiene como finalidad asegurar la paz, la libertad y la igualdad entre todos los hombres, el principio de la división de poderes deberá gravitar en torno a esta misma finalidad, debiendo estar siempre al servicio de la razón justificadora de la creación del Estado¹⁶⁷.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹⁶⁵ FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Teoria da Constituição...*, *op. cit.*, pp. 108-111.

¹⁶⁶ *Cfr.* LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil...*, *op. cit.*

¹⁶⁷ Los límites del poder legislativo y la división de los poderes en Locke serán tratados detalladamente con ocasión del capítulo específico sobre “La teoría de la división de poderes en John Locke”.

En el mismo sentido Montesquieu (1689-1755), al describir la Constitución de Inglaterra¹⁶⁸, lanzó nuevas luces sobre la teoría de la división de poderes, convirtiéndose, para muchos, en el primer filósofo que trata el tema en términos modernos. Aun cuando la descripción de la Constitución inglesa no corresponda a la realidad de su tiempo, su teoría contribuyó a la concepción y construcción del Estado moderno. De forma mucho más próxima a la desarrollada por Locke, Montesquieu concibió una teoría de la división de poderes como un instrumento estructural del Estado al servicio de la libertad política de los ciudadanos en su relación con la Constitución¹⁶⁹.

El constitucionalismo de las revoluciones americana y francesa, al final del siglo XVIII, así como el constitucionalismo post-revolucionario, vigente hasta la primera mitad del siglo XX, sufrirá pocas transformaciones en sus líneas generales, caracterizándose, especialmente, por la asunción de una función limitadora del poder, ya sea por la adopción del principio de la división de los poderes, ya sea por la institución de algunas garantías a favor del ciudadano. Sin embargo, este constitucionalismo liberal, a pesar de la adopción de estos postulados, se conformó con las constituciones de texto predominantemente formal, procedimental y organizacional, destituido de contenido material.

¹⁶⁸ Cfr. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes...*, op., cit., Libro XI, cap. VI. La división de poderes en Montesquieu será abordada con profundidad en el capítulo específico sobre "La teoría de la división de poderes en Montesquieu".

¹⁶⁹ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *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, p. 78.

3.3 – Neoconstitucionalismo

Tratar el control de constitucionalidad difuso de la norma, objeto de esta Tesis Doctoral, requiere una previa definición de lo que se entiende por Constitución porque, dependiendo del modelo adoptado de Constitución, no será incluso posible hablar y definir el control judicial de constitucionalidad. Así, el control judicial en el marco que se defiende en esta investigación supone una cierta Constitución y, en el caso específico, una Constitución concebida en el ámbito que se denomina neoconstitucionalismo, surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX, que aunque no se deshace de la historia y de las conquistas del constitucionalismo, aporta unas inéditas características, las cuales merecen ser tratadas bajo un nuevo enfoque¹⁷⁰.

3.3.1 – Neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico

El neoconstitucionalismo, bajo un *primer aspecto*, puede presentarse como teoría, ideología o método del Derecho Constitucional, siguiendo la clásica distinción de las acepciones del positivismo jurídico dada por Norberto Bobbio¹⁷¹. En un *segundo aspecto*, denota la

¹⁷⁰ Miguel Carbonell apunta que aunque ya existieran algunos ejemplos de textos constitucionales sustantivos (Constitución mejicana de 1917 y la Constitución alemana de la República de Weimar de 1919), estos textos, tratados en la práctica jurisprudencial y en el desarrollo teórico de esta materialización de la Constitución, se presentaron conjuntamente sólo al final del siglo XX, elemento singular del neoconstitucionalismo. Cfr. CARBONELL, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9-12. En el mismo sentido Luis Prieto Sanchís reconoce que el constitucionalismo europeo de la post-guerra, a causa de su peculiaridad, hizo surgir una nueva cultura jurídica, el neoconstitucionalismo. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 213; POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa*, nº 21, vol. II, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, p. 339.

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto, “Sul positivismo giuridico”, en *Rivista di filosofia*, LII, 1961, pp. 14-34.

existencia de ciertos elementos estructurales de un modelo constitucional; es decir, un conjunto de mecanismos normativos e institucionales de un determinado sistema constitucional, destinados a limitar el poder del Estado y a proteger los derechos fundamentales¹⁷².

El *neoconstitucionalismo teórico* tiene por objeto de investigación el nuevo fenómeno constitucional, que se revela por medio de un modelo de Constitución principialista, constituido, principalmente, a través de la positivación de valores, principios y derechos fundamentales, de la irradiación de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico y de la existencia de ciertas peculiaridades en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales.

La asunción de un modelo principialista de Constitución trae ínsita la idea de una nueva concepción de Constitución, absolutamente distinta de la Constitución del inicio del siglo XIX, que se caracterizaba por poseer un texto predominantemente formal, procedimental y organizacional, destituido de contenido material. Especialmente a partir de la segunda posguerra la Constitución comenzó con un profundo proceso de rematerialización, por medio de la constitucionalización de valores, principios y derechos fundamentales.

El modelo de Constitución principialista permite la realización de un control de constitucionalidad acerca del propio contenido de la ley. Así, además del control de constitucionalidad formal de la ley, para el juez es posible realizar el control de constitucionalidad material o del propio contenido de la ley. En el modelo de Constitución principialista, la jurisdicción ordinaria, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, independientemente de cualquier intervención por parte del legislador,

¹⁷² COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico", trad. Miguel Carbonell, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 75.

puede controlar directamente la constitucionalidad de la norma; esto porque los valores, principios y derechos fundamentales no están con su fuerza normativa condicionada a la previa iniciativa del legislador ordinario. En otras palabras, la normatividad de la Constitución deriva directamente de la propia Constitución, lo que permite al juez utilizarla como parámetro de interpretación de todo el ordenamiento jurídico.

La irradiación de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico o la inmersión de la Constitución en el ordenamiento jurídico tiene como consecuencia directa la constitucionalización de este ordenamiento; es decir, la legislación infraconstitucional, especialmente la ley, aprobada por el legislador, pero también las disposiciones legales y reglamentarias promulgadas por el ejecutivo, pasa a estar impregnada de la norma constitucional, debiendo, necesariamente, ser interpretada y aplicada – en una sólo palabra, concretada – a la luz de las normas constitucionales. En el momento de su elaboración, la Constitución limita los posibles contenidos de la ley, en virtud de encontrarse el sistema normativo materialmente circunscrito a los marcos constitucionales. Por lo tanto, la libertad de conformación del legislador y la discrecionalidad administrativa del administrador se encuentran delimitadas por estos marcos normativos. Con ocasión de su interpretación y aplicación, la supremacía jerárquica y la normatividad de la Constitución obligan al constructor de la norma a interpretarla conforme a la Constitución, lo que posibilita como se impone al juez ordinario la aplicación directa de la Constitución al caso concreto.

El neoconstitucionalismo analizado bajo el ángulo de la ideología – *neoconstitucionalismo ideológico* – denota un profundo cambio ante la principal razón o justificación de adopción de una Constitución. Si observamos las Revoluciones americana y francesa del siglo XVIII, fácilmente constataremos que el concepto de Constitución estaba íntimamente ligado a la idea de limitación del poder del Estado. Por otro lado, aunque la necesidad de limitación de este poder estatal no haya

desaparecido con el neoconstitucionalismo, ya no posee la misma relevancia de entonces.

Con la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y el progresivo proceso de democratización de las sociedades occidentales, la Constitución asumió, frente a los tres poderes y, principalmente, al poder legislativo, una función garante de los derechos fundamentales, acentuando la importancia de una continua expansión y concreción de los institutos y mecanismos de tutela de los derechos fundamentales, entre ellos uno concretamente, el control de constitucionalidad de la norma, objeto de nuestra investigación¹⁷³.

Finalmente, el *neoconstitucionalismo metodológico* está estrechamente ligado a la concepción de Derecho propuesta por la teoría post-positivista, que reconoce la existencia de una conexión necesaria o conceptual entre el Derecho y la moral; es decir, una co-originalidad. Esta conexión se realiza por medio de la inclusión de valores, principios y derechos fundamentales en el texto constitucional. Una vez establecida esta conexión entre Derecho y moral, la clásica distinción entre el *ser* y el *deber ser*, uno de los principales supuestos del positivismo jurídico¹⁷⁴, no encuentra ya sustentación empírica, porque los textos constitucionales contemporáneos no sólo describen lo que somos, sino que prescriben cómo y lo que pretendemos venir a ser¹⁷⁵.

Por lo tanto, el neoconstitucionalismo está llevando a la construcción de una nueva teoría del Derecho, que se dibuja con la pretensión de superar el positivismo jurídico. Esta teoría, nombrada post-

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 85-86.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 86-87.

¹⁷⁵ La prescripción constitucional de lo que pretende ese venir a ser, conlleva una pretensión transformadora de la realidad, razón por la cual Avila Santamaría llega a hablar de neoconstitucionalismo transformador, en AVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar – Digital, 2012.

positivista, profundizada con el neoconstitucionalismo, se presenta con algunas características generales, las cuales podrían ser resumidas de la siguiente forma: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más Constitución que leyes y disposiciones normativas; más jurisdicción que autonomía legislativa; más pluralidad de valores que homogeneidad ideológica¹⁷⁶.

3.3.2 – Tránsito desde el constitucionalismo al neoconstitucionalismo y la constitucionalización del ordenamiento jurídico

En un segundo aspecto, el neoconstitucionalismo denota la existencia de ciertos elementos estructurales de un modelo de Estado constitucional de Derecho. Así, el neoconstitucionalismo, en cuanto tipo de Estado de Derecho, es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales, la norteamericana y la francesa. La primera tradición concibe la Constitución como una regla del juego, un pacto de mínimos, por medio del cual se asegura la autonomía del individuo para que dentro de un entorno democrático y relativamente igualitario pueda desarrollar libremente su plan de vida personal. De esta tradición constitucional, la principal contribución para el neoconstitucionalismo es la idea de *supremacía constitucional de las normas del juego y su garantía jurisdiccional*.

¹⁷⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 131-132; BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad” en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Vol. 59, nº 1, Curitiba, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 59, disponible en: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/36352>, Consultado el 19/05/2015; cfr. ARA PINILLA, Ignacio, “Positivismo jurídico y Constitución”, en ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel y BRAVO DE LAGUNA, Juan Hernández (Coords.), *Estudios sobre la Constitución Española, Libro Homenaje a Gumersindo Trujillo Fernández*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 55-82.

Por otro lado, la segunda tradición concibe la Constitución como un proyecto político de transformación social y política, no se conformando con establecer las reglas del juego. A esta tradición, más que simplemente establecer las reglas – Constitución procedimental y organizacional –, el Estado pretende participar en el juego al condicionar las futuras acciones y decisiones colectivas acerca de la economía, educación, salud, trabajo, etc. – *Constitución sustantiva*, pero destituida de garantías jurídicas efectivas. Así, si por un lado tenemos una Constitución con un mínimo de contenido normativo garantizado por la jurisdicción, por otro tenemos una Constitución con un denso contenido programático normativo, pero destituida de una garantía jurisdiccional.

El neoconstitucionalismo pretende superar esta dicotomía al reunir estos elementos de las dos tradiciones constitucionales. Así, de la primera tradición, norteamericana, se incorporó la idea de constitución normativa y de garantía jurisdiccional, mientras que de la segunda tradición, francesa, se heredó el concepto de constitución como programa normativo para culminar en un concepto nuevo de constitución: la *Constitución normativa garantizada*¹⁷⁷.

La fuerza normativa de la Constitución tiene como contenido significativo que el texto constitucional, además de disponer sobre la organización del poder y las fuentes del Derecho, también reconoce o instituye directamente derechos y deberes exigibles inmediatamente, independientemente de cualquier intermediación del legislador. Y, también, por estar esta fuerza normativa garantizada por la jurisdicción, en el caso de que no se cumplan sus preceptos por parte del Estado o por cualquier particular, ya sea por acción u omisión, es posible hacer

¹⁷⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo...”, *ob. cit.*, pp. 124-128.

prevalecer el comando constitucional por medio de los diversos procesos judiciales existentes para la defensa de los derechos fundamentales¹⁷⁸.

En el origen del neoconstitucionalismo encontramos un largo proceso de profunda transformación del ordenamiento jurídico que termina culminando en lo que se denominó *constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Según Riccardo Guastini, debe entenderse por constitucionalización del ordenamiento jurídico el “*proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales*”¹⁷⁹. Para que este fenómeno de constitucionalización se produzca, Guastini identifica una serie de circunstancias, las cuales cita como condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Así, tenemos que el tránsito desde el constitucionalismo al neoconstitucionalismo se da dentro de una profunda transformación del fenómeno constitucional, bajo el influjo de las siguientes condiciones de constitucionalización: 1 – Constitución rígida; 2 – garantía jurisdiccional de la Constitución; 3 – fuerza normativa de la Constitución; 4 – sobreinterpretación de la Constitución; 5 – aplicación directa de las normas constitucionales; 6 – interpretación conforme a las leyes; y 7 – influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

(1) Una Constitución solamente puede calificarse como rígida si, en primer lugar, se presenta en la forma escrita, lo que aleja de este concepto las constituciones consuetudinarias. Además de escrita, para que una constitución sea calificada como rígida, también debe estar

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 128.

¹⁷⁹ GUASTINI, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano, en Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

dotada de supremacía normativa (art. 9 de la CE)¹⁸⁰, lo que descarta las constituciones políticas, sin fuerza jurídica; es decir, la Constitución debe estar inmune a la legislación ordinaria – sumisión total del legislador a la Constitución –, solamente pudiendo ser reformada por un procedimiento legislativo calificado (art. 166 y ss. de la CE). Por último, esta rigidez se manifiesta, también, de forma más pronunciada, en aquellas constituciones que poseen cláusulas pétreas o núcleos duros, los cuales están inmunes, incluso, a las reformas constitucionales¹⁸¹.

(2) La rigidez constitucional sin un sistema adecuado de protección contra los eventuales ataques contra la Constitución, no sería más que una declaración política de la suprema normatividad constitucional. Por lo tanto, no es posible hablar de normatividad constitucional sin un sistema de supervisión o fiscalización y control de constitucionalidad dotado de garantías institucionales y personales necesarias y suficientes para corregir las eventuales desviaciones. En el Estado neoconstitucional de Derecho este control está a cargo del poder judicial y del Tribunal Constitucional (art. 117 y ss. y 159 de la CE)¹⁸².

(3) La fuerza vinculante de la Constitución reconoce la fuerza normativa de todo el texto constitucional; es decir, en su integralidad, sin ninguna excepción. La Constitución inspirada por el neoconstitucionalismo, además de disponer sobre la organización del Estado, también incorporó un rol de valores, principios y derechos fundamentales, los cuales, dentro de sus peculiaridades normativas, están dotados de fuerza normativa y, por lo tanto, vinculan todos los poderes del Estado y de la sociedad (art. 9 de la CE), no pudiéndose ya de hablar de declaración política de valores, principios programáticos y

¹⁸⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983.

¹⁸¹ GUASTINI, Riccardo, "La 'constitucionalización'...", *op. cit.*, pp. 50-51.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 51-52.

derechos sociales destituidos de fuerza vinculante. En otras palabras, la Constitución, en su totalidad, produce efectos jurídicos inmediatos¹⁸³.

(4) La sobreinterpretación de la Constitución por medio de una interpretación extensiva, implica, según Guastini, la eliminación de espacios normativos inmunes al control de constitucionalidad. En otras palabras, a partir de los valores y principios constitucionales, los cuales irradian sobre todo el ordenamiento jurídico, cualquier acto normativo emanado de los poderes legislativo y ejecutivo está a salvo del control de constitucionalidad¹⁸⁴.

(5) Ante la aplicación directa de la Constitución, tenemos que inicialmente las constituciones no estaban accesibles a los poderes constituidos, a causa de que sus características principales, organizacionales y procedimentales, y función, en el ámbito del constitucionalismo, ya no permitían establecer límites para la actuación del poder político. Sólo gradualmente, con la transmutación de su naturaleza política en jurídica – adquisición de fuerza normativa – y la inclusión de derechos individuales en su texto – adquisición de contenido material –, la Constitución también asumió la función de garante de los derechos del ciudadano frente al Estado e incluso frente al propio ciudadano. Así, en el neoconstitucionalismo la Constitución no sólo incide en la relación Estado-ciudadano, sino también en la relación ciudadano-ciudadano, lo que autoriza la aplicación directa de la Constitución sobre estas relaciones jurídicas¹⁸⁵.

(6) La técnica de la interpretación de la ley conforme a la Constitución se presenta para Guastini como una condición necesaria para la constitucionalización del ordenamiento jurídico. El texto de la ley

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 52-53.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 53-55.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 55-56.

no se confunde con la norma que de él emana, en cuanto producto de la interpretación. Así, ante textos legales polisémicos, es decir, dotados de más de una posibilidad de interpretación, cabe al intérprete, debido a la necesaria conformación del ordenamiento jurídico a la Constitución, elegir (decidir) la interpretación de la ley más adecuada o armónica con la Constitución. En otras palabras, todo el texto de ley debe necesaria y previamente pasar por el filtro de la constitucionalidad¹⁸⁶.

(7) Por último, como última condición de constitucionalización del ordenamiento jurídico está lo que Guastini denomina como la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. La naturaleza normativa y axiológica de la Constitución exige su incidencia en la relaciones políticas entre los poderes del Estado, lo que hace que en muchas constituciones la jurisdicción sea convocada para solucionar verdaderos *impasses* políticos entre los órganos del Estado (art. 161.1.c y 161.2 de la CE); además, la institución del control de constitucionalidad a cargo del poder judicial y del Tribunal Constitucional, repercute directamente sobre la libertad de conformación del legislador, que depende de la extensión con que este control es ejercido por la jurisdicción; es decir, con mayor o menor *self-restraint* ante las *political questions*, mayor o menor será la libertad del legislador; y, también, como última influencia, el filósofo italiano reconoce que la Constitución podrá ser usada con más o menos intensidad como fundamento de las acciones y decisiones en los debates políticos¹⁸⁷.

3.3.3 – Elementos estructurantes del neoconstitucionalismo

Pues bien, si lo que caracteriza el neoconstitucionalismo es la existencia de ciertos elementos estructurales dentro del modelo de Estado

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 56-57.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 57-58.

constitucional de Derecho, se impone apuntar cuáles son, al final de cuentas, estos elementos que actúan como signos de distinción y transición entre el Estado constitucional de Derecho y el Estado neoconstitucional de Derecho.

Así, establecidas las condiciones necesarias para la constitucionalización del ordenamiento jurídico, bien como aceptado que esta constitucionalización es una realidad innegable, especialmente, en el ámbito del sistema constitucional español, comenzamos a definir cuáles son los elementos estructurales del neoconstitucionalismo. Aunque una de las críticas contra el neoconstitucionalismo sea la ausencia de una rigurosa sistematización, existiendo, conforme algunos detractores, incluso contradicciones entre sus adeptos, no tengo duda de que incluso no siendo posible un consenso doctrinario sobre todas las cuestiones suscitadas, algunos elementos fundamentales de esta peculiar estructura constitucional pueden ser perfectamente identificados, entre ellos: 1 – Constitución rígida; 2 – Constitución principialista; 3 – Elementos de hermenéutica constitucional específicos; y 4 – Garantía jurisdiccional¹⁸⁸.

3.3.3.1 – Constitución rígida

La *rigidez constitucional* en cuanto elemento estructurante del neoconstitucionalismo coincide con la primera de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico anteriormente ya mencionadas. La rigidez constitucional es al mismo tiempo condición de

¹⁸⁸ Sobre un modelo sistematizador de las propiedades del neoconstitucionalismo, véase RAMOS DUARTE, Écio Oto, "Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico", en RAMOS DUARTE, Écio Oto y POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, Landy Editora, 2006, pp. 63-73; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, "Do Neoconstitucionalismo. Entre Práticas e Teorias", en JOÃO ANTUNES, Maria *et al* (Eds.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 1137, disponible en: <http://works.bepress.com/pfc/221>.

posibilidad en cuanto elemento estructurante, puesto que sin Constitución rígida no existe condiciones de hablar de normatividad y supremacía constitucionales, el binomio de la rigidez. Esta distinción se impone porque no toda la norma es necesariamente suprema. En otras palabras, es posible, en teoría, una Constitución normativa, sin embargo con *status* de norma ordinaria, lo que permitiría, a pesar de su fuerza normativa, la reforma por medio de un mero proceso legislativo ordinario¹⁸⁹.

En cuanto a la *extensión de la normatividad constitucional*, podemos desdoblarla con relación a los sujetos y al objeto. En cuanto a los sujetos, al contrario del sistema constitucional kelseniano, en el cual la jurisdicción ordinaria y la sociedad no se encontraban directamente sometidos a la Constitución, en la concepción neoconstitucional de Constitución todos los poderes constituidos del Estado e, incluso, la sociedad civil están directamente vinculados a la normatividad constitucional. En este sentido, la Constitución española expresamente somete a todos los poderes públicos a su fuerza normativa (art. 9.1 de la CE)¹⁹⁰, por lo tanto, aquí se incluyendo la jurisdicción ordinaria y los ciudadanos, ya sean nacionales o extranjeros.

¹⁸⁹ Cfr. FERRERES COMELLA, Víctor, "Una defensa de la rigidez constitucional", en CARBONELL, Miguel (Comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, pp. 65-87; PACE, Alessandro, "Constituciones rígidas y constituciones flexibles", en CARBONELL, Miguel (Comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, pp. 45-64; BELLOSO MARTÍN, Nuria, "El neoconstitucionalismo a debate...", *op. cit.*, p. 161.

¹⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma... op. cit.*, pp. 60-61; HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional...*, *op. cit.*, pp. 61-83; BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da constitucionalidade*, T. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 59 e ss.; CARRILLO, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 32-34; CANOSA, Raúl, "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta", en *Ius Et Praxis*, año 4, nº 1, Talca/Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, p. 16; Sentencia 15/1982, Sala Primera del TC, BOE 18/05/1982, f. j. 8: "Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los

Por último, la existencia de un Tribunal Constitucional en el sistema de garantías jurisdiccional español no es un impedimento de acceso a la Constitución por parte de la jurisdicción ordinaria y la sociedad civil, porque, como apunta Prieto Sanchís, esta institución es perfectamente compatible con el neoconstitucionalismo, a pesar de “*representa[r] un residuo de otra época y de otra concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios*”¹⁹¹. Es decir, la jurisdicción ordinaria, según Peter Häberle, debe ser considerada como el ámbito natural y primero de protección de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que representan los órganos judiciales que la integran “*los tribunales de los derechos fundamentales de cada día*”¹⁹².

Con respecto al objeto, todo el ordenamiento jurídico, así como todos los actos jurídicos, ya sean ellos públicos o privados, están sometidos a los parámetros constitucionales. Sin embargo, se impone la adopción de un concepto de Constitución en cuanto ordenación-cuadro, compatible con un concepto de ordenación fundamental cualitativa, lo que protegerá tanto la Constitución como la ley ordinaria del fenómeno de la hiperconstitucionalización, así como también preservará el principio democrático, garantizando al legislador ordinario un espacio de libertad de configuración legislativa dentro de los límites de la Constitución¹⁹³. Además, compete al poder judicial, en un Estado social y democrático de

poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos”.

¹⁹¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo...”, op., cit., p. 128.

¹⁹² HÄBERLE, Peter, “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales (Alemania, España, Francia e Italia)*, Madrid, Civitas, 1991, p. 336; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma...*, op., cit., pp. 65-71.

¹⁹³ ALEXY, Robert, *Constitucionalismo Discursivo*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2007, pp. 77-78. Y, también, sobre la necesidad de existir un límite para las materias a ser tratadas en el ámbito de la Constitución, so pena de vulnerar el principio democrático, J. LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la Constitución”, en *Doxa*, nº 24, Alicante, Universidad de Alicante, 2001, pp. 459-484; cfr. GONZÁLEZ ALONSO, Alicia, “La lealtad constitucional. La Constitución como orden de valores o como procedimiento”, en *Revista de estudios políticos*, nº 120, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 329-350.

Derecho, dar la debida efectividad a esta concepción de Constitución con ocasión del control de constitucionalidad de las leyes, por medio de un *judicial self-restraint*, bajo pena de aniquilamiento de la democracia.

Por lo tanto, se deduce de este elemento estructurante que el acceso a la Constitución no está reservado con exclusividad al Tribunal Constitucional, puesto que todos los órganos del Estado, así como la sociedad, están alcanzados por la normatividad de la Constitución. Así, como consecuencia de esta normatividad, no solamente el Tribunal Constitucional, sino todo el que “*vive la norma acaba por interpretarla o al menos co-interpretarla*”. Por tanto, todo el que vive bajo los efectos de la normatividad de la Constitución, en cuanto destinatario de la norma, es participante activo en el proceso hermenéutico de la Constitución, razón por la cual es posible afirmar que el Tribunal Constitucional no tiene el monopolio de la interpretación constitucional dentro de este concepto de Constitución¹⁹⁴.

Por último, la fuerza normativa de la Constitución es predicado de la totalidad del texto constitucional, factor de impedimento de verse en algunas de sus normas meras declaraciones políticas o disposiciones programáticas destituidas de normatividad. Por lo tanto, ya sean valores, principios, derechos fundamentales u otras normas constitucionales, toda la Constitución está dotada de normatividad inmediata y directa, que se realiza por medio de la aplicación directa y de la interpretación conforme¹⁹⁵.

¹⁹⁴ HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. Gilmar Ferrera Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, pp. 13-15.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 68. Y, también, según María Luisa Balaguer Callejón, sólo es posible hablar de interpretación constitucional porque la Constitución es normativa. Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 38; DE LA QUADRA, Tomás, “La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica”, en LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.), *División de poderes e*

3.3.3.2 – Constitución principialista

La Constitución principialista, también denominada como material, sustantiva o axiológica, al contrario de las constituciones formales y meramente procedimentales del constitucionalismo, incorpora al texto normativo constitucional un conjunto de valores, principios y derechos fundamentales. Este fenómeno de materialización de la Constitución, también denominado *constitucionalismo de los derechos*, denota una concepción constitucional de los derechos en cuanto norma suprema, efectiva y directamente vinculante, los cuales deben ser observados en el momento de su interpretación y aplicación del Derecho¹⁹⁶.

Los derechos fundamentales se presentan en la Constitución como un orden de valores y principios constitucionales – dimensión objetiva – y, propiamente, como derechos fundamentales – dimensión subjetiva¹⁹⁷. Esta doble acepción de los derechos fundamentales es expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional español, cuando hace referencia al *“doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos,... Pero al mismo tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de*

interpretación, Hacia una teoría de la praxis constitucional, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 132-145.

¹⁹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos...”, *op. cit.*, pp. 213 y 216. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 47-48 y 65-68; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 164-166; AVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *En defensa del neoconstitucionalismo transformador...*, *op., cit.*; BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El neoconstitucionalismo a debate...”, *op., cit.*, pp. 161-163.

¹⁹⁷ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 228 y ss.; HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en HESSE, Konrad *et al*, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, pp. 83-115; BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 40 y ss.

la comunidad nacional... Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”¹⁹⁸.

Los derechos fundamentales, bajo el aspecto principiológico, consolidan el resultado de un acuerdo de mínimos entre las diferentes fuerzas políticas, por medio del cual se legitima una sociedad democrática. La función de los derechos fundamentales es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo de la Constitución, actuando como parámetro de constitucionalidad del ordenamiento jurídico.

Con respecto a la diversidad de formas de positivación de los derechos fundamentales, tenemos que estas distintas formas no desvirtúan su fuerza normativa. Así, a pesar del mayor grado de abstracción, los valores superiores y los principios constitucionales están dotados de la misma normatividad de las reglas constitucionales¹⁹⁹. Esta conclusión es factible, porque los valores y los principios constitucionales sirven de pauta de interpretación del ordenamiento jurídico²⁰⁰, pueden

¹⁹⁸ Sentencia 25/1981, Pleno del TC, BOE 13/08/1981, f. j. 5.

¹⁹⁹ Cfr. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1977; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988; SANTAMARÍA IBEAS, José Javier, *Los Valores Superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Libertad, Justicia, igualdad y pluralismo político*, Madrid, Dykinson, 1997.

²⁰⁰ Sentencia 21/1981, Sala Primera del TC, BOE 07/07/1981, f. j. 10: “Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal... que asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”.

fundamentar un recurso de inconstitucionalidad por su violación y poseen una aplicación inmediata²⁰¹, independientemente de su regulación²⁰².

Los derechos fundamentales, en su *dimensión objetiva* o *principalista*, incorporan la Constitución la moral pública, actuando como amalgama entre el Derecho y la moral. Así, en cuanto conjunto de valores y principios normativos instituidores del ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales irradian su normatividad sobre todo el ordenamiento, afectando a todas las relaciones jurídicas; es decir, las relaciones entre Estado-ciudadano y entre ciudadano-ciudadano²⁰³.

Los derechos fundamentales en su *dimensión subjetiva* poseen una eficacia vertical (Estado-ciudadano) y horizontal (ciudadano-ciudadano). Los derechos fundamentales surgen, inicialmente, como triunfos o barrera de contención contra la supremacía del poder político del Estado con respecto al ciudadano, por medio de los cuales se pretende garantizar la libertad del ciudadano frente al poder político. Superada la fase del Estado liberal de Derecho, por medio de la cual la división entre el Estado y la sociedad polarizó el poder político por un lado y el incipiente poder económico por otro, protegiendo, por tanto, el ciudadano de las intervenciones estatales, el próximo desafío de la sociedad fue el de proteger al ciudadano del propio ciudadano. Con el desarrollo del capitalismo no pasó mucho tiempo para que el poder económico también comenzara siendo una preocupación del ciudadano en la defensa de sus derechos, lanzando nuevos desafíos a la sociedad. A partir de esta nueva situación social, política y económica, el Estado social de Derecho surge como una forma de salvaguardar al ciudadano

²⁰¹ Art. 161.1.a da CE e art. 39.2 da LOTC.

²⁰² Sentencia 18/1981, Sala Primera del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 9: “*La reserva de Ley que efectúa el art. 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata*”.

²⁰³ PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos...”, *op. cit.*, p. 216.

de las situaciones sociales profundamente injustas, las cuales exigen del Estado una intervención en la sociedad con la finalidad de corregir las injusticias sociales producidas dentro de un contexto de total libertad del poder económico, por un lado, y de un absoluto abstencionismo del Estado, por otro. En el tránsito del Estado liberal de Derecho hacia el Estado social de Derecho, permitió el desarrollo de una nueva dimensión de derechos fundamentales, que además de haber permitido una relectura de los derechos fundamentales de primera dimensión, orientados a la protección del ciudadano contra el intervencionismo del Estado²⁰⁴, proporcionó la aparición de nuevos derechos fundamentales sociales y económicos, inherentes, especialmente, a proteger al ciudadano del poder económico. Además del fortalecimiento del poder económico, aquella clara división entre el Estado y la sociedad se deshace, haciendo que en muchas situaciones el Estado se presente como un particular, así como las entidades civiles comiencen a actuar haciendo las veces del poder público o, aun, surgen entidades de naturaleza híbrida, público-privada.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales repercute en las relaciones ciudadano-ciudadano, al contrario de la eficacia vertical que incide sobre las relaciones Estado-ciudadano. La relación jurídica Estado-ciudadano se establece entre un no titular de derecho fundamental y un titular de derecho fundamental, mientras que en las relaciones ciudadano-ciudadano, los dos participantes de la relación jurídica son titulares de derecho fundamental. Por lo tanto, la cuestión de la forma como los derechos fundamentales influyen sobre la relación jurídica ciudadano-

²⁰⁴ Sin embargo, según las teorías contractualistas, el Estado surge como forma de organización política de protección de derechos preexistentes al propio Estado, con la finalidad de garantizar el orden y la paz social. En este sentido, parece que la primera motivación de la aparición de los derechos fundamentales no fue tanto con el fin de oposición al Estado, sino para hacer frente a los conciudadanos. En este sentido: MACHADO, Jónatas, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 253, nota 833; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editora Debate, 1990, pp. 205-207.

ciudadano es un problema de construcción, mientras que la cuestión acerca de la medida de esta influencia es un problema de colisión²⁰⁵.

Con respecto a la primera cuestión; es decir, de la forma con que los derechos fundamentales repercuten en las relaciones privadas, básicamente se presentan tres teorías. La primera de ellas simplemente niega la vinculación del ciudadano en las relaciones ciudadano-ciudadano a los derechos fundamentales. La segunda admite una vinculación indirecta o mediata, mientras que la tercera defiende una vinculación directa o inmediata²⁰⁶.

Para los que niegan la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones ciudadano-ciudadano, el argumento principal parte de la idea de que estas posibles transgresiones ya estarían reguladas por el Derecho Civil y por el Derecho Penal, por lo que no existe la necesidad de la intervención del Derecho Constitucional, ya que de lo contrario la incidencia de los derechos fundamentales en el campo del derecho privado desmoronaría el principio de la autonomía privada²⁰⁷. Por ser cada vez menor el número de los defensores de esta teoría, viene perdiendo su significado e importancia teóricos.

Para los defensores de la *eficacia indirecta* o mediata, los derechos fundamentales deben actuar sobre las relaciones jurídicas privadas sólo en cuanto principios objetivos que se proyectan sobre todo el ordenamiento jurídico, vinculando directamente al legislador y al juez e indirectamente al ciudadano. Por lo tanto, no son los actos jurídicos practicados por los particulares que se encuentran directamente

²⁰⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 511.

²⁰⁶ GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 448.

²⁰⁷ FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 254-263.

sometidos a los derechos fundamentales, sino los actos del poder público, tanto del legislador – la ley – como del juez – la decisión judicial.

La aplicación de los derechos fundamentales en la dimensión de los principios hermenéuticos encuentra fértil espacio ante las cláusulas generales y los conceptos indeterminados del Derecho Privado, así como ante toda y cualquier interpretación, pudiendo, excepcionalmente, justificar una decisión contraria a la ley²⁰⁸. Por medio de esta doctrina, el Derecho Privado está sometido al Derecho Constitucional bajo la perspectiva de la interpretación conforme, sin violar el espíritu de la autonomía de la libertad, valor fundamental en esta rama del Derecho. Así, por esta línea de argumentación, los derechos fundamentales no son aplicados directamente, en cuanto derecho público subjetivo, sino que carecen de la intervención del legislador en su conformación y, en la ausencia de leyes, de la actuación del juez, que deberá colmar las lagunas legales a partir de los derechos fundamentales, los cuales actúan como principios hermenéuticos del Derecho Privado.

El Tribunal Constitucional alemán (1958)²⁰⁹ en el famoso caso *Lüth-Urteil* aplicó la tesis de la eficacia horizontal indirecta, teniendo en este juicio reconocido, por primera vez, que los derechos fundamentales, además de su dimensión subjetiva, también configuran un orden objetivo de valores, el cual debe irradiar sobre todas las áreas del Derecho²¹⁰. Asimismo, el Tribunal Constitucional español ya reconoció en los derechos fundamentales el punto de partida para toda y cualquier interpretación y aplicación del Derecho, al afirmar que “*Los derechos*

²⁰⁸ ALEXY, Robert, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 511-512.

²⁰⁹ Cfr. BODIN DE MORAES, Maria Celina, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, en WOLFGANG SARLET, Ingo (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, pp.107-108; WILHELM CANARIS, Claus, “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado em Alemanha”, en WOLFGANG SARLET, Ingo (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 227.

²¹⁰ WILHELM CANARIS, Claus, “A influência dos direitos fundamentais...”, *op. cit.*, p. 228.

*fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal... que asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico*²¹¹.

Una segunda versión de la doctrina de la eficacia indirecta o mediata se encuentra entre los defensores de la teoría de los deberes frente al Estado ante las relaciones entre particulares, por medio de la cual cabe al legislador y al juez, vinculados directamente a los derechos fundamentales, garantizar esta protección a los particulares. En el caso de estos últimos, el juez deberá formular la norma para el caso concreto a la luz de los derechos fundamentales. Ésta es una nueva tendencia en el ámbito de la eficacia indirecta, porque amplía la incidencia de los derechos fundamentales más allá de las cláusulas generales del derecho privado, imponiendo a los poderes públicos la obligación de velar por los derechos fundamentales incluso en la relación entre particulares²¹². Acogiendo esta orientación, el Tribunal Constitucional español tuvo la oportunidad de decidir en los siguientes términos: *“el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos*²¹³.

Según la doctrina de los defensores de la eficacia directa o inmediata, los particulares están vinculados directamente a los derechos

²¹¹ Sentencia 21/1981, da Sala Primera del TC, BOE 07/07/1981, f. j. 10.

²¹² WOLFGANG SARLET, Ingo, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, en WOLFGANG SARLET, Ingo (Org.), *A constituição concretizada*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2000, pp. 126-127.

²¹³ Sentencia 18/1984, Sala Primera del TC, BOE 09/03/1984, f. j. 6.

fundamentales, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva. En las relaciones entre particulares y entidades privadas o incluso particulares dotados de real poder social y económico, los derechos fundamentales valen como derecho público subjetivo, mientras que en las relaciones entre particulares situados en condiciones sociales y económicas similares, los derechos fundamentales valen como principios, aunque no se limiten a las reglas de interpretación. La teoría de la eficacia horizontal inmediata se basa, inicialmente, en la concepción de los derechos fundamentales en cuanto normas portadoras de valores y principios aplicables a todo el ordenamiento jurídico, debido a la normatividad constitucional y del principio de la unicidad del orden jurídico, motivos por los cuales no hay justificación alguna para que el Derecho Privado permanezca excluido de la fuerza normativa constitucional²¹⁴. Y, también, los derechos fundamentales no pueden servir sólo como criterio de interpretación, sino como verdaderas normas de comportamiento para los particulares, incidiendo, por lo tanto, directamente sobre estas relaciones jurídicas entre particulares²¹⁵.

Acerca de las tres corrientes doctrinales que admiten la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, Robert Alexy establece un modelo de tres niveles de efecto horizontal, reconociendo en las tres teorías una relación de complementación y no de exclusión, teniendo en cuenta que cada una de ellas revela sólo una faceta de la correcta construcción. Para Alexy, el modelo se divide en tres niveles, siendo el (1) de los deberes del Estado, (2) de los derechos frente al Estado y (3) de las relaciones jurídicas entre particulares. Entre estos tres niveles no existe una relación de jerarquía sino de implicación recíproca, puesto que

²¹⁴ STARCK, Christian, "Derechos fundamentales y derecho privado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, Madrid, 2002, p. 66.

²¹⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María, "En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", en WOLFGANG SARLET, Ingo (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 317.

la elección de cuál de estos niveles se utilizará para la solución del caso concreto es una cuestión de funcionalidad²¹⁶.

Así, para Alexy en el primer nivel está la teoría de la eficacia indirecta o mediata del deber de protección del Estado, por medio de la cual el Estado está obligado, con relación a la aplicación del ordenamiento jurídico, irradiado por la Constitución, a tomar en consideración los valores, principios y derechos fundamentales en la interpretación y aplicación del Derecho Civil. En el segundo nivel se encuentra la teoría de la eficacia indirecta o mediata de los derechos frente al Estado, por medio de la cual el Estado, además de estar vinculado a un ordenamiento jurídico constitucionalizado – primer nivel – también está obligado a tutelar los derechos fundamentales que se presentan como derecho público subjetivo del particular frente al Estado. Por último, en el tercer nivel está la teoría de la eficacia directa o inmediata en la relación jurídica entre particulares, por medio de la cual en la relación directa entre los particulares existen ciertos derechos y no derechos, libertades y no libertades y competencia y no competencia. Por lo tanto, entendiéndose los efectos de los derechos fundamentales en la relación jurídica entre particulares, ya sea en las teorías de efecto indirecto o mediato – de protección o frente al Estado – o en la teoría de efecto directo o inmediato, Alexy apunta que los efectos serán siempre inmediatos²¹⁷. En este punto, Alexy señala muy acertadamente, que si el Estado, en la primera teoría, está vinculado a los valores y principios constitucionales y, en la segunda, directamente a los derechos fundamentales, siempre que el particular tenga un derecho fundamental que haya sido violado por terceros podrá ayudarse a través de la jurisdicción para hacer prevalecer su derecho, lo que significa decir que

²¹⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos...*, op., cit., p. 516.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 516-523.

en las relaciones jurídicas entre particulares éstos están directamente vinculados a los derechos fundamentales.

3.3.3.3 – Especificidad de la hermenéutica constitucional

El modelo de interpretación constitucional está directamente ligado a la forma de concebir y comprender la Constitución, objeto de la interpretación de la hermenéutica constitucional. Por esta razón el modelo neoconstitucional de Constitución, caracterizado por su supremacía normativa y marcadamente principialista, requiere una hermenéutica constitucional adecuada para aplicar esta Constitución, lo que no se muestra viable si utilizamos exclusivamente los métodos o elementos tradicionales de interpretación de la ley (Savigny), puesto que la ley está dotada de características absolutamente distintas con respecto a la Constitución principialista²¹⁸.

²¹⁸ COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en CARBNONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 60; COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (Neo)constitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 84; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial...”, *op. cit.*, p. 136; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, Madrid, mayo-agosto/1991, pp. 175-198; ATIENZA, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional”, en *Isonomía*, nº 6, Alicante, Universidad de Alicante, abril/1997, pp. 7-28; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución...*, *op. cit.*, pp. 42-44; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 8, nº 2, 1999, pp. 97-120; GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais...op., cit.*, p. 71; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, “Princípios-Tópicos de Hermenêutica Constitucional”, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Vol. 4, Belo Horizonte, Editora Forum, outubro-dezembro/2007, pp. 153-175; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Direito Constitucional Anotado*, Lisboa, Quid Juris? – Sociedade Editora Ltda., 2008, p. 27; ASÍS ROIG, Rafael, “Sobre la interpretación de la Constitución”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.), México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2008, pp. 211-230; CASCAJO CASTRO, José Luis, “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. VI,

El Estado neoconstitucional de Derecho es un perfeccionamiento del Estado de Derecho, mediante el cual el legislador pasa a estar sometido a la Constitución. Sin embargo, si por un lado el Estado neoconstitucional somete el legislador a la Constitución, por otro confiere al juez una mayor responsabilidad hermenéutica ante una Constitución marcadamente principialista, que exigirá del intérprete el uso de técnicas de interpretación especialmente orientadas a solucionar los casos de colisión con los principios constitucionales, lo que solamente será viable a través de un juicio de proporcionalidad. Así, la diversidad del objeto a ser interpretado existente entre la ley y la Constitución, especialmente, debido a la alta densidad principialista de esta última, marca la hermenéutica constitucional de una especial peculiaridad con relación a los métodos tradicionales de interpretación de la ley²¹⁹.

La especificidad de la hermenéutica constitucional es un resultado lógico de la normatividad de los principios constitucionales, especie de enunciado normativo distinto con respecto a las reglas constitucionales. Si por un lado las *reglas* son normas que ordenan una consecuencia jurídica definitiva, los *principios* son normas que ordenan su ejecución en su grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas, lo que permite su cumplimiento en diversos grados, dado que la medida de esta realización dependerá tanto de las posibilidades fácticas como jurídicas.

Interpretación constitucional y jurisdicción electoral, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.), México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2008, pp. 197-210; BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El neoconstitucionalismo a debate...”, *op., cit.*, p. 161; BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Temi di Teoria Giuridica: l’interpretazione della Costituzione e dei diritti fondamentali”, en *Annali del Seminario Giuridico*, Università degli Studi di Catania, Vol. V (2005-2006), Milano, Giuffré Editore, 2007, pp.17-86; BELLOSO MARTÍN, Nuria, “De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales: reflexiones a la luz de algunas sentencias”, en BELLOSO MARTÍN, Nuria, TARSO RODRIGUES, Saulo y LOBATO, Anderson (Orgs.), *Democracia, Justiça Constitucional e novos direitos. Algumas reflexões desde o direito comparado*, Rio Grande, Editora Universidade Federal de Rio Grande, 2015, no prelo.

²¹⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo...”, *op., cit.*, p. 157; POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad...”, *op., cit.*, pp.339-353.

3.3.3.4 – Garantía jurisdiccional

La normatividad de la Constitución está garantizada por la jurisdicción. La naturaleza de Constitución garantizada presupone el libre acceso a la jurisdicción, el derecho fundamental de los derechos fundamentales, por medio del cual las violaciones a la Constitución son evitadas, combatidas y reparadas en nombre de la intangibilidad del orden constitucional. En este sentido, Mauro Cappelletti y Bryant Garth reconocen que el efectivo acceso a la justicia puede ser considerado el derecho fundamental más fundamental de todos los derechos en un sistema jurídico moderno e igualitario, que no pretenda sólo proclamar los derechos, sino efectivamente garantizarlos²²⁰.

La materialización de la Constitución mediante valores, principios y derechos fundamentales, constituyendo un *deber ser* constitucional, modificó profundamente la estructura de la legalidad del Estado, al delimitar la libertad de configuración del legislador a ciertas condicionantes formales y materiales, las cuales pasaron a definir no solamente la forma del proceso legislativo sino incluso el propio contenido de la ley. Por lo tanto, a partir de esta materialización de la Constitución la ley necesita calificarse de constitucional; es decir, ley constitucional, bajo pena de no ser aprobada en el *test de constitucionalidad*, ser inaplicada o expulsada del sistema jurídico²²¹.

Según Luigi Ferrajoli, todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos materiales o sustantivos, los cuales condicionan la validez

²²⁰ CAPPELLETTI, Mauro, y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia...*, *op. cit.*, pp. 12-13; GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 491 y ss.; y, también, la Sentencia 56/1982, Sala Segunda del TC, BOE 18/08/1982, f. j. 2: “La constitucionalización no es simplemente, sin embargo, la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivación de un derecho a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios (art. 53.2, de la C.E.), y su elevación al rango de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento”.

²²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, pp. 34 y 40.

substancial de la ley. Esta sumisión de la producción legislativa a la Constitución es lo que se denomina en su teoría de modelo garantista de Constitución o constitucionalismo garantista²²². La constitucionalización de los derechos no sólo repercute en el ámbito del Derecho, con la instauración de las dimensiones formal y material de la ley sino que también provoca profundas alteraciones en lo que se puede entender por democracia. Así, la democracia, hasta entonces vista sólo bajo la dimensión formal, responsable de la definición de *quién* y de *cómo* deben ser tomadas las decisiones políticas, recibe una dimensión material, que comienza a definir *lo que* no puede o debe ser decidido por las mayorías. En este sentido, ninguna mayoría o ni siquiera incluso una unanimidad, puede decidir contra un derecho de libertad o dejar de satisfacer un derecho social. Los derechos fundamentales no están, por lo tanto, disponibles para las mayorías; es decir, queda fuera de su alcance lo que puede ser decidido o lo que no puede dejar de ser decidido²²³.

Para que la normatividad de la Constitución no sea violada impunemente es indispensable el establecimiento de un sistema de garantías que proteja la Constitución de eventuales inconstitucionalidades. Para Ferrajoli las garantías no son otra cosa que un conjunto de técnicas previstas en el ordenamiento jurídico destinadas a acortar la distancia estructural entre la normatividad (*deber ser*) y la realidad (*ser*), con la finalidad de posibilitar la máxima efectividad de los derechos fundamentales²²⁴. Así, con el fin de resguardar el sistema constitucional de inconstitucionalidades, se pueden utilizar diversos

²²² Aunque Luigi Ferrajoli no comparta los presupuestos del neoconstitucionalismo, especialmente, la visión post-positivista acerca de la relación conceptual o necesaria entre Derecho y moral, la distinción cualitativa entre principios y reglas y la ponderación judicial, su teoría acerca de la garantía jurisdiccional de la Constitución es en su totalidad aprovechada. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista", en FERRAJOLI, Luigi *et al* (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo, um debate com Luigi Ferrajoli*, trad. André Karam Trindade, Porto Alegre, livraria Do Advogado editora, 2012, pp. 8-68.

²²³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, *op. cit.*, pp. 23-24.

²²⁴ *Ibidem*, p. 25.

instrumentos jurídicos como mecanismos de protección de los derechos fundamentales, entre ellos, concebir una Constitución rígida, establecer un procedimiento de reforma constitucional calificado, adoptar los principios de la división de poderes y de la legalidad, así como someter la Constitución a un sistema de garantía jurisdiccional.

La concepción sustantiva tanto de la ley como de la democracia refuerza el papel de la jurisdicción, a la vez que confiere una nueva fuente de legitimación democrática al poder judicial y su independencia. La constitucionalización de los derechos modifica profundamente la relación entre el juez y la ley, proporcionando a la jurisdicción la función de garantizar los derechos fundamentales frente a toda y cualquier violación, ya sea por parte del Estado o de conciudadanos. El juez ya no está sometido a la ley, sino solamente a la ley constitucional. En otras palabras, la vinculación del juez a la ley dependerá de un previo juicio de constitucionalidad formal y material²²⁵.

La adopción de un sistema de garantía jurisdiccional en las Constituciones europeas después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente, en Alemania, Italia, Portugal y España, además de expandir la competencia jurisdiccional y la responsabilidad política del poder judicial, conlleva la idea de un poder-deber de control de constitucionalidad, puesto que la garantía de la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico reside precisamente en la posibilidad jurídica por parte del poder judicial de realizar el control de constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos ejecutivos, dejando de aplicarlos al caso concreto o incluso expulsando del ordenamiento jurídico, si resultara pertinente.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 25-26.

La decisión política tomada en los respectivos procesos constituyentes de instituir un sistema de garantía constitucional jurisdiccional para tutelar las constituciones principialistas es el resultado de una toma de posición política; es decir, de una política de la judicialización²²⁶, puesto que los mecanismos de protección constitucional utilizados al estallar la Segunda Guerra Mundial para mantener los poderes constituidos dentro de los marcos constitucionales se revelaron insuficientes. Como tuvimos la oportunidad de ver en el apartado anterior (I.2.2.2), la crisis de la ley y de su racionalidad provocó una carrera del Poder Legislativo en dirección hacia el Poder Judicial en la esperanza de que éste pudiera recobrar la racionalidad perdida. Además de esta decisión política acerca del sistema de garantía, actualmente otros factores han contribuido a potenciar y expandir la judicialización de la política como la inflación legislativa, carente de racionalidad interna, y las elevadas tasas de litigio derivadas de la ineffectividad de los derechos fundamentales. Sin embargo, conviene destacar que la judicialización de la política no autoriza el activismo judicial.

Por lo tanto, la cuestión absolutamente distinta de la política de la judicialización y de la consecuente judicialización de la política, es el activismo judicial; es decir, la forma ilegítima de cómo el juez, aprovechándose de los espacios hermenéuticos abiertos por la judicialización de la política, abandona la integridad y la coherencia del Derecho para -sustituyendo al legislador y al administrador- comenzar a hacer su justicia. Conviene subrayar, para los fines de esta investigación,

²²⁶ La doctrina suele utilizar la expresión “judicialización de la política” para referirse al desplazamiento de al menos parte del poder político de los poderes legislativo y ejecutivo hacia el poder judicial. Sin embargo entendemos que el uso de esta terminología puede dar la falsa idea de que el fenómeno se inicia dentro del poder judicial, por una opción política propia, lo que no es verdad. Por eso preferimos el uso de la expresión “política de la judicialización”, lo que denota de forma más evidente que el fenómeno de la judicialización de la política es una consecuencia de una anterior decisión política por parte de la judicialización, decisión ésa tomada durante los procesos constituyentes de construcción de las respectivas Constituciones.

que es preciso diferenciar entre los conceptos de la política de la judicialización y el activismo judicial, prestando a esta expresión la misma semántica utilizada por Ronald Dworkin, para quien “*El activismo es una forma virulenta de pragmatismo jurídico. Un juez activista ignoraría el texto de la Constitución, la historia de su promulgación, las decisiones anteriores de la Suprema Corte, que buscaron interpretarlas y las duraderas tradiciones de nuestra cultura política. El activista ignoraría todo eso para imponer a otros poderes del Estado su propio punto de vista sobre lo que la justicia exige. El derecho como integridad condena el activismo...*”²²⁷.

Por consiguiente, con respecto a la judicialización de la política, fenómeno cultural que no puede ser imputado al poder judicial y ni tampoco al neoconstitucionalismo, el activismo judicial, la otra cara de la discrecionalidad judicial, es una desvirtuación en el ejercicio de la actividad jurisdiccional absolutamente incompatible con una democracia constitucional, en las cuales controlar las decisiones judiciales es ante todo una cuestión de democracia²²⁸. De esta manera, la cuestión no estaría, “*en el cuánto*” de judicialización, fenómeno inevitable a partir de la

²²⁷ DWORKIN, Ronald, *O império do direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2007, pp. 451-452. En el mismo sentido: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, “Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial”, en *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, Consultor Jurídico, 2012, <http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>, Consultado el 08/06/2015. Por otro lado, no necesariamente se ve un acto ilegítimo en el activismo judicial, sino un legítimo ejercicio exegético dentro de los límites semánticos de la norma; véanse: TARSO RODRIGUES, Saulo, BONAVIDES, Paulo, BELLOSO MARTÍN, Nuria, FERNANDES SILVA, Alexandre, *Teoria da decisão judicial e Teoria da justiça, Jusfilosofia e Novos Paradigmas Constitucionais*, Prólogo de Jorge Miranda, Curitiba, Juruá, 2015, pp. 628-629; BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Las posibilidades de un diálogo entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Especial referencia al neoconstitucionalismo judicial”, en *Ponencia en el II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, Derecho Constitucional Judicial, actualidad y perspectiva*. Buenos Aires, 26-28 de agosto de 2015 (cedida gentilmente antes de su publicación); CARBONELL, Miguel, “Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina”, en *Precedente Revista Jurídica*, Cali, Universidad ICESI, 2010, pp. 215-216, disponible en: <http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1449>, Consultado el 22/05/2015.

²²⁸ LUIZ STRECK, Lenio, *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 2ª ed., Porto Alegre, livraria Do Advogado, 2010, pp. 93-102.

adopción del sistema de garantía constitucional jurisdiccional, sino necesariamente “*en el cómo*” los jueces deciden o deben decidir²²⁹. Sobre esta cuestión volveremos a tratar con relación al análisis de la discrecionalidad judicial y del poder hermenéutico (II.5).

3.4 – Nuevo constitucionalismo latinoamericano

Como tuvimos la oportunidad de ver anteriormente, la fórmula político-jurídica del Estado de Derecho dotada de la cláusula democrática posee un contenido propio y distinto de los contenidos encontrados en el Estado liberal de Derecho y en el Estado social de Derecho, dado que la síntesis de la libertad material y de la igualdad material se da en la dignidad de la persona, fundamento último de la cláusula democrática. Además de este fundamento, la dignidad de la persona también está basada en la solidaridad entre los hombres. Es decir, el Estado democrático de Derecho, además de tutelar la libertad y la igualdad, deberá promover la solidaridad entre los hombres, entendida ésta como ayuda y compromiso con el otro, estando el Estado democrático obligado a promover la humanización de las relaciones y de las condiciones sociales. Por consiguiente, necesariamente un Estado democrático, apoyado en la dignidad de la persona, estará basado en valores, principios y derechos humanos, debiéndose entender la cláusula democrática como una democracia liberal, social y humana.

Los derechos fundamentales de primera y segunda dimensión, los derechos civiles y políticos, así como los derechos sociales y económicos,

²²⁹ LUIZ STRECK, Lenio, “O ativismo e a judicialização: de como os números podem velar o fenómeno”, en BOLZAN DE MORAIS, José Luis e MAGALHÃES BARROS, Flaviane (Coords.), *Novo constitucionalismo latino-americano, O debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014, pp. 145.

respectivamente, concebidos en el Estado liberal y en el Estado social, se encuentran igualmente presentes en el Estado democrático, dado que la apertura de la cláusula social es potenciada por la apertura de la cláusula democrática, ampliando las demandas de la sociedad, permitiendo la aparición de nuevas dimensiones de derecho, las cuales podríamos definir como de tercera y cuarta dimensiones.

La tercera dimensión de los derechos estaría fundamentada en la fraternidad, según Karel Vasak o, también, en la solidaridad, según Etienne-Richard Mbaya, ambos citados por Paulo Bonavides, incluyendo en esta dimensión los derechos al desarrollo individual y colectivo, a la paz, al medio ambiente, a la comunicación y al patrimonio común de la humanidad. En el ámbito de la cuarta dimensión de derechos, según Bonavides, se encuentran los derechos a la democracia, a la información y al pluralismo²³⁰.

Así, cuando hablamos de dimensiones de los derechos fundamentales potenciadas por la cláusula democrática, comprobamos que la democracia establece un proyecto de Estado y de sociedad civil inacabados o, en otras palabras, en un estado de permanente construcción ante los desafíos del futuro. No se trata, por lo tanto, de una cláusula de contenido estático, cristalizado en el tiempo, sino de una cláusula dinámica, en continua relación de interacción con la realidad actual. La cláusula democrática se presenta concomitantemente como el *ser* y el *deber ser*. Entre el *ser* y el *deber ser* deberá encontrarse un camino que no se conforme ni con la mera descripción de lo que somos, ni tampoco con una propuesta de democracia inalcanzable. En otras palabras, la cláusula democrática deberá partir de lo que somos y apuntar a lo que podremos llegar a ser. Esta apertura hacia el futuro de la cláusula

²³⁰ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 522-526; GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais...*, op., cit., pp. 39-43.

democrática revela una dimensión utópica del Estado democrático de Derecho; es decir, una utopía democrática. Por ello, la cláusula democrática es un constante hacer y rehacer, una “*Constitución viviente*”²³¹.

Precisamente en esta apertura hacia el futuro de la cláusula democrática y, por lo tanto, con la presencia de nuevas dimensiones de derechos humanos y fundamentales es donde el nuevo constitucionalismo latinoamericano encuentra sus raíces a finales del siglo XX e inicio del siglo XXI con la contemplación, en las Constituciones latinoamericanas de nuevos derechos fundamentales, mediante la expansión de la tutela de nuevos bienes jurídicos y sujetos de derecho, los cuales vinieron acompañados igualmente de nuevas garantías constitucionales.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano posee básicamente dos objetivos. Por un lado, recobrar y actualizar el concepto de poder constituyente democrático, garantizando un origen democrático de la Constitución mediante una participación directa del pueblo durante todo el proceso constituyente. Por otro, generar nuevos contenidos constitucionales para resolver cuestiones de legitimidad del sistema constitucional. Así, además de reconocer la imprescindible supremacía constitucional, coincidiendo en este punto con el neoconstitucionalismo, el nuevo constitucionalismo tiene la pretensión de profundizar el contenido democrático con una mayor y más efectiva participación ciudadana con el objetivo de evitar una oligarquización del sistema político; ampliar y llevar a cabo los derechos sociales; establecer nuevos fundamentos axiológicos de la vida en común; incorporar el medio ambiente entre los bienes bajo tutela constitucional; someter los poderes privados a los controles constitucionales; democratizar y garantizar la independencia del poder

²³¹ J. FRIEDRICH, Carl, *La democracia como... op. cit.*, p. 14; ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces constitucionales...”, *op. cit.*, pp. 1142-1145.

judicial y de los demás órganos de control de constitucionalidad; y resolver la cuestión de la exclusión y marginación de las minorías étnicas y sociales vulnerables²³². Por lo tanto, es posible identificar en el nuevo constitucionalismo latinoamericano una mayor énfasis en el Estado social, en detrimento del Estado neoliberal; el abandono de una visión centralista del Estado; la tutela pública de nuevos bienes jurídicos como el medio ambiente dentro de un marco de economía sostenible; y, especialmente, una mayor participación democrática de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos²³³.

Sin embargo, según Viciano Pastor y Martínez Dalmau, la principal nota característica del nuevo constitucionalismo y al mismo tiempo distintiva del neoconstitucionalismo está en la recuperación de la legitimidad democrática de la Constitución. Para el nuevo constitucionalismo, el Estado constitucional se presenta como una

²³² VICIANO PASTOR, Roberto e MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, en *Revista El Otro Derecho, Debates constitucionales en nuestra América*, nº 48, Bogotá, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, 2014, pp. 71-72. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>, Consultado el 12/05/2015. De los mismos autores, véase: “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latino-americano”, en *Ágora, Revista de Ciencias Sociales*, nº 13, Valencia, Centro de Estudios Políticos y Sociales, 2005, pp. 55-68; “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, El nuevo constitucionalismo latino-americano*, nº 25, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2010, pp. 7-29; “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 9, Madrid, Portalderecho, 2011, pp. 1-24; “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina, Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pp. 9-43. Disponible en: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-América-Latina.pdf?1352144011>, Consultado el 16/05/2015; BOLZAN DE MORAIS, José Luis e MAGALHÃES BARROS, Flaviane (Coords.), *Novo constitucionalismo latino-americano*, *op. cit.*

²³³ BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Las posibilidades de un diálogo entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Especial referencia al neoconstitucionalismo judicial” presentada en el *II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, “DERECHO CONSTITUCIONAL JUDICIAL, actualidad y perspectiva”*. Homenaje al Dr. Germán Bidart Campos, celebrado en la Universidad del Salvador (USAL) –Buenos Aires – Argentina, entre los días 25 al 28 de agosto de 2015. (Cedido gentilmente antes de su publicación).

superación del Estado social y democrático de Derecho, especialmente, a causa de cuatro líneas de argumentación: reivindicación del concepto de soberanía popular y su identificación con el poder constituyente; incorporación de mecanismos de mayor participación y control democrático en las decisiones del poder público; la búsqueda de un mayor grado de efectividad de la Constitución; y la desaparición del poder derivado de la reforma de la Constitución por tratarse el poder constituyente democrático de un poder indelegable²³⁴.

Además del mayor acento en la cláusula democrática del nuevo constitucionalismo latinoamericano, e incluso como consecuencia de este punto de partida de la teoría constitucional, Viciano Pastor y Martínez Dalmau apuntan algunas otras distinciones entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo: (1) en el neoconstitucionalismo existe una especie de sacralización de los principios constitucionales en detrimento de las reglas constitucionales, convirtiendo a los jueces ordinarios en intérpretes de la Constitución; por otro lado, en el nuevo constitucionalismo las Constituciones, además de principiológicas, también están dotadas de una gran profusión de reglas constitucionales, lo que incluso ha caracterizado estas Constituciones por su elevada extensión; (2) en el neoconstitucionalismo la decisión del juez ordinario o de control de constitucionalidad se impone al legislador; sin embargo, en el nuevo constitucionalismo cobra una mayor importancia el control concentrado de constitucionalidad, puesto que solamente el control concentrado podrá garantizar una lectura única de la Constitución, así como una aplicación de la real voluntad constituyente; (3) en el neoconstitucionalismo, a pesar de sus varias vertientes y matices, prevalece la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional, pero sin ninguna referencia con el elemento democrático en el método de

²³⁴ VICIANO PASTOR, Roberto e MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, "La Constitución democrática...", *op. cit.*, pp. 72 y 76.

interpretación constitucional; por otro lado, en el nuevo constitucionalismo la interpretación de una Constitución originaria, derivada de un poder constituyente democrático, es el único caso de interpretación de norma que no se puede acceder a la voluntad generadora de la norma, sino por medio de los documentos producidos durante el proceso constituyente. Así, en este caso, se impone la existencia de un intérprete auténtico sustituto para realizar la función de intérprete de la Constitución, lo que suele producirse a través del control concentrado de constitucionalidad a cargo de los tribunales constitucionales²³⁵.

Finalmente, específicamente con respecto al tema propuesto en esta investigación, es decir, el control de constitucionalidad difuso de la norma, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, al menos en una de sus vertientes, puesto que esta teoría constitucional padece de una mayor sistematización, hace una dura crítica a la falta de legitimidad del juez ordinario para ejercer el control de constitucionalidad, cobrando una importancia mayor el control concentrado de constitucionalidad, a cargo de los tribunales constitucionales, única institución capaz de “*garantiza[r] una lectura única y, por lo tanto, la aplicabilidad real de la voluntad constituyente*”²³⁶.

Es cierto que la jurisdicción ordinaria históricamente se reveló extremadamente conservadora y al servicio del mantenimiento del *status quo*, poco permeable a la normatividad constitucional y a la necesaria sumisión de la ley a un control constitucional, circunstancia que reforzó el fundamental papel de los tribunales constitucionales en la realización del proyecto constitucional – *deber ser* constitucional. Como ejemplo de este conflicto entre jurisdicciones, en Europa recordamos la inicial resistencia de la jurisdicción ordinaria (Tribunal Supremo) en España en admitir la

²³⁵ *Ibidem*, pp. 76-78.

²³⁶ VICIANO PASTOR, Roberto e MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “La Constitución democrática...”, *op., cit.*, pp. 71 y 76-77.

fuerza normativa de la Constitución, lo que solamente se consolidó pacíficamente después de se pronunciara en este sentido el Tribunal Constitucional, así como la ausencia de un efectivo control de constitucionalidad a cargo de la jurisdicción ordinaria en Italia en el período entre la promulgación de la Constitución de 1947 y la instalación de la Corte Constitucional de 1956, período en el cual la jurisdicción ordinaria estuvo dotada de competencia para realizar el control de constitucionalidad.

Sin embargo, la procedencia de la crítica termina aquí, principalmente, porque tanto el neoconstitucionalismo como el nuevo constitucionalismo latinoamericano comparten una premisa como punto de partida común, la supremacía normativa de una constitución principialista, en detrimento del mayor o menor número de reglas constitucionales que puedan existir en estas constituciones. Así, a pesar de las diferencias de acento entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano, parece existir entre ambos una profunda coincidencia entre la centralidad de la supremacía constitucional y, por consiguiente, de la constitucionalización del ordenamiento jurídico²³⁷. La constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico lleva a la necesaria interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, haciendo que la jurisdicción ordinaria, tanto en el neoconstitucionalismo como en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, compartan un renovado y relevante papel que debe ser desempeñado²³⁸.

Por lo tanto, el control de constitucionalidad difuso de la norma a cargo de la jurisdicción ordinaria es un deber legítimo que emana de la supremacía normativa de la Constitución, esencialmente, a partir de la

²³⁷ *Ibidem*, p. 63.

²³⁸ BELLOSO MARTÍN, Nuria, "Las posibilidades de un diálogo...", *op.*, *cit.*

intangibilidad de los derechos fundamentales. Además de esta legitimidad de origen institucional, normalmente es en el ámbito del control de constitucionalidad difuso donde las partes participan efectivamente en la construcción de la norma del caso, reforzando y llevando a cabo la idea de democracia participativa en el proceso judicial. En otras palabras, el control difuso tiende a poseer una mayor densidad democrática que el control concentrado.

A pesar de esta afirmación, es decir, de que el control de constitucionalidad difuso esté dotado de un mayor grado de participación del ciudadano, también es preciso reconocer que una de las principales contribuciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano para el control de constitucionalidad está siendo la ampliación de la legitimidad activa para la deflagración de los procesos de control concentrado de constitucionalidad, permitiendo, con algunas variaciones, que todo ciudadano, e incluso toda persona, por ser reconocido como un sujeto titular del derecho al respeto de la Constitución, pueda participar directamente en el proceso de control de constitucionalidad, lo que sin duda viene a reforzar la naturaleza democrática de este control aproximándolo, en este aspecto, al control difuso²³⁹.

²³⁹ STORINI, Claudia y ESCUDERO SOLIZ, Jhoel, "El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 9, Madrid, Portal Derecho, 2011, p. 34; VICIANO PASTOR, Roberto e MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano...", *ob., cit.*, p. 19; VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, El nuevo constitucionalismo latino-americano*, nº 25, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2010, p. 60.

CAPÍTULO II

DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA A LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

1 – La confluencia entre la filosofía analítica y la filosofía hermenéutica

El presente capítulo de este estudio está situado en lo que se puede llamar punto de confluencia entre dos grandes corrientes filosóficas del siglo XX, la filosofía analítica, de orientación empírico-lógico-analítica, y la hermenéutica, de orientación fenomenológica-existencial. La constitución del lenguaje como elemento central de la filosofía occidental (*linguistic turn*) crea las condiciones de posibilidad para un diálogo fecundo entre dos corrientes filosóficas distintas, la analítica y la hermenéutica.

Así, es en este entorno de constante y progresivo diálogo entre la analítica y la hermenéutica que será posible, por parte de la analítica, en un nivel de profundidad II o de racionalidad II, la construcción de una hermenéutica normativa estructurante concretizadora de la Constitución y la identificación y conceptualización de los principios de concreción de la norma constitucional, y por parte de la hermenéutica filosófica en un nivel de profundidad I o de racionalidad I, el desvelamiento de la estructura y de las condiciones de la propia comprensión del fenómeno hermenéutico.

Desde la antigüedad hasta nuestros días, al menos según el sentido común, existen de forma separada la realidad objetiva, el pensamiento pensante y, una tercera cosa interpuesta entre ambos, el

lenguaje manipulado por el pensamiento para describir la realidad. Sin embargo, según las últimas reflexiones filosóficas sobre el lenguaje, éste ya no es considerado como un instrumento a disposición o como un tercer elemento existente entre el sujeto (pensamiento) y el objeto (realidad), sino como algo que gana autonomía, comenzando a condicionar nuestra experiencia en el mundo a partir de las categorías lingüísticas heredadas de la tradición²⁴⁰.

La revolución operada por la invasión del lenguaje en la filosofía rompe con el paradigma de la conciencia (relación sujeto-objeto), por medio del cual el pensamiento del sujeto pensante refleja la realidad como ella es (verdad representacional), obligando a la filosofía de la conciencia a reconocer que el pensamiento del sujeto encuentra sus límites fuera de la conciencia; es decir, en el horizonte lingüístico. En otras palabras, el lenguaje condiciona el pensamiento y, por consiguiente, condiciona el conocimiento del mundo. Lo que no puede ser expresado por medio de signos lingüísticos, no puede ser designado, no puede ser comprendido. Por lo tanto, si el conocimiento se encuentra limitado por el lenguaje, se rompe con la inquebrantable certeza del pensamiento moderno, con la preeminencia de la conciencia en cuanto conciencia de sí misma y con la absoluta seguridad de la representación del objeto, típicos postulados del paradigma de la filosofía de la conciencia. El horizonte de la experiencia no está en la conciencia (pienso, luego existo), sino que se encuentra fuera de la conciencia; es decir, en el lenguaje (comprendo, luego existo), que se caracteriza por los elementos de la pluralidad y de la intersubjetividad (paradigma de la intersubjetividad), y se expresa por la

²⁴⁰ ZACCARIA, Giuseppe, "Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 10, Ministerio de Justicia, BOE y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1993, p. 294.

comunicación (sujeto-sujeto). Lo real solamente gana visibilidad y sentido a partir del lenguaje²⁴¹.

El lenguaje denota la conciencia histórica, la finitud del conocimiento humano, porque se encuentra dentro de un constante proceso evolutivo, según sigue desvelando su experiencia en el mundo²⁴². Radicalmente e intrínsecamente histórica es la comprensión de las cosas y de sí mismo, la solución dada a los problemas, así como la pregunta por la solución y su forma de expresar²⁴³.

El fenómeno de aproximación entre la filosofía analítica y la filosofía hermenéutica, se produce en el espacio y a través del lenguaje. A través de un doble movimiento de convergencia, las dos corrientes filosóficas vienen derribando o al menos suavizando las barreras hasta hace poco tiempo insuperables.

En el ámbito de la *filosofía analítica*, por un lado, la ruptura con la concepción de que las proposiciones son la unidad de base del lenguaje, disuelve el vínculo necesario entre significados y verdades empíricas, el dogma de la correspondencia entre las proposiciones y la realidad. El progresivo proceso de alejamiento del logicismo de origen de la filosofía analítica se da en tres etapas: en la primera, se produce el abandono de la necesaria conexión entre proposiciones lingüísticas de la ciencia y estados empíricos de la realidad; en la segunda, las proposiciones lingüísticas de la ciencia están sometidas al análisis lingüístico, exclusivamente en el campo del análisis; y, en una tercera etapa, el lenguaje científico es relativizado, siendo puesto al lado del universo de

²⁴¹ *Ibidem*, p. 296; KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho*, OLLERO, Andrés y ANTONIO SANTOS, José, (Ed.), Granada, Editorial Comares, 2007, pp. 93-94.

²⁴² GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1991, pp. 547 y ss.

²⁴³ ZACCARIA, Giuseppe, "Entre hermenéutica y analítica...", *op. cit.*, p. 296.

las demás lenguas y de los correspondientes modos de vida. La permeabilidad existente entre el lenguaje y la forma de vida da una nueva orientación a la filosofía analítica, que comienza a dedicar un mayor interés por los conceptos de acción, intención y motivos prácticos. Con el reconocimiento del papel de la intencionalidad, se abre para la filosofía analítica la dimensión de la intervención activa del sujeto en el mundo, lo que antes no era posible a causa de una visión meramente descriptiva y objetiva acerca de la relación entre pensamiento, lenguaje y realidad, derivada de una observación neutral de los datos, sin ningún papel reservado al sujeto²⁴⁴.

Así, una vez problematizada la relación de correspondencia entre la realidad y el lenguaje descriptivo, el lenguaje deja de ser el vehículo de representación e información de la acción, para comenzar a ser la propia realización de la acción. Así, la constatación del papel práctico e interesado del conocimiento, al cual se vincula una visión crítica y una reconsideración del objetivismo, aproxima la analítica de la problemática hermenéutica, para la cual el significado de una afirmación no puede ser comprendido ya a la luz de las condiciones interpretativas relativas a la situación comunicativa. Y, también, el intento de la filosofía analítica de la acción de vincular el momento de actuación del conocimiento con el momento de actualización de la acción, aclarando las estructuras de una acción finalística, camina en paralelo con la rehabilitación de la filosofía práctica²⁴⁵.

Por otro lado, la *filosofía hermenéutica* y la *hermenéutica filosófica* también dan un paso en dirección hacia la analítica al fijar progresivamente a sus formulaciones un carácter lingüístico, por medio del cual el lenguaje, además de ser el medio universal de la vida humana,

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 299-300.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 301.

la condición de posibilidad de comprensión y conocimiento, también es el “*ser que puede ser comprendido*”²⁴⁶.

Además de este proceso de convergencia entre estas dos corrientes filosóficas, nunca es demasiado puntualizar que la hermenéutica filosófica nunca tuvo la pretensión de desarrollar un método de comprensión, sino sólo de alumbrar las condiciones bajo las cuales se da la comprensión. Por lo tanto, la hermenéutica filosófica, al contrario de la analítica, no es normativa, sino más bien descriptiva²⁴⁷. Es decir, antes del análisis metodológico de la interpretación (nivel epistemológico), se impone reconocer las condiciones bajo las cuales la interpretación se da (nivel hermenéutico). En otras palabras, el objeto de reflexión de estas dos filosofías no es el mismo, aunque sean complementarios. Según Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, “*la analítica se preocupa por el fundamento conceptual del conocimiento y ordena y reduce la complejidad de la materia. A su vez, la hermenéutica posee funciones que sobrepasan a la analítica, así establece las condiciones trascendentales de la posibilidad de la comprensión del sentido y consiguientemente, de la comprensión de los contenidos lingüísticos*”²⁴⁸.

Así, podemos comprobar que no existe propiamente una incompatibilidad entre método y hermenéutica filosófica, porque según el propio Gadamer, la hermenéutica no tiene como objetivo proponer cualquier método de interpretación, sino que simplemente aclara las condiciones bajo las cuales se da la comprensión²⁴⁹. En otras palabras, el método llega tarde; es decir, llega después de la hermenéutica o llega

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 302. Y, también, VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, trad. Ana Ceberia et al, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 409-410.

²⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, p. 365.

²⁴⁸ KAUFMANN, Arthur, y HASSEMER, Winfried, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. Gregorio Robles, Madrid, Editorial Debate, 1992, pp. 125, 284 y 287.

²⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, p. 365.

después de haberse comprendido²⁵⁰. En el mismo sentido, Lenio Streck afirma que la hermenéutica no prohíbe que se proceda a una justificación o aclaración de la comprensión de forma procedimental. Sin embargo, la hermenéutica no concuerda con la completa desconsideración del primer momento de la comprensión, de la condición primera (nivel hermenéutico o racionalidad I), que corresponde al elemento hermenéutico de la pre-comprensión, condición de posibilidad de todo el comprender del ser²⁵¹.

2 – La interpretación jurídica tradicional

La interpretación jurídica tradicional o positivista, presente actualmente en la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia, parte de algunos supuestos específicos, a saber: 1) la separación entre el Derecho y la realidad; 2) la identificación entre el texto de la ley y la norma; 3) la adopción del método lógico-deductivo-subsuntivo de aplicación del Derecho; y 4) la contraposición entre el sujeto cognoscente y objeto cognoscible.

2.1 – Separación entre el Derecho y la realidad

La separación entre el Derecho y la realidad, la norma y el hecho, está fundada en la visión neokantiana sobre la separación entre el *ser* y el *deber ser*. La separación entre el Derecho y la realidad, por tanto, da

²⁵⁰ VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, p. 199.

²⁵¹ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op., cit.*, pp. 15 y 356.

lugar a una concepción de norma jurídica como algo dado de antemano, previo o preexistente al hecho a ser regulado²⁵².

El Derecho, en esta concepción de norma, reposa en sí mismo, de forma independiente de la realidad, solamente se relacionando o entrando en contacto con la realidad *ex post facto*; es decir, después de que se haya producido el hecho. El Derecho y la realidad aparecen, en un primer momento, yuxtapuestos, en líneas paralelas, sin ninguna interrelación. En un segundo momento, cuando se haya producido el hecho que debe ser regulado por la norma, estas líneas se encontrarán cuando se dé la subsunción del hecho en la norma²⁵³.

El mito del proceso lógico-deductivo-subsuntivo, bajo la óptica del lenguaje jurídico, consiste en la creencia de que la norma jurídica o la respuesta correcta para el caso concreto, siempre estuvo a disposición del intérprete en el propio texto de la ley, pudiendo ser consultada por actos de puro conocimiento²⁵⁴. En contraposición a este mito positivista, la teoría estructurante del derecho de Friedrich Müller, de naturaleza post-positivista, afirma que la norma no está contenida en el texto de la ley; es decir, en el código de leyes, sino que el texto de la ley contiene sólo una forma preliminar que vendrá a ser la norma jurídica del caso. En la concepción estructurante de la norma, la norma jurídica se diferencia del texto legal, debiendo ser producida en cada caso concreto por medio de una decisión jurídica, esto porque el ámbito normativo también pertenece de forma constitutiva a la norma. Así, la norma jurídica adquiere un concepto complejo, integrado tanto por el programa de la norma como por

²⁵² VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, pp. 177-178 y 182-183; HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 56.

²⁵³ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito*, Vol. I, 3ª ed. revista e atualizada, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 21; MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional*, 4ª ed., trad. Peter Naumann, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 45.

²⁵⁴ VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, p. 179.

el ámbito de la norma, los cuales constituyen la norma del caso concreto²⁵⁵.

2.2 – Identificación entre el texto de la ley y la norma

Como segundo elemento de la concepción positivista del Derecho tenemos la identificación entre el texto de la ley y la norma; es decir, la igualación entre la norma jurídica y su forma lingüística, mediante la cual se considera el texto de la ley portador de una esencia ontológica que debe ser revelada. Y, también, esta ausencia de diferencia ontológica entre el texto y la norma excluye completamente del contenido de la norma la realidad, atribuyendo a cualquier sentido jurídico aprehendido fuera del texto de la ley la naturaleza de lo metajurídico. Además de esta identificación entre el texto de la ley y la norma jurídica, como consecuencia de la ausencia o del ocultamiento de la diferencia ontológica permanece presente el dogma voluntarista de la voluntad subjetiva del legislador (*voluntas legislatoris*) y de la voluntad objetiva de la norma (*voluntas legis*).

La Constitución constituye el Estado y la sociedad civil, reduciendo el grado de constante tensión entre las diversas fuerzas políticas de los más diversos sectores de la sociedad. La Constitución, en cuanto Ley de las leyes, es una norma fundante de consenso a través de la cual los intereses en conflicto son regulados no siempre por medio de textos jurídicos suficientemente claros y ciertos, descontadas las naturales dificultades semánticas del lenguaje. A menudo el acuerdo parlamentario solamente se consigue por medio de textos normativos que permiten

²⁵⁵ MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito, Introdução à teoria e metódica estruturante*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, trad. Ana Paula Barbosa-Fohrmann et al, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 123-124.

diversas interpretaciones precisamente para acomodar todos los intereses implicados. Así, si el texto normativo no es unívoco, porque casi nada o muy poco se ha dicho, resulta imposible la investigación de la búsqueda de la voluntad subjetiva del legislador u objetiva de la ley. En estas circunstancias, definir el objetivo de la interpretación como la búsqueda mediante la voluntad objetiva de la ley o la voluntad subjetiva del legislador, como algo previo, significa suponer que esta voluntad se podría encontrar, lo que demuestra una equivocación de principio²⁵⁶.

Así, la concepción subjetiva de la ley, voluntad subjetiva del legislador (*voluntas legislatoris*), por absoluta falta de instrumentos científicos de constatación de esta voluntad, fue sustituida por la voluntad objetiva, voluntad de la ley (*voluntas legis*), la cual padece de las mismas dificultades. El dogma voluntarista, ya sea en la versión subjetiva u objetiva, tiene como suposición la idea de que la norma jurídica, en cuanto esencia, está contenida en el texto de la ley, razón por la cual la interpretación no es más que un acto de conocimiento de reproducción de la voluntad del legislador o de la voluntad de la ley. Esta concepción de interpretación no toma en consideración la pre-comprensión, la realidad actual del caso concreto, el carácter productivo de la interpretación²⁵⁷, así como la diferencia ontológica entre el *ser* y el *ente*, puesto que es precisamente este olvido o encubrimiento de esta diferencia lo que permite sostener la fusión entre el texto de la ley y la norma jurídica.

En el positivismo normativista del primer Kelsen no hay distinción entre enunciado jurídico y norma. Solamente en el segundo Kelsen comienza a existir una distinción conceptual, mediante la cual el enunciado jurídico define un cuadro de posibilidades interpretativas equivalentes, dado que todas las posibilidades elegibles por el intérprete

²⁵⁶ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 57-58.

²⁵⁷ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, op. cit., pp. 22-23; HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 58.

son legales, pudiendo convertirse cualquiera en la norma del caso concreto²⁵⁸. Ya sea en el primero o en el segundo Kelsen, no hay ninguna preocupación por la corrección del contenido de la norma. El positivismo de Kelsen permite la elaboración de un cuadro lógico de posibilidades interpretativas; sin embargo, la elección de una de estas posibilidades es un acto de voluntad del intérprete sobre el que la teoría pura del Derecho no tiene nada que decir²⁵⁹. Por esta razón, el positivismo normativista de Kelsen no contribuye a suministrar una teoría de la interpretación, porque la teoría pura del Derecho encubre las implicaciones de contenido de la norma, aproximándose, bajo este aspecto, al decisionismo de Carl Schmitt²⁶⁰.

2.3 – Método lógico-deductivo-subsuntivo

Un tercer elemento de la concepción positivista de la interpretación jurídica es el que la aplicación del Derecho se da por medio del método lógico-deductivo-subsuntivo, a través de inferencia silogística y con la ayuda de los cánones de interpretación de Savigny. Los enunciados jurídicos constitucionales, especialmente, los valores, los principios y los derechos fundamentales, no satisfacen las exigencias de la lógica-deductiva en base a la premisa mayor (norma jurídica) ínsita en el razonamiento silogístico.

Sin embargo, para el positivismo jurídico, el sistema jurídico es preexistente a los hechos, abstracto, coherente y sin lagunas, del cual

²⁵⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 1982, pp. 351-352. Y, también, MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 353-354.

²⁶⁰ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, *op. cit.*, p. 32 y MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, *op. cit.*, p. 46; KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho...*, *op. cit.*, p. 92.

puede ser deducido, sin mayores dificultades, a través de la lógica, la premisa mayor, de tal forma que la realización del Derecho se presenta como un problema exclusivamente de conocimiento²⁶¹. A pesar de la afirmación positivista, la cuestión fundamental subyacente al modelo silogístico no enfrentado adecuadamente por el positivismo se refiere a la definición de las premisas del razonamiento silogístico, las cuales no están, evidentemente, preconstituídas, sino que dependen de la construcción y atribución de sentido por parte del intérprete.

La premisa mayor o normativa, así como la premisa menor o de hecho, al contrario de lo sostenido por el positivismo jurídico, son construidas y reconstruidas a partir de un círculo hermenéutico que se instaura entre el texto de la ley y el caso concreto²⁶². La visión unidireccional del razonamiento lógico-deductivo a través de la cual el intérprete, en primer lugar, mira al texto de la ley, para a partir de los signos lingüísticos conocer su esencia y extraer la norma jurídica desde siempre ya dada para una posterior aplicación silogística al caso concreto, será totalmente sustituida por el círculo hermenéutico, por medio del cual la visión del intérprete ya no será unidireccional, sino que se convertirá en un constante proceso hermenéutico de ir y venir entre el texto de la ley y el caso concreto con el objetivo de construir la norma jurídica “*del caso*” concreto y no “*para el caso*” concreto, porque aquí el caso concreto pasa a integrar estructuralmente la norma jurídica.

La metodología concretizante de Friedrich Müller fue pensada tomando en consideración el Derecho público y, especialmente, el Derecho constitucional, en los cuales la estructura de la norma y la normatividad se presentan de forma diferente con respecto a las demás

²⁶¹ MÜLLER, Friedrich, *Teoría Estructurante do Direito...*, *op. cit.*, pp. 24-25. Y, también, VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, pp. 207-208.

²⁶² VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, pp. 180-181 y 187.

disciplinas jurídicas. En el Derecho constitucional, el texto constitucional presenta una apertura estructural de sus normas ante la densidad normativa. Además de esta estructura abierta, resulta que los textos constitucionales poseen naturaleza lingüística, lo que de por sí conlleva muchas limitaciones para el razonamiento silogístico. La lógica en la ciencia jurídica posee, así, una aplicación muy limitada, especialmente porque las prescripciones jurídicas, a causa de su naturaleza lingüística, difícilmente consiguen proporcionar un punto de partida seguro para una operación lógica. Este modo de razonamiento depende de la previa definición de sus premisas, mayor y menor, las cuales no pueden ser obtenidas por medio de un razonamiento lógico. Según Friedrich, en el campo de la ciencia jurídica, lo que podría ser entendido por lógica jurídica sería sólo una lógica material, en cuanto método de organización de los pensamientos, pero no de su generación²⁶³.

Ante esta barrera infranqueable para el método de interpretación lógico-deductivo, se presenta la necesidad de concebir los elementos hermenéuticos adecuados a su objeto; es decir, que tomen en consideración la comprensión acerca de la naturaleza del Derecho. Por consiguiente, los tradicionales cánones de interpretación deben ser vistos sólo como elementos de interpretación auxiliar, porque carecen de universalidad formal y dignidad lógica, en razón del contenido material de la ley, a la vez que tampoco poseen un orden jerárquico o una relación metodológica fija entre los mismos. En este sentido, los cánones de interpretación comparten el mismo destino del sistema jurídico; es decir,

²⁶³ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, op. cit., p. 49 y MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, op. cit., p. 60.

no pueden ser concebidos como un sistema cerrado de datos preexistentes y subsumibles²⁶⁴.

2.4 – Separación entre el sujeto y el objeto

Por último, un cuarto elemento de la interpretación positivista está en la separación entre sujeto-objeto o contraposición entre el sujeto cognoscente (intérprete) y el objeto del conocimiento (texto de la ley y el caso concreto). Predomina, también, en el ámbito de la interpretación jurídica tradicional el paradigma de la relación sujeto-objeto, mediante el cual el sujeto observador se pone frente al mundo para describirlo neutra y objetivamente a partir de su *cogito*; es decir, el sujeto observador no se considera parte del mundo observable, pero por el hecho de comprenderse fuera del mundo, considera que es posible someter, conocer y describir el mundo por medio del lenguaje de forma neutra y objetiva²⁶⁵. Según este paradigma de la conciencia, la verdad estaría en la correspondencia entre el intelecto y la esencia de la cosa, y el lenguaje no sería más que un instrumento puesto a disposición del sujeto mediante el cual las esencias o verdades son comunicadas²⁶⁶.

El modelo sujeto-objeto, por medio del cual el sujeto del conocimiento aprehende el objeto de forma neutra y puramente objetiva, sin ninguna interferencia subjetiva, carece de validez para cualquier ciencia, especialmente las llamadas ciencias comprensivas. Esta cuestión es enfrentada seriamente por la filosofía hermenéutica en Friedrich Ernst Daniel Schleiermacher (1786-1843), Wilhelm Dilthey (1833-1911), Martin

²⁶⁴ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, op. cit., p. 53; MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, op. cit., p. 63; MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, op. cit., p. 47.

²⁶⁵ LUIZ STRECK, Lenio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 3ª ed., Porto Alegre, livraria Do Advogado editora, 2001, pp. 90-91.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 122 y 171-172.

Heidegger (1889-1976) y por la hermenéutica filosófica en Hans-Georg Gadamer (1900-2002).

El objeto (texto de la ley y el caso concreto) solamente puede ser comprendido por medio del lenguaje, en cuanto condición de posibilidad de acceso al mundo, lo que significa romper con el modelo sujeto-objeto por medio del cual el lenguaje es un instrumento o una tercera cosa que se interpone entre el sujeto y el objeto²⁶⁷. El discurso del sujeto en el modelo sujeto-objeto ignora la condición primera de posibilidad del sujeto comprender el objeto; es decir, la pre-comprensión, mediante la cual se anticipan los sentidos acerca del objeto y, por lo tanto, se condiciona la propia comprensión del objeto²⁶⁸.

Al contrario de lo que propone el modelo sujeto-objeto, no existe una contraposición entre el sujeto y el objeto, sino una fusión entre ambos a partir de su historicidad; es decir, el sujeto no está fuera del mundo sino que forma parte del mundo. La existencia del sujeto es histórica, en la cual el objeto no es construido por el *cogito* o deducido por la conciencia (paradigma de la filosofía de la conciencia – sujeto-objeto), sino que más bien es desvelado por el lenguaje (paradigma de la filosofía del lenguaje – sujeto-sujeto)²⁶⁹. Así, si el sujeto está insertado en el mundo, el sujeto cognoscente pasa a formar parte del mundo que es comprendido por él, lo que significa afirmar que toda la comprensión de algo siempre traerá consigo una autocomprensión del sujeto pensante. Así, la comprensión del sentido lingüístico no constituye un fenómeno puramente receptivo sino que incluye también la autocomprensión del sujeto que realiza la

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 177.

²⁶⁸ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, pp. 9 y 51.

²⁶⁹ LUIZ STRECK, Lenio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, *op. cit.*, p. 203.

comprensión²⁷⁰. En este sentido, Friedrich Müller reconoce la comprensión como un proceso actual, en el cual la atribución de sentido a la norma y su aplicación se producen dentro de un proceso unitario, en el cual también está necesariamente insertado el sujeto comprendiente, que concreta primariamente el sentido de la norma, no obstante esté simultáneamente vinculado al sentido del texto de la ley²⁷¹.

3 – La hermenéutica normativo estructurante concretizadora

El control de constitucionalidad difuso de la norma supone la adopción de una específica hermenéutica normativo estructurante concretizadora. El elemento hermenéutico se refiere a la incorporación de algunos conceptos de la filosofía hermenéutica de Heidegger y de la hermenéutica filosófica de Gadamer, como pre-comprensión, tradición, comprensión, círculo hermenéutico, *applicatio* y diferencia ontológica. El elemento *normativo estructurante* se refiere a la adopción de la teoría estructurante de la norma de Friedrich Müller, a través de la cual la norma del caso concreto está constituida tanto por el programa de la norma como por el ámbito de la norma. Por último, el elemento concretizador significa que la actuación del intérprete no se limita al hallazgo y a la aplicación de la norma previamente dada al caso concreto sino que tiene como contenido la construcción de la norma para cada caso concreto.

²⁷⁰ KAUFMANN, Arthur, e HASSEMER, Winfried, *El pensamiento jurídico contemporáneo...*, op. cit., p. 129; MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, op. cit., p. 33.

²⁷¹ MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, op. cit., p. 66.

3.1 – Elemento hermenéutico

3.1.1 – Pre-comprensión como condición de posibilidad

El elemento hermenéutico precede y condiciona el normativo estructurante concretizador en el proceso de concreción de la norma por integrar el propio modo de ser del sujeto. En este sentido, la pre-comprensión, elemento hermenéutico ignorado por las diversas teorías tradicionales de interpretación jurídica, es condición primera de posibilidad de la comprensión y de la interpretación; es decir, de la *applicatio*. La pre-comprensión, según la hermenéutica filosófica, es la primera condición hermenéutica de posibilidad de la comprensión jurídica, constituyendo un elemento ontológico de la comprensión insuprimible²⁷². La comprensión comienza a ser un modo de ser, dando causa a la sustitución de la epistemología por la ontología de la comprensión²⁷³. La pre-comprensión definitivamente no se confunde con la visión de mundo, ideología o subjetividad o con cualquier otro concepto relativista, sino que contiene un existencial sobre el cual no tenemos dominio, por medio del cual se da una anticipación de sentidos – ‘un ver previo’, un ‘tener previo’, una ‘pre-visión’, una opinión previa de contenido en la cual el horizonte de los sentidos limita el proceso de atribución de los sentidos²⁷⁴.

La comprensión integra la propia estructura del ser humano; es decir, forma parte del modo de ser en el mundo, anticipándose a cualquier interpretación, razón por la cual en primer lugar se comprende algo para solamente después interpretar o explicitar lo comprendido. El horizonte de los sentidos, por lo tanto, es previamente dado por la pre-comprensión

²⁷² VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, pp. 187 y 227-228; MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, *op. cit.*, pp. 60-61.

²⁷³ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, p. 232.

²⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, p. 334; LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, p. 177.

que resulta de algo²⁷⁵. Así, la comprensión de algo por el intérprete está, por tanto, delimitada por su pre-comprensión acerca de una teoría del Estado, de la Ley, de la Constitución y del propio proceso hermenéutico, razón por la cual Hesse afirma que la fundamentación de la pre-comprensión es una tarea de la teoría constitucional²⁷⁶. Estas pre-comprensiones, consciente o inconscientemente, delimitan el horizonte o las posibilidades de comprensión y, por consiguiente, el horizonte de atribución de los sentidos.

La comprensión solamente es posible cuando el sujeto que se aproxima al texto – y en esta situación la ley y el caso concreto son textos – está dotado de una pre-comprensión. La pre-comprensión, por integrar la propia existencia del sujeto, llega al texto en primer lugar; es decir, antes de cualquier método de interpretación. En este sentido, el sujeto trata de orientar el texto hacia su mundo de la vida, razón por la cual la pre-comprensión condiciona la comprensión. Sin embargo, aunque haya este direccionamiento de la comprensión hacia el mundo de la vida del sujeto, la pre-comprensión no está comprendida por una visión de mundo subjetiva de un sujeto solipsista, sino está determinada sobre una base de participación intersubjetiva en un concreto sentido común, de una cadena de interpretaciones precedentes que constituyen una tradición común²⁷⁷.

²⁷⁵ LUIZ STRECK, Lenio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, *op. cit.*, pp. 191-193.

²⁷⁶ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 61-62; HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 45. Y, también, para Friedrich Müller la pre-comprensión puede ser dividida en dos capas, siendo una primera relativa a la comprensión del mundo y del lenguaje y, una segunda, formada por unas pre-opiniones jurídicas. En otras palabras, en la primera capa tenemos la visión de mundo del intérprete, mientras que en la segunda capa la visión del Derecho, en MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, *op. cit.*, p. 62.

²⁷⁷ VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, p. 188.

3.1.2 – Autoridad de la tradición: el lenguaje

La pre-comprensión está ligada a la autoridad de la tradición, impregnada de *facticidad*; es decir, del modo práctico de ser en el mundo²⁷⁸. La tradición, que es lenguaje²⁷⁹, es una forma de autoridad anónima consagrada por el pasado. La autoridad de la tradición no se basa en la pura y simple sumisión o en la abdicación de la razón sino en el conocimiento y en el reconocimiento decantado a lo largo de la historia. Así, nuestro ser histórico y finito está determinado por el hecho de que la autoridad de lo transmitido por las generaciones pasadas tiene poder sobre nuestras acciones y comportamientos en el presente²⁸⁰.

El intérprete no puede pretender comprender la norma a partir de un punto de vista situado fuera de la existencia histórica, puesto que la historicidad del ser condiciona su horizonte hermenéutico, teniendo en cuenta que la historia no nos pertenece, sino que somos nosotros quienes pertenecemos a la historia²⁸¹. Este horizonte delimita el contenido de su conocimiento y de sus prejuicios. La comprensión para la hermenéutica filosófica tiene un carácter radicalmente temporal; es decir, en alguna medida la conciencia hermenéutica es una conciencia histórica, que supone el reconocimiento de la finitud humana²⁸². La comprensión de un texto histórico, por parte de un sujeto histórico, distanciado históricamente en el tiempo, siempre estará sometida a los efectos de la historia, que deriva de la profunda necesidad de tener la conciencia histórica sobre la

²⁷⁸ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, p. 4.

²⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, p. 434.

²⁸⁰ *Ibidem*, pp. 347-348; cfr. ZACCARIA, Giuseppe, "Dimensiones de la hermenéutica e inter prestación jurídica", en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 35, 1996, pp. 227-264.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 343.

²⁸² VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, pp. 196 y 411.

historicidad de la comprensión; es decir, del poder de la historia sobre la conciencia humana limitada²⁸³.

La conciencia histórica revela en primer lugar la conciencia sobre la situación hermenéutica. El sujeto no se encuentra ante una situación (paradigma del sujeto-objeto), razón por la cual no tiene condiciones de obtener un conocimiento objetivo, sino que se encuentra insertado en una situación (paradigma del sujeto-sujeto), impregnado por el lenguaje, cuya comprensión jamás podrá ser dada por completada, puesto que la razón absoluta no es una posibilidad de la humanidad histórica²⁸⁴. La situación histórica del sujeto trae la idea de una cierta posición o punto de vista a partir del cual resulta una visión limitada del horizonte de los sentidos. Este horizonte es el ámbito de visión en el cual está comprendido todo lo que podemos ver desde una cierta posición. En otras palabras, desde la posición en que se encuentra el sujeto en la historia no es posible ver el todo, sino solamente parte del todo²⁸⁵.

3.1.3 – Estructura circular de la comprensión

La comprensión posee una estructura circular que se desarrolla concomitantemente en tres dimensiones²⁸⁶. La primera dimensión, de la parte para el todo y del todo para la parte, dentro de cada una de las dos estructuras constitutivas de la norma; es decir, el programa de la norma y el ámbito de la norma. Una segunda dimensión de circularidad que se da

²⁸³ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, pp. 370-371.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 343.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 372.

²⁸⁶ En el ámbito del *círculo hermenéutico* es posible referirse a la *espiral hermenéutica*, puesto que en el círculo se tiene la idea de regreso al punto de partida, mientras que en la espiral el regreso conduce a un plan superior. En este sentido, KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho...*, *op. cit.*, p. 141-145; LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona-Caracas-México, Editorial Ariel [1980?], p. 195.

entre el programa de la norma y el ámbito de la norma²⁸⁷. Y, finalmente, una tercera dimensión del círculo hermenéutico que se da en la fusión de los horizontes históricos de la tradición con el horizonte presente del intérprete²⁸⁸.

La estructura circular de la comprensión incluye un momento estructural ontológico de la comprensión²⁸⁹, que destruye la ilusión del método lógico-deductivo de interpretación jurídica²⁹⁰. En primer lugar, quien quiera comprender algo, debe dejar que la cosa hable. Para la interpretación de un texto – ley y caso concreto son textos – es preciso elaborar un proyecto previo de sentido que se da a partir de la primera mirada al texto. Así, esta forma de mirar el texto gana profundidad de sentido y el proyecto inicial comienza a ser sometido a constantes revisiones de sentido. Por lo tanto, la tarea de la comprensión en este continuo proceso de proyectar y rediseñar el sentido del texto es comprobar la corrección o adecuación del proyecto con relación al texto²⁹¹.

En el proceso hermenéutico de fusión de los horizontes se promueve el encuentro de dos mundos de experiencias distintas; es decir, el mundo de experiencia en el cual el texto se produjo y el mundo de experiencia en el cual se encuentra el intérprete. Así, la comprensión tiene como objetivo unir estas dos experiencias, promoviendo la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete, consciente de los efectos de la historia sobre este proceso de fusión de horizontes separados en el tiempo. Por lo tanto, si la

²⁸⁷ VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, p. 189.

²⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, pp. 376-377.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 363.

²⁹⁰ KAUFMANN, Arthur, e HASSEMER, Winfried, *El pensamiento jurídico contemporáneo...*, *op. cit.*, p. 131; KAUFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho...*, *op. cit.*, p. 141.

²⁹¹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, pp. 333-335; KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho...*, *op. cit.*, pp. 116-117.

comprensión realiza esta fusión de horizontes entre el pasado y el presente, resulta que la comprensión será siempre un proceso que deba ser desarrollado en la actualidad; es decir, en el presente, lo que no permitirá su reproducción.

En este proceso circular de la comprensión es preciso cuestionar en forma de pregunta las propias opiniones previas y prejuicios sobre el texto, abriendo espacio a la opinión del otro, a la opinión del texto, porque el que pretende establecer un diálogo con el texto necesita estar dispuesto a oír, necesita dejar que el texto hable algo, necesita ser capaz de revisar su propia pre-comprensión sobre el texto, puesto que la pre-comprensión, para que sea posible un diálogo, debe presentarse sólo como una hipótesis inicial de proyecto de sentido. Esta disposición del intérprete o receptividad a oír el texto, no implica una neutralidad o aniquilamiento de las opiniones previas y de los prejuicios (pre-comprensión), sino sólo su suspensión o matización²⁹². Estar inmerso en la tradición y, por lo tanto, en el lenguaje, es una realidad histórica del sujeto, que significa estar condicionado por las opiniones previas y los prejuicios que, además de que ocupen la conciencia del intérprete, no están a su disposición. Es decir, el intérprete por sí solo no consigue distinguir los prejuicios productivos, que permiten la comprensión, de los improductivos, que la impiden o la distorsionan, lo que solamente es posible en el proceso circular de la comprensión²⁹³.

El gran desafío al que se debe de hacer frente es precisamente el de separar los prejuicios auténticos contenidos en la pre-comprensión, posibilitadores de la comprensión, de los prejuicios inauténticos que impiden la comprensión correcta y constitucionalmente adecuada. Esta separación no puede producirse fuera o antes de iniciar el proceso

²⁹² GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, p. 336.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 365 y 369.

circular de la comprensión, sino que debe manifestarse dentro del propio proceso de comprensión. En este proceso comprensivo, los prejuicios auténticos e inauténticos o productivos e improductivos de la pre-comprensión deben ser sometidos a la reflexión y a la racionalización, porque solamente así podrán ser controlados de forma fundamentada²⁹⁴.

3.1.4 – *Applicatio* como síntesis de la comprensión

La comprensión y la interpretación son *applicatio*. Las *subtilitas intelligendi* (comprensión), la *subtilitas explicandi* (interpretación) y la *subtilitas applicandi* (aplicación) integran un proceso unitario indivisible; es decir, la *applicatio* es la síntesis hermenéutica de la comprensión. Para interpretar un texto es preciso en primer lugar comprenderlo, para solamente después explicitar lo comprendido por medio de la interpretación. Por lo tanto, dentro de un proceso unitario indivisible, comprendo para poder interpretar o explicitar la comprensión. Y, también, dentro de este mismo proceso unitario, resulta que la comprensión siempre comprenderá una pretensión de *applicatio*; es decir, la aplicación del texto histórico del pasado en el contexto presente del intérprete; por lo tanto, comprender e interpretar es siempre un aplicar²⁹⁵.

La comprensión es siempre histórica, presentándose menos como un método por medio del cual la conciencia histórica se aproxima y alcanza el conocimiento del objeto y más como un proceso que tiene como supuesto el estar dentro de un suceder histórico. Así, si la comprensión es un suceder histórico, no es solamente un proceso reproductivo del sentido original, sino que es también y siempre un

²⁹⁴ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, *op. cit.*, p. 61.

²⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, pp. 378-380; LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, pp. 63-68; MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, *op. cit.*, p. 58.

proceso productivo de un nuevo sentido, porque cuando se comprende, siempre se comprende de un modo diferente²⁹⁶.

A partir del momento en que comprender no es simplemente describir o reproducir el objeto de conocimiento, la hermenéutica jurídica rompe con el mito de la objetividad de la interpretación jurídica y, por lo tanto, con la concepción de que el sentido está en la cosa (teorías objetivas de la interpretación). Sin embargo, esta ruptura con la objetividad tampoco significa, por otro lado, afirmar que se pueda decir cualquier cosa sobre algo; es decir, de que el sentido estaría, por lo tanto, en la conciencia del sujeto (teorías subjetivas de la interpretación). Interpretar o explicitar lo que se comprende no será un acto de descubrimiento o desvelamiento del sentido desde siempre contenido en el objeto, así como interpretar tampoco será un acto de atribución de cualquier sentido al objeto²⁹⁷.

3.1.5 – Diferencia ontológica entre el texto de la ley y la norma

Aunque exista una diferencia ontológica entre el texto de la ley y la norma, esto no significa que exista una relación de total independencia entre ambos. La atribución de sentido al texto de la ley no se da discrecionalmente sino dentro de una cierta situación hermenéutica. El comprender algo solamente será posible en la intersubjetividad en la cual la hermenéutica jurídica busca y encuentra garantía²⁹⁸.

²⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, op. cit., pp. 336, 366-367 y 380; LUIZ STRECK, Lenio, *Hermenéutica Jurídica e(m) Crise...*, op. cit., pp. 204-205.

²⁹⁷ VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, op. cit., p. 205; ZACCARIA, Giuseppe, "Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica...op., cit., p. 235.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 190; KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho...*, op., cit., pp. 118-119.

En otras palabras, entre el texto de la ley (signos lingüísticos) y el sentido del texto (norma) no existe una identificación (conexión), lo que aleja el objetivismo, así como no hay una escisión, lo que aleja el subjetivismo. Entre el texto de la ley y el sentido del texto existe una diferencia ontológica. Negar esta diferencia sería lo mismo que negar la temporalidad de los sentidos, puesto que esta diferencia se produce en la incidencia del tiempo. Por lo tanto, si los sentidos son temporales, ya no será posible la simple reproducción de los sentidos, dejando de ser la interpretación reproductiva para comenzar a ser productiva²⁹⁹.

La diferencia ontológica entre el *ente* y el *ser* no promueve una escisión entre ambos, puesto que el ser es siempre el *ser* de un *ente*³⁰⁰, lo que significa afirmar que no existen sentidos en suspensión a disposición del intérprete aguardando el acoplamiento con su ente. Por otro lado, el ente solamente es en su ser, el texto de la ley solamente es en su norma, lo que solamente se da en el caso concreto, con ocasión de la *applicatio*³⁰¹.

Si los sentidos ya no están en las cosas desde siempre, la interpretación ya no es o no puede ser un acto de conocimiento, por medio del cual cabría al intérprete, mediante la adopción de un método de interpretación jurídica, descubrir o desvelar el sentido de la ley. Sin embargo, por otro lado, los sentidos tampoco están en suspensión en el aire, a disposición del intérprete, aguardando su acoplamiento, por medio de un acto de voluntad (arbitrario o discrecional).

²⁹⁹ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, p. 286; LUIZ STRECK, Lenio, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, 2014, p. 221.

³⁰⁰ HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, 15ª ed., trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback, Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2005, p. 35; FERRARIS, Maurizio, *História de la hermenéutica*, trad. Jorge Pérez de Tudela, Madrid, Akal, 2000, pp. 232-234.

³⁰¹ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, pp. 165, 240 y 313; LUIZ STRECK, Lenio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, *op. cit.*, pp. 198-199.

Como ya hemos mencionado, el reconocimiento de la diferencia ontológica no implica la independencia entre el *ser* y el *ente*, porque en el proceso de la *applicatio* la pre-comprensión del intérprete, independientemente de cualquier regla epistemológica o método hermenéutico, promueve una anticipación de sentido ya dado por la tradición en la cual el intérprete está insertado y de la cual no se puede deshacer. Así, la *applicatio* significa, en otras palabras, la imposibilidad de acoplar conceptos a cosas, puesto que los sentidos son atribuidos al texto por el intérprete a partir de la facticidad y de la historicidad en la cual está insertado (autoridad de la tradición), respetando el contenido base del texto; es decir, el texto siempre dice algo³⁰².

La aceptación del elemento hermenéutico como condición de posibilidad de la comprensión implica, por consiguiente, el rechazo de la discrecionalidad o de la libertad de elección o de atribución de los sentidos por parte del intérprete. El comprender algo solamente será posible en la intersubjetividad en la cual la hermenéutica jurídica busca y encuentra la garantía. Por lo tanto, si la atribución de sentido solamente puede suceder por medio de la intersubjetividad, la subjetividad pierde la libertad de atribución de cualquier sentido. Así, tenemos que la nota característica de la posición y de la intención programática de la hermenéutica jurídica entre las teorías contemporáneas de interpretación jurídica es su tendencia a una racionalidad controlable de la aplicación de la ley³⁰³.

La racionalidad no está en el método hermenéutico, porque éste nunca fue sinónimo de racionalidad controlada, teniendo en cuenta la inexistencia de un método de los métodos, un método fundamental por

³⁰² LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, pp. 65 y 288; LUIZ STRECK, Lenio, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica...*, *op. cit.*, p. 233.

³⁰³ VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, p. 191; LUIZ STRECK, Lenio, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica...*, *op. cit.*, pp. 221 y 311; KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho...op. cit.*, p. 119.

medio del cual el Derecho puede ser consultado y conocido. Al contrario, según Gadamer, secundado por Lenio Streck, el método es el momento supremo de la subjetividad. Sin embargo, si por un lado no existe un método que pueda garantizar la corrección del proceso interpretativo, por otro, no significa que el intérprete, en ausencia de un método, pueda partir de su subjetividad atribuyendo algún sentido al texto, incluso, desconsiderando la tradición y el contenido mínimo estructural del texto de la ley³⁰⁴.

Así, tenemos que la atribución de sentido no es un acto discrecional o arbitrario, porque, en primer lugar, el intérprete está obligado a fundamentar la decisión, justificando sus argumentos, un derecho fundamental del ciudadano, por un lado, y un deber constitucional del juez (arts. 24.1 y 120.3 de la CE), por otro; en segundo lugar, la autoridad de la tradición en la cual está insertado el intérprete, impregnada de facticidad e historicidad, actúa como un blindaje contra el decisionismo. La tradición debe ser comprendida como una consolidación de un modelo de democracia constitucional. Por lo tanto, hablar a partir de la 'pre-comprensión' y de los 'pre-juicios' de la tradición significa decir que no hay una primera palabra o un grado cero de significación, no estando el lenguaje, condición de posibilidad de la comprensión, a nuestra disposición³⁰⁵; por último, y en tercer lugar, como resultado de la autoridad de la tradición, el intérprete deberá preservar la integridad y la coherencia principialista de la Constitución por medio de los principios de concreción de la norma constitucional (principios de la supremacía normativa de la Constitución; de la unidad de la Constitución; de la armonización de las normas constitucionales; del efecto integrador de la Constitución; de la máxima efectividad de la Constitución; de la

³⁰⁴ LUIZ STRECK, Lenio, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica...*, op. cit., pp. 257, 261-263 y 307.

³⁰⁵ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, op., cit, p. 299

conformidad funcional; de la proporcionalidad; y de la comparación entre derechos)³⁰⁶.

3.2 – Elemento normativo estructurante: programa normativo y ámbito normativo

Hasta aquí hemos abordado los conceptos integrantes del elemento hermenéutico. A partir de estos conceptos vamos a analizar el elemento normativo estructurante, que va a presuponer la adopción de una teoría de la norma en la cual la norma no se identificará con el texto de la ley – diferencia ontológica entre el ente (texto de la ley) y el ser (sentido del texto) –, sino con el resultado de una construcción hermenéutica a partir del programa normativo y del ámbito normativo. Esta concepción específica de la norma, de naturaleza post-positivista, es el supuesto fundamental para el reconocimiento del control difuso de la norma en el ámbito del sistema de constitucionalidad español.

Como sabemos, el sistema de constitucionalidad español se define como un sistema de control concentrado de la ley, debiéndose entender aquí el concepto de ley como incluyente tanto del texto de la ley como de su norma. Si al Tribunal Constitucional compete con exclusión de cualquier otro órgano de la jurisdicción ordinaria el control de constitucionalidad del *texto de la ley*, pudiendo, en caso de inconstitucionalidad, expurgarla del ordenamiento jurídico, el mismo no se da con el control de constitucionalidad de la *norma*, que tanto puede ser realizado por el Tribunal Constitucional como por la jurisdicción ordinaria.

³⁰⁶ LUIZ STRECK, Lenio, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica...*, *op. cit.*, pp. 333-338.

El positivismo normativista de Kelsen, en nombre de una teoría pura del Derecho, concibió la teoría de la norma aséptica de contenido material, así como relegó para el campo de la política las cuestiones ligadas a la interpretación jurídica, motivo por el cual el normativismo de Kelsen no propuso ninguna teoría de la interpretación jurídica. Según Friedrich Müller, precisamente donde Kelsen dio por concluida la teoría pura del Derecho, es decir, al reconocer que la elección entre las interpretaciones posibles contenidas dentro del cuadro normativo es un acto de pura voluntad política del intérprete, ausente de cualquier control por el Derecho, es donde comienza todo el trabajo de la hermenéutica jurídica concretizante. La teoría estructurante del Derecho en Friedrich Müller es, según el propio autor, intencionalmente impura, razón por la cual fue simbólicamente publicada por primera vez en Berlín, en 1984, precisamente 50 años después de la primera edición de la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Es decir, mientras la teoría pura del Derecho de Kelsen pretende excluir la realidad de la norma jurídica, haciendo del Derecho un sistema de silogismo lógico-deductivo, la teoría estructurante del Derecho entiende la realidad como constitutiva de la norma jurídica.

La teoría de la norma en Kelsen, incluso en la segunda edición de la teoría pura del Derecho, en la cual su autor comienza a promover una distinción entre norma jurídica y enunciado jurídico, norma general y norma individual, todavía continúa excluyendo por completo la realidad o el caso concreto de la estructura de la norma, razón por la cual se impone el abandono del normativismo kelseniano con la adopción de una teoría estructurante de la norma, por medio de la cual la separación entre el deber ser y el ser es superada.

El texto de la ley expresa el *programa de la norma*. La función explicativa y estabilizadora del texto de la ley es el elemento fundamental en una democracia constitucional, actuando el texto como punto de partida y de referencia para la concreción de la norma. Así, aunque la

norma esté constituida de una cierta independencia con relación al texto de la ley, esta independencia no es absoluta o no podría llegar al punto de permitir que la norma viole la literalidad del texto de la ley. En este sentido, el texto de la ley también posee una función limitadora del proceso de concreción de la norma o, incluso, más precisamente, los límites de la concreción no están precisamente en el sentido literal posible del texto, ante la imposibilidad material de establecer semánticamente estos límites, sino más bien en el programa de la norma. A pesar de las naturales e insuperables dificultades semánticas del texto de la ley, el texto no puede ser ignorado por el intérprete porque las posibilidades de comprensión racional del texto delimitan el ámbito de legitimidad de la concreción³⁰⁷.

El programa de la norma destaca del ámbito de la realidad el *ámbito de la norma* y juntamente con aquél comienza a integrar, en el grado de la misma jerarquía, la estructura de la norma³⁰⁸. Por medio del ámbito de la norma, elemento constitutivo de la norma, la realidad o el caso concreto pasan a integrar la propia estructura de la norma, razón por la cual el ámbito de la norma adquiere, en la concepción normativo estructurante de la norma, naturaleza jurídica. En otras palabras, y de forma distinta de la teoría pura del Derecho, en la cual la realidad fue expurgada de la concepción de norma, porque era un elemento impuro, extrajurídico, aquí la realidad, por medio del ámbito de la norma, que compone estructuralmente la norma, posee naturaleza jurídica. Es decir, la realidad no es sólo objeto de normatividad sino el fundamento y parte

³⁰⁷ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, op., cit., pp. 197-206; MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, op. cit., p. 131; HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, op., cit., pp. 69-70; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 1218-1219.

³⁰⁸ MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, op., cit., pp. 57-59.

integrante de la estructura normativa, porque “no sólo la norma es aplicada al caso, sino también éste es aplicado a la norma”³⁰⁹.

Así, se constata en esta relación estructural de la norma, que contiene el nexo entre las partes integrantes de una norma – programa de la norma y ámbito de la norma³¹⁰, una incidencia circular, entre el programa de la norma aplicado al ámbito de la norma y, concomitantemente, el ámbito de la norma aplicado al programa de la norma, dando lugar a lo que nos referimos anteriormente como la segunda dimensión del círculo hermenéutico³¹¹, por medio de la cual el ir y venir del mirar del intérprete entre las dos estructuras de la norma, programa de la norma y ámbito de la norma, construye el sentido de la norma del caso concreto. Por lo tanto, el ámbito de la norma deja de ser sólo objeto de incidencia de la normatividad – método lógico-deductivo, para pasar a integrar la norma, actuando como factor determinante de la aplicación de la norma al caso concreto³¹².

El ámbito de la norma no es sólo un material apprehendido por el texto de la ley o una parte de la realidad abastecedora del material sino que también es parte integrante de la norma que debe ser concretizada³¹³; es decir, el ámbito normativo es componente estructural de la norma, determinando conjuntamente con el programa de la norma el

³⁰⁹ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, op. cit., pp. 247-251; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “La teoría del Derecho en la concepción de Friedrich Müller” en González-Tablas Sastre, Rafael (Coord.), *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica, Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2009, pp.605-608.

³¹⁰ MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, p. 35; HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, op., cit., pp. 64-65; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 1216.

³¹¹ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, p. 239.

³¹² *Ibidem*, pp. 221-222 y 250-251.

³¹³ *Ibidem*, p. 191.

tema, la estructura, y la función de la norma, así como la formulación lingüística del programa normativo³¹⁴.

Además de que el ámbito de la norma no sea equivalente a un simple recorte de hechos de la realidad extrajurídica, el ámbito de la norma está comprendido por elementos destacados de este recorte de la realidad en una perspectiva selectiva y valorativa a partir del programa de la norma. Por lo tanto, no todas las circunstancias fácticas que están incluidas dentro del hecho que debe ser regulado por la norma integran el ámbito de la norma sino solamente las puestas bajo evidencia por el programa de la norma³¹⁵. Por otro lado, el ámbito normativo tampoco está completamente dado de antemano por el programa de la norma, sino que éste contiene sólo algunos puntos de referencia o apunta algunas circunstancias de la realidad que irán a componer el campo de incidencia de la norma³¹⁶. Para Hesse, la concreción de la Constitución y su realización solamente son posibles considerando las condiciones de la realidad que va a ser regulada. El programa de la norma, contemplado en el texto de la ley, pone de manifiesto qué circunstancias de la realidad que debe ser regulada son relevantes y, por lo tanto, destacadas de este cuadro fáctico bruto, para comenzar a integrar el ámbito de la norma³¹⁷.

Si la norma está comprendida estructuralmente por el programa normativo y por el ámbito normativo, cualquier alteración en alguno de estos elementos podrá promover una nueva norma jurídica. Es evidente que las alteraciones legislativas repercuten sobre el contenido de la norma ante una nueva configuración del programa normativo. Aquí no hay duda. Sin embargo, del mismo modo, la alteración del ámbito normativo

³¹⁴ *Ibidem*, pp. 239-240 y 242-243.

³¹⁵ MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, op., cit., pp. 58-59 y MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, 3ª ed. revista e ampliada, trad. Peter Naumann, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 44.

³¹⁶ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, p. 193.

³¹⁷ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, op., cit., pp. 50-51.

en extensión o en el contenido, incluso sin ninguna alteración del texto de la ley, podrá modificar la norma jurídica y, por consiguiente, dar lugar a la inconstitucionalidad de la norma debido a cambios de las circunstancias fácticas³¹⁸. En la concepción tradicional de la norma una eventual alteración de los hechos, porque no integran la concepción de la norma, no conllevaría ningún cambio con respecto al sentido de la ley. Sin embargo, en el ámbito de la teoría estructurante de la norma, si el ámbito normativo integra la norma jurídica, resulta que cualquier alteración de los hechos contenidos en el ámbito normativo puede venir a modificar el sentido de la norma. Así, aunque el texto de la ley permanece idéntico, su sentido puede adquirir otro significado ante la alteración fáctica³¹⁹. Bajo la óptica de la teoría estructurante de la norma, la estructura del ámbito normativo es parte integrante de la normatividad jurídica, razón por la cual el texto legal no puede ser equiparado a la norma³²⁰.

En este sentido, la normatividad incluye una concepción de la norma en cuanto modelo ordenador materialmente caracterizado y estructurado por el programa de la norma y el ámbito de la norma. La normatividad apunta a una calidad dinámica de la norma, por medio de la cual la norma ordena la realidad – normatividad concreta – así como es condicionada y estructurada por esta misma realidad – normatividad materialmente determinada³²¹.

³¹⁸ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, pp. 149-150; HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 50-51.

³¹⁹ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, p. 167.

³²⁰ *Ibidem*, p. 187.

³²¹ MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, p. 36; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 1216-1217.

3.3 – Elemento concretizador: construcción de la norma del caso concreto

Una vez establecidos los conceptos integrantes de los elementos hermenéutico y normativo estructurante, comenzamos ahora a tratar la última expresión; es decir, el concepto de *concretizador*. En esta concepción de normatividad estructurante se supera la idea de aplicación de la ley por medio de métodos silogísticos lógico-deductivos típicos de la interpretación jurídica tradicional y del positivismo jurídico, en virtud del carácter constitutivo o concretizante de la *applicatio*.

Tanto el programa normativo como el ámbito normativo y, por lo tanto, la norma jurídica, solamente son producidos en el caso concreto, teniendo en cuenta que la norma no existe antes del caso concreto, razón por la cual la concreción de la norma es, en efecto, una construcción de la norma del caso concreto, porque tanto el texto de la ley como el caso concreto suministran de modo distinto y complementario los elementos para la construcción de la norma. Según Friedrich Müller, “*La norma no existe [ante casum], no es “aplicable” [al caso]*”, porque la misma es simplemente producida sólo dentro del proceso de concreción, por medio del cual la comprensión, la interpretación y la aplicación suceden en un proceso actual y unitario de *applicatio*³²². La tarea de la interpretación es precisamente la de concretar la ley en cada caso; es decir, en su *applicatio*³²³.

La actividad de concreción no significa convertir la ley, inicialmente, abstracta y general en concreta y específica para el caso, a partir de un proceso lógico-deductivo, sino que quiere representar el proceso de construcción de la norma jurídica del caso concreto. Para Friedrich Müller,

³²² MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, pp. 80, 223 y 290-291; MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, *op. cit.*, pp. 11, 66, 85, 108-109 y 114; MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 63.

³²³ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, *op. cit.*, p. 401.

concretar no significa, según la concepción positivista, interpretar, aplicar, subsumir silogísticamente, concluir o individualizar la norma, sino más bien significa producir, a partir del caso concreto, una norma jurídica defendible a la luz de una democracia constitucional. En este sentido, la teoría estructurante del derecho y el concepto post-positivista de la norma jurídica superan la antigua división entre el ser y el *deber ser*³²⁴.

El proceso de concreción de la norma en una democracia constitucional significa más precisamente la concreción de una norma constitucional, puesto que en virtud del principio de la fuerza normativa de la Constitución y del consecuente proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, solamente una norma constitucional es vinculante. A partir de esta afirmación, se puede concluir que el control de constitucionalidad difuso de la norma es la propia concreción de la Constitución o, en las palabras de Hesse, la “*interpretación constitucional es concreción*”³²⁵. En el mismo sentido, Häberle afirma que el Derecho Procesal Constitucional, en el cual está insertado el estudio del control de constitucionalidad difuso de la norma, incluye la concreción de la Constitución, puesto que, por un lado, es la propia expresión del Derecho Constitucional concretado, en cuanto, por otro, sirve a la jurisdicción constitucional como instrumento de concreción de la Constitución³²⁶.

³²⁴ MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, *op. cit.*, pp. 124-125 y 291; MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 61.

³²⁵ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, *op., cit.*, p. 61; HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 43; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Direito Constitucional Anotado...*, *op., cit.*, pp. 30 y 33; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, “Hermetica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo”, en QUARESMA, Regina, PAULA OLIVEIRA, Maria Lúcia de, RICCIO DE OLIVEIRA, Farlei Martins (Orgs.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Ed. Gen – Forense, 2009, pp. 615-630, disponible en: <http://works.bepress.com/pfc/55/>, Consultado el 25/05/2015.

³²⁶ HÄBERLE, Peter, “El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional Concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Rosario/Argentina, janeiro-junho/2004, pp. 15-44; HÄBERLE, Peter, “O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional”, en *sub iudice*, nsº 20/21, Lisboa, enero/junio/2001, p. 41.

4 – Hermenéutica constitucional: principios de concreción de la norma

4.1 – Hermenéutica constitucional: caso específico de hermenéutica jurídica

La identificación de los elementos de concreción de la Constitución tiene como supuesto la supremacía y la normatividad de la Constitución, así como la Constitución es la fuente directa de los derechos fundamentales, expresión concreta de valores y principios constitucionales garantizados por la jurisdicción. La hermenéutica constitucional es un caso especial de la hermenéutica jurídica, en razón de las especificidades del objeto de interpretación; es decir, la naturaleza marcadamente principialista de la Constitución³²⁷.

Precisamente en razón de estas características peculiares de la Constitución de la segunda posguerra, cuando se compara con la ley ordinaria, no es posible la utilización exclusiva de los cánones tradicionales de la hermenéutica jurídica concebidos y desarrollados en otra época, bajo la matriz del pensamiento jurídico sentada en las bases del derecho privado³²⁸. En el mismo sentido, a partir de la teoría estructurante de la norma adoptada y ya mencionada como supuesto de esta tesis, Friedrich Müller afirma que los elementos de interpretación savignyanos son insuficientes para la concreción de la norma constitucional, porque reducen el proceso de construcción de la norma a un proceso de interpretación exclusivo del texto de la ley; es decir, del programa de la norma, encubriendo por medio del lenguaje la otra parte

³²⁷ Véase el Capítulo I.3.3.3.3, sobre el Neoconstitucionalismo y los elementos específicos de la hermenéutica constitucional como una de sus características fundamentales.

³²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais...op., cit.*, pp. 68-69; CARPIZO, Enrique, "Reflexiones en torno a la interpretación actual de la Constitución", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 11, enero-junio/2009, pp. 125-147.

integrante y constitutiva de la norma, el ámbito de la norma. La interpretación del texto de la ley es uno de los elementos más importantes en el proceso de concreción de la norma, sin embargo permanece siendo sólo uno de los elementos de todo el proceso de aplicación de la norma³²⁹.

Así, en conjunto con los elementos tradicionales de interpretación elaborados por Savigny (gramatical, lógico, histórico y sistemático), los cuales no son métodos autónomos o tipos específicos de interpretación, sino elementos o puntos de vista distintos que se entrelazan, actuando conjuntamente dentro de un único proceso de interpretación³³⁰, la norma constitucional, a causa de sus propiedades especiales, proporciona elementos propios de interpretación de las normas constitucionales³³¹, los cuales deberán actuar conjuntamente con los demás elementos en la construcción de la norma del caso concreto, dirigiendo y limitando la consideración, la coordinación y la valoración de los diversos puntos de vista del intérprete³³².

Entre los elementos de interpretación, ya sean ellos los tradicionales o los constitucionales, no es posible establecer una relación de jerarquía o de precedencia, con el fin de construir un método de interpretación de la norma jurídica. En este punto, adoptar la filosofía hermenéutica (Heidegger) y la hermenéutica filosófica (Gadamer) como supuestos de la *hermenéutica normativo estructurante concretizadora*, lleva al reconocimiento de la inexistencia de un método fundamental del

³²⁹ MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, op., cit., pp. 51 y 60-61.

³³⁰ Cfr. KARL VON SAVIGNY, Friedrich, *Metodologia Jurídica*, trad. Hebe A. M. Caletti Marengo, Campinas, Edicamp, 2001; CASTANHEIRAS NEVES, A., *Metodologia Jurídica, Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 106; LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho...*, op., cit., p. 341.

³³¹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional...*, op., cit., p. 40.

³³² HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, op., cit., p. 65; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, "Hermenêutica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo...", op., cit.

proceso hermenéutico. Contra el método, un proceso de circularidad condicionado por la sólida condición humana del ser en el mundo. La hermenéutica ya no es una cuestión de método, sino de filosofía. Es decir, la inexistencia de un método fundamental, meta-método o meta-criterio que sirva de fundamento último (*fundamentum absolutum inconcussum veritatis*) de todo el proceso interpretativo, hace que el uso de los métodos de interpretación sea siempre arbitrario. Éste es el talón de Aquiles de la hermenéutica jurídica tradicional, puesto que para la hermenéutica filosófica, la hermenéutica jurídica deja de ser una cuestión de método para comenzar a ser una cuestión de filosofía³³³.

Así, aunque no sea posible la elaboración de un método de interpretación jurídica, porque la interpretación ya no es una cuestión de método, entendemos que este supuesto hermenéutico no impide que independientemente de un método, sean identificados algunos principios constitucionales con repercusión directa en el proceso hermenéutico constitucional, los cuales no solamente influyen en cómo deben actuar fuertemente en el círculo o espiral hermenéutica de concreción de la norma constitucional. Si la comprensión de la Constitución está delimitada por la pre-comprensión del intérprete acerca de una cierta teoría constitucional, la cual a su vez limita el horizonte o las posibilidades de comprensión de la Constitución y, por consiguiente, el horizonte de atribución de sentidos de la norma constitucional, se impone una profundización en la comprensión de los principios de concreción de la norma constitucional para que sea posible ampliar el horizonte de

³³³ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, op., cit., p. 233; MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, op. cit., p. 203 y MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, op., cit., p. 69; KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho...*, op., cit., p. 92.

sentidos de la norma y, por consiguiente, conferir un mayor grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico³³⁴.

4.2 – Principios hermenéuticos constitucionales

Entre los principios hermenéuticos constitucionales, que actúan durante todo el proceso de *applicatio* de las normas constitucionales tenemos: (1) Principio de la supremacía normativa de la Constitución; (2) Principio de la unidad de la Constitución; (3) Principio de la armonización de las normas constitucionales; (4) Principio del efecto integrador de la Constitución; (5) Principio de la máxima efectividad de la Constitución; (6) Principio de la conformidad funcional; (7) Principio de la proporcionalidad³³⁵; y (8) Principio de la comparación entre derechos.

4.2.1 – Principio de la supremacía normativa de la Constitución

Normalmente el principio de la supremacía normativa de la Constitución es conocido como principio de la fuerza normativa, estando implícita en el mismo la idea de la supremacía de esta normatividad. Sin embargo, es preciso calificar como suprema la normatividad de la Constitución, porque no se trata de una normatividad común atribuida a cualquier ley ordinaria sino de una normatividad superlativa; es decir, con fuerza vinculante superior a cualquier otra norma jurídica, potencialmente

³³⁴ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, op. cit., pp. 301-302; LUIZ STRECK, Lenio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, op., cit., p. 211.

³³⁵ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, op., cit., pp. 65-68; MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, op., cit., pp. 79-86; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 1223-1228; GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais...op., cit.*, pp. 72-75; FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Direito Constitucional Anotado...*, op., cit., pp. 46-77; LAFUENTE BALLE, José Maria, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Madrid, Colex, 2000, pp. 109-123.

apta para expulsar del ordenamiento jurídico leyes (texto de ley) y normas (texto de la ley interpretado) incompatibles con la Constitución. La supremacía de la normatividad constitucional no permite su reforma a través de instrumentos legislativos ordinarios sino que supone un proceso de reforma cualificado – principio de la rigidez constitucional, debido a la mayor dificultad legislativa de su reforma (art. 166 y ss. de la CE).

Ante la extensión de esta normatividad, como tuvimos oportunidad de ver anteriormente cuando analizamos el neoconstitucionalismo (I.3.3.3.1), puede ser comprendida ya sea con respecto a los sujetos alcanzados por esta fuerza normativa, ya sea con respecto al objeto. Con relación a los sujetos, la Constitución española expresamente somete todos los poderes públicos, por lo tanto, aquí incluida la jurisdicción ordinaria, y a los ciudadanos, ya sean nacionales o extranjeros, a su fuerza normativa (art. 9.1 de la CE). Con relación al objeto, todo el conjunto de las normas que integran el ordenamiento jurídico, por tanto, todos los actos jurídicos, públicos o privados, están sometidos a los parámetros hermenéuticos constitucionales.

Sin embargo, el texto constitucional, por el texto, es letra muerta. Este texto, para que tenga alguna normatividad, necesita ganar vida en manos del intérprete constitucional, puesto que la Constitución tiene pretensión de vigencia. Así, para que una Constitución esté dotada de fuerza normativa, en primer lugar, esta Constitución debe poseer alguna conexión con la realidad histórica; es decir, debe reflejar mínimamente las fuerzas espontáneas y las tendencias vitales de su época, puesto que una Constitución descontextualizada, sin raíces en su tiempo, no es capaz, por sí sola, de promover ningún cambio en la realidad³³⁶.

³³⁶ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional...*, op., cit., pp. 67-70.

Además de esta conexión con la realidad histórica, el texto constitucional aún continúa siendo inerte, puesto que al proponer una tarea constitucional, esto no significa, que sea una tarea ya realizada. Es imprescindible, también, que el intérprete constitucional asuma la tarea propuesta por la Constitución como suya, haciéndola prevalecer contra todas las fuerzas contrarias. Es en la conciencia general de todos los ciudadanos y, principalmente, en la conciencia de los que son directamente responsables de la vida constitucional, que no debe existir solamente voluntad de poder, sino sobre todo “*voluntad de Constitución*”. Esta voluntad de Constitución emerge de un triple fundamento: primero, en la conciencia y convicción de la necesidad de un orden normativo de valores y principios inviolables aptos a liberar al Estado y a la sociedad de la barbarie; segundo, en la conciencia y convicción de que este orden normativo además de ser legítimo, necesita continua legitimación; y, finalmente, tercero, la conciencia y la convicción de que este orden normativo para ganar expresión en la realidad o realizar su pretensión de vigencia, necesita ser construido por medio de actos de voluntad³³⁷.

Así, si la fuerza normativa de la Constitución depende, en última instancia, de la voluntad de Constitución y, más específicamente, de actos concretos de voluntad de su intérprete, tenemos que la hermenéutica constitucional es condición de posibilidad de la efectiva fuerza normativa³³⁸. En otras palabras, cuanto más incisivamente la jurisdicción constitucional ordinaria actúe en el control de constitucionalidad difuso de la norma, mayor será la fuerza normativa de la Constitución.

³³⁷ *Ibidem*, pp. 70-71.

³³⁸ *Ibidem*, p. 74.

4.2.2 – Principio de la unidad de la Constitución

La Constitución de España, a pesar de su extensión, diversidad y complejidad de temas en ella tratados, con respecto a las ambigüedades semánticas y del uso indiscriminado de conceptos indeterminados, muchas veces utilizados conscientemente para que sea posible alcanzar un acuerdo entre fuerzas políticas antagónicas de la sociedad, posee una unidad normativa esencial de sentido que debe ser construida por el intérprete a partir de su fórmula político-jurídica, Estado social y democrático de Derecho, y de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 de la CE)³³⁹.

Por lo tanto, inicialmente, la Constitución debe ser concebida como una única norma, atravesada por la misma fuerza normativa. Es decir, en el ámbito de esta única norma constitucional, no existen preceptos o normas constitucionales de primera y de segunda categoría normativa, porque todos los preceptos constitucionales están dotados de la misma fuerza vinculante o están igualados normativamente. Con respecto a su unidad, no es posible la interpretación de la Constitución de forma parcial o en partes, bajo pena de que esta interpretación sectorizada incida en contradicciones y, por consiguiente, en la fragmentación de la unidad de la Constitución³⁴⁰. Además, esta unidad constitucional solamente se

³³⁹ LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político...*, op. cit., p. 532; LUCAS VÉRDU, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural, significado, función y finalidad de una teoría de la Constitución*, San Martín de Porres (Perú), Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la USMP, 1997, p. 37; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional...*, op. cit., p. 40; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución...", op. cit., pp. 97-120.

³⁴⁰ Auto 60/1981, Sección Segunda del TC, 17/06/1981, f. j. 2: "es necesario efectuar una interpretación sistemática de la Constitución, ya que los preceptos constitucionales no pueden ser interpretados aisladamente y desde sí mismos, sino siempre en relación con otros preceptos y con la unidad de la propia Constitución en la que están articulados"; Sentencia 5/1983, Pleno del TC, BOE 09/03/1983, f. j. 3: "La interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos, que es el que ahora

puede alcanzar con la elaboración de los elementos hermenéuticos pensados y contruidos a partir de la propia Constitución, lo que se da con el presente catálogo de los principios hermenéuticos.

Por último, la unidad de sentido de la Constitución sólo podrá obtenerse a través de una interpretación de la Constitución conforme a la Constitución. En otras palabras, no se puede admitir una interpretación de la Constitución a partir de las leyes ordinarias o una legalización de la Constitución – la fuerza normativa de la Constitución impone un movimiento en el sentido contrario; es decir, de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Para que eso sea posible, los elementos hermenéuticos de interpretación constitucional deben ser contruidos bajo la inspiración de la propia Constitución, sin la importación de los elementos concebidos en sede infraconstitucional con el fin de la interpretación de la Constitución. Para concluir, por lo tanto, este principio hermenéutico constitucional repugna la idea de la interpretación de la Constitución conforme a las leyes ordinarias³⁴¹.

interesa, ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática”.

³⁴¹ GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 1230 y 1233-1234; Sentencia 22/1984, Sala Segunda del TC, BOE 09/03/1984, f. j. 3: “*En el razonamiento que se acaba de mencionar se produce una inversión en el orden de utilización de los cánones hermenéuticos y en los resultados de los mismos, pues no se impone -como sería lógico- un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria para acordarlos con los preceptos de la Constitución, sin que por el contrario, según entiende dicha Sentencia, es la Constitución la que debe ser interpretada de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico. Sin negar que en algunas ocasiones esta vía interpretativa pueda ser útil, no es la que primeramente debe seguirse. Por el contrario, es la legalidad ordinaria la que debe ajustarse en su inteligencia y en su aplicación al orden constitucional”.*

4.2.3 – Principio de la armonización de las normas constitucionales

A partir del principio de la unidad de la Constitución deriva la necesidad de promover una armonización entre las normas constitucionales en constante tensión. Si de hecho la Constitución incluye un pacto social de conflictos de intereses de la sociedad, donde surge su naturaleza plural, se impone en el proceso constitucional hermenéutico la construcción de una interpretación que pueda contemplar todos estos puntos de vista en lucha, encontrar un punto de equilibrio, sin que los valores, los bienes o los intereses protegidos constitucionalmente resulten totalmente sacrificados en detrimento de otros. Aquí, ningún bien o interés puede pretender ser jerárquicamente superior a otro, salvo una expresa distinción constitucional³⁴².

4.2.4 – Principio del efecto integrador de la Constitución

La Constitución es un pacto fundamental, por medio del cual se constituyen el Estado y la sociedad civil. En este pacto social, que se revela mediante su fórmula político-jurídica y valores superiores (principios y derechos fundamentales) las partes (partidos políticos) del

³⁴² Sentencia 196/1987, Pleno del TC, BOE 08/01/1988, f. j. 7: “es conclusión a la que conduce la interpretación y aplicación de la Constitución, concebida como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores, que el legislador tiene el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurren”.

todo (sociedad civil) se concilian, asumiendo un compromiso y, por lo tanto, la definición de una Constitución plural y compromisoria³⁴³.

Una interpretación integradora de la Constitución revela la plena comprensión de tratar una Constitución conciliadora de intereses antagónicos y compromisorios, razón por la cual la función de la interpretación, a la luz de este principio hermenéutico, debe ser la promoción de la integración social entre las fuerzas en conflicto en la sociedad, reforzando la unidad política, y no la profundización de las escisiones y conflictos. Sin embargo, esta finalidad integradora del principio jamás podrá ser obtenida mediante el menosprecio de otros principios hermenéuticos con la misma estatura constitucional.

4.2.5 – Principio de la máxima efectividad de la Constitución

Teniendo como supuesto el principio de la supremacía normativa de la Constitución, la Constitución tiene la pretensión de la máxima efectividad, no conformándose, por lo tanto, con cualquier grado de efectividad y mucho menos con la ineffectividad. Así, la Constitución irradia su normatividad sobre todo el ordenamiento jurídico dando causa a un movimiento de constitucionalización de las leyes. En otras palabras, la legislación infraconstitucional, especialmente la ley, comienza a estar impregnada de la norma constitucional, debiendo, necesariamente, ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución. Con ocasión de su aplicación, la supremacía normativa de la Constitución impone el deber a su intérprete, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, de atribuir un sentido a la ley conforme a la Constitución, así como posibilita, independientemente de la intermediación de la ley, la aplicación directa de la Constitución al caso concreto.

³⁴³ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La elaboración de la constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

La máxima efectividad de la Constitución tiene la pretensión de conformar todo el ordenamiento jurídico, no sólo formalmente, sino materialmente a los valores, principios y derechos fundamentales materializados en la Constitución. Esta materialización de la Constitución, como hemos tenido la oportunidad de ver (1.3.3.3.2), sometió la ley a ciertos condicionantes formales y materiales, los cuales pasaron a definir no solamente la forma del proceso legislativo sino también el propio contenido de la ley. Por lo tanto, a partir de este proceso de constitucionalización de la ley, la constitucionalidad comienza a ser condición de validez de la ley. En otras palabras, la ley necesita calificarse de constitucional; es decir, ya no es suficiente que sea una ley (Estado legal), sino que más bien debe ser una ley constitucional (Estado constitucional), bajo pena de que esta ley no supere el test del control de constitucionalidad.

La máxima efectividad de la Constitución no puede ser sólo proclamada, bajo pena de ineffectividad sino que debe ser garantizada, entre otras técnicas o instrumentos jurídicos, por medio de la jurisdicción constitucional, incluyendo, aquí, la jurisdicción constitucional ordinaria, posibilitando, así, la máxima efectividad de los derechos fundamentales, puesto que para Peter Häberle la jurisdicción ordinaria es la primera trinchera de protección de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que estos son los "*los tribunales de los derechos fundamentales de cada día*"³⁴⁴.

³⁴⁴ HÄBERLE, Peter, "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales...", *op. cit.*, p. 336. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España ya tuvo la oportunidad de afirmar que la Constitución otorgó al poder judicial, en materia de protección de los derechos fundamentales, no la última, sino "*la primera palabra*" (Sentencia 59/1990, Sala Primera del TC, BOE 04/05/1990, f. j. 5; Sentencia 66/1995, Sala Segunda del TC, BOE 13/06/1995, f. j. 2).

4.2.6 – Principio de la conformidad funcional

Por medio del principio hermenéutico de la conformidad funcional, el intérprete constitucional debe preservar y armonizar las normas constitucionales de naturaleza organizacional, especialmente dirigidas a la organización del Estado, la distribución de poderes y funciones entre los diversos entes estatales.

Este principio hermenéutico tiene como finalidad la de promover el respeto al principio de la división de poderes en el Estado. La Constitución, en cuanto norma suprema de la organización política, al constituir el Estado, imparte el poder político entre los diversos poderes del Estado, así como distribuye funciones entre estos poderes y órganos estatales, asegurando la capacidad funcional del Estado. Por lo tanto, los poderes del Estado deben actuar en el ámbito de sus propias atribuciones constitucionales de forma responsable, promoviendo la armonía y la recíproca confianza.

Las relaciones entre la jurisdicción constitucional, aquí incluida la jurisdicción constitucional ordinaria, y el legislador, deben orientarse por este principio hermenéutico, por medio del cual el control de constitucionalidad de las leyes (texto de la ley y sus normas) no podrá incidir en una indebida invasión por parte de la jurisdicción constitucional en la esfera de la libertad reservada por la Constitución al legislador para la configuración de las leyes (*judicial self-restraint*).

Las atribuciones constitucionales del legislador no están limitadas a una simple ejecución de la Constitución, incluso porque la Constitución no revela un proyecto político específico, puesto que si así fuera la democracia estaría totalmente vaciada o sofocada por la Constitución. Al contrario, el legislador elegido democráticamente está dotado de una esfera de libertad dentro de la cual podrá tomar sus opciones políticas, sin incidir en ninguna inconstitucionalidad, una vez observados los marcos

constitucionales. Así, si el legislador se mantiene dentro de estos marcos, no cabe al juez, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, pretender sustituir al legislador democrático. Así, sólo en las hipótesis de que el legislador vulnere estos marcos constitucionales, la jurisdicción constitucional podrá intervenir para hacer prevalecer la supremacía normativa de la Constitución.

Por último, este principio hermenéutico más que contribuir en el proceso hermenéutico de interpretación de la norma constitucional, actúa como un delimitador de las posibilidades interpretativas de la ley por la jurisdicción constitucional en observancia al principio democrático³⁴⁵. En otras palabras, una indebida invasión por parte de la jurisdicción constitucional en la esfera de libertad del legislador implica una violación al principio democrático del Estado.

4.2.7 – Principio de la proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se presenta como un principio hermenéutico de realización de los principios de la unidad de la Constitución, de la armonización de las normas constitucionales y del efecto integrador de la Constitución³⁴⁶.

³⁴⁵ FERRELES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 40 y 45.

³⁴⁶ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional...*, op., cit., p. 356; GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais...* op., cit., p. 85; Sentencia 196/1987, Pleno del TC, BOE 08/01/1988, f. j. 7: “De esta forma, la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones previstas en la Ley sirven en forma mediata a la protección de valores garantizados por la Constitución y permiten al Estado cumplir con su deber constitucional de proporcionar seguridad a los ciudadanos, aumentando su confianza en la capacidad funcional de las instituciones estatales. De ello resulta que la limitación temporal del detenido incomunicado en el ejercicio de su derecho de libre designación de abogado, que no le impide proceder a ella una vez haya cesado la incomunicación, no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada, sino de conciliación ponderada del derecho de

La necesidad de realización o efectivización de los principios que puede derivar en una colisión en su grado máximo exigirá un juicio de ponderación entre estos principios, lo que se dará mediante el principio de la proporcionalidad. En otras palabras, los principios en colisión deberán ser sometidos a la prueba del principio de la proporcionalidad para que sean realizados en su máxima medida y en relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. El principio de la proporcionalidad se divide en tres subprincipios: (1) principio de la máxima aptitud; (2) principio de la máxima necesidad; (3) y principio de la máxima proporcionalidad en sentido estricto o principio de la ponderación. Los dos primeros subprincipios, aptitud y necesidad, se refieren a las posibilidades fácticas, mientras que el principio de la ponderación se refiere a las posibilidades jurídicas, las cuales son determinadas esencialmente por la existencia de principios en sentido contrario³⁴⁷. El principio de la ponderación contiene el siguiente mandato o regla, que Robert Alexy denominó ley de la ponderación: Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro³⁴⁸.

asistencia letrada -cuya efectividad no se perjudica- con los valores constitucionales citados, pues la limitación que le impone a ese derecho fundamental se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido, ajustándose a la exigencia de proporcionalidad de las leyes” .

³⁴⁷ ROBERT, Alexy, *Teoría de los derechos...*, op., cit., pp. 111-113.

³⁴⁸ *Ibidem*, pp. 160. En el mismo sentido a Sentencia 66/1995, Sala Segunda del TC, BOE 13/06/1995, f. j. 5: “Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”. Y, también, Sentencia 55/1996, Pleno del TC, BOE 27/04/1996, f. j. 3: “El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de

Esta ley de la ponderación puede ser descompuesta en tres niveles. El primer nivel se destina a la comprobación del grado de relevancia del incumplimiento o perjuicio del primer principio. El segundo nivel se destina a la comprobación del grado de relevancia del cumplimiento del principio en el sentido contrario. En el tercer nivel debe comprobarse si la relevancia del cumplimiento del segundo principio justifica adecuadamente el incumplimiento del primer principio. Por último, en el ámbito de este tercer nivel, con el fin de permitir un mejor sopesar entre las diversas intensidades de intervención Alexy clasifica estas intervenciones por grados de intensidad; es decir, leve, media y grave, lo que permitirá contrastar el peso de cada principio³⁴⁹.

Aunque no sea posible establecer un orden estricto de superioridad entre pesos e intensidades de principios en un juicio de ponderación, no necesariamente queda como única alternativa un orden débil de principios. Al contrario, por medio de un método trifásico de sistemas, es decir, sistema de condiciones de prioridad, sistema de estructuras de ponderación y sistema de prioridad *prima facie* y, también, de la argumentación jurídica³⁵⁰, la técnica de la ponderación de los principios

proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico, 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/1992, fundamento jurídico 5º; 50/1995, fundamento jurídico 7º). Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6º; 50/1995, fundamento jurídico 7º; 173/1995, fundamento jurídico 2º), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STC 6/1988, fundamento jurídico 3º; 50/1995, fundamento jurídico 7º) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos”.

³⁴⁹ ALEXY, Robert, *Constitucionalismo discursivo...*, op., cit., pp. 131-161.

³⁵⁰ ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. Manuel Atienza, en *Doxa* nº 5, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, pp. 144-145.

colisionantes proporciona al intérprete de la Constitución la aplicación de estos principios de forma controlada por la propia Constitución³⁵¹.

4.2.8 – Principio de la comparación entre derechos

Un Derecho constitucional limitado a las fronteras del territorio nacional difícilmente podrá encontrar respuestas constitucionales para un mundo en constante proceso de globalización. Este continuo proceso de aproximación entre los diversos países en las más diversas áreas viene deshaciendo las antiguas fronteras, así como modificando profundamente la concepción de soberanía e independencia de los países, porque cada vez más actos y decisiones políticas, económicas, culturales, tecnológicas y ambientales tomadas en un dado país repercuten sobre los valores y los derechos tutelados por la Constitución de otro, transmutando la independencia soberana de las naciones en una dependencia o interdependencia global. Además de este movimiento de globalización en todos los sectores de la sociedad, el proceso de materialización de las constituciones nacionales que se ha producido en la segunda posguerra, por medio de la constitucionalización de valores y principios, los cuales expresan en alguna medida conquistas y aspiraciones universales de toda la humanidad, tales como libertad, igualdad, solidaridad (fraternidad), dignidad de la persona, derechos humanos, entre otros, revela la existencia de un movimiento de aproximación e identificación entre las constituciones nacionales, ya siendo posible hablar, incluso, de un constitucionalismo universal³⁵², de una universalización del proyecto

³⁵¹ BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos...*, *op. cit.*, pp. 56-59.

³⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo, "El juez constitucional en el siglo XXI", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº10, julio-diciembre/2008, pp. 259-261.

constitucional³⁵³, de una universalización del constitucionalismo³⁵⁴, de un derecho constitucional global³⁵⁵ o, incluso, de una internacionalización del derecho constitucional complementada por una internalización o constitucionalización del Derecho internacional público de los derechos humanos³⁵⁶.

Con respecto a las especificidades de las constituciones nacionales, las cuales siempre existirán, en razón del propio respeto a la diversidad cultural, cada vez más estas constituciones se presentan como concreciones de una constitución global. Es decir, en las palabras de Ferreira da Cunha, “*por detrás, anteriormente y por dentro de las diversas constituciones nacionales late una fuerza común, que es una comunidad de valores constitucionales entre las diversas constituciones de nuestro tiempo*”³⁵⁷.

Según Zagrebelsky, es necesario superar la concepción inicial de un constitucionalismo o de una Constitución cerrada en sí misma en dirección hacia un constitucionalismo o una Constitución abierta al diálogo con otras experiencias constitucionales porque, de lo contrario, la ciencia del derecho constitucional estará condenada progresivamente a la imposibilidad y a la marginación por no ser capaz de controlar su objeto

³⁵³ FERREIRA DA CUNHA, Paulo, “Do constitucionalismo global”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional, Constituição e Integração*, nº 15, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional, janeiro-junho/2010, p. 246.

³⁵⁴ ABREU DALARI, Dalmo de, *A Constituição na vida dos povos, Da Idade Média ao século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 291 y ss.

³⁵⁵ MERLIN CLÈVE, Clemerson, “Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de interação”, em *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, nº 25, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, julho-dezembro/2006, pp. 312-313, disponible en: <http://www.journals.unam.mx/index.php/rcj/article/view/16755>.

³⁵⁶ BOLZAN DE MORAES, José Luis, *As crises do estado e da constituição...*, op., cit., p. 118.

³⁵⁷ FERREIRA DA CUNHA, Paulo, “Do constitucionalismo global...”, op., cit., pp. 246 y 248.

de estudio³⁵⁸. La naturaleza principialista común de estas constituciones nacionales, compartiendo un mismo ideario, permite a las jurisdicciones constitucionales nacionales un *ejercicio hermenéutico comparativo* entre los diversos derechos nacionales. El resultado de este proceso hermenéutico comparativo entre derechos, además de enriquecer la experiencia constitucional de cada jurisdicción nacional, permitirá la formación de un mínimo consenso constitucional universal³⁵⁹. En este sentido, muchas constituciones nacionales han abierto las puertas al Derecho internacional, como por ejemplo la Constitución española, en la cual consta la determinación expresada de que los derechos fundamentales deberán ser interpretados en conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre los derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 de la CE).

La actual fase del constitucionalismo nacional camina a pasos largos hacia su internacionalización por medio de un proceso continuo y progresivo de integración y cooperación con el constitucionalismo internacional. Así, es posible constatar, al mismo tiempo, los influjos producidos por el ordenamiento jurídico nacional sobre el ordenamiento

³⁵⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, "El juez constitucional en el siglo XXI...", *op., cit.*, pp. 259-261. Y, también, el mismo autor, debido a la mutua relevancia entre las jurisprudencias constitucionales, apunta a la *res publica universalis*, en ZAGREBELSKY, Gustavo, "Jueces constitucionales...", *op., cit.*, pp. 1149-1151.

³⁵⁹ En el mismo sentido, pero sirviéndose de otra terminología, Cascajo Castro al reconocer una tendencia universalista de los derechos fundamentales, afirma que no es posible pasar por alto con respecto al *canon* la interpretación de acuerdo con la jurisprudencia internacional, en CASCAJO CASTRO, José Luis, "Interpretación constitucional...", *op., cit.*, p. 204. También en la misma dirección, Bolzan de Moraes y Lopes Saldanha al tratar la cosmopolitización de la Justicia hacen referencia a la necesidad de un diálogo transjurisdiccional, que tanto puede ser vinculado – derivado de los procesos de integración y de compromisos internacionales asumidos por los Estados en relaciones bilaterales y multilaterales – como no vinculado, fruto de cambios libres entre los jueces, los cuales comportan tanto un sentido sistémico como humanista, en BOLZAN DE MORAIS, José Luis e LOPES SALDANHA, Jânia Maria, "A "justiça" da cosmopolitização e a cosmopolitização da Justiça", en BOLZAN DE MORAIS, José Luis e MAGALHÃES BARROS, Flaviane (Coords.), *Novo constitucionalismo latino-americano, O debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014, pp. 89-96.

jurídico internacional, así como de este sobre aquél, en un proceso gradual de mayor intercambio de las experiencias jurídicas, lo que obliga al intérprete de la Constitución nacional a hacer uso del elemento hermenéutico de la comparación entre derechos, sean ellos fundamentales o humanos, declarados en las constituciones nacionales y en las diversas normas internacionales, respectivamente, configurando un fenómeno que Peter Häberle llamó de internacionalización de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales³⁶⁰.

5 – Discrecionalidad judicial y poder hermenéutico

5.1 – Discrecionalidad judicial y limitación de poder

Una vez sentada una hermenéutica normativa estructurante concretizadora y un conjunto de principios hermenéuticos destinados a orientar el intérprete en el proceso de construcción de la norma del caso concreto, es de preguntarse si en este proceso hermenéutico el intérprete y, en nuestro caso, la jurisdicción constitucional ordinaria, en el ejercicio de su función de control de constitucionalidad difuso de la norma, posee discrecionalidad o libertad para escoger entre las interpretaciones posibles, o incluso imposibles, en caso de arbitrariedad, la que mejor le convenga.

La dignidad de la persona, como fundamento último del Estado y de la sociedad, está fundada en la autodeterminación. Así, para la garantía de la dignidad de la persona es imprescindible la tutela de su autonomía o de su libertad de forma que la cuestión de la discrecionalidad judicial está directamente ligada a la cuestión de la dignidad de la

³⁶⁰ HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 287-289.

persona, a su libertad de autodeterminarse y, por lo tanto, a la cláusula democrática del Estado social y democrático de Derecho.

En otras palabras, la discrecionalidad judicial o la libertad de elecciones por parte de la autoridad judicial, que no ha llegado al cargo por el voto popular, siempre implicará un cierto grado de restricción a la democracia y a la libertad de autodeterminación, fundamento de la dignidad de la persona. En una democracia constitucional ni siquiera el legislador elegido democráticamente posee discrecionalidad para hacer o dejar de hacer lo que le gusta, en razón de los marcos constitucionales dentro de los cuales obligatoriamente vendrá a actuar, aunque tenga una autoridad judicial, con la consiguiente legitimidad de origen. La autodeterminación no solamente fundamenta y justifica el origen de una democracia constitucional, sino que también define los límites de su ejercicio mediante los valores y principios constitucionales y de los derechos fundamentales.

La discrecionalidad judicial, en cuanto libertad hermenéutica del poder judicial, suscita nuevamente la discusión acerca de la limitación del poder del Estado, tema que permea toda la teoría del Estado moderno y contemporáneo. Si observamos las Revoluciones americana y francesa del siglo XVIII, fácilmente constataremos que el concepto de Constitución estaba íntimamente ligado a la idea de limitación del poder del Estado porque, mientras en América el constitucionalismo pretendía limitar el poder legislativo, en la Europa continental la desconfianza y la necesidad de limitación del poder pesaba sobre el poder ejecutivo, representado por la monarquía, y el poder judicial, ocupado por la clase aristocrática, ambos representantes del Antiguo Régimen recién derrotado.

En el proceso histórico de limitación de poder a partir de la Revolución Francesa, los poderes ejecutivo y judicial fueron sometidos a la ley y, por consiguiente, al poder legislativo, legítimo representante de la

soberanía popular, a quien competía con exclusividad crear las leyes e interpretar su real sentido, en el caso de que fuera necesario, dado que según esta concepción la interpretación era una función consustancial del poder legislativo, la cual no podría ser realizada por ninguno de los otros poderes, puesto que si el poder legislativo era el responsable de la creación de las leyes, sólo este poder estaba habilitado para manifestarse sobre el real significado y alcance de la ley. A partir de esta distinción entre la *creación (e interpretación) de la ley y la aplicación de la ley*, lo que suponía la posibilidad teórica de la aplicación de la ley sin una previa interpretación (*in claris cessat interpretatio*), competía al poder judicial sólo la aplicación de la ley clara (*le juge est la bouche de la loi*), reservándose al poder legislativo, con exclusión de cualquier otro poder, proceder a la interpretación de la ley en los casos dudosos y oscuros.

Los constituyentes franceses, después de promover una distinción entre la interpretación de la ley y la aplicación de la ley, admitiendo la posibilidad de que la ley se aplicara sin que hubiera necesidad de ser interpretada, con el fin de evitar cualquier usurpación de poder político por parte del poder judicial, crearon el sistema del *référé législatif*, un mecanismo de control mediante el cual el poder judicial estaba obligado a remitir al poder legislativo todas las cuestiones pendientes de interpretación, instituto jurídico que suponía la superioridad del poder legislativo sobre el poder judicial, así como la supremacía de la ley sobre la Constitución. Además del instituto del *référé législatif*, las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, en razón del principio de la división de poderes, determinaron que el poder judicial no podría inmiscuirse directa o indirectamente en las funciones específicas del poder legislativo, ya sea evitando o suspendiendo la ejecución de las leyes aprobadas por el parlamento. A pesar de que no existía ninguna referencia con el instituto del control jurisdiccional de constitucionalidad, la prohibición de este control estaba contenida en el espíritu político del

momento, a la vez que era un desdoblamiento natural de los textos constitucionales³⁶¹.

El constitucionalismo de las revoluciones americana y francesa, al final del siglo XVIII, así como el constitucionalismo post-revolucionario, vigente hasta la primera mitad del siglo XX, sufrirá pocas transformaciones en sus líneas generales, caracterizándose, especialmente, por la asunción de una función limitadora del poder, ya sea por la adopción del principio de la división de poderes, ya sea por la institución de algunas garantías formales a favor del ciudadano. Sin embargo, este constitucionalismo liberal, a pesar de la adopción de estos postulados, se conformó con las constituciones de texto predominantemente formal, procedimental y organizacional, destituido de contenido material.

En el período de entre las dos guerras empieza a ganar espacio la concepción de la superioridad normativa de la Constitución sobre la ley y, por consiguiente, de la subordinación del poder legislativo al texto constitucional. Este fenómeno, como hemos mencionado anteriormente (I.2.2.2), fue el principal golpe al concepto tradicional de ley, puesto que la Constitución asumió, en el lugar de la ley, la función de fuente de todo el ordenamiento jurídico. La subordinación de la ley a la Constitución, aunque en sus inicios estuviera más limitada al procedimiento legislativo y menos al contenido de la ley, fue el primer paso hacia la limitación del poder legislativo y, por lo tanto, de la restricción de la libertad de conformación de las leyes o, dicho de otro modo, en la restricción de la discrecionalidad legislativa, cuando no de la arbitrariedad legal.

Especialmente a partir de la segunda posguerra las constituciones europeas comenzaron un profundo proceso de materialización, por medio

³⁶¹ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, op. cit., pp. 276-278.

de la constitucionalización de valores, principios y derechos fundamentales, asumiendo estas constituciones, ante los tres poderes y, principalmente, del poder legislativo, una función de garante de los derechos fundamentales, acentuando la importancia de una continua expansión y concreción de los institutos y mecanismos de tutela de los derechos fundamentales, entre ellos, uno principalmente, el control de constitucionalidad de la ley, tanto bajo el aspecto formal como material, a cargo del poder judicial³⁶².

La ley sometió los poderes ejecutivo y judicial al principio de la legalidad, mientras que la Constitución subordinó los tres poderes constituidos y, principalmente, el poder legislativo, al principio de la supremacía normativa de la Constitución. Sin embargo, la cuestión de la discrecionalidad – discrecionalidad administrativa, libertad de conformación de las leyes y libertad hermenéutica – continúa siendo un tema siempre presente y actual, porque en efecto se trata de un proceso continuo y sin fin de mantenimiento del poder político dentro de los límites constitucionales en nombre de la cláusula democrática, de la libertad y de la dignidad de la persona.

La cuestión de la discrecionalidad judicial asumió en la segunda posguerra una mayor relevancia porque en la nueva configuración constitucional competía al poder judicial (Estado jurisdiccional de Derecho), la tarea de realizar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los tres poderes, lo que convirtió el poder judicial en el intérprete máximo de la Constitución, parámetro de control de todos los actos estatales. El poder de control jurisdiccional de la constitucionalidad, según Gomes Canotilho, es un *poder hermenéutico*³⁶³, que debe ser

³⁶² COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (Neo)constitucionalismo...", *op., cit.*, pp. 85-86.

³⁶³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, "Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade", en PEDRO FERNANDES, José (Dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. IV, Lisboa, 1991, pp. 363-376.

ejercido dentro de los marcos constitucionales, porque, a pesar de que el poder judicial sea el intérprete mayor de la Constitución, así como de los demás poderes, está igualmente sometido a la fuerza normativa de la Constitución.

5.2 – Discrecionalidad judicial en el positivismo jurídico

Así, es de fundamental importancia saber de qué forma la discrecionalidad judicial se presenta en el Estado social y democrático de Derecho y cuáles son los límites de este poder hermenéutico, bajo pena de que la jurisdicción constitucional ordinaria incida en una actuación inconstitucional y, por lo tanto, ilegítima. Para que encontremos una respuesta satisfactoria a estas cuestiones, conviene realizar un mirar retrospectivo acerca del Derecho para comprender cuál es la posición ocupada por el juez en el sistema jurídico³⁶⁴.

El positivismo científico tiene en la Física la ciencia modelo para todas las otras ciencias naturales y sociales. Los supuestos epistemológicos del método de investigación de la física consisten en la observación de los hechos, generalización y verificación de los mismos. El método de investigación de las ciencias naturales o empíricas está fundado en una *concepción exclusivamente descriptiva* de la realidad fáctica, que promueve una rigurosa separación entre el *ser* y el *deber ser*, entre el *hecho* y el *valor*³⁶⁵, como si el intérprete estuviera ante la realidad y pudiera describirla precisamente como ella es, mediante la aprehensión de su esencia.

³⁶⁴ ARAGÓN REYES, Manuel *et al*, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad...", *op. cit.*, p. 188.

³⁶⁵ ROBLES, Gregorio, *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Debate, 2003, pp. 111-113.

La ciencia del Derecho sufrió severas críticas desde el positivismo científico, siendo rebajada a una simple técnica orientada a la aplicación de las leyes. La respuesta de los juristas a estas críticas no tardó a venir de la mano del *positivismo jurídico*³⁶⁶. La primera fase del positivismo jurídico, conocida como *positivismo legalista*, fue defendida por la Escuela de la Exégesis, que se encargó de reducir el Derecho a la ley positiva o al *codex*, elevando a imperativo ético a la obediencia absoluta al legislador, representante del pueblo y responsable por expresar, por medio de la ley, la voluntad general del pueblo. La ley, expresión de la razón del legislador, no sólo era el Derecho, sino que también incluía el sentido de justicia. La ley era la justicia y, por tanto, lo justo estaba dispuesto en la ley. Fuera de la ley no había justicia, porque la justicia se encontraba encarnada en el texto legal, expresión concreta de la voluntad general del pueblo. A partir de esta concepción de Derecho, el positivismo legalista puede ser descrito en líneas generales mediante los siguientes postulados: (a) la reducción del Derecho a la ley positivada; (b) la equiparación entre la legitimidad y la legalidad o justicia legal; (c) la idea de que toda la ley debe ser obedecida; (d) la plenitud del ordenamiento jurídico; y (e) la aplicación mecánica del Derecho por parte del juez a través de un proceso hermenéutico lógico-deductivo-subsuntivo. En la actualidad ninguno teórico del Derecho defiende estos postulados básicos del positivismo legalista sin profundas matizaciones, aunque la mayor parte de las críticas al positivismo jurídico hoy en día estén dirigidas a esta desprestigiada concepción del positivismo jurídico.

³⁶⁶ Para Norberto Bobbio el positivismo jurídico posee tres acepciones distintas. La primera, en cuanto *método de approach* o de estudio, mediante el cual el objeto de reflexión es “*el derecho tal como es y no como debería ser*”. La segunda, en cuanto *teoría do Direito*, mediante la cual se da una “*reducción del derecho a derecho estatal y de este último a los productos del legislador*”. La tercera, en cuanto *ideología*, mediante la cual se “*reduce la justicia a la validez, desde el momento en que considera justas a las leyes por el solo hecho de ser válidas*”, en BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, pp. 81-83.

La *jurisprudencia de los conceptos* o positivismo *conceptualista* también intentó responder a las críticas del positivismo científico al construir una teoría del Derecho, exclusivamente, a partir de conceptos jurídicos. Para esta corriente jurídica, el sistema jurídico está formado por conceptos que aprehenden la naturaleza de las instituciones y sus normas de regulación, las cuales no se encuentran sometidas al arbitrio del legislador. Estos conceptos jurídicos revelan la naturaleza de la cosa, de la cual derivan tanto el *ser* como el *deber ser*. Los conceptos ponen de manifiesto el *ser* de las instituciones y el *deber ser* que de ellos emerge, promoviendo, así, la unificación entre el *ser* y el *deber ser*, un antiguo postulado iusnaturalista. La *jurisprudencia de los intereses* y el *movimiento del derecho libre*, corrientes jurídicas de un positivismo más estricto, provocaron duras críticas al positivismo legalista y a la jurisprudencia de los conceptos, debido a la ausencia de investigación sociológica con respecto a los problemas inherentes a la interpretación jurídica. Estas dos concepciones del positivismo se encargaron de desmitificar la ley y al legislador, llamando la atención sobre la importancia de la interpretación jurídica y el poder creativo del juez³⁶⁷. Por último, el *positivismo normativista* aprovechándose de las contribuciones de estas corrientes jurídicas, pretendió construir una concepción de Derecho que pudiera responder a todas las insuficiencias de las propuestas anteriores. Rechazando una visión sociológica del Derecho, el normativismo, siguiendo los postulados positivistas, estableció como hecho social el Derecho tal como es puesto por el legislador. De la jurisprudencia de los conceptos es necesaria la investigación de los conceptos jurídicos que forman la estructura del sistema normativo, sin que ello implique atribuirles naturaleza deóntica. Los conceptos describen una realidad dada previamente por las normas jurídicas creadas por las autoridades. Así, la ciencia del Derecho no conceptúa las normas

³⁶⁷ ROBLES, Gregorio, *Introducción a la teoría del derecho...*, *op. cit.*, pp. 119-121.

jurídicas sino que se limita a describir el sistema dado de antemano, estableciendo una rigurosa separación entre la teoría y la práctica. En virtud de esta separación, la teoría del Derecho normativista no prescribe guías o pautas de interpretación sino que sólo describe lo que es y cómo se da la interpretación del sistema normativo³⁶⁸.

De las diversas corrientes positivistas, y sus matices, es posible, bajo el punto de vista epistemológico, establecer algunos supuestos comunes a todas ellas: (1) la separación entre el *ser* y el *deber ser*; (2) el Derecho puesto es el único objeto de análisis científico; (3) la ausencia de dualismo jurídico; y (4) la imposibilidad de la razón humana de aprehender el Derecho natural. El positivismo jurídico se contrapone al Derecho natural al sostener la imposibilidad científica, mediante la observación, la comprobación y la verificación empírica de conocer el Derecho natural. Una vez que el Derecho natural aprehensible ya no se realiza por los sentidos, no puede, por lo tanto, estar al alcance de la ciencia. Ante la imposibilidad de un enfoque del Derecho natural a partir del método del conocimiento propuesto por el positivismo científico, el positivismo jurídico establece como un único objeto de la ciencia jurídica el derecho puesto con exclusión de cualquier otro. Esta elección exclusiva del objeto de la ciencia jurídica pone fin al dualismo jurídico existente entre el Derecho puesto y el Derecho natural, así como promueve una radical separación entre el *ser*, el Derecho puesto, y el *deber ser*, el Derecho natural. Como consecuencia mediata de la separación entre el *ser* y el *deber ser* o entre el *hecho* y el *valor*, es que el positivismo jurídico, por coherencia con los postulados epistemológicos del positivismo científico, prescinde de un análisis valorativo del Derecho puesto y con ella todas las cuestiones relativas a la justicia.

³⁶⁸ *Ibidem*, pp. 122-123.

El positivismo jurídico en sus diversas versiones está atravesado básicamente por tres tesis jurídicas, las cuales permiten lanzar alguna luz sobre la función jurisdiccional; es decir, (1) la separación conceptual entre el Derecho y la moral, (2) la cuestión de las fuentes sociales del Derecho y (3) la *discrecionalidad judicial*. En este apartado, centraremos nuestra atención sólo en la tercera de estas tesis, la discrecionalidad judicial, dado que con relación a las otras tesis las referencias se darán sólo de forma lateral, en lo que se refiere al tema principal.

La concepción básica del positivismo jurídico, portadora de una rigurosa separación entre el Derecho y la moral, sufrió diversas alteraciones a lo largo de su historia, por lo que es posible, actualmente, hablar de *positivismo sin calificativos* y de *positivismo con calificativos*³⁶⁹ o, por un lado, de *positivismo duro o exclusivo* y, por otro, de *positivismo suave o inclusivo*. Para los fines de este estudio, vamos a adoptar la terminología *positivismo jurídico exclusivo* para aquella concepción del positivismo que excluye o no admite la existencia de una conexión, ya sea necesaria o contingente, entre el Derecho y la moral, y de *positivismo jurídico inclusivo* para aquella concepción del positivismo que incluye o admite la posibilidad de una conexión contingente, aunque no necesaria, entre el Derecho y la moral.

5.2.1 – Positivismo jurídico exclusivo

En el ámbito del positivismo jurídico exclusivo, su más destacado defensor fue Hans Kelsen, y actualmente Joseph Raz es su principal exponente. Kelsen desarrolló el *positivismo normativista* en su teoría pura

³⁶⁹ Cfr. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

del Derecho³⁷⁰, en la cual trató de separar de forma rigurosa el Derecho y la moral, motivo por el cual su concepción de Derecho es considerada como pura y aséptica de argumentos morales, políticos y sociales³⁷¹.

Ante la discrecionalidad judicial, Kelsen no admite la existencia de auténticas lagunas en el ordenamiento jurídico, pero reconoce la discrecionalidad y el poder creativo del juez. Para Kelsen no existe laguna auténtica en el ordenamiento jurídico, porque si el ordenamiento nada dispone sobre una cierta conducta humana, esto quiere decir que aquella conducta está permitida por este ordenamiento, lo que lleva a la normalización de todas las conductas, razón por la cual siempre existirá una norma que pueda aplicarse en cada caso concreto³⁷².

El positivismo normativista, por obra de Kelsen, construyó una teoría sobre el hecho social, la norma, que pretendió conciliar las tesis del *positivismo legalista* y del *movimiento del Derecho libre*, en principio contradictorias. Así, mientras el legalismo, por un lado, reduce el Derecho a la ley abstracta aprobada por el legislador, reconociendo en la ley la única fuente del Derecho, el movimiento del Derecho libre, por otro, sostiene que la ley, no obstante su relevancia, no es la única fuente del Derecho. Para que la ley pueda regular de forma adecuada la realidad social, en la mayoría de los casos es imprescindible que la decisión judicial complemente, en alguna medida, la norma dispuesta en la ley. Como apunta Gregorio Robles, el embate entre estas dos corrientes jurídicas tiene como fondo una cuestión política, puesto que mientras el legalismo reconoce en la ley la única fuente del Derecho y, por consiguiente, atribuye al legislador el poder absoluto sobre la creación del Derecho, el movimiento del Derecho libre, al defender la necesidad de una complementación de la ley por parte de la decisión judicial, atribuye al

³⁷⁰ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho...*, *op.*, *cit.*

³⁷¹ *Ibidem*, p. 15.

³⁷² *Ibidem*, pp. 254-255.

juez una relevancia no reconocida por el legalismo. La conciliación de estas dos corrientes jurídicas, en principio, contradictorias, se traduce en una nueva concepción de norma. El positivismo normativista, a partir de la teoría del sistema jurídico piramidal, aprovechada por Kelsen en su teoría pura del Derecho, confiere tanto a la ley como a la decisión judicial la naturaleza de la norma jurídica, las cuales se encuentran dispuestas de forma jerárquica en una pirámide de normas, en la cual la norma inferior tiene como fundamento de validez la norma inmediatamente superior. El reconocimiento de que tanto la ley como la decisión judicial son normas jurídicas terminó por destruir la idea de la distinción entre el momento de creación del Derecho y el momento de aplicación del Derecho. La distinción entre creación y aplicación del Derecho fue uno de los fundamentos de la teoría de la división de poderes entre el legislativo, único titular del poder de creación del Derecho, y el judicial, responsable de la aplicación de un Derecho preexistente, implementada por la Revolución francesa. A partir de la teoría pura del Derecho, la distinción entre estas dos funciones estatales terminó resumida en una cuestión cuantitativa³⁷³.

Sostiene Kelsen que la producción del Derecho y la aplicación del Derecho no son conceptos que se oponen de forma absoluta, siendo incorrecto pretender realizar una rigurosa distinción entre ambos. Excluidos los casos extremos – el acto de la norma fundamental, en el ápice de la pirámide, que es una norma de pura creación, y los actos coactivos de ejecución, en la base de la pirámide, que son de pura aplicación, entre los cuales se da todo el proceso jurídico – todos los demás actos normativos comprenden, simultáneamente, la aplicación de una norma superior y la producción o creación, determinada por aquélla, mediante una norma inferior³⁷⁴. Según Kelsen “*En todos los casos el*

³⁷³ ROBLES, Gregorio, *Introducción a la teoría del derecho...*, op. cit., pp. 122-124.

³⁷⁴ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho...*, ob., cit., p. 244.

derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándole en alguno sentido posible". Así, si por interpretación jurídica se entiende el *acto de conocimiento* sobre un cierto objeto a ser interpretado, el resultado de la interpretación solamente puede ser la definición de un marco establecido por el Derecho y de las diversas posibilidades de interpretación dentro de este marco. Por tanto, concluye Kelsen, la interpretación de una ley no conduce, necesariamente, a una única decisión correcta, sino que posiblemente apunte hacia las diversas decisiones igualmente correctas, dado que sólo una de estas interpretaciones se convertirá, por decisión judicial, en el Derecho aplicable al caso³⁷⁵.

Una vez establecido por la interpretación jurídica cuál es el marco definido por el Derecho, la elección de una de estas interpretaciones posibles ya no es una cuestión de naturaleza jurídica sino de naturaleza política. Por lo tanto, como ya no es posible, a partir de la Constitución, obtener una única ley correcta, tampoco será posible, a partir de la ley, llegar a una única decisión judicial correcta. La diferencia entre los dos ejemplos es sólo de cantidad y no de calidad porque el grado de libertad del legislador en la configuración de la ley es mayor que el grado de libertad del juez en el ejercicio de la discrecionalidad judicial. Si para la definición de los marcos del Derecho el intérprete realiza un acto de conocimiento, para la elección entre las diversas interpretaciones posibles dentro del marco jurídico, el intérprete realizará un acto de voluntad. Aunque, dentro del marco jurídico el intérprete también pueda realizar un acto de conocimiento para identificar las normas morales y sociales en

³⁷⁵ *Ibidem*, pp. 351-352.

juego, el Derecho nada tiene que decir ante la validez o acierto de la interpretación elegida como siendo la más correcta³⁷⁶.

La conclusión de Kelsen es la de que el juez, cuando aplica el Derecho, siempre crea Derecho. Esta afirmación está fundamentada en dos premisas. La primera de ellas es la de que la decisión judicial, además de comprender un acto de conocimiento, cuando el juez define el marco jurídico, también comprende un acto de voluntad, cuando el juez elige una interpretación entre las posibles dentro del marco jurídico. La segunda es la de que las razones que llevan al juez a elegir una interpretación en detrimento de las demás, también contenidas dentro del marco jurídico, no están expresadas en la ley. Por tanto, como es de fácil conclusión, el positivismo normativista de Kelsen no propone ninguna respuesta a los problemas suscitados por la discrecionalidad judicial, manteniéndose fiel a su concepción de estricta razón científica.

En la actualidad Joseph Raz es el filósofo más importante dentro de las filas del positivismo jurídico exclusivo. Acerca de la discrecionalidad judicial, Raz distingue entre *aplicar el Derecho cierto* y *crear o desarrollar el Derecho incierto*. Para el primer caso el juez se sirve sólo de sus habilidades técnico-jurídicas para aplicar el Derecho cierto, porque el Derecho emana de fuentes jurídicas obligatorias, las cuales proporcionan la solución correcta, no existiendo la necesidad de recurrir a la sensibilidad moral del juez. En el segundo caso, las fuentes jurídicas obligatorias no proponen una solución para el caso concreto, lo que obliga al juez a crear o desarrollar el Derecho, inevitablemente, a partir de nuevos fundamentos jurídicos, morales y extrajurídicos³⁷⁷.

³⁷⁶ *Ibidem*, pp. 353-354.

³⁷⁷ RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2ª ed., trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 1985, pp.69-70.

Según Raz, la tesis social de las fuentes, que supone una acción humana con su inherente indeterminación, conlleva inevitablemente a la existencia de lagunas en el Derecho. Aunque Raz no reconozca la existencia de lagunas en el silencio del Derecho, debido a la regla de la clausura, que impide la existencia de estas lagunas, las reconoce en otras situaciones, las cuales pueden ser clasificadas en cuatro especies: (a) las lagunas derivadas de la ausencia de disposición jurídica; (b) las lagunas derivadas del conflicto insuperable de las disposiciones jurídicas; (c) las lagunas derivadas de la indeterminación, de la ambigüedad o de la textura abierta de las disposiciones jurídicas; y (d) las lagunas derivadas de las disposiciones jurídicas que permiten al juez decidir a partir de consideraciones morales. Para Raz existe una laguna en el Derecho cuando la cuestión jurídica no tiene una solución o una respuesta completa (primera especie). Sin embargo, incluso donde no existe esta especie de laguna, por los mismos factores generadores de esta, es posible que existan conflictos de razones jurídicas irresolubles, ante los cuales no es posible obtener una decisión judicial bajo una cierta razón jurídica, con exclusión de cualquier otra (segunda especie). Además de la cuestión jurídica, Raz profundiza el tema de las lagunas con cuestiones relativas a la intención y al significado de los términos, los cuales también pueden no proporcionar una respuesta. La indeterminación, la ambigüedad o la textura abierta de las disposiciones jurídicas sobre cuestiones de intención y significado también generan lagunas en el Derecho, las cuales hacen imposible saber si existe o no una razón jurídica para la acción (tercera especie). Por último, las disposiciones jurídicas que permiten al juez la utilización de consideraciones morales para la solución de casos también configuran una especie de laguna en el Derecho (cuarta especie)³⁷⁸.

³⁷⁸ *Ibidem*, pp. 95-103.

En el ámbito de las lagunas jurídicas, conforme a la tesis de las fuentes sociales, el juez tiene discrecionalidad para decidir, lo que no significa arbitrariedad³⁷⁹. Incluso los casos en que los jueces están autorizados a crear Derecho, el ejercicio de este poder creativo se da dentro de ciertos límites legales. Según Raz “*No existe ningún caso puro de creación de derecho. En todos los casos en los que el tribunal crea derecho, aplica también disposiciones jurídicas que restringen y guían su actividad creadora del derecho*”. Sin embargo, dentro de estos marcos legales, “*los tribunales actúan y deben actuar precisamente como lo hacen los legisladores, es decir, deben adoptar aquellas normas que juzguen mejores*”³⁸⁰. En este punto, la posición de Raz se aproxima a la de Kelsen, para quien el juez tanto ejecuta la ley como, dentro de los marcos fijados por la ley, crea Derecho nuevo.

5.2.2 – Positismo jurídico inclusivo

En el ámbito del positivismo jurídico inclusivo, su más destacado teórico es Herbert Hart³⁸¹, que en respuesta a sus críticos y, especialmente, a Ronald Dworkin, elaboró un *Postscript*, en el cual, expresamente, reconoce que su teoría del Derecho es lo que se denominó llamar positivismo suave³⁸². En el análisis de su teoría del Derecho, Hart condensa el positivismo jurídico en tres tesis esenciales; es

³⁷⁹ ANTONIO SEOANE, José, y RIVAS, Pedro, *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, Comares, Granada, 2005, p. 61.

³⁸⁰ RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho... ob., cit.*, pp. 245-247.

³⁸¹ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.

³⁸² HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2000, p. 26 y HART, H. L. A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, trad. F. J. Laporta, L. Hierro y J. R. de Parámo, *Sistema*, nº 36, mayo/1990, pp. 3-19; ARA PINILLA, Ignacio, “Positismo jurídico y Constitución”, en ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel y BRAVO DE LAGUNA, Juan Hernández (Coords.), *Estudios sobre la Constitución Española, Libro Homenaje a Gumersindo Trujillo Fernández*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 55-82.

decir, la separación conceptual entre el Derecho y la moral, las fuentes sociales del Derecho y la discrecionalidad judicial.

Con relación a la cuestión sobre la separación conceptual entre el Derecho y la moral, es el propio Hart quien textualmente reconoce que su teoría sobre el Derecho es de naturaleza descriptiva, no siendo, por lo tanto, portadora de ningún juicio moral o justificador, al contrario de la teoría propuesta por Ronald Dworkin, su detractor, que valora y justifica³⁸³. Una de las grandes características del positivismo jurídico es la de tratarse de una teoría jurídica de naturaleza exclusivamente descriptiva, sin ninguna pretensión de realizar ningún juicio de valor sobre el Derecho, no porque desconozca el valor sino porque pretende presentarse como una teoría científica del Derecho dispuesta a describir su objeto de estudio sin juzgarlo³⁸⁴.

Con relación a la discrecionalidad judicial, Hart sostiene que las reglas y los principios proporcionados por la *regla de reconocimiento* tienen habitualmente una *textura abierta*³⁸⁵, razón por la cual el Derecho no proporciona respuestas unívocas para cuestiones acerca de la aplicación o no de una cierta regla en un caso concreto. Según Hart, ante la textura abierta del Derecho, éste no propone ninguna respuesta a la cuestión planteada, y no sólo porque sean casos difíciles, sobre los cuales los juristas no se ponen de acuerdo, sino porque el Derecho es, fundamentalmente, incompleto, razón por la cual, en estos casos el juez tiene que hacer uso de su función jurídica creadora a la cual Hart llama como *discreción judicial*³⁸⁶. Esta discreción creadora del juez no se equipara a la libertad de configuración del legislador, esto porque el espacio de libertad creadora del juez es menor que el del legislador, a

³⁸³ HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho...*, *ob.*, *cit.*, pp. 12-13.

³⁸⁴ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho...*, *ob.*, *cit.*, p. 256.

³⁸⁵ *Ibidem*, pp. 155-169.

³⁸⁶ HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho...*, *ob.*, *cit.*, p. 29.

causa de que este poder se ejerce sólo ante casos concretos y de forma intersticial, mientras que el legislador ejerce esta libertad de forma general y abstracta. La discrecionalidad judicial tampoco puede ser equiparada a la arbitrariedad, porque incluso cuando el juez crea un Derecho nuevo, debe hacerlo de forma racional y justificada, dentro de los límites legales, lo que no se da con la arbitrariedad que desconoce cualquier otro límite legal³⁸⁷.

En la defensa de la tesis de la creación judicial del Derecho, Hart rebate los tres argumentos básicos utilizados por Ronald Dworkin contra la creación judicial del Derecho. El primer argumento de Dworkin es el de que tanto los jueces como los abogados, en su práctica judicial, no actúan como si el Derecho no existiera y estuviera a la espera de un momento creativo del juez. Al contrario, tanto jueces como abogados se dedican a encontrar en el Derecho preexistente una respuesta para el conflicto presentado en juicio. Contra este argumento, Hart sostiene que la retórica de la práctica judicial tiene como paradigma una tradicional concepción de división de poderes entre el poder legislativo y el poder judicial, en la cual, mientras el legislativo, por un lado, crea el Derecho con exclusividad, por otro, el judicial se dedica a interpretarlo como si fuera la boca de la ley, sin ningún poder creativo. Para Hart es muy importante distinguir entre el lenguaje ritual en la práctica judicial utilizado por los abogados y jueces y lo que realmente sucede cuando los jueces se encuentran con situaciones no completamente reguladas por el Derecho, las cuales, precisamente por tratarse de casos difíciles, pueden ser resueltas en cualquier sentido, lo que permite al juez crear Derecho.

El segundo argumento de Dworkin es el de que la creación del Derecho por parte del juez es antidemocrática, porque los jueces no están legitimados para esta función, en virtud de que este poder, en los Estados

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 56.

democráticos de Derecho, es atribuido a los representantes del pueblo, a los cuales compete con exclusividad innovar el ordenamiento jurídico. A su vez, Hart afirma que atribuir a los jueces la posibilidad de crear Derecho en las hipótesis de alguna laguna legal es un precio necesario a ser pago para que se evite otras alternativas más inconvenientes como la de remitir a la propia legislatura la competencia para colmar las lagunas legales, así como es un precio muy pequeño si se considera que la actuación creadora del juez se da en situaciones muy específicas y controladas. Hart prosigue diciendo que de la misma forma que el poder legislativo delega el poder normativo en el poder ejecutivo, la delegación de este mismo poder al poder judicial no representaría mal mayor para la democracia, incluso porque, ya sea en una como en otra situación, siempre cabrá al poder legislativo el control residual de las actuaciones del poder ejecutivo y del poder judicial por medio de revisiones legislativas.

Finalmente, como tercer argumento, Dworkin sostiene que la creación del Derecho por parte del juez es injusta, porque no es admisible que la regulación de los hechos suceda *ex post facto*, sorprendiendo la expectativa de las personas de que estaban actuando conforme al Derecho previamente establecido. Para Hart esta crítica solamente tendría algún sentido para los casos fáciles, sin embargo no para los casos difíciles en que el juez se encuentra con lagunas legales, ante las cuales, desde siempre las consecuencias jurídicas han sido indeterminadas, por lo que no es posible hablar, en estos casos, de frustración de expectativa³⁸⁸. Así, en cuanto Dworkin sostiene que el Derecho es pre-existente a la interpretación, Hart sostiene que el Derecho es creado *ex post facto*. Para Hart, “*habrá cuestiones donde el derecho existente no pueda proporcionar ninguna solución correcta y para resolver*

³⁸⁸ HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho... ob., cit.*, pp. 57-60.

*casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador*³⁸⁹.

Por último, Hart apunta que ante grandes cuestiones constitucionales, muchas veces el juez deberá escoger entre los valores morales, y no simplemente aplicar algún principio moral de forma separada, porque no sería sensato pensar que en las hipótesis en que el Derecho no puede presentar ninguna respuesta segura, la moral podría hacerlo. En estos casos, por medio de un juicio de ponderación, el juez está obligado a hacer una elección, que no es ni arbitraria ni mecánica, para decidir de forma razonable, puesto que, incluso cuando no sea posible demostrar que es la única decisión correcta, será posible admitir que se trata de una decisión razonable³⁹⁰.

5.3 – Discrecionalidad en el post-positivismo jurídico

A pesar de que el post-positivismo jurídico contenga un conjunto de nuevas teorías jurídicas desarrolladas a partir de diversos puntos de partida, y de que no exista entre ellas ninguna sistematización porque algunas de estas teorías llegan a enfrentarse, tal vez el punto común entre todas sea la crítica abierta a las principales tesis del positivismo jurídico³⁹¹. Por esta razón incluyo a Ronald Dworkin y Robert Alexy entre los autores post-positivistas, si bien entre ellos existen muchas diferencias, incluso, en lo que se refiere a la manera en cómo tratan la discrecionalidad judicial.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 56.

³⁹⁰ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho...*, *ob., cit.*, pp. 252-253.

³⁹¹ La expresión post-positivismo posee en este trabajo el mismo sentido que le da Calsamiglia, cuando entiende como post-positivista “*toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral*” – a las cuales añado la discrecionalidad, en CALSAMIGLIA, Albert, “Postpositivismo”, *Doxa* nº 21, vol. I, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, p. 209.

La crítica al positivismo suave de Hart comienza con Fuller y la idea de una moral interna del Derecho³⁹² y culmina con Ronald Dworkin, que construyó una teoría de la integridad del Derecho en la cual el sistema jurídico está compuesto por dos especies diferentes de normas, las reglas y los principios, una distinción que no sólo pretende modificar la teoría del positivismo jurídico sino también superarla, ya que, según Dworkin, la admisión de la existencia de principios justificativos normativos dentro del sistema jurídico, colapsa las tres tesis fundamentales del positivismo jurídico, entre ellas, la de la discrecionalidad judicial³⁹³.

Contra la *discrecionalidad judicial*, Dworkin sostiene la tesis de la única respuesta correcta, a partir del reconocimiento y de la inclusión de los principios normativos, junto con las reglas, en la composición del sistema jurídico, razón por la cual importa ver la manera por la cual estos principios son reconocidos e ingresan en el sistema jurídico como forma de cierre hermenéutico del sistema.

Sobre la tesis de las fuentes sociales del Derecho en el positivismo jurídico, Dworkin divide, inicialmente, la teoría de la norma social en dos versiones, siendo una fuerte y otra débil. Para la *versión fuerte de la norma social*, siempre que alguien afirme la existencia de una obligación jurídica estará fundamentando esta obligación en una norma social, cuya práctica es en general aceptada por la comunidad. Sin embargo, la versión fuerte de la teoría no consigue explicar aquellos casos en los que la norma jurídica no corresponde a una anterior norma social, simplemente porque esta norma no existe³⁹⁴. La teoría de la norma social

³⁹² Cfr. FULLER, L.L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964. Sobre esta polémica, cfr. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; RAMOS PASCUA, José Antonio, *La ética interna del Derecho: democracia, derechos humanos y principio de justicia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2007, pp. 17-37.

³⁹³ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 72-83 e 94-101.

³⁹⁴ *Ibidem*, pp. 109-110.

del positivismo jurídico no toma en consideración la distinción existente entre la moral social concurrente y la moral social convencional, las cuales se difieren precisamente debido a la práctica social. Para la moral social concurrente la obligación jurídica no depende de la práctica social de la comunidad (hecho social), porque el miembro de esta comunidad se ve obligado, independientemente de que exista una práctica social generalizada, mientras que para la moral social convencional la obligación jurídica deriva precisamente de esta práctica social³⁹⁵. Así, aun cuando una *versión débil de la norma social* fuera adoptada por el positivismo, la propuesta solamente daría cuenta de explicar los casos de moral convencional y no de moral concurrente, las cuales no dependen de ninguna práctica social.

Además, Dworkin entiende que la regla de reconocimiento presentada por Hart no está dotada de la capacidad de identificación de principios políticos y morales, porque la prueba de origen o de *pedegree* utilizado por la regla de reconocimiento para la identificación de las reglas, se conforma con la existencia de un hecho social en el origen de la regla (Constitución, ley, decisión judicial, etc.), independientemente de su contenido. Ya que la regla de reconocimiento posee como criterio de identificación del Derecho sólo un test de origen, es imposible adaptarla para que pueda servir de marco de reconocimiento de los principios jurídicos, ante la naturaleza normativa de los principios, los cuales, no necesariamente, derivan de las prácticas sociales³⁹⁶. En este punto los principios se distinguen de las reglas porque prescinden de la positivación, así como poseen una dimensión de peso variable con capacidad de constante innovación en el ordenamiento jurídico, lo que se da por medio de variables de correlaciones de peso entre principios concurrentes o de la aparición de nuevos principios, lo que no permite su

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 111.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 99.

identificación a través de una regla de reconocimiento como la enunciada por Hart³⁹⁷. Y, también, como argumentos laterales contra la regla de reconocimiento, Dworkin apunta que, en el caso de los principios, no existe una clara distinción entre validez y aceptación, porque los principios son válidos precisamente porque son aceptados. Finalmente, no existe entre los juristas un gran consenso con relación a la regla de reconocimiento de Hart, precisamente debido a la amplia gama de posibilidades de interpretación, no sólo en cuanto a las cuestiones de validez de las normas (desacuerdo empírico), sino especialmente a las cuestiones de valor (desacuerdo teórico), criterio éste de identificación de las normas no incluido en la regla de reconocimiento, lo que hace inviable la identificación del Derecho por medio de esta regla.

En cuanto a las críticas de Dworkin con relación a la regla de reconocimiento, Hart argumenta que la regla de reconocimiento no solamente puede convivir con la distinción entre reglas y principios puesto que solamente es posible hablar de principios jurídicos si existe una regla de reconocimiento que pueda previamente identificarlos³⁹⁸. Además, según Hart, la falta de consenso entre los juristas acerca de los criterios de identificación del Derecho contenidos en la regla de reconocimiento no significa que ella no exista.

A su vez, Dworkin reconoce la crítica positivista y la necesidad de que exista algún criterio identificador de los principios jurídicos. Sin embargo, al contrario de Hart, que fundamenta el criterio identificador en lo social, Dworkin entiende que los principios solamente pueden ser identificados a partir de criterios valorativos y normativos. En este sentido, afirma que *“alguna regla o principio ‘normativo’, o un conjunto complejo de éstos, es el estándar apropiado que deben usar los jueces para identificar*

³⁹⁷ *Ibidem*, pp. 94-101.

³⁹⁸ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho...*, *ob.*, *cit.*, p. 266.

*las reglas o principios particulares del derecho*³⁹⁹. Es decir, las normas que pertenecen a un sistema jurídico de una cierta comunidad son las que derivan de “*la moralidad política presupuesta por las normas e instituciones de la comunidad*”⁴⁰⁰.

Así, al sostener que la fuente de las normas jurídicas es la moralidad política supuesta en las normas e instituciones de la comunidad, Dworkin, al contrario del positivismo jurídico, defiende *la existencia de una conexión necesaria o conceptual entre el Derecho y la moral*, al entender que el concepto de Derecho, además de describir el sistema jurídico, también debe comprender los principios justificativos de las prácticas jurídicas. Por lo tanto, a través de los principios justificadores construye una teoría de la integridad del Derecho por medio de la cual afirma que existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Sin embargo, en ésta primera fase de desarrollo de la teoría de la integridad del Derecho de Dworkin, la conexión establecida entre el Derecho y la moral se da, más específicamente, entre el Derecho y la moral subyacente; es decir, la moral presupuesta en las normas e instituciones de la comunidad. Ante esta constatación, Hart irá a argumentar que así, ante un Derecho injusto, incluso la mejor justificación moral estará, de cualquier forma, contaminada de alguna injusticia, conclusión ésta que en nada se distanciaría del positivismo jurídico que también admite la posibilidad de que exista un Derecho injusto.

En respuesta a la crítica de Hart acerca de la teoría de la integridad del Derecho también se admite la existencia de Derecho injusto. Dworkin admite que en los casos en los que el Derecho sea excesivamente injusto, puede suceder que la mejor justificación moral de este Derecho injusto también pueda ser inócua. En situaciones extremas como esta,

³⁹⁹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio...*, *ob. cit.*, p. 60.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp. 126 y 203.

reconoce que para huir de esta injusticia, el juez podría, excepcionalmente, mentir u ocultar el verdadero Derecho. Ante esta inusitada conclusión, Hart se pregunta: “¿Cómo entonces, después de estas concesiones, puede Dworkin mantener, que hay una conexión conceptual entre derecho y moralidad, y que “una adecuada teoría conceptual del derecho” muestra que contiene una dimensión moral que explica y justifica el derecho explícito?”⁴⁰¹.

Para enfrentar la crítica promovida por Hart, Dworkin está obligado a profundizar y desarrollar su teoría de la interpretación jurídica. En este trayecto, comienza a dividir el proceso interpretativo en tres fases distintas e interconectadas. La primera fase, pre-interpretativa, de naturaleza esencialmente descriptiva, corresponde a la identificación de las reglas y principios del sistema jurídico a partir de la aceptación de estas normas por parte de la comunidad jurídica. Una vez identificadas las prácticas sociales en la segunda fase, *interpretativa*, el intérprete debe presentar la mejor justificación moral y política de esta práctica jurídica, no existiendo, sin embargo, la necesidad de que todos los elementos de esta práctica estén justificados. En la tercera fase, *post-interpretativa* o reformuladora deben ser propuestas las correcciones de la práctica jurídica a la luz de la mejor justificación moral⁴⁰².

Por último, sobre la cuestión de la discrecionalidad del juez, Dworkin acusa a Hart de tomar en consideración, en la construcción de su teoría del Derecho, sólo las reglas, sin tomar en consideración la existencia de principios en el sistema jurídico. Según el positivismo jurídico de Hart, debido a la textura abierta de las normas, no siempre el ordenamiento jurídico revela una única respuesta correcta, lo que obliga al juez a escoger una entre las diversas respuestas posibles⁴⁰³. Para

⁴⁰¹ HERBERT, H.L.A., "El nuevo desafío del positivismo jurídico...", *op., cit.*, pp. 3-18.

⁴⁰² DWORKIN, Ronald, *O império do direito...*, *op., cit.*, pp. 81-82.

⁴⁰³ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho...*, *ob., cit.*, p. 164.

Dworkin esta libertad de decisión conferida al juez no existe, porque donde no hay una regla, siempre existirá un principio jurídico que proporcionará una única respuesta correcta; es decir, Dworkin desafía la tesis de la discrecionalidad judicial con la tesis de la única respuesta correcta.

Para refutar la discrecionalidad judicial Dworkin divide, inicialmente, el concepto de discreción en un sentido débil y en un sentido fuerte. La discreción en un *sentido débil* incluye la necesidad de la interpretación de un texto legal que no puede prescindir del conocimiento del intérprete, teniendo en cuenta que la interpretación, debido a la textura abierta de las normas, no se reduce a un mero acto lógico-deductivo o, simplemente, mecánico. Por otro lado, la discreción en un *sentido fuerte* se produce cuando el juez se encuentra con una situación concreta sobre la cual no existe ninguna regla aplicable, oportunidad en la que deberá hacer uso de la discreción judicial para crear el Derecho para el caso concreto⁴⁰⁴. Los principios no tienen nada que ver con la primera concepción de discreción, pero sí con la segunda. La apelación a los principios no significa una concesión a la discreción judicial, porque la eventual competición entre principios contrarios, así como su variación de peso conforme al caso, no confiere ninguna libertad de decisión al juez, que sigue estando obligado a encontrar la única respuesta correcta, a causa de su responsabilidad judicial⁴⁰⁵. Según Dworkin, *“aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos”*⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio...*, *ob.*, *cit.*, pp. 83-94.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pp. 130-132.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 146.

Concluir de forma contraria, concediendo al juez un poder discrecional, implicaría la violación del principio democrático, así como en la creación de un derecho retroactivo. Por lo tanto, para subordinar la jurisdicción a la ley⁴⁰⁷, Dworkin defiende la tesis de la única respuesta correcta. Sin embargo, con respecto al método para definir esta respuesta, con exclusión de todas las demás, sólo afirma que debe prevalecer la respuesta dotada de la mejor justificación moral. Para encontrar la mejor justificación o la única respuesta correcta, concibe a un juez ficticio portador de una extraordinaria sabiduría que denomina como 'sabiduría de Hércules'. Por medio de esta idealización de la figura del juez, afirma que es posible, en los casos difíciles, identificar las reglas y los principios aceptados por la práctica jurídica, así como abastecerlos de la mejor justificación moral y política para el pronunciamiento de la decisión judicial, evitándose, así, la creación de normas por parte del juez y todos los inconvenientes que esta práctica producen.

En el continente europeo Robert Alexy puede ser incluido entre los autores más destacados del post-positivismo o no positivismo como él mismo se denomina. El filósofo alemán sostiene en su teoría del Derecho la existencia de una *pretensión de corrección del Derecho*⁴⁰⁸, la cual debe, necesariamente, integrar el propio concepto de Derecho. Pues bien, por medio de esta pretensión de corrección es como se establece una conexión conceptual o necesaria entre el Derecho y la moral, que permeará toda su teoría de la argumentación jurídica.

Según Alexy, el reconocimiento de que el sistema jurídico está integrado, además de reglas, por principios normativos, de por sí, no permite sostener la tesis de la única respuesta correcta como pretende Dworkin. Además del reconocimiento de que el sistema jurídico está

⁴⁰⁷ *Ibidem*, pp. 150-152.

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004.

compuesto por reglas y principios normativos, con el objetivo de resolver los déficits de la tesis de los principios, Alexy desarrolla una teoría de la argumentación jurídica, que según el autor, permitirá la construcción de la versión débil de la tesis de la única respuesta correcta⁴⁰⁹. Como la pretensión de corrección está ínsita en esta tesis, es preciso entender como la pretensión de corrección integra el concepto de Derecho.

Los diversos conceptos de Derecho son el resultado de variadas combinaciones entre tres elementos básicos: (1) legalidad conforme al ordenamiento, (2) eficacia social y (3) corrección material. La desconsideración de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social a favor de la corrección material lleva a un concepto de Derecho natural. Por otro lado, la exclusión total de la corrección material a favor de la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social proporciona la construcción de un concepto positivo de Derecho en sus diversas variantes⁴¹⁰.

Las teorías positivistas pueden combinar los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social de diversas formas, así como interpretar estos elementos de muchas maneras, proporcionando una variedad de teorías positivistas. Algunos de estos conceptos positivos de Derecho están prioritariamente orientados hacia la eficacia social en su aspecto externo (Max Weber y Theodor Geiger) o interno (Ernst Rudolf Bierling y Niklas Luhmann), o están prioritariamente orientados hacia la instauración normativa (Hans Kelsen y Herbert Hart)⁴¹¹. Con respecto a la diversa gama de teorías positivistas, según Alexy, la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral permea todas estas teorías.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica...", *op. cit.*, p. 140.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho...*, *op. cit.*, p. 21.

⁴¹¹ *Ibidem*, pp. 22-26.

Los argumentos utilizados tanto a favor de la tesis de la separación como de la vinculación entre el Derecho y la moral pueden ser de naturaleza analítica o normativa. El argumento analítico del concepto de Derecho, simplemente, afirma que puede existir o no existir una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la moral. Por otro lado, el argumento normativo del concepto de Derecho afirma que la inclusión o no de elementos morales en el concepto de Derecho es necesaria para que se pueda alcanzar un cierto objetivo o cumplir con alguna norma⁴¹².

Para Alexy existen conexiones necesarias entre el Derecho y la moral tanto de naturaleza conceptual como normativa. Ante la *conexión conceptual necesaria*, el sistema normativo, así como el acto legislativo o la decisión judicial singular, posee una pretensión de corrección que se encuentra en la base de los argumentos de la injusticia y de los principios. El sistema normativo destituido de cualquier pretensión de corrección no es un sistema jurídico. Por tanto, si la pretensión de corrección es un elemento integrante del concepto de Derecho, así como está impregnada de elementos morales, resulta evidente una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral⁴¹³. Sin embargo, un positivista puede adherirse a la tesis de la pretensión de corrección sin abandonar el positivismo. Para ello, bastaría sostener que el sistema normativo no pierde su juridicidad por el hecho de no haber satisfecho la pretensión de corrección, así como esta pretensión de corrección carece de implicaciones morales.

La primera objeción desafía el argumento de la injusticia, mientras que la segunda el argumento de los principios. Según el *argumento de la injusticia*, el acto legislativo o la decisión judicial pierden el carácter jurídico sólo cuando la injusticia supera el límite de lo insoportable⁴¹⁴ Este

⁴¹² *Ibidem*, pp. 27-28.

⁴¹³ *Ibidem*, pp. 44-45.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 45.

argumento se encuentra sintetizado en la fórmula de Gustav Radbruch: *“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la injusticia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto ‘derecho injusto’, tenga que ceder ante la justicia”*⁴¹⁵. El argumento de la injusticia no afirma que toda la ley o decisión judicial debe, necesariamente, ser justa o moral (tesis fuerte de la vinculación); es decir, no promueve una identificación entre el Derecho y la moral, sino más bien, según la fórmula de Radbruch, el Derecho pierde su carácter jurídico sólo cuando alcanza niveles insoportables de injusticia (tesis débil de la vinculación). Por consiguiente, por medio de la tesis débil de la vinculación entre el Derecho y la moral, las normas injustas o inmorales no pierden, necesariamente, su carácter jurídico, así como defendido por el positivismo jurídico.

Para el no positivismo de Alexy, la pérdida del carácter jurídico de las normas se produce sólo a partir del momento en que el Derecho injusto supera el límite de lo insoportable, provocando una injusticia extrema. Este límite de lo insoportable debe ser definido por exigencias mínimas de moralidad como la protección a la vida y a la integridad física⁴¹⁶. La definición del límite de lo insoportable, como marco de la pérdida del carácter jurídico de la norma, no se da a partir de valores subjetivos del intérprete, en sustitución del legislador, así como prescinde de una teoría objetiva de los valores. Para Alexy, el no positivismo supone una ética rudimentaria, no relativista, que permite la fundamentación racional que se puede entender por injusticia extrema, a partir, especialmente, de la experiencia histórica y de la praxis jurídica

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁴¹⁶ *Ibidem*, pp. 53-54.

internacional con las declaraciones de los derechos humanos y de los derechos fundamentales⁴¹⁷.

La segunda objeción es enfrentada con el *argumento de los principios*; es decir, mientras el argumento de la injusticia trata específicamente situaciones excepcionales de injusticia extrema, el argumento de los principios trata cuestiones jurídicas de la vida cotidiana del jurista. En este punto, tanto el positivismo jurídico como el no positivismo están de acuerdo con el hecho de que el Derecho posee una estructura abierta (*open texture*), que deriva de numerosas razones como la indeterminación lingüística del Derecho, la posibilidad de contradicción entre las normas, las lagunas legales y, también, la posibilidad, en casos especiales, de que la decisión judicial excluya la aplicación de la ley⁴¹⁸.

Aunque positivistas y no positivistas reconozcan la existencia de una estructura abierta del Derecho, discrepan en cuanto a las condiciones y método de decisión en el ámbito de apertura del Derecho positivo. Para el positivismo jurídico, por definición, el ámbito de apertura del Derecho supone, necesariamente, la inexistencia de pautas jurídicas, porque si no fuera así, no se estaría dentro del ámbito de apertura del Derecho, lo que obliga, por lo tanto, al intérprete, a servirse, discrecionalmente, de pautas no jurídicas o extrajurídicas para la toma de decisión. Por otro lado, el no positivismo, mediante el argumento de los principios, en el ámbito de apertura del Derecho, defiende la tesis de que el intérprete, con respecto a la apertura textual del Derecho, permanece vinculado a las pautas jurídicas de la forma en que se crea una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral⁴¹⁹.

⁴¹⁷ *Ibidem*, pp. 58-61 y 67.

⁴¹⁸ *Ibidem*, pp. 73-74.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 74.

Para Alexy, la base del argumento de los principios se encuentra en la distinción entre reglas y principios. Las *reglas* son normas que, una vez que se haya producido el hecho típico, ordenan una consecuencia jurídica definitiva; es decir, comprobado el evento fáctico descrito en la norma, la consecuencia jurídica es un orden, prohibición o permiso para que se haga o se deje de hacer algo, razón por la cual las reglas son *mandatos definitivos*. El método de interpretación para alcanzar la conclusión es el de la subsunción. Al contrario, los *principios* son normas que ordenan su ejecución en su grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas; es decir, los principios, pueden ser cumplidos en diferentes grados, puesto que la medida de esta realización depende tanto de las posibilidades fácticas como jurídicas, razón por la cual los principios son *mandatos de optimización*. En cuanto a las posibilidades jurídicas, la aplicación de los principios está determinada por los principios opuestos, lo que exige del intérprete, para alcanzar la conclusión, el uso del método de la ponderación⁴²⁰.

La conexión necesaria entre el Derecho y la moral, en el ámbito del argumento de los principios, se da por medio de tres tesis las cuales pueden ser llamadas como tesis de la incorporación, tesis moral y tesis de la corrección. La *tesis de la incorporación* afirma que todo el sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene, necesariamente, principios, lo que ya sería suficiente para fundamentar una conexión necesaria entre el Derecho y la moral por medio del argumento de los principios.

Sin embargo, profundizando esta conexión, la *tesis moral* reconoce la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral por medio de los principios. Para una mejor comprensión de esta conexión, Alexy divide esta tesis en una versión fuerte y una versión débil. En la *versión fuerte* de la conexión entre el Derecho y la moral, la conexión se

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 75.

da entre el Derecho y la moral correcta, mientras que en la *versión débil* la conexión se da entre el Derecho y alguna moral, ya sea correcta o no. Así, “*La tesis moral es válida si entre los principios que hay que tomar en cuenta en los casos dudosos a fin de satisfacer la pretensión de corrección siempre se encuentran algunos que pertenecen a alguna moral*”. En esta hipótesis, estos principios, además de jurídicos, porque están incorporados al sistema jurídico (tesis de la incorporación), también son morales a causa de su contenido (tesis moral), lo que les confiere una doble naturaleza; es decir, jurídicos en la forma y morales en el contenido.

Finalmente, la *tesis de la corrección* afirma que la conexión necesaria entre el Derecho y la moral no se da sólo entre el Derecho y alguna moral, sino entre el Derecho y la moral correcta. Esta tesis no trae dificultades cuando los principios morales incorporados al sistema jurídico están justificados moralmente, como ejemplo de un Estado democrático de Derecho, en el cual el juez está obligado a optimizar los principios aplicables al caso en su grado máximo, a fin de que, mediante un juicio de ponderación, se llegue a una respuesta jurídica compuesta tanto de argumentos jurídicos como de argumentos morales. Se trata de un sistema jurídico no justificado moralmente, y como ejemplo de un Estado totalitario, el juez también debe decidir con pretensión de corrección, lo que implica una pretensión de fundamentación.

La pretensión de fundamentación no está satisfecha sólo en base a argumentos de cualquier moral, sino según argumentos de una moral fundamentada, por lo tanto, correcta. Esta exigencia de fundamentación en una moral correcta establece una conexión necesaria entre el Derecho y una moral correcta y, por consiguiente, fundamenta una pretensión de corrección moral a la cual deben ser sometidos los principios del Estado totalitario. Según Alexy, “*la conexión necesaria entre el derecho y la moral*

*correcta es creada en el sentido de que la pretensión de corrección incluye una pretensión de corrección moral*⁴²¹.

Para concluir, en el ámbito del argumento de la injusticia, una vez alcanzado el límite de la injusticia extrema, existe un amplio consenso moral. Sin embargo, antes de alcanzar este límite de injusticia extrema hay un gran disenso moral, razón por la cual, en el ámbito del argumento de los principios, solamente la pretensión establece una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, y no su efectiva realización, porque de lo contrario, sería lo mismo que afirmar que el Derecho debe ser siempre moralmente correcto, lo que no es posible que se pueda fundamentar racionalmente.

Así, fuera de los casos de injusticia extrema, la violación de la moral correcta a través de una ley o decisión judicial no da lugar a la pérdida de la naturaleza jurídica de esta norma; es decir, la norma no deja de ser Derecho (conexión de clasificación), sino que hace que esta norma padezca de un defecto jurídico (conexión de calificación). Por lo tanto, aunque en estos casos no exista un amplio consenso sobre la moral correcta, esto no significa afirmar, por otro lado, que no exista ningún criterio sobre lo que sea la justicia y la injusticia. Para Alexy, “*La clave para ello es la pretensión de fundamentabilidad implicada por la pretensión de corrección*”, que exige una fundamentación racional. La conexión necesaria entre el Derecho y la moral no se da entre el Derecho y una cierta moral, reconocida como la moral correcta; sin embargo, sí con una idea de moral correcta, que pueda ser moralmente fundamentada⁴²².

El argumento de los principios no es suficiente para sostener la tesis de la única respuesta correcta como pretende Dworkin, porque este

⁴²¹ *Ibidem*, pp. 75-82.

⁴²² *Ibidem*, pp. 83-85.

propósito sólo sería viable si fuera posible desarrollar una teoría de los principios en la cual todos los principios pudieran ser catalogados abstractamente, así como si se pudieran definir las relaciones de prioridad en abstracto y en concreto – *teoría fuerte de los principios*, garantizando, por lo tanto, para todos los casos concretos, una única respuesta⁴²³.

Sin embargo esta imposibilidad no impide la construcción de una teoría débil de los principios, estructurada en tres elementos: un sistema de condiciones de prioridad; un sistema de estructuras de ponderación; y un sistema de prioridad *prima facie*. En el *sistema de condiciones de prioridad* el juicio de ponderación realizado ante los casos concretos no sólo establece la prioridad entre los principios en aquel caso, sino que arroja una luz a los casos futuros, lo que si no permite una respuesta unívoca para los nuevos casos, ante las numerosas posibilidades de nuevas combinaciones, autoriza su sumisión a un proceso argumentativo. En el *sistema de estructuras de ponderación* los principios colisionantes deberán ser sometidos a la prueba del principio de la proporcionalidad para que sean realizados en su máxima medida según las posibilidades fácticas y jurídicas.

El principio de la proporcionalidad se divide en tres subprincipios: principio de la máxima aptitud; principio de la máxima necesidad; y principio de la máxima proporcionalidad en sentido estricto o principio de la ponderación. Los dos primeros subprincipios, aptitud y necesidad, se refieren a las posibilidades fácticas, mientras que el principio de ponderación se refiere a las posibilidades jurídicas. Esta forma de estructuración conduce el juicio de ponderación a una argumentación racional, lo que una vez más deja claro la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica. Por último, en el *sistema de*

⁴²³ ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica...”, *op. cit.*, p. 145.

prioridad prima facie, se establecen cargas de argumentación *a priori*, estableciendo abstractamente un cierto orden entre los principios, lo que no impide que ante el caso concreto, debido a la carga argumentativa de un principio en el sentido contrario, el principio con prioridad *prima facie* venga a perder esta posición⁴²⁴.

La inclusión de los principios al lado de las reglas en el sistema jurídico no lleva a un sistema completo, porque tanto las reglas como los principios no disponen sobre su aplicación o corrección de la decisión, puesto que no prescinden de una teoría de la argumentación jurídica que dirá que reglas y principios podrán ser aplicados mediante una decisión racionalmente fundamentada. Una respuesta conclusiva sobre la tesis de la única respuesta correcta sólo será posible si se atienden estos tres niveles; es decir, reglas, principios y argumentación jurídica. Dicho esto, la argumentación jurídica no es suficientemente capaz de llevar al intérprete en cada caso concreto a una única respuesta correcta, y esto vale tanto para los casos de subsunción de reglas como para los casos de ponderación de principios⁴²⁵.

Al asumir la *teoría débil de los principios*, Alexy expresamente reconoce que esta teoría no determina para cada caso concreto una única respuesta correcta, lo que no significa necesariamente el abandono puro y simple de la idea de la única respuesta correcta sino más bien una necesaria precisión de su *estatus*. Independientemente de que exista o no una respuesta correcta para cada caso, el intérprete debe presuponer la existencia de una respuesta correcta como *idea regulativa*. El concepto de idea regulativa no supone que exista para todos los casos una única respuesta correcta sino que sólo supone que al menos en algunos casos habrá una única respuesta correcta. Así, como no es posible saber de

⁴²⁴ *Ibidem*, pp. 146-148.

⁴²⁵ *Ibidem*, pp. 148-149.

antemano cuáles son estos casos que poseen sólo una respuesta correcta, el intérprete, movido por la pretensión de corrección de su interpretación, deberá siempre buscar la única respuesta correcta. Así, aunque no sea posible encontrar siempre la única respuesta correcta, la respuesta dada obedeciendo a los tres niveles, es decir, reglas, principios y argumentación jurídica racional, podrá ser calificada como la relativamente correcta⁴²⁶.

El núcleo de la teoría de la argumentación jurídica es un sistema de reglas y principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y del resultado, pero no la certeza de este resultado. En este sentido, la decisión será calificada como la correcta si obedece al procedimiento racional del discurso. El sistema de reglas y principios de la teoría del discurso no propone un procedimiento que pueda asegurar siempre un resultado exacto. Para Alexy esto deriva del hecho de que las reglas del discurso no contienen ninguna determinación acerca del punto de partida del procedimiento, porque el punto de partida de los participantes del discurso son sus convicciones normativas y las interpretaciones de sus intereses; las reglas del discurso no describen todos los pasos de la argumentación; así como algunas reglas del discurso se realizan sólo aproximadamente, lo que no permite encontrar siempre una única respuesta⁴²⁷.

Aunque Alexy haya desarrollado una teoría de la argumentación jurídica que asegura la aplicación racional del Derecho, esta racionalidad no es suficientemente capaz de garantizar la obtención de una única respuesta correcta, puesto que la corrección de la respuesta en Alexy depende única y exclusivamente de la observancia de las reglas y los

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 151; ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 302-303.

⁴²⁷ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho...*, *op. cit.*, pp. 151-152 y 175-177; ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 238 y 291-294.

principios del procedimiento argumentativo; por lo tanto, se trata de una teoría procedimental. En otras palabras, la racionalidad del procedimiento lleva a una respuesta racional, que de por sí, califica la respuesta de correcta, independientemente del contenido o de que sea la única respuesta correcta.

Tiene razón Lenio Streck cuando apunta que Alexy no enfrentó la cuestión de la discrecionalidad con el tiempo y la profundidad prestados por Dworkin en su debate con Hart, sino que dio prácticamente la cuestión de la discrecionalidad en el Derecho como algo inexorable⁴²⁸. Algunas veces dejó implícito y raramente explícitamente reconoció la discrecionalidad del juicio de ponderación, como cuando trata de la ponderación entre los derechos fundamentales en cuanto principios, oportunidad en la cual afirma textualmente que *“Los derechos fundamentales no son un objeto susceptible de ser dividido de una forma tan refinada que incluya impasses estructurales – es decir, impasses reales en el sopesamiento –, de forma que los reduzca a elementos prácticamente sin importancia. En este caso, entonces, existe una discrecionalidad para sopesar, una discrecionalidad tanto del legislativo cuanto del judicial”*⁴²⁹.

En el mismo sentido anterior, acerca de la discrecionalidad judicial presente en el juicio de ponderación, método por excelencia aplicable en la resolución de la colisión entre principios, Prieto Sanchís entiende que no existe la menor duda de que con ocasión del juicio de ponderación el juez es mucho más protagonista, mucho más libre que en la aplicación de las reglas, según el modelo lógico-deductivo-subsuntivo, razón por la cual

⁴²⁸ LUIZ STRECK, Lenio, “Porque a discricionariiedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy”, em *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, nº 7, 2013, p. 346.

⁴²⁹ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 611.

no se puede negar la existencia de un cierto margen de discrecionalidad judicial en la aplicación del Derecho⁴³⁰.

5.4 – Ausencia de libertad (discrecionalidad judicial) para decidir conforme a la Constitución

Una vez realizado este trayecto iniciado a partir del positivismo hasta llegar al post-positivismo, es posible constatar la forma en cómo la discrecionalidad judicial fue inicialmente negada (positivismo legalista), posteriormente reconocida como inexorable y sin mecanismos de control (positivismo normativista) y, finalmente, reconocida como inexorable, pero sometida a control mediante la argumentación jurídica. De los autores hasta ahora analizados, sólo Dworkin es un luchador incansable contra la discrecionalidad judicial, bajo el argumento de que siempre existirá un principio jurídico que proporcionará una única respuesta correcta, desafiando, así, la tesis de la discrecionalidad judicial con la tesis de la única respuesta correcta.

En esta investigación del control de constitucionalidad difuso de la norma a cargo de la jurisdicción constitucional ordinaria, tal y como ya hemos anticipado anteriormente, entendemos que no existe un espacio para la discrecionalidad judicial o la libertad de decisiones por parte del juez en el ejercicio del poder hermenéutico – activismo judicial. En otras palabras, no está conferida al juez la libertad de *escoger*, entre las diversas posibles interpretaciones de un texto, la que en su juicio subjetivo de valor entiende que sea la mejor respuesta o la respuesta

⁴³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos..., op., cit.*, p. 63; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotá, 2003, p. 203; PRIETO SANCHÍS, Luis, "La teoría de la interpretación en el origen de la justicia constitucional", en Marina Gascón Abellán (coord.), *Argumentación Jurídica*, Valencia, tirant lo blanch, 2014, p. 71.

correcta, puesto que escoger no es lo mismo que *decidir* conforme a la Constitución.

Para los propósitos de esta investigación, el concepto de discrecionalidad judicial incluye tanto la libertad de elección de sentidos del texto en presencia de una ley, así como en su ausencia. En el primer caso, la cuestión de la libertad de atribución de sentidos no se plantea sólo en los casos de ambigüedades, contradicciones o conceptos indeterminados, sino ante toda y cualquier interpretación, porque ya sea el texto unívoco o no, el problema de fondo será siempre el mismo; es decir, saber si el intérprete puede censurar cualquier sentido del texto o, si de alguna forma, existen límites para esta actividad. En el segundo caso, la cuestión de la libertad, además de la libertad de atribución de sentidos, inherente en toda y cualquier interpretación, se encuentra con una situación de ausencia de la ley o de laguna legal, en la cual lo que se pretende saber es si el intérprete estaría autorizado a ayudarse con argumentos extra o metajurídicos.

5.4.1 – Nivel descriptivo: el elemento hermenéutico como blindaje contra la discrecionalidad judicial

El tema de la discrecionalidad judicial debe ser enfrentado en dos niveles; es decir, en el nivel de racionalidad I o hermenéutico, de naturaleza descriptiva, y en el nivel de racionalidad II o epistemológico, de naturaleza prescriptiva. La racionalidad del nivel I es estructurante y condición de posibilidad de la racionalidad del nivel II, siendo oportuno analizar la existencia de la discrecionalidad en el ámbito de estos dos niveles de racionalidad.

En el nivel de racionalidad I, o nivel hermenéutico estructurante, de naturaleza descriptiva, es donde se da la presencia de la estructura y de

las condiciones de la propia comprensión del fenómeno hermenéutico. En este nivel de racionalidad, la tradición, el círculo hermenéutico, la diferencia ontológica y la *applicatio* actúan como blindajes contra la discrecionalidad judicial.

En un Estado constitucional de Derecho como el de España, la *autoridad de la tradición* debe reflejar necesariamente la democracia constitucional plasmada en el texto de la Constitución de 1978, mediante su fórmula político-jurídica, valores superiores, principios constitucionales, derechos fundamentales y la doctrina del Tribunal Constitucional, razón por la cual la tradición auténtica termina por actuar como un criterio de *control del poder hermenéutico*, funcionando como un filtro de distinción entre los prejuicios auténticos e inauténticos del intérprete. El intérprete constitucional no parte de un grado cero de sentido porque está históricamente situado dentro de una determinada tradición constitucional. La pre-comprensión del intérprete está ligada a la autoridad de la tradición, que a su vez está atravesada por la historicidad.

Una de las características de la tradición es la *historicidad*. El intérprete no puede pretender comprender la norma a partir de un punto de vista situado fuera de la existencia histórica, puesto que la historicidad del ser condiciona su horizonte hermenéutico. La toma de conciencia histórica del intérprete implica el reconocimiento de que el objeto de interpretación, el parámetro del control de constitucionalidad, la Constitución, la norma que se debe controlar, la doctrina del Tribunal Constitucional, el caso concreto, el ser del intérprete y el proceso hermenéutico de interpretación son fenómenos históricos sujetos a los efectos de la historia. La *conciencia histórica* sobre la historicidad de la comprensión hace posible ver en la interpretación un fenómeno histórico.

Dado que la comprensión es un fenómeno histórico, condicionado por las circunstancias de cada tiempo y lugar, sólo es posible admitir la

existencia de la respuesta correcta dentro de estos cuadrantes históricos; es decir, no existe una única respuesta correcta, así como no existen diversas respuestas correctas, sino *la respuesta conforme a la Constitución* del caso concreto⁴³¹. Es decir, siempre habrá sólo una respuesta, cierta o errónea, porque todo el caso concreto se produce históricamente sólo una vez, así como toda interpretación es sólo una. Puesto que, la respuesta hermenéuticamente dada no es a-histórica, no está situada fuera de la historia y, por lo tanto, fuera del alcance de los efectos de la historia, así como no es discrecional o arbitraria, ya que debe circunscribirse a la autoridad de la tradición. Por consiguiente, tanto el texto constitucional como la doctrina del Tribunal Constitucional deben ser leídos como resultado de una construcción histórica institucional, sometidos a los efectos de la historia.

En otras palabras, el texto de la Constitución y su doctrina constitucional no poseen esencias en sí mismo (ontologismo clásico), inmunes a la historia; es decir, conceptos petrificados, porque en ellos y con ellos la historia habría llegado a un gran final, siendo suficiente a la jurisdicción constitucional ordinaria conocer estos conceptos para posteriormente, mediante un razonamiento lógico, y un mirar unidireccional deductivo, aplicarlo al caso concreto. Aceptar la historicidad de la tradición es reconocer la necesidad de un constate revisitar de los textos y de la doctrina constitucional, sometiéndolos a los efectos de la historia a través de la fusión del horizonte histórico de la tradición (textos normativos y doctrinas constitucionales) con el horizonte presente del intérprete (momento actual). Esta fusión de horizontes se produce dentro del círculo hermenéutico.

⁴³¹ LUIZ STRECK, Lenio, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica...*, op., cit., p. 316; LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, op., cit., p. 308.

La necesidad de este visitar y reconstruir la cadena argumentativa deriva del hecho de que la comprensión es un fenómeno histórico, razón por la cual una interpretación nunca podrá ser reproducida otra vez, porque si la condición histórica del intérprete es siempre distinta, en razón del decurso del tiempo, una segunda o tercera interpretación siempre será una nueva interpretación y no la misma interpretación. Esta conclusión permite afirmar que toda la interpretación es, en alguna medida única y productiva, y no simplemente reproductiva.

La historicidad de la tradición repercute directamente sobre el control de constitucionalidad difuso de la norma, porque si la interpretación es un fenómeno histórico, el juicio de control no se dará por medio de un hallazgo de sentido desde siempre contenido en el texto de la ley, aplicable mediante el razonamiento lógico-deductivo, sino que implicará la construcción actual de la norma constitucional del caso concreto a partir de los condicionantes históricos de la tradición y en la cual está insertado el intérprete.

El respeto a la autoridad de la tradición está ínsito en la idea de integridad del Derecho que se ha revelado en la presente investigación a través de los principios de concreción de la norma constitucional (II.4.4.4.2). En este punto, el respeto a la tradición auténtica en Gadamer y la integridad del Derecho en Dworkin se aproximan a una forma complementaria⁴³², porque ambas actúan como criterio de control del poder hermenéutico, alejando o, al menos, reduciendo considerablemente, el relativismo hermenéutico, convirtiendo en un sinsentido toda la polémica sobre el cómo saber si los jueces descubren o crean el Derecho, porque la idea de la integridad del Derecho sugiere que los jueces hacen las dos cosas y ninguna de ellas al mismo tiempo, dado

⁴³² LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, op., cit., p. 304.

que el Derecho es al mismo tiempo producto de la interpretación, así como fuente de inspiración⁴³³.

La *diferencia ontológica* entre el texto de la ley y la norma no supone una relación de absoluta independencia, puesto que la norma, en cuanto resultado del proceso hermenéutico, algo contendrá del texto, ya que no es posible admitir que el texto no diga nada al intérprete. Por lo tanto, la atribución de sentido al texto de la ley no se da discrecionalmente, sino dentro de una determinada situación hermenéutica. El comprender algo sólo será posible en la intersubjetividad en la cual la hermenéutica jurídica busca y encuentra garantía. Dicho de otra forma, el sentido del texto no es creado a partir de un grado cero de sentido en la conciencia o en la subjetividad del sujeto solipsista (paradigma de la subjetividad), a partir de una libre forma de atribuir cualquier sentido, sino el sentido es construido a partir de la tradición a través de la intersubjetividad (paradigma de la intersubjetividad).

Si los sentidos no están pegados a las cosas desde siempre, la interpretación ya no es o no puede ser un acto de conocimiento, a través del cual cabría al intérprete, mediante la adopción de un método de interpretación jurídica, descubrir o desvelar el sentido de la ley (positivismo legalista). Sin embargo, por otro lado, los sentidos tampoco están en suspensión en el aire, a disposición del intérprete, aguardando su acoplamiento, por medio de un acto de voluntad (positivismo normativista), con relación al cual el Derecho no tendría nada que decir.

El reconocimiento de la diferencia ontológica no dar lugar a la independencia entre el *ser* y el *ente*, porque en el proceso de la *applicatio* la pre-comprensión del intérprete promueve una anticipación de sentido ya dado por la tradición en la cual el intérprete está inserto y de la cual no

⁴³³ DWORKIN, Ronald, *O império do direito...*, op., cit., pp. 271-274.

se puede deshacer. Así, la *applicatio* significa, en otras palabras, la imposibilidad de acoplar los conceptos a las cosas, puesto que los sentidos son atribuidos al texto por el intérprete a partir de la facticidad y de la historicidad en la cual está insertado (autoridad de la tradición), respetando el contenido base del texto.

La aceptación del elemento hermenéutico como condición de posibilidad de la comprensión lleva al rechazo de la discrecionalidad o de la libertad de elección o de atribución de sentidos por parte del intérprete a partir de su propia conciencia (paradigma de la subjetividad). El comprender algo sólo será posible en la intersubjetividad, a partir de la tradición, del círculo hermenéutico, de la diferencia ontológica y de la *applicatio*, en los cuales la hermenéutica jurídica busca y encuentra la garantía contra la discrecionalidad judicial. Por tanto, si la atribución de sentido solamente puede producirse a través de la intersubjetividad, el sujeto, aisladamente, pierde la libertad de atribución de cualquier sentido.

5.4.2 – Nivel prescriptivo: escoger conforme a la conciencia no es lo mismo que decidir conforme a la Constitución

En el nivel de racionalidad II, o nivel epistemológico, de naturaleza prescriptiva, es donde se da la construcción de una hermenéutica normativa estructurante concretizadora de la Constitución y la identificación y conceptualización de los principios de concreción de la norma constitucional. En este nivel de racionalidad, los *principios constitucionales*, junto con la tradición, el círculo hermenéutico, la

diferencia ontológica y la *applicatio* actúan como blindaje contra la discrecionalidad judicial⁴³⁴.

La hermenéutica estructurante, como condición de posibilidad de la interpretación, pretende *describir* las condiciones bajo las cuales la comprensión y su posterior aclaración mediante la interpretación se producen efectivamente. Aquí, al contrario, en el nivel de racionalidad II, lo que se pretende es *prescribir* como la interpretación judicial debe producirse en una democracia constitucional, sin caer en decisionismos o activismos judiciales, bajo pena de incidir en la inconstitucionalidad y, al fin y al cabo, en una forma de actuar ilegítima y antidemocrática.

No se puede negar que dos jueces ante un caso concreto pueden decidir de forma diferente e incluso contradictoria, dado que este fenómeno se produce todos los días en el sistema de justicia. Tampoco se puede negar la posibilidad de que frente a un caso difícil o trágico sea posible más de una respuesta *prima facie* correcta (adecuada) o conforme a la Constitución. En situaciones como estas, en las cuales el juez aparentemente tiene a su disposición más de una respuesta, la cuestión que se plantea es saber si el juez podrá escoger libremente una de estas respuestas o, incluso, si el juez deberá escoger la mejor respuesta (discrecionalidad judicial), siempre según su conciencia (paradigma de la subjetividad). En principio, ninguna; ni una cosa ni la otra, puesto que escoger definitivamente no es decidir⁴³⁵.

El *proceso de elección* supone la existencia de un espacio de libertad dentro del cual el intérprete se mueve haciendo opciones entre interpretaciones jurídicas posibles, sin embargo, a partir de su propia conciencia. En este proceso de elección, aun cuando el juez esté

⁴³⁴ LUIZ STRECK, Lenio, "Porque a discricionariade é um grave problema... *op., cit.*, p. 353.

⁴³⁵ LUIZ STRECK, Lenio, *O que é isto – decido conforme minha consciência...*, *op., cit.*, pp. 105-106.

sinceramente decidido a encontrar la mejor respuesta posible, el camino en búsqueda de la mejor respuesta siempre estará orientado por la conciencia del propio intérprete (filosofía de la conciencia). En otras palabras, la elección se dará orientada por una pauta de valores personales y no por principios constitucionales. Por lo tanto, es lícito preguntarse si las partes en el proceso judicial pretenden saber lo que el juez de la causa piensa sobre el Derecho o si quieren que el juez simplemente haga prevalecer el Derecho en el caso concreto, incluso contra su propia conciencia. Creemos, con el fin de responder a esta cuestión, que poco debería importar lo que el juez piensa sobre el Derecho, puesto que el Derecho, producido en un entorno democrático, debe prevalecer sobre las convicciones personales del juez.

Por otro lado, el *proceso de decisión* supone la ausencia de un espacio de libertad de elección orientada por la conciencia del intérprete. El proceso de decisión comienza con la asunción de un compromiso institucional y personal del intérprete – *deber constitucional*, mediante el cual, en primer lugar, se asume la tarea propuesta por la Constitución como propia, en detrimento de todas las fuerzas contrarias, incluyendo, la propia conciencia y, en segundo lugar, se asume el deber de concretar la respuesta (la norma) conforme a la Constitución.

Ante la *asunción del proyecto constitucional como propio*, tenemos que esta voluntad de Constitución emerge de un triple fundamento, como vemos en Hesse: primero, en la conciencia y convicción de la necesidad de un orden normativo de valores y principios constitucionales inviolables aptos para librar el Estado y la sociedad de la barbarie; segundo, en la conciencia y convicción de que este orden normativo constitucional, además de ser legítimo, necesita una continua legitimación; y, finalmente, tercero, la conciencia y la convicción de que este orden normativo constitucional para ganar expresión en la realidad o realizar su pretensión

de vigencia, necesita ser construido a través de actos de voluntad de realización del proyecto constitucional⁴³⁶.

Pues bien, la jurisdicción constitucional ordinaria, encargada de tutelar los derechos fundamentales en el día a día del ciudadano, reduciendo la laguna existente entre el *ser* y el *deber ser* de la propuesta constitucional, no puede ignorar o prescindir del deber constitucional para la Constitución, dado que en última instancia, el grado de realización de este proyecto constitucional siempre inacabado (utopía realizable) dependerá del papel que debe ejercer la jurisdicción constitucional y, principalmente, la jurisdicción ordinaria, encargada de resolver al menos el 99,90% de los procesos que han llegado a la administración de justicia de España. Es decir, cuanto mayor sea la voluntad de Constitución o cuanto mayor sea el compromiso institucional y personal con el deber constitucional de la jurisdicción ordinaria, mayor será el grado de efectividad de las normas constitucionales. Es decir, inversamente menor será el grado de incumplimiento de la Constitución⁴³⁷.

Con relación al *deber de concreción de la respuesta conforme a la Constitución*, como resultado del deber constitucional, por un lado, y la autoridad de la tradición, que se contempla en la democracia constitucional inaugurada por la Constitución de 1978, por otro, el intérprete constitucional, en el proceso de concreción de la norma conforme a la Constitución, debe *preservar la integridad y la coherencia de la Constitución* a partir de la principiología constitucional y, principalmente, de los principios hermenéuticos (Principio de la supremacía normativa de la Constitución; Principio de la unidad de la Constitución; Principio de la armonización de las normas constitucionales; Principio del efecto integrador de la Constitución; Principio de la máxima

⁴³⁶ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional...*, op., cit., pp. 70-71.

⁴³⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Prólogo", en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, op., cit., p. 11.

efectividad de la Constitución; Principio de la conformidad funcional; Principio de la proporcionalidad; y Principio de la comparación entre derechos).

En la concepción del Derecho como integridad, Dworkin visualiza una comunidad de principios estructurados y coherentes acerca de la justicia, la equidad y el debido proceso legal adjetivo, cabiendo al juez aplicar el Derecho a través de este conjunto armónico de principios⁴³⁸. En este sentido, la integridad no es sólo coherencia en sentido estricto; es decir, decidir los casos futuros de forma igual a los que ya fueron decididos en el pasado, sino también la integridad; más que la coherencia, postula la aplicación del Derecho de forma que sea una expresión de un sistema único y coherente de justicia y equidad. Aceptar este ideal de integridad, muchas veces obligará al juez a alejarse de precedentes para mantener la integridad del Derecho⁴³⁹. Por lo tanto, en Dworkin, la aplicación del Derecho es una *cuestión de principio*, que así como la tradición auténtica en Gadamer, no potencia la libertad interpretativa, sino que actúa fuertemente como un criterio de control del poder hermenéutico.

La fórmula político-jurídica, Estado social y democrático de Derecho, y los valores superiores, libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (art. 1.1 de la CE), junto con los derechos fundamentales, condensados en los principios constitucionales, con respecto a su apertura semántica, definitivamente no abren las puertas del ordenamiento jurídico constitucional a la discrecionalidad judicial sino que promueven una especie de *cierre hermenéutico* del sistema jurídico, obligando a la jurisdicción constitucional ordinaria a decidir los casos concretos como una *cuestión de principio*, respetando y promoviendo la

⁴³⁸ DWORKIN, Ronald, *O império do direito...*, op., cit., p. 291

⁴³⁹ *Ibidem*, pp. 263-264.

integridad y la coherencia del ordenamiento jurídico constitucional, así como la tradición democrática constitucional.

Los principios constitucionales no se confunden con los principios generales del Derecho, así como tampoco son sólo el resultado de un proceso evolutivo. Los *principios generales del Derecho* contemplados en el Código Civil, bajo una concepción concebida por el positivismo jurídico, están orientados, especialmente, para ser aplicados solamente en el caso de que exista una laguna en la ley, para un fin específico; es decir, colmar este vacío legislativo, sin perjuicio de su carácter informativo del ordenamiento jurídico (art. 1.4 del Código Civil). Por lo tanto, de esta referencia con los principios generales del Derecho, se extrae su naturaleza supletoria o complementaria, junto con las costumbres, los cuales deben ser utilizados para colmar las lagunas legales, sin perjuicio de ser informadores del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, los *principios constitucionales*, el principal elemento de distinción entre el positivismo y el post-positivismo jurídico, instituyen el ordenamiento jurídico constitucional con la misma fuerza normativa de las reglas constitucionales, irradiando su fuerza normativa sobre todo el ordenamiento jurídico – proceso de constitucionalización de las leyes, actuando como pauta de interpretación y conformación, pudiendo ser aplicados directamente, independientemente de su previa regulación.

Así, ante esta configuración, los principios constitucionales instituyen las reglas (leyes) de todo el ordenamiento jurídico, con relación a los cuales éstas deben guardar su adecuación. Dicho de otra forma, en el origen de cada regla existe uno o varios principios instituidores, los cuales siempre actuarán como pauta de interpretación y conformación de las reglas instituidas precisamente a causa de su carácter normativo y no sólo informativo como sucede con los principios generales del Derecho.

Los principios retiran su normatividad de la convivencia intersubjetiva que emana de los vínculos existentes en la moralidad política de la comunidad. Por lo tanto, los principios son vividos por los participantes de la comunidad política, razón por la cual son elevados al *status* constitucional. La constitucionalización, a través de los principios, de una cierta tradición democrática constitucional permitirá, en primer lugar, la reconstrucción histórico-institucional del Derecho y, posteriormente, un diálogo entre esta tradición y la decisión del caso concreto, que se revelará en la fundamentación de la decisión judicial, en la cual el juez siempre deberá tratar de preservar la coherencia y la integridad del Derecho. La actuación jurisdiccional a través de los principios constitucionales, en lugar de abrir las puertas a la discrecionalidad judicial, permite una especie de cierre hermenéutico, debido a la reconstrucción histórica institucional del Derecho y del deber de preservación de la coherencia y de la integridad del Derecho⁴⁴⁰.

La concreción de la norma del caso concreto se produce dentro del círculo hermenéutico mediante la *applicatio*. En el transcurso del círculo hermenéutico o en el proceso de concreción de la norma aparecerán como puntos de parada la regla, el principio instituidor y la eventual ponderación en caso de colisión entre principios, todos elementos integrantes del *programa normativo*, que juntamente con el caso concreto, el *ámbito normativo*, constituyen la norma del caso concreto en la *applicatio*.

Ante el *deber* de asunción del proyecto constitucional como propio y el *deber* de concreción de la respuesta (norma) conforme a la Constitución, la jurisdicción constitucional ordinaria tiene el deber constitucional de realizar el control de constitucionalidad de la norma, so

⁴⁴⁰ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, pp. 494-495; LUIZ STRECK, Lenio, "Porque a discricionariedade é um grave problema...", *op. cit.*, p. 358.

pena de incidir en un actuar inconstitucional, ya sea por acción u omisión. Este deber constitucional de controlar la constitucionalidad de la norma para interpretarla de modo conforme, no puede confundirse con el activismo y la discrecionalidad judiciales, patologías estas repelidas por una democracia constitucional.

A partir de una Constitución principialista como la española, el control de constitucionalidad de la norma se impone en todos los procesos judiciales, así como en todas las decisiones judiciales, sin ninguna excepción. Como hemos visto anteriormente, los principios instituyen las reglas o, siendo más claro, los principios constitucionales instituyen las leyes. Es decir, en el origen de toda norma existe un principio constitucional, así como no existe un principio constitucional sin una norma⁴⁴¹. No es por otro motivo que Zagrebelsky afirma que las normas ordinarias son predominantemente reglas, mientras que las normas constitucionales, que disponen sobre los derechos y la justicia, son predominantemente principios, razón por la cual se entiende que distinguir entre las reglas y los principios, en líneas generales, es lo mismo que distinguir entre la ley y la Constitución⁴⁴².

Así, como resultado de esta institucionalización de los principios, en todo el proceso hermenéutico de concreción de la norma se da un examen de parametricidad o un control de constitucionalidad de la norma en conformidad con el correspondiente principio constitucional, aun cuando el intérprete no sea consciente de este fenómeno subyacente al proceso hermenéutico⁴⁴³. Incluso, frente a la naturaleza tendencialmente

⁴⁴¹ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, op., cit., p. 523. En el mismo sentido Prieto Sanchís afirma que “*Detrás de toda regla late un principio y los principios son tendencialmente contradictorios... En suma, la técnica de los principios es aplicable siempre... porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte.*”, en PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos...*, op., cit., p. 64.

⁴⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op., cit., pp. 109-110.

⁴⁴³ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, op., cit., p. 538.

contradictoria de los principios constitucionales, resultado natural del pluralismo político, Prieto Sanchís expresamente reconoce que la ponderación de los principios comienza a ser un instrumento de control de constitucionalidad que viene a fortalecer la jurisdicción ordinaria, principalmente, porque toda regla tiene como fundamento de validez un principio constitucional, lo que autoriza al juez ordinario a realizar la ponderación ante todo caso concreto, pudiendo, incluso, dejar de aplicar una ley, aunque constitucional, porque en el caso concreto, un principio en el sentido contrario, prevalece⁴⁴⁴. En el mismo sentido, Lenio Streck afirma que los principios constitucionales posibilitan la reconstrucción de la historia institucional del Derecho, atravesando la porosidad de las reglas, reveladora sólo del sentido institucional del Derecho, lo que permite afirmar que en cada aplicación de principios constitucionales se da una interpretación conforme o bien una nulidad sin reducción de texto⁴⁴⁵.

El deber constitucional lleva a la jurisdicción constitucional, y en nuestro caso a la jurisdicción ordinaria, a asumir la tarea propuesta por la Constitución como propia, en detrimento de cualquier otra concepción de Estado y de sociedad, así como lleva a asumir el deber de concretar la norma conforme a la Constitución. Como hemos visto, en la consecución de este deber constitucional, los principios constitucionales realizan una especie de cierre hermenéutico, restringiendo el poder hermenéutico de la jurisdicción y promoviendo una autorrestricción hermenéutica (*judicial self-restraint*).

Sin embargo, a pesar del deber constitucional y de que los principios constitucionales actúen fuertemente en la restricción de las

⁴⁴⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en CARBONELL, Miguel (Coord.), *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad*, Quito, editora jurídica, 2014, pp. 149-150.

⁴⁴⁵ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, op., cit., p. 530.

numerosas posibilidades de interpretación de una cierta norma (programa normativo y ámbito normativo), no se puede negar que en ciertas situaciones, denominadas comúnmente por la doctrina de *hard cases* o casos trágicos, la existencia de más de una respuesta parece ser un momento hermenéutico insuperable.

Sin embargo, incluso ante estas situaciones dramáticas no existe un espacio para la discrecionalidad judicial, puesto que tampoco aquí el juez tiene libertad o está autorizado por el ordenamiento jurídico constitucional para tomar decisiones conforme a su conciencia. Dicho de otra forma, encontrándose el juez con más de una respuesta aparentemente constitucional, no le cabrá escoger entre estas respuestas a partir de su libre arbitrio, sino que deberá decidir entre una de estas respuestas, mediante una decisión fundamentada, justificando adecuadamente la mejor respuesta – y no sólo explicando – a partir de la reconstrucción histórica institucional de los principios aplicables al caso, respetando la coherencia y la integridad del Derecho. Por consiguiente, en el nivel de racionalidad II, de naturaleza prescriptiva, el deber constitucional y los principios constitucionales, junto con los elementos del nivel de racionalidad I, no autorizan decisiones discrecionales judiciales a partir de la conciencia del intérprete.

CAPÍTULO III

DOS CONCEPTOS DE

JURISDICCIÓN

1 – Los paradigmas teóricos del principio de la división de poderes

Antes de tratar el tema del control jurisdiccional de constitucionalidad, es necesario analizar el principio de la división de los poderes y de sus precedentes teóricos e históricos en la formación del Estado moderno. Como tendremos oportunidad de constatar, la idea de impartir o dividir el poder político entre centros de poder relativamente independientes entre sí, como un mecanismo estructural de contener el poder por medio del propio poder, es un supuesto del Estado moderno que se encuentra en la base de la concepción de la jurisdicción. Las diversas concepciones que se puede entender por división de poderes, repercutirán directamente sobre la concepción de poder judicial y su típica función institucional; es decir, la jurisdicción.

Como la jurisdicción se encuentra en una relación de interdependencia con el principio de la división de poderes, en este capítulo, en un primer momento, revisaremos las aportaciones de las obras de Locke y Montesquieu, los teóricos políticos precursores del principio de la división de poderes en el Estado moderno, sus contribuciones teóricas a la definición que se puede entender por jurisdicción. En un segundo momento, investigaremos la experiencia de las revoluciones americana (1776) y francesa (1789) en relación al principio de la división de poderes, así como la repercusión de la adopción y definición de ese principio sobre la concepción de la jurisdicción de estos países en el período post-revolucionario.

1.1 – La teoría de la división de poderes en John Locke

Según Thomas Hobbes (1588-1679), el hombre en el estado de la naturaleza se encontraba en una continua guerra de todos contra todos. Por el contrario, en John Locke (1632-1704) el hombre en el estado de la naturaleza vivía en paz, con plena libertad e igualdad⁴⁴⁶, orientado por las leyes de la naturaleza. Sin embargo, como todos, al mismo tiempo, eran reyes y señores de sus propias vidas, el hombre se encontraba en un estado de constante incertidumbre e inseguridad.

Así, según la concepción del filósofo inglés, los hombres decidieron prescindir de su condición de plena libertad e igualdad con la finalidad de *“preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de ‘propiedad’*, puesto que la tutela de estos bienes sólo sería posible a través de una organización política, la sociedad civil o el Estado⁴⁴⁷.

Para Locke, la preservación de la propiedad era imposible en el estado de la naturaleza; es decir, fuera del Estado, puesto que *“faltaba una ley establecida, fija y conocida, para definir lo bueno de lo malo y servir de criterio para la solución de los conflictos entre los hombres; un juez público e imparcial, para decidir sobre las contiendas entre los hombres, según la ley establecida; y un poder para hacer cumplir las decisiones”*⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Cfr. LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno...* op. cit., p. 36.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 134.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 135.

1.1.1 – Poder legislativo

El fin para el cual el Estado fue creado por el hombre sólo puede ser alcanzado mediante las leyes, razón por la cual, en la concepción lockeana de Estado, el poder legislativo es el poder supremo dentro de la organización política de la sociedad⁴⁴⁹. Sin embargo, puesto que el poder legislativo se concibió bajo la justificación de garantizar la paz, la libertad y la igualdad entre todos los hombres, necesariamente, este poder debe estar limitado por esta misma finalidad que determina su constitución. El poder legislativo, aunque supremo y en su máxima potencia en el ejercicio de sus funciones, no puede violar la paz, la libertad y la igualdad entre los hombres, porque la razón motriz de su constitución fue precisamente la protección de estos valores. Así, además de que estos valores posean una función finalística que debe perseguir el poder legislativo, también están dotados de una función controladora, responsable por la definición de los límites al ejercicio de las funciones institucionales.

Para Locke, el poder legislativo, en el ejercicio de sus funciones, en primer lugar, no puede violar los valores justificadores de su existencia, lo que significa que el ejercicio de este poder no es arbitrario o sin límites, por lo que las leyes positivas deben obedecer a las leyes naturales. Entre las leyes naturales, la ley fundamental para gobernar y orientar el poder legislativo en el ejercicio de sus funciones es la de la *“preservación de la sociedad y (en la medida en que ello sea compatible con el bien público) la de cada persona que forme parte de ella”*⁴⁵⁰. Para Locke, el poder de los legisladores, incluso en su máxima potencia, se encuentra limitado por el bien público de la sociedad y, por lo tanto, no posee otro fin que el de su preservación y no puede servir o ser puesto a disposición de la

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 145.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 141.

destrucción o para esclavizar o empobrecer premeditadamente a sus súbditos⁴⁵¹.

La entrada del hombre en una organización política, sin embargo, no puso fin a la obligación de obediencia a las leyes de la naturaleza, entre ellas, la necesidad de preservación de la humanidad, la cual continúa sirviendo de pauta para el comportamiento en la sociedad. Para Locke, las leyes de la naturaleza permanecen como leyes eternas, a las cuales deben someterse todos los hombres, sean legisladores o no. Las leyes promulgadas por los legisladores “*deben estar de acuerdo – lo mismo que sus propias acciones – con la ley de naturaleza, es decir, con la voluntad de Dios, de la cual la ley de naturaleza es la preservación de la humanidad, ninguna acción humana que vaya contra esto puede ser buena o válida*”⁴⁵². Por ello, es posible concluir que las leyes humanas, elaboradas por el poder legislativo, no están dotadas de fuerza suficiente para revocar o disponer contra las leyes de la naturaleza, motivo por el cual, para que sean consideradas buenas y válidas, deben someterse al Derecho natural.

En segundo lugar, el poder legislativo, en el ejercicio de sus funciones, debe pautarse por leyes regularmente publicadas, actuando dentro de sus límites, dado que si así no fuera, la inseguridad, propia del estado de la naturaleza, permanecería en el Estado organizado, especialmente agravada por la concentración de poder en manos de un gobernante. Para Locke, el poder legislativo no puede atribuirse la prerrogativa de gobernar por medio de leyes desconocidas o arbitrarias sino que está obligado a administrar la justicia y proclamar los derechos de sus súbditos según las leyes promulgadas y regularmente establecidas⁴⁵³. La actuación del poder legislativo, en ausencia de leyes

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 143.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 144.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 144.

previamente establecidas o contra sus disposiciones, pone en riesgo la finalidad última perseguida por el Estado; es decir, la preservación de la vida, de la libertad y de la propiedad, porque en el caso de que el gobierno fuera el señor absoluto sobre todas las cosas y sobre todos los hombres, pudiendo actuar sin ningún límite, no sería compatible con los fines del Estado.

En tercer lugar, Locke afirma que el poder legislativo no puede sustraer la propiedad de los hombres sin su previo consentimiento, aun cuando sea para el mantenimiento del Estado, mediante la recaudación de tributos. Además de la vida y de la libertad, la propiedad debe ser preservada por el Estado, ya que éste también es uno de los fines para los cuales el Estado fue creado. Una de las finalidades que motivó al hombre a organizarse en la forma de Estado fue la de preservar mejor sus bienes. Si el Estado pudiera apropiarse de sus bienes sin su consentimiento, aunque fuera de sólo una parte de ellos, el hombre jamás podría afirmar ser el único señor sobre sus bienes, dado que, otro, incluso en contra de su voluntad, podría apropiarse de sus bienes, eliminando totalmente su propiedad⁴⁵⁴. Así, el derecho a la propiedad, como fin que el Estado tiene el deber de proteger, debe ser tutelado tanto de los ataques perpetrados por los demás hombres como de las intervenciones realizadas por el propio Estado.

Finalmente, en cuarto lugar, la delegación del poder para hacer las leyes, otorgadas por el pueblo a favor del poder legislativo, es indelegable. Para Locke, el poder legislativo no puede delegar o transferir a terceros el poder de hacer leyes, puesto que esta facultad ha sido delegada por el pueblo; el poder legislativo no puede, eximiéndose de su responsabilidad, renunciar a las subvenciones o transferir a un tercero esta atribución. El filósofo inglés apunta que el pueblo otorgó al poder

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pp. 147-148.

legislativo “*el poder de hacer leyes, y no el poder de hacer legisladores*”⁴⁵⁵. Esta prohibición de delegación, además de mantener el poder de hacer las leyes en manos de quienes recibió esta incumbencia del pueblo, también tiene la virtud de evitar la concentración del poder político en manos de sólo un órgano estatal.

Además de estos cuatro pilares definidores de los límites del poder legislativo, Locke aún reconoce el derecho del pueblo a la resistencia, en el caso de que el poder legislativo actúe de forma contraria a su misión institucional. Los hombres acceden a vivir bajo el Estado con la finalidad de preservar, con mayor eficiencia y seguridad, la vida, la libertad y la propiedad. En el caso de que el poder legislativo, o incluso el poder ejecutivo, cometa algún acto de alevosía contra aquél que le otorgó el poder político, ya sea violando los fines del Estado o las razones que justificaron su creación, el pueblo quedará libre para desobedecer las leyes, pudiendo oponer resistencia hasta la disolución del Estado, momento en que el poder político regresará a manos del pueblo para disponer como mejor entiendan, depositando el poder en una nueva legislatura o incluso concibiendo un nuevo Estado⁴⁵⁶.

Como se puede concluir, en Locke, aunque el poder legislativo se identifique como el poder supremo del Estado, el filósofo trata de establecer algunas limitaciones al ejercicio de este poder. El Derecho natural, el principio de la legalidad, el derecho a la propiedad privada y el principio de la indelegabilidad actúan como instrumentos de limitación del poder legislativo. Así, en la doctrina lockeana, a pesar que el poder legislativo sea el poder supremo del Estado, no es un poder absoluto, sin límites.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, pp. 149-150.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, pp. 154-155 y 212-213.

1.1.2 – Poder ejecutivo

Partiendo de una concepción antropológica de la naturaleza humana mala, que siempre tiende a querer abusar del poder, concentrando en sus manos el máximo poder para la satisfacción de sus propios intereses, en detrimento del interés de los demás, Locke desarrolla una concepción de división de poderes. Si el Estado tiene como finalidad asegurar la paz, la libertad y la igualdad entre todos los hombres, el principio de la división de poderes deberá gravitar en torno a esta misma finalidad, debiendo estar siempre al servicio de la razón justificadora de la creación del Estado. Así, el hombre, a causa de su naturaleza débil, siempre tendente a concentrar cada vez más poder, podría ser tentado a querer concentrar en sus manos también el poder de hacer las leyes, así como el poder de ejecutarlas por lo que podría eximirse de cumplirlas, o podría estar tratando de crear leyes para sus propias necesidades, a expensas de las necesidades de los demás⁴⁵⁷. Así, a partir de esta constatación sobre la naturaleza humana realizada por el filósofo inglés, encontramos el punto central de la teoría de la división de poderes; es decir, el órgano encargado de hacer las leyes no puede ser el que debe ejecutarlas.

La implantación de la división de atribuciones en el Estado, además del análisis de la naturaleza humana realizada por Locke, se produjo a partir de una simple constatación práctica. Para Locke, la función de hacer las leyes es temporal, ya que una vez elaboradas las leyes del Estado, el legislador habría ya cumplido su función y es por eso que las sesiones de la Asamblea podrían ser ocasionales, pudiéndose disolver la asamblea después de las sesiones con sus miembros, volviendo a la condición de simples súbditos. Por otro lado, sería necesaria la existencia de un poder permanente, encargado de la ejecución de las leyes

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 151.

promulgadas por el parlamento. De esta división de funciones, Locke llega a la división orgánica de los poderes legislativo y ejecutivo, evitando con ello la acumulación de más funciones en sólo un órgano del Estado⁴⁵⁸.

Sin embargo, es muy importante tener claro que la pretensión de Locke al dividir el poder político entre el poder legislativo y el poder ejecutivo no tenía la intención de realizar una descripción analítica de las funciones estatales o de establecer una teoría científica sobre las funciones del Estado. Además, es también esencial tener siempre presente que los conceptos de poder legislativo y de poder ejecutivo utilizados por Locke no pueden compararse con los actuales, puesto que no poseen los mismos contenidos. Como apunta Nuno Piçarra, si el concepto de poder legislativo asumió, esencialmente, un contenido bastante similar al moderno, lo mismo no se ha producido con el concepto de poder ejecutivo, que hasta mediados del siglo XVIII era utilizado, muchas veces, también para abarcar al poder judicial⁴⁵⁹.

En la concepción lockeana de la división de poderes es posible identificar tanto una *división orgánica* de poderes como una *división funcional*. Ante la división funcional, Locke divide el poder político entre los poderes legislativo, ejecutivo y federativo. Al poder legislativo le correspondía elaborar las leyes, mientras que al poder ejecutivo cabía la tarea de hacerlas cumplir. En la relación con los Estados extranjeros, el poder federativo asumía la función de representación del Estado. Sin

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 152.

⁴⁵⁹ Cfr. PIÇARRA, Nuno, *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pp. 50-51. En la historia de los poderes, el poder judicial es el primero que se constituyó, en virtud de la carencia de leyes. En este sentido, afirma Valeriano Hernandez Martin que “*Cuando el Rey/Juez decidió por razones prácticas que debía limitarse a sentar un criterio general que otro juez, designado por él, aplicase al caso concreto, el Juez primero se hizo en sentido propio de legislador, y así perdió parte del poder que tenía a favor del juez delegado, quien adquirió inevitablemente esa parte de poder perdido, aun cuando en principio el delegado fuese fiel o estuviese estrechamente sujeto al poder que lo designó*”, en HERNANDEZ MARTIN, Valeriano, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, Civitas, 1991, p. 33.

embargo, ante la división orgánica, Locke reunió dos de las funciones estatales, la directiva y la federativa, en un único órgano, el poder ejecutivo, al lado del poder legislativo. Desde un breve análisis de la teoría lockeana de la división de poderes es posible afirmar que el autor dividió orgánicamente el poder en dos tipos: el legislativo y el ejecutivo; mientras que funcionalmente lo dividió en tres tipos: el legislativo, el ejecutivo y el federativo, dado que en este último caso, el poder ejecutivo integró tanto la función directiva como la federativa.

Ante la *relación entre los poderes legislativo y ejecutivo*, Locke sostiene que el legislativo es el poder supremo del Estado, a partir del cual todos los demás son derivados. El poder ejecutivo, ya sea en sus funciones internas o externas, está subordinado a las leyes aprobadas por el poder legislativo, debiendo cumplirlas fielmente. La subordinación del poder ejecutivo a la ley, por consiguiente, somete este poder al poder legislativo⁴⁶⁰. Así, si por cualquier razón el poder ejecutivo se aleja de la finalidad para la cual fue constituido, el poder legislativo puede depositar la función directiva de las leyes por él aprobadas en manos de otra persona⁴⁶¹. De esta forma, es natural que aquel poder encargado de hacer las leyes para que el otro las cumpla sea superior a éste, aunque el poder ejecutivo disponga de la atribución de convocar y disolver la legislatura, puesto que, según Locke, esta atribución no pasa de una función temporal⁴⁶². Asimismo, el uso de la prerrogativa⁴⁶³ por parte del poder ejecutivo no le confiere ninguna superioridad⁴⁶⁴. A pesar de que el poder ejecutivo pueda actuar con alguna libertad en el uso de la

⁴⁶⁰ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno...*, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pp. 156-157.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 159.

⁴⁶³ El instituto de la prerrogativa comprende la facultad del poder ejecutivo de colmar las lagunas de la ley, hasta que el poder legislativo promulgue la ley necesaria para el caso, así como la posibilidad de que el poder ejecutivo, orientado por la equidad, actúe en el sentido contrario a lo dispuesto en la ley. Tanto en el primero como en el segundo caso, el interés público será el criterio de valoración de los eventuales abusos.

⁴⁶⁴ LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno...*, *op. cit.*, pp. 165-166.

prerrogativa, el poder legislativo continúa siendo el responsable para que el ejecutivo se mantenga dentro de los límites de lo razonable. Finalmente, al tratar de los eventuales conflictos entre los poderes legislativo y ejecutivo, Locke, sin describir ningún mecanismo de solución estructural en su concepción de Estado, afirma que en la hipótesis de conflicto entre los poderes no existe otra salida que “*apelar a los cielos*”⁴⁶⁵.

1.1.3 – Función judicial

Sorprendentemente Locke no hace ninguna referencia explícita al poder judicial en su teoría de la división de los poderes. Sin embargo, este hecho no significa, necesariamente, que en su concepción de Estado no exista la función jurisdiccional, puesto que según el propio autor, lo que puede retirar a las personas del estado de la naturaleza para conducirlos al Estado es precisamente “*el establecimiento de un juez terrenal con autoridad para decidir todas las controversias y para castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado; y dicho juez es la legislatura, o el magistrado nombrado por ella. Sin embargo, siempre que haya una agrupación de hombres, aunque estén asociados, que carezcan de un poder decisorio al que apelar, seguirán permaneciendo en el estado de naturaleza*”⁴⁶⁶.

Así, es posible concluir que para Locke no es suficiente la existencia de la ley para que el hombre pueda salir del estado de la naturaleza, sino que también es necesario el establecimiento de un juez a quien se pueda apelar en caso de conflicto. La única duda que queda es saber si para Locke la función jurisdiccional estaba incluida entre las funciones del poder legislativo o del poder ejecutivo.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 170.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp. 104-106.

Para Norberto Bobbio, la omisión de Locke acerca del poder judicial se da, simplemente, porque para el filósofo inglés no existe una distinción cualitativa entre la función legislativa, responsable de elaborar las leyes generales, y la función jurisdiccional, responsable de definir la ley para el caso concreto⁴⁶⁷. Para fundamentar su tesis, Bobbio hace referencia a los párrafos 89 y 136 de la obra de Locke, en los cuales el autor, expresamente, afirma que en la legislatura es el juez el responsable de la administración de la justicia, debiendo decidir las controversias, sancionar las injurias y definir los derechos de los súbditos.

En el mismo sentido, Vile sostiene que durante la Edad Media se entendía que la ley no era creada por los hombres sino sólo revelada, declarada o aclarada, haciendo que la legislación fuera una parte integrante del proceso jurisdiccional⁴⁶⁸. En el mismo sentido, según Castanheira Neves, el Derecho legislativo medieval no incluía directamente los textos legislativos de las leyes aprobadas por el parlamento, sino más bien los precedentes judiciales tomados a partir de la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto⁴⁶⁹. Sólo más tarde, cuando la legislación comenzó a ser comprendida como un momento constitutivo del Derecho y no sólo declarativo es cuando fue posible concebir la distinción entre la función legislativa y la función jurisdiccional⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Locke e il diritto naturale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1963, pp. 266-268.

⁴⁶⁸ C. VILE, M. J., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 26.

⁴⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, A., "Fontes do Direito", en *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. II, Lisboa, 1984, p. 1524.

⁴⁷⁰ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos Poderes...*, op. cit., p. 46.

1.2 – La teoría de la división de poderes en Montesquieu

Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède y de Montesquieu (1689-1755), simplemente, Montesquieu, al describir la Constitución de la Inglaterra⁴⁷¹, arrojó nuevas luces sobre la teoría de la división de poderes, convirtiéndose, para muchos, en el primer filósofo que trataba el tema en términos modernos. Aun cuando la descripción de la Constitución inglesa no corresponda a la realidad de su tiempo, su teoría contribuyó a la concepción y construcción del Estado moderno.

De forma muy similar a la teoría desarrollada por Locke, Montesquieu concibió una teoría de la división de poderes como un instrumento estructural del Estado al servicio de la libertad política de los ciudadanos en su relación con la Constitución⁴⁷². Partiendo de una concepción antropológica del hombre malo por naturaleza, el filósofo francés sostiene que *“todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”*. Por lo tanto, es la ley que da origen a la libertad política, ya que *“La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, de modo que si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, ya no habría libertad, pues los demás tendrían igualmente esta facultad”*⁴⁷³.

A partir de la Constitución de Inglaterra, Montesquieu afirma que en todo Estado existen tres clases de poder: un poder legislativo, encargado de promulgar las leyes; un poder ejecutivo, responsable de la guerra y de la paz, según el Derecho de las gentes; y un poder judicial, responsable de juzgar los delitos y los conflictos entre los particulares, según el Derecho Civil. En cuanto a este último poder, Montesquieu lo denominará poder judicial, mientras que al otro, simplemente, lo llamará poder

⁴⁷¹ Cfr. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes...*, op. cit., Libro XI, cap. VI.

⁴⁷² BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, op. cit., p. 78.

⁴⁷³ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes...*, op. cit., p. 106.

ejecutivo. Para el filósofo francés, la libertad se pierde cuando “*el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo*”, así como “*si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo*”⁴⁷⁴.

Montesquieu, al tratar la teoría de la división de poderes, se sirve de la expresión poder con un sentido equivalente al de función. Tradicionalmente, las funciones del Estado incluían las funciones legislativa y ejecutiva, habiendo el filósofo francés añadido en su teoría la función jurisdiccional. Para Nuno Piçarra, históricamente, la distinción funcional entre la actividad legislativa y la ejecutiva es esencial para la construcción de la doctrina de la división de poderes. Esta clasificación de las funciones del Estado, en sus orígenes, no tenía como pretensión presentar una clasificación completa de todas las funciones del Estado.

Sólo más tarde, con ocasión de la formación del Estado moderno, esta clasificación asumió la pretensión de totalidad de las funciones del Estado, en un contexto, según Norberto Bobbio, citado por Nuno Piçarra, en que el Estado, en lugar de ser limitado por el Derecho, era concebido por el Derecho. Esta característica de totalidad de las funciones del Estado se presenta en la teoría de Montesquieu, para quien las funciones estatales están resumidas en promulgar las leyes y ejecutarlas, ya sea directamente, mediante el poder ejecutivo, o, indirectamente, mediante el poder judicial⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 107.

⁴⁷⁵ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos Poderes...*, *op. cit.*, pp. 91-93.

1.2.1 – Poder legislativo

Sobre el poder legislativo Montesquieu sostiene que tanto el pueblo como los nobles deben tener sus representantes. En virtud de que existan intereses en conflicto entre la masa del pueblo y los nobles, cada estamento, mediante sus representantes, se reunirá separadamente para deliberar independientemente sobre la promulgación de las leyes o decidir si las leyes ya promulgadas están siendo adecuadamente cumplidas.

En cuanto a la distribución de las funciones entre las dos cámaras legislativas, la Cámara Baja tendrá la facultad de estatuir y la Cámara Alta la facultad de impedir⁴⁷⁶. Además, Montesquieu atribuyó a la Cámara Alta funciones judiciales. Según el autor, *“el poder judicial no debe estar unido a ninguna parte del legislativo, hay sin embargo, tres excepciones, basadas en el interés particular del que ha de ser juzgado”*, para las cuales es conveniente que la Cámara Alta se encargue de los actos de jurisdicción.

En el primer caso, se trata del juicio de los nobles. Montesquieu, un noble, entiende que los pares deben ser juzgados por sus pares, ya que si no fuera así, es decir, si el pueblo pudiera juzgar a los nobles, podría haber injusticia. En el segundo caso, Montesquieu reconoce que la ley, en algunas situaciones, puede ser ciega y, por consiguiente, muy rigurosa. Ante estas circunstancias, *“Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”*. Así, ante la imposibilidad del juez para moderar la fuerza de la ley, cabe al poder legislativo, con su autoridad suprema, realizar un juicio de equidad a favor de la propia ley, decidiendo con menos rigor. Por último, en el tercer caso, podría suceder que alguien violara los derechos del pueblo

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 110.

en algún asunto de naturaleza pública, cometiendo crímenes que los jueces no pudieran o no quisieran apurar. En este caso, cabría al poder legislativo, a través de su Cámara Alta, realizar el juicio, mientras que la Cámara Baja actuaría como órgano acusador, representante del pueblo que puede haber sido violado en sus derechos⁴⁷⁷.

1.2.2 – Poder ejecutivo

Con relación al poder ejecutivo Montesquieu entiende que debe ser reservado a un monarca, ya que desde el ejecutivo, las circunstancias, casi siempre, le exigirán intervenciones rápidas, lo que es más probable que pueda ser alcanzado a través de un órgano unipersonal que por un grupo de personas. Al poder ejecutivo, Montesquieu atribuyó la función de convocar las asambleas del poder legislativo, así como de definir el tiempo de duración de las mismas, esto porque frente a la natural aspiración despótica de las asambleas, conviene que no estuvieran reunidas de forma permanente. Con respecto al proceso legislativo, Montesquieu atribuyó al poder ejecutivo la facultad de impedir, dado que si así no fuera, estaría despojado de sus prerrogativas. Al contrario, no existe ninguna necesidad de que el poder legislativo detente los mecanismos de control del poder ejecutivo, ya que las propias circunstancias y la naturaleza directiva de la acción de este poder, de por sí, imponen sus límites. No obstante, el poder legislativo debe tener *“el derecho y debe tener la facultad de examinar cómo son cumplidas las leyes que ha promulgado”*. Por último, para el filósofo francés, el mayor peligro con relación al poder ejecutivo está en la posibilidad de que este pueda pretender ejercer las funciones legislativas, circunstancia en la que

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 112.

*“la libertad no existiría, pues los dos poderes estarían unidos, ya que las mismas personas participarían en uno y otro”*⁴⁷⁸.

Para concluir en la descripción de la Constitución Inglesa, Montesquieu afirma que el poder legislativo, compuesto por dos cámaras legislativas, que se sujetan debido a la mutua facultad de impedir, están ambas limitadas por el poder ejecutivo, que a su vez está limitado por el poder legislativo. Los tres poderes se encuentran en un estado de reposo o inacción, aunque obligados a moverse, lo que solamente será posible si están de común acuerdo⁴⁷⁹. Así es que Montesquieu finaliza su teoría de la división de los poderes, tratando mucho más de *repartición y coordinación de funciones*, estableciendo mecanismos estructurales de frenos y contrapesos entre los poderes para que el propio poder contenga el poder, que una rigurosa e inquebrantable separación de los poderes.

1.2.3 – Poder judicial

Para Montesquieu, el poder judicial no debe ser atribuido a magistrados o a un cuerpo permanente del Estado sino que debe ser ejercido por personas del pueblo, que no pertenezcan, concretamente, a ninguna clase profesional o estamental. Estas personas deben ser nombradas, periódicamente, en ciertas épocas del año, para componer los tribunales encargados de juzgar, los cuales deben permanecer reunidos sólo durante el tiempo necesario para cumplir con su función. Por lo tanto, para Montesquieu, el poder judicial sería *“invisible y nulo”*. Estas características atribuidas al poder judicial deben ser contextualizadas, ya que derivan mucho más de la forma de constitución de los tribunales, con nombramiento de personas de todas las clases, no

⁴⁷⁸ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos Poderes...*, op. cit., pp. 111-112.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 113.

representando, el poder judicial, exclusivamente, a ninguna de las potencias sociales de la época, de la temporalidad de los tribunales y, especialmente, por el hecho de que la función jurisdiccional estaría destituida de cualquier componente político, no siendo más que una actividad mecánica. Si, por un lado, no conviene que los tribunales sean permanentes, por otro, Montesquieu entiende que los poderes legislativo y ejecutivo podrían ser atribuidos a magistrados o a cuerpos permanentes, dado que, al contrario del poder judicial que ejerce su poder sobre los particulares, ante el caso concreto, el poder legislativo expresa la voluntad general del Estado, mientras que el poder ejecutivo se encarga de ejecutar esta voluntad⁴⁸⁰.

Incluso no correspondiendo con la realidad de los jueces ingleses en su relación con la *common law*, Montesquieu entiende que el juez es un “*instrumento que pronuncia las palabras de la ley*”, así como son “*seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*”. Para el filósofo francés, “*en Inglaterra el Jurado decide si el acusado es culpable o no del hecho que se le presenta; sí es declarado culpable, el juez impone la pena que la ley señala para aquel hecho, para lo cual no necesita más que tener ojos*”⁴⁸¹.

Por lo tanto, la función jurisdiccional es entendida como una actividad claramente mecánica, ejecutada mediante un razonamiento lógico-deductivo, sin ningún poder creativo del Derecho. Sin embargo, a

⁴⁸⁰ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes...*, *op. cit.*, pp. 108-109.

⁴⁸¹ *Ibidem*, pp. 56-57. Conviene destacar que Montesquieu, en el mismo pasaje, circunscribió esta concepción de función jurisdiccional a los gobiernos republicanos y Inglaterra. En cuanto a los Estados monárquicos, afirmó que “*hay una ley que el juez aplica en los casos en que es terminante; en los que no lo es, busca su espíritu*”. Al final, Montesquieu hace una comparación entre los procedimientos en Roma y en Francia: “*los jueces romanos no concedían más que lo demandado expresamente, sin aumentar, disminuir ni modificar nada. Pero los pretores idearon otras fórmulas de procedimiento que se llamaron de buena fe, en las que la manera de fallar quedaba más a la discreción del juez, cosa que estaba más de acuerdo con el espíritu de la Monarquía. Por eso los jurisconsultos franceses dicen: ‘En Francia, todos los procedimientos son de buena fe’*”.

pesar de esta constatación, en los casos en que Montesquieu pueda identificar alguna libertad en la interpretación de la ley o en la posibilidad de que algunos factores políticos y sociales puedan influir sobre las decisiones judiciales, la competencia para el juicio será atribuida a la Cámara Alta, compuesta exclusivamente por los nobles, clase de la cual forma parte.

Esta división de funciones entre el poder judicial y el poder legislativo tiene como presupuesto una concepción específica de ley; es decir, para Montesquieu *“La ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra”*⁴⁸². A partir de la definición de la ley positiva formulada por Montesquieu, es posible constatar que la razón humana, y no la voluntad, es el núcleo esencial de la ley. Para Nuno Piçarra, si bien Montesquieu no ha llevado a las últimas consecuencias su concepción de ley, ésta tiende a ser el único medio de constitución del Derecho, llegando, incluso, a una concepción legalista del Estado, al identificarse con el concepto de Derecho⁴⁸³.

1.2.4 – Crítica a la teoría de la división de poderes en Montesquieu

La teoría de la división de poderes en Montesquieu sufrió duras críticas. En primer lugar, por su falta de correspondencia con la realidad inglesa. Después, por tratarse de una teoría desarrollada más para defender los intereses de los nobles, clase a la que pertenecía Montesquieu, que la libertad, la burguesía y el pueblo. Y, finalmente, por no ser la separación o división de poderes más que un mito.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 10.

⁴⁸³ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos Poderes...*, *op. cit.*, p. 95.

Charles Eisenmann, en su célebre obra *l'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*⁴⁸⁴, trató de deshacer el concepto histórico mal entendido sobre la teoría de la división de los poderes en Montesquieu. Para Eisenmann, la teoría de la separación absoluta de los poderes no existe en Montesquieu, dado que, por un lado, el poder ejecutivo puede interferir en el proceso legislativo mediante el derecho o la facultad de impedir o vetar las leyes aprobadas por el poder legislativo, mientras que por otro el poder legislativo puede ejercer una constante vigilancia sobre los actos del poder ejecutivo, así como sustituir al poder judicial en al menos tres situaciones; es decir, juicio de los nobles, procesos políticos y amnistía. Para Eisenmann, no se trata de una teoría de la separación de poderes, sino de combinación, equilibrio, coordinación, fusión y vínculo entre los poderes legislativo y ejecutivo, porque para Montesquieu el poder judicial no es propiamente un poder. Los dos únicos poderes – legislativo y ejecutivo – deben ser impartidos entre tres fuerzas políticas: el Rey, los nobles y el pueblo. La cuestión de fondo, por lo tanto, apuntada por Montesquieu es de naturaleza estrictamente política; es decir, se trata del conflicto existente entre las tres fuerzas políticas de la época. Por lo tanto, el punto central de la teoría es mucho más que un problema de distribución del poder político entre las fuerzas sociales o una distribución orgánica de poder entre órganos del Estado. Planteada la cuestión en éstos términos, el gran desafío de Montesquieu está en encontrar un punto de equilibrio entre las fuerzas políticas, lo que solamente es posible cuando atribuye al Rey el poder ejecutivo, y a los nobles y al pueblo el poder legislativo, que después de dividirlo en dos cámaras, confiere la Cámara Alta a los nobles y la Cámara Baja al pueblo.

⁴⁸⁴ Cfr. EISEMANN, Charles, *l'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*, Paris, Mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 190 y ss. Y, también, con respecto al mítico en la separación de poderes, FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Pensar o Direito, I. Do realismo clássico à análise mítica*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, pp. 233-317.

En esta división de poder político, el poder judicial, por el hecho de no ser reconocido como un verdadero poder, quedaría apartado⁴⁸⁵.

Partiendo de las conclusiones de Eisenmann, Louis Althusser afirma que el gobierno moderado, propuesto por Montesquieu, no corresponde a una estricta separación de poderes, así como la moderación no es una cuestión de naturaleza jurídica, sino es una propuesta de equilibrio de fuerzas; es decir, la moderación está en la “división de poderes entre las fuerzas, y la limitación o moderación de las pretensiones de una fuerza por parte del poder de las demás. La famosa separación de poderes no comienza de la división ponderada del poder entre fuerzas determinadas: el rey, la nobleza, y el ‘pueblo’”⁴⁸⁶. Una vez constatado que la cuestión central en la teoría de Montesquieu es la división de poder político entre las fuerzas sociales, Althusser afirma que en esta división los nobles serán la clase social mejor favorecida, porque además de que comiencen a ser reconocidos como una clase social de influencia política en las decisiones del Estado, están sometidos, exclusivamente, a la jurisdicción de sus pares; es decir, “en sus vidas, en sus familias y en sus bienes, los nobles estarán protegidos tanto por el rey como por el pueblo”⁴⁸⁷. Por último, Althusser rechaza la propuesta presentada por Montesquieu de división de la sociedad en tres clases: el Rey, los nobles y la burguesía, para con el apoyo de Porchnev, asegurar que el verdadero conflicto social no estaba entre el Rey y los señores feudales o entre los nobles y la burguesía, sino que se daba con el

⁴⁸⁵ *Ibidem*, pp. 154 y ss. Roberto L. Blanco Valdés, “La separación de poderes no sólo consiste en la no identificación del órgano de las tres o de dos de las tres funciones, sino también, y de forma muy fundamental, en la no atribución a ningún estamento por sí solo del ejercicio aislado o simultáneo, sino combinado y coordinado, de las funciones legislativa y ejecutiva del Estado”, en BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la constitución...*, op. cit., 88.

⁴⁸⁶ Cfr. ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, a Política e a História*, Lisboa, Editora Presença, imp. 1977, p. 135.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, pp. 137-138.

pueblo, continuamente explotado por el régimen feudal y completamente olvidado por la teoría de la división de poderes⁴⁸⁸.

2 – El modelo norteamericano de jurisdicción

2.1 – El principio de la división de poderes en el modelo norteamericano

El modelo de jurisdicción norteamericana empezó a desarrollarse durante la Revolución de Independencia de los Estados americanos (1776), alcanzando su fase más definida con la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), en la Convención de la Filadelfia. Así, con ocasión de la presentación de la propuesta constitucional para los Estados Unidos, ya habían pasado algunos años de la independencia americana, lo que permitió que los padres de la Constitución pudieran aprovechar la experiencia constitucional de los Estados de la Nación. Además de esta experiencia constitucional reciente, la organización social y política de la sociedad americana fue un factor muy importante para la definición de los contornos del principio de la división de poderes, así como el inicial concepto de poder y función jurisdiccional. En el marco de este contexto histórico, social y político la jurisdicción adquirirá características propias y muy diferentes de la concepción de jurisdicción, desarrollada posteriormente en el continente europeo.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, pp. 141-158. Sobre esta cuestión, Althusser textualmente afirma que “*interviene otra potencia diferente de la que Montesquieu hace figurar en la división del poder, otra potencia, diferente de las que recibían los honores de la teoría política: la ‘potencia’ de la masa del pueblo sobre quien se ejercía esta explotación feudal que el aparato de Estado de la monarquía absoluta tenía concretamente como función mantener y perpetuar. Porchnev renovó y reveló parcialmente este aspecto del problema y mostró que el antagonismo fundamental no oponía entonces la monarquía absoluta a los señores feudales ni tampoco la nobleza a la burguesía que en su totalidad se integraba en el régimen de explotación feudal y de él se aprovechaba, sino el propio régimen feudal a las masas sometidas a su explotación. Este conflicto fundamental no mereció ni el relieve ni los teóricos de los conflictos secundarios*”, *Ibidem*, pp. 152-153.

Resulta imposible tratar la jurisdicción sin antes situarla dentro del principio de la división de poderes, puesto que la exacta definición de la jurisdicción, en cuanto poder y función, sólo puede ser delineada dentro del reparto del poder político entre los principales órganos del Estado, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, esto porque cuanto mayor sea la participación o cuota de poder de uno de estos poderes, menor será la de los demás. Esta cuestión se encuentra en la base de los debates sobre la conveniencia o la necesidad del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, así como sobre cuál sea el órgano que deba encargarse de esta especial misión.

Como podemos ver, tanto en Locke como en Montesquieu, el principio de la división de los poderes tiene la finalidad de contener el poder por el propio poder. Este control es posible sólo a través de una división de este poder entre más de un centro de poder, haciendo que nadie sea titular de todo el poder político, sino sólo de alguna parte de este poder. Además de la división de las tres funciones básicas entre tres órganos distintos, legislativo, ejecutivo y judicial, también se establecen los mecanismos estructurales de contención para evitar la indebida invasión o hipertrofia de uno de estos poderes en detrimento de los demás. En Estados Unidos de América el principio de la división de poderes fue adoptado con una finalidad muy clara; es decir, contener la eventual expansión del poder legislativo sobre los demás poderes, puesto que la historia reciente había dado señales de que esta expansión era una tendencia natural de este poder⁴⁸⁹.

La Revolución Americana (1776) se produjo al precio de una gran crisis económica, durante la cual surgió una nueva clase social, la de los

⁴⁸⁹ Cfr. BERGER, Raoul, *Congress v. The Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1969, pp. 8-16; S. CORWIN, Edward, *The Doctrine of Judicial Review. Its legal and historical basis and other essays*, Massachusetts, Peter Smith, 1963, pp. 35-36; BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 108.

deudores. La parte más pobre de la población, campesinos y pequeños comerciantes, había ayudado a la financiación de la guerra y había arriesgado la vida por una promesa de días mejores. Sin embargo, al final de la guerra, antes de cualquier conmemoración, los acreedores tocaron a las puertas de los deudores. Los acreedores ingleses exigían de los grandes comerciantes americanos el pago de las deudas en dinero. Éstos, a su vez, también presionaban a los campesinos y a los pequeños comerciantes, sus deudores, para que pagaran sus deudas en dinero para que pudieran cumplir con sus compromisos internacionales⁴⁹⁰. La escasez de moneda en el mercado obligó a los deudores a vender sus bienes, lo que no siempre era posible debido a la falta de crédito en el comercio⁴⁹¹. Una buena parte de la sociedad, adeudada y sin condiciones de pagar las deudas, era llevada a los tribunales, donde, cuando no perdían todo el patrimonio, terminaban en la prisión.

El pueblo endeudado, organizado en asambleas populares, empezó a rebelarse contra las condenas y a exigir del poder legislativo, en diversos Estados de la Nación, la emisión de papel moneda para posibilitar el pago de las deudas. Las legislaturas, presionadas por las asambleas populares y pretendiendo evitar actos subversivos, comenzaron, una tras a otra, a autorizar la emisión de papel moneda, atendiendo, al menos en parte, a las reivindicaciones populares. En el Estado de Rhode Island, la clase de los deudores llegó a ser elegida con un programa de gobierno destinado a mejorar las condiciones de los deudores.

⁴⁹⁰ Cfr. AMASA WALKER, Francis, *The Making of a Nation 1783-1817*, New York, Scribner, 1895, cap. 1; MCDONALD, Forrest, *The Formation of the American Republic 1776-1790*, Cambridge, Penguin Books, 1965, cap. 5; BOLLES, Albert, *The Financial History of the United States from 1774 to 1789*, New York, Augustus M. Kelley, 1969; GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 17-23.

⁴⁹¹ Cfr. S. ONUF, Peter, *The Origins of the Federal Republic*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1983, p. 177.

Así, por primera vez, la clase acreedora, compuesta por los grandes propietarios y comerciantes, vio sus intereses contrariados a través de uno de los órganos del Estado, la legislatura. Según Gordon Wood, “*era la fuerza de la misma ley de los estados, y no la anarquía o la ausencia de leyes, lo que estaba afectando a las nuevas repúblicas*”⁴⁹². El movimiento popular a favor de la emisión de papel moneda desencadenado en los diversos Estados de la Nación, con repercusión sobre las legislaturas, fue uno de los principales factores de preocupación de la clase conservadora, que vio a la población contrariar sus intereses mediante un medio legítimo: la ley aprobada por el Estado.

La reacción de las legislaturas a favor de los deudores, aunque bajo presión de los movimientos populares, puso de manifiesto el gran poder de los representantes del pueblo en el poder legislativo y el peligro de las eventuales mayorías victoriosas. El poder de las legislaturas, revelado en las disputas políticas en torno a las deudas de la guerra, fue un tema de intenso debate durante la Asamblea Constituyente, habiendo sido un factor de decisiva influencia en la definición estructural del principio de la división de poderes y, por consiguiente, en los contornos que comenzaron a delinearse en el ámbito de la jurisdicción.

En “El Federalista n° 48”⁴⁹³, Madison, aprovechándose de la experiencia constitucional de los Estados de Virginia y de Pensilvania, apunta al poder legislativo como el más peligroso de los tres poderes del Estado. Según Madison, “*El legislativo extiende por doquier su ámbito de actividad y arrastra todo el poder hacia su impetuoso torbellino*”. Después de constatar que el poder legislativo tiene una tendencia expansionista ilimitada, así como atrae para sí mismo, como un torbellino, todo lo que

⁴⁹² WOOD, Gordon, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, New York, Scribner, 1969, pp. 405-406.

⁴⁹³ *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Selección e introducción de Ignacio Sánchez-Cuenca y Pablo Lledó, Madrid, Alianza, 2002, pp. 135-141.

está a su alrededor, Madison apunta que para evitar esta acción deletérea de lo legislativo, aunque sea necesaria, no es suficiente la definición y el establecimiento de límites constitucionales para los diversos órganos del Estado⁴⁹⁴.

Para Madison, el hecho de que las constituciones estatales hayan adoptado el principio de la división de poderes, así como definido las funciones de cada uno de los poderes, no fue suficiente para evitar la hipertrofia del poder legislativo en detrimento de los demás poderes, puesto que más que reconocer la necesidad de una división de poder, era imprescindible el establecimiento de mecanismos estructurales de control de un poder sobre otro – sistema de frenos y contrapesos. Uno de los principales objetivos de la adopción del principio de la división de poderes en la Constitución americana, además de preservar la libertad y la autonomía de los poderes en el ejercicio de sus funciones, fue el de establecer un freno al continuo proceso de expansión del poder legislativo, que había comenzado con los Estados americanos, a partir de las primeras constituciones estatales⁴⁹⁵.

En “El Federalista nº 47”⁴⁹⁶, frente a la crítica de los adversarios que entendían vulnerada la máxima de la división de poderes, Madison trató, específicamente, de la defensa del principio de la división de poderes contenida en la propuesta constitucional de la federación. Después de repasar las Constituciones de New Hampshire, Massachussets, Rhode Island, Connecticut, Nueva Cork, Nueva Jersey, Pensilvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia, Madison llega a la conclusión de que en ninguna de estas Constituciones la separación de poderes fue absoluta sino que en todas

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 136 y 141.

⁴⁹⁵ Cfr. BERGER, Raoul, *Congress v. The Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 10-12; S. CORWIN, Edward, *The Doctrine of Judicial Review...*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

⁴⁹⁶ *Artículos federalistas...*, *op. cit.*, pp. 126-134.

ellas, en grados diferentes y de acuerdo con el contexto político de cada uno de los Estados, existe una interferencia de un poder sobre las actividades del otro. Para Madison, Montesquieu nunca dijo que los poderes no podrían ““intervenir parcialmente *en los actos de los demás*, o controlarlos *de algún modo*”. En efecto, lo que Montesquieu sostuvo fue que jamás un poder podría ejercer todas las funciones de otro poder, dado que, en este caso, “*cuando todas las funciones de un poder son ejercidas por los mismos que ejercen todas las funciones de otro poder, se conculcan los principios fundamentales de una constitución libre*”⁴⁹⁷.

Sobre los mecanismos estructurales necesarios para la efectividad del principio de la división de poderes, Madison empezó a tratar en “El Federalista nº 51”⁴⁹⁸. Para asegurar la libertad, además de la adopción del principio de la división de poderes, es necesaria la creación de eficaces mecanismos en la estructura interna del Estado con la finalidad de evitar, resistir o reaccionar ante indebidas invasiones de un poder sobre las áreas de actuación de otro poder. Como mecanismo estructural para evitar las indebidas intervenciones, Madison sostiene que con ocasión del nombramiento de los miembros de cada poder, la influencia de un poder sobre el otro debe ser la menor posible, así como debe ser mínima la intervención de un poder sobre otro cuando se trata de definir la remuneración de los cargos. Además de este mecanismo específico, Madison también defiende la adopción de una cláusula de principio según la cual debe ser dado a cada uno de los poderes los medios constitucionales necesarios y proporcionales con respecto al riesgo de agresión, permitiendo que la ambición pueda controlar su propia ambición⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 128.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, pp. 148-154.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 149.

La cuestión del papel moneda, así como las siguientes actuaciones de las legislaturas ante los desafíos de su tiempo, contribuyó a que la clase política comenzara a tener una visión conservadora de las legislaturas, en la cual las pasiones y la ignorancia del pueblo actuaban de forma más influyente y decisiva que la razón y el conocimiento, con relación a la elaboración de las leyes, lo que exigía la definición de límites para su actuación. Según Roberto Gargarella, se consolidó la idea de que las asambleas habían actuado con inaceptable imprudencia, de forma rutinaria, lo que exigía la creación de algunos límites⁵⁰⁰. Para llegar a esta conclusión, había una convicción generalizada de que “*en política existían algunos pocos ‘principios verdaderos’, que no podían ser percibidos por la ‘ciudadanía común’*” y de que “*las mayorías tendían a actuar irracionalmente*”⁵⁰¹.

Además de las pasiones y de la ignorancia de los miembros de las asambleas, Madison dedicó en “El Federalista nº 10” la descripción del comportamiento partidario o del peligro de las mayorías ante las minorías legislativas. Por comportamiento partidario o faccioso, Madison entiende que se trataba de “*un número de ciudadanos, ya sea una mayoría o una minoría de la totalidad, unidos y animados por el impulso común de una pasión o de un interés, opuesto a los derechos de otros ciudadanos o a los intereses permanentes y globales de la comunidad*”⁵⁰². En cuanto a los partidos minoritarios, Madison no tenía mayores preocupaciones, esto porque, según su comprensión, los principios republicanos serían suficientes para imponer límites a estos partidos. Toda la preocupación estaba destinada a los partidos mayoritarios, los cuales carecían, en principio, de límites para sus proyectos despóticos, que al mismo tiempo

⁵⁰⁰ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, op. cit., p. 26.

⁵⁰¹ *Ibidem*, pp. 27-29. Sobre los principios verdaderos Hamilton lo trata en ‘El Federalista’ nº 17 y 31, mientras que Madison en ‘El Federalista’ nº 44. Sobre las pasiones y la ignorancia de las mayorías eventuales, Hamilton lo trata en ‘El Federalista’ nº 71 y 76 y Madison en ‘El Federalista’ nº 55 y 58.

⁵⁰² *Artículos federalistas...*, op. cit., p. 67.

pretendían atender a sus intereses en detrimento de las minorías y del bien público⁵⁰³.

En el mismo artículo del Federalista, Madison enfrenta la cuestión de los partidos bajo dos ángulos distintos. En cuanto a las causas de la existencia de los partidos, entiende que resulta imposible eliminarlas, puesto que el origen de los partidos o de las facciones está ligado a la propia naturaleza humana, continuamente inclinada a la animosidad mutua y a la distinta y desigual distribución de la propiedad entre los ciudadanos. Así, tanto la innata disposición del ser humano para el conflicto, como la intransigente defensa de sus propios intereses económicos, cooperan en la imposibilidad de eliminación de las causas justificadoras de la existencia de los partidos en las legislaturas.

Por tanto, según Madison, la única medicina para enfrentar esta cuestión es encontrar los medios necesarios y suficientes para controlar las consecuencias producidas por la actuación de estos partidos, puesto que como todos saben, no es posible fiarse sólo de la moral y de la religión como un freno adecuado. La medicina, para Madison, está “*en la extensión y adecuada estructura de la Unión*”, es decir, “*un remedio republicano para las enfermedades más frecuentes del gobierno republicano*”⁵⁰⁴.

La preocupación central de Madison era encontrar una fórmula para proteger las minorías ante los ataques de las mayorías en las asambleas. Sin embargo, se impone una aclaración. En aquellos días el grupo social conocido como minoría era muy distinto de lo que hoy en día se puede entender por minoría. En la actualidad, las minorías se encuentran entre los grupos menos favorecidos de la sociedad, sin poder político o económico suficiente para la defensa de sus intereses. Sin

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 70.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, pp. 68-71.

embargo, durante la constituyente de los Estados Unidos de América, las minorías estaban compuestas de grandes propietarios y comerciantes, acreedores de la guerra, con poder económico suficiente para la defensa de sus intereses, los cuales estaban corriendo el grave riesgo de perder su poder político, en el caso que la república no dispusiera de los medios para controlar las embestidas de la desposeída mayoría de la población⁵⁰⁵.

Así, nadie dudaba de que la sociedad americana estuviera dividida en clases representativas de los más diversos intereses contrapuestos; sin embargo, entre todas ellas, la más relevante división se daba entre “*los que tienen y los que no tienen propiedad*”⁵⁰⁶. El gran desafío de la constituyente americana era concebir una república en la cual las más importantes clases de ciudadanos estuviesen representadas en el Estado con suficiente poder para defender sus intereses.

De esta forma, el principio de la división de poderes, además de su justificación teórica, también comienza a contar con una justificación histórica, política y social. La división del poder presuponía la división del poder político en centros de poder relativamente independientes entre sí, legislativo, ejecutivo y judicial, con mecanismos estructurales aptos para evitar las indebidas invasiones de un poder sobre las áreas de actuación de los demás poderes. Así, la república debería garantizar el acceso de las diversas clases sociales a los distintos centros de poder político, para que todas ellas estuviesen, de alguna forma, representadas en la república con poderes y mecanismos eficaces para la defensa de sus intereses. Para los constituyentes, la conexión entre el principio de la división de poderes y la división de clases de la sociedad se daba en el ámbito del poder legislativo mediante un sistema bicameral, en el cual la

⁵⁰⁵ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, op. cit., pp. 33-34.

⁵⁰⁶ *Artículos federalistas...*, op. cit., p. 69.

Cámara baja, elegida directamente, representaba los intereses de la mayoría de la población, mientras que la Cámara alta, elegida indirectamente, garantizaba la participación de la clase minoritaria en los altos cargos del Estado⁵⁰⁷.

Además del peligro impuesto por la legislatura a los otros poderes del Estado, un segundo hecho que contribuyó decisivamente a la construcción del principio de la división de poderes durante el proceso de la convención constituyente de Estados Unidos fue la homogeneidad social de la sociedad americana⁵⁰⁸, factor que hizo posible la legitimación democrática de todos los poderes del Estado. Según Roberto Valdés, será esta homogeneidad de la sociedad la que no sólo permitirá, sino que también exigirá en América del Norte la elaboración de la división de poderes en términos bien diferentes de lo que estaba siendo presentado en el continente europeo⁵⁰⁹.

A pesar de que la sociedad americana estaba dividida en clases sociales, especialmente, entre los poseedores y los no poseedores de propiedades, estas clases no se equiparon a las antiguas instituciones medievales europeas, las cuales necesitan ser superadas por el Estado moderno europeo. Las diversas clases sociales en América, a pesar de ser distintas económicamente, en los derechos políticos son iguales, razón por la cual, tanto una como otra deberán buscar espacio de representación dentro de los poderes del Estado a través de un proceso democrático de legitimación política⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, op. cit., pp. 36-38.

⁵⁰⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Vol. I, Madrid, Alianza, 2002, p. 71.

⁵⁰⁹ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución*, op. cit., pp. 112-113.

⁵¹⁰ Para Nuno Pizarra "no es menos cierto que los (Founding Fathers) tenían la perfecta noción de que la estructura social que servía de punto de partida para Montesquieu nada tenía a ver con la que encontraban *in loco*. Afirieron con precisión y elocuencia: mientras que la constitución inglesa descrita por el autor francés tenía efectivamente como base *three orders of people distinct in their situation, their possession and their*

La división de poderes en la Constitución americana representa la primera experiencia de implantación de este principio en sus términos orgánico y funcional, independientemente de la estructura y de la división estamental de la sociedad, puesto que hasta aquel momento histórico la división de poderes había encontrado su expresión sólo en el ámbito de las constituciones mixtas. Es en este concepto de constitución donde podremos encontrar los antecedentes remotos de la moderna teoría de la división de poderes.

Aunque existan diversos conceptos de constitución mixta⁵¹¹, todos ellos abarcan en su núcleo duro la necesidad de que todas las clases sociales o estamentos, Rey, nobles y pueblo, estén representados al menos en uno de los órganos del Estado. En virtud de que la sociedad americana se encuentre igualada en derechos políticos, aunque dividida entre pobres y ricos, será posible, por primera vez en la historia política concebir una división de poderes como un mecanismo estructural interno del Estado de control de poder, independientemente del origen de sus ocupantes, dado que todos estarán legitimados democráticamente⁵¹².

2.2 – La posición constitucional del Poder Judicial y su función jurisdiccional en el modelo norteamericano

En “El Federalista nº 78”⁵¹³, Hamilton trata, específicamente, la posición y la función del poder judicial en la estructura del Estado. Según este autor, el poder judicial es el más indefenso o débil de todos los

principles`, en América, existiendo también clases - *professional men, commercial men and landed interest*- distintas en sus objetivos, en la escala política estaban en pie de igualdad y entre sus miembros no había distinciones de orden”, en PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes...*, *op. cit.*, p. 179.

⁵¹¹ *Ibidem*, pp. 32 y ss.

⁵¹² BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 113; PIÇARRA, Nuno, *A separação de poderes...*, *op. cit.*, p. 200.

⁵¹³ *Artículos federalistas...*, *op. cit.*, pp. 195-204.

poderes, en virtud de que no posee ni fuerza ni voluntad sino sólo discernimiento. Hamilton parte de una comprensión del poder judicial muy próxima a la que había sido desarrollada por Montesquieu algunos años antes – el poder judicial es, simplemente, la boca de la ley. Para Hamilton, entre los tres poderes, el poder judicial siempre será el menos peligroso para los derechos establecidos en la Constitución. El poder ejecutivo empuña la espada en nombre de la sociedad, mientras que el poder legislativo, además de disponer del erario, dicta las disposiciones reglamentarias de los derechos y obligaciones de los ciudadanos. Por otro lado, el poder judicial no tiene influencia sobre las armas o sobre el dinero, no dirige la fuerza ni la riqueza de la sociedad, y no puede adoptar ninguna decisión activa, puesto que *“En verdad, puede decirse que no tiene ni FUERZA NI VOLUNTAD, sino únicamente discernimiento; y en definitiva depende de la colaboración del brazo ejecutivo incluso para dotar de eficacia a sus fallos”*. En razón de esta fragilidad del poder judicial, *“la libertad no habrá de temer nada del poder judicial por sí solo”*⁵¹⁴.

Como consecuencia de la fragilidad del poder judicial frente a los demás poderes, éste debe estar protegido contra las indebidas invasiones, lo que solamente refuerza, una vez más, la necesidad de independencia del poder judicial frente a los demás poderes como un presupuesto de una Constitución limitada – se debe entender por Constitución limitada la que impone restricciones al poder legislativo. Así, será la independencia del poder judicial, asegurada por la estabilidad de los jueces en sus cargos, la que permitirá a este poder proteger la Constitución y los derechos de los ciudadanos de los ataques de los demás poderes⁵¹⁵.

⁵¹⁴ *Ibidem*, pp. 196-197.

⁵¹⁵ *Ibidem*, pp. 198 y 203.

Desde los primeros debates en la Convención de Filadelfia, dos constataciones fácticas se presentaron de forma pacífica entre los constituyentes: la primera, era la necesidad de establecer los mecanismos estructurales destinados a controlar y frenar las asambleas legislativas; y la segunda, era la de que los miembros del poder judicial eran formados por personas selectas y fiables, debido a sus estudios, al modo de selección, su estabilidad en el cargo y al aislamiento de la sociedad con relación a los intereses partidarios. Sin embargo, en este primer momento las atribuciones constitucionales del poder judicial aún no eran muy claras⁵¹⁶.

Ante la función atribuida al poder judicial, en “El Federalista nº 78” Hamilton afirma que es función de este poder hacer prevalecer la Constitución sobre las leyes en caso de conflicto. Según Hamilton, *“La interpretación de las leyes corresponde apropiada y particularmente a los jueces. De hecho, una constitución es, y así deben considerarla los jueces, una ley fundamental. En consecuencia, a éstos incumbe esclarecer su significado, así como el de cualquier disposición concreta que emane del cuerpo legislativo. Y si existiera una discrepancia inconciliable entre ambas, la que tiene fuerza vinculante y validez mayores debería, obviamente, prevalecer; o, en otras palabras, debería prevalecer la Constitución sobre la ley, así como la intención del pueblo sobre la intención de sus mandatarios”*⁵¹⁷. De esta afirmación realizada por Hamilton, podemos extraer dos importantes conclusiones para esta investigación. La primera, es la de que el control de constitucionalidad de la norma es parte integrante de una función propia del poder judicial, la interpretación jurídica y la aplicación de las leyes. La segunda, es la de que el control de constitucionalidad de la norma atribuido al poder judicial tiene como presupuesto la imputación de un valor superior a la

⁵¹⁶ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, op. cit., p. 39.

⁵¹⁷ *Artículos federalistas...*, op. cit., p.199.

Constitución, esto porque solamente es posible concebir un control de las leyes a partir de la Constitución si la propia Constitución está dotada de una fuerza normativa superior al de los actos normativos controlados. Así, la Constitución americana, además de su significado político, también está dotada de naturaleza normativa, lo que la distingue profundamente de las constituciones del continente europeo.

En la Constitución americana, por primera vez, se establece un procedimiento legislativo específico y más complejo para la reforma del texto constitucional. Para Roberto Blanco, la virtud jurídica de esta innovación está mucho más en el significado de su inclusión en el texto constitucional que en su utilidad práctica para adecuar la Constitución a las cambiantes circunstancias políticas y sociales. Según el autor, la virtud de este procedimiento complejo de reforma fue la de *“convertir a la Constitución, dado su carácter de norma rígida, en norma superior del ordenamiento jurídico, por lo tanto indisponible para los poderes constituidos y, de manera muy especial, para el poder legislativo ordinario del Estado”*⁵¹⁸. Esta disposición constitucional sufrió duras críticas bajo el argumento de su total no idoneidad para realizar los fines propuestos en su texto. Sin embargo, más que un proceso legislativo de reforma de la Constitución, que por sus requisitos convertía una reforma en un proceso casi inviable, su adopción dio a la Constitución una naturaleza normativa superior a todas las demás normas del Estado, subordinando, a causa de su supremacía normativa, todos los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

La supremacía normativa de la Constitución americana, en cuanto instrumento estructural de subordinación de los poderes del Estado a la Constitución, sólo puede tener efectividad si existe alguna especie de control de constitucionalidad sobre los actos que desafían la Constitución.

⁵¹⁸ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, op. cit., pp. 121 y 128.

Como afirma Madison en “El Federalista n° 48”, la misma relación necesaria existente entre el principio de la división de poderes y el establecimiento de un mecanismo de control sobre esta división se da entre la supremacía normativa de la Constitución y el control de constitucionalidad, puesto que esta supremacía, sin un mecanismo de corrección de los abusos e insubordinaciones de los poderes, eliminaría la superioridad normativa de la Constitución. De esta forma, el control de constitucionalidad tiene como presupuesto la superioridad normativa de la Constitución sobre todos los demás actos del Estado, actuando el texto constitucional como un parámetro de constitucionalidad de toda la actividad estatal. Sin embargo, también es verdad que la efectividad de la superioridad normativa de la Constitución tiene como presupuesto la existencia de un mecanismo de control de constitucionalidad, sin el cual las eventuales inconstitucionalidades menoscabarían la fuerza normativa de la Constitución.

Según Hamilton, la necesidad de este control es una consecuencia natural del principio de que cualquier mandatario (legislador) puede disponer contra los intereses del mandante (pueblo). Para Hamilton está claro que en la confrontación entre la voluntad del legislador, expresada en la ley, y la voluntad del pueblo, revelada en la Constitución, ésta debe prevalecer sobre aquélla, bajo pena de que el siervo posea más poder que su amo. Además, el control de constitucionalidad de la norma no puede ser ejercido por el propio poder legislativo, ya que sería lo mismo que atribuir al legislador la función de juez sobre sus propias competencias. Así, es razonable que el poder judicial desempeñe la función de mediador entre los intereses del pueblo y los intereses del legislador. Por último, Hamilton concluye que la posibilidad del poder judicial de controlar los actos del poder legislativo no lo convierte en un

poder superior sino que sólo reconoce la superioridad del poder del pueblo sobre los otros dos poderes⁵¹⁹.

Partiendo del presupuesto de que todos los poderes del Estado estaban legitimados democráticamente, a ninguno de ellos podría otorgarse el poder de controlar la competencia de los demás. Por lo tanto, la cuestión estriba en saber cómo controlar el más peligroso de los tres poderes sin herir el principio democrático y la independencia de los poderes. Durante los debates de la constituyente sobre el tema se llegó a discutir la necesidad de que al pueblo, titular del mandato legislativo, se le consultara sobre las ampliaciones, reducciones o reformas de las competencias del gobierno, así como sobre las eventuales invasiones de la autoridad constitucional de un poder sobre el otro. Esta propuesta fue rechazada por Madison en “El Federalista nº 49”⁵²⁰, donde sostuvo que en las consultas populares normalmente la pasión prevalece sobre la razón, aunque sólo ésta deba controlar y regular el gobierno, motivo por el cual el llamamiento del pueblo no sería una medida ni apropiada ni efectiva. En el curso de los debates constituyentes una gran parte de sus participantes se manifestó, directa o indirectamente, a favor del control judicial sobre la legislatura, hecho que se repitió en las convenciones estatales, instituidas para la ratificación de la propuesta de Constitución⁵²¹.

Sin embargo, aunque mucho se ha dicho acerca de la necesidad de un control de la legislatura y del importante papel que el poder judicial podría ejercer en este control, el texto de la Constitución americana fue aprobado sin ninguna mención expresa a esta fundamental atribución constitucional. Exactamente por este motivo es que el caso *Marbury versus Madison*, juzgado por la Suprema Corte de Estados Unidos en

⁵¹⁹ *Ibidem*, pp. 198-199.

⁵²⁰ *Artículos federalistas...*, *op. cit.*, pp. 142-147.

⁵²¹ GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, *op. cit.*, pp. 40-42.

1803, tuvo una importancia histórica, ya que fue a partir de este precedente cuando la competencia sobre el control de constitucionalidad del poder judicial – *judicial review* – quedó definitivamente asentada por la Suprema Corte. A pesar de que el control de constitucionalidad no fuera una cuestión nueva para los constituyentes – antes de la Convención de la Filadelfia, por lo menos en nueve oportunidades los tribunales estatales ya habían realizado el control de constitucionalidad de las leyes⁵²² – sólo con el caso *Marbury versus Madison* la Suprema Corte tuvo la oportunidad de afirmar lo que los fundadores de la Constitución americana no dijeron expresamente en el texto constitucional.

Para finalizar, esta nueva función jurisdiccional, Alexis de Tocqueville, en su visita por América, llega a la siguiente conclusión: “*El juez americano se parece en todo, pues, a los magistrados de otras naciones. Pero está revestido de un inmenso poder político. ¿Cuál es la razón? El juez se mueve en el mismo círculo y se vale de los mismos medios que los otros jueces. ¿Por qué, pues, posee un poder de que éstos carecen? Este solo hecho es la causa: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales*”⁵²³.

⁵²² S. CORWIN, Edward, *The Doctrine of Judicial Review...*, *op. cit.*, pp. 36, 39-40 y 71-75. Y, también, en precedente más remoto, tenemos la teoría de la supremacía de la *common law* sobre la autoridad del Parlamento defendida por Sir Edward Coke en el célebre caso *Bonham's case* de 1610, por medio de la cual se atribuye al juez la función de controlar el parlamento, en CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, pp. 57-63; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma...*, *op. cit.*, pp. 123-128; DORADO PORRAS, Javier, *La lucha por la Constitución, Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 67-80.

⁵²³ TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América...*, *op. cit.*, p. 156.

3 – El modelo francés de jurisdicción

3.1 – El principio de la división de poderes en el modelo francés

La cuestión sobre la división de poderes en el contexto de la Revolución Francesa se dio en el ámbito de una gran disputa por el poder político. A diferencia de los Estados Unidos de América, en Francia la revolución se encontraba ante las estructuras políticas del Antiguo Régimen, las cuales necesitaban ser superadas por una nueva concepción de Estado y de distribución de poder. Mientras que en los Estados Unidos de América el Presidente de la República, representante del poder ejecutivo, detenía la legitimidad democrática, en Francia el Rey no sólo representaba los valores del Antiguo Régimen sino que carecía de toda legitimidad democrática, razón por la cual la Asamblea Nacional Constituyente, siempre que se encontró con grandes cuestiones de división de poderes entre el ejecutivo y el legislativo, se decantó por privilegiar el poder legislativo en detrimento del ejecutivo, personificado en la persona del Rey. Es en este contexto histórico, social y político donde el principio de la división de poderes será plasmado en Francia y, posteriormente, extendido a los demás Estados del continente.

La Revolución Francesa fue un gran divisor de aguas en la historia de Francia y del continente europeo cuando estableció nuevos elementos estructurales de una moderna concepción de Estado y de sociedad. Según Alexis de Tocqueville (1856), el objetivo principal de la Revolución Francesa no fue, concretamente, destruir el poder religioso o debilitar un gobierno antiguo, sino para *“abolir la forma antigua de la sociedad, hubo de atacar a la vez a todos los poderes establecidos, cancelar todas las influencias reconocidas, borrar las tradiciones, renovar las costumbres y los usos, y vaciar de alguna manera el espíritu humano de todas las ideas sobre las que hasta ese momento se habían fundado el respeto y la obediencia. De ahí la anárquica singularidad de su carácter”*. Para

Tocqueville, la filosofía del siglo XVIII es considerada una de las principales causas de la revolución, ya que es en el ámbito filosófico que se hace referencia y se racionaliza el Estado, la sociedad civil, los principios de la sociedad política, como la libertad y la igualdad entre los hombres, la soberanía del pueblo y la omnipotencia del poder social. Todas estas doctrinas, además de fundamentar la revolución, también conformaron su sustancia duradera como herencia para otros tiempos⁵²⁴.

La preocupación de los constituyentes americanos por los excesos del poder legislativo influyó sobre la forma en cómo se adoptó el principio de la división de poderes y definió la función del poder judicial. Del otro lado del Atlántico, los constituyentes franceses, recién salidos del Antiguo Régimen, en medio de los escombros de las antiguas instituciones medievales, las cuales insisten en sobrevivir a la Revolución, ven en el Rey, la monarquía absoluta, y en los parlamentos, los tribunales de justicia ocupados por la nobleza, un gran peligro para la consolidación de la Revolución, preocupación que permanecerá en el centro de todo el proceso constituyente de la Constitución de 1791. La experiencia reciente del pueblo francés con el recrudecimiento del absolutismo y las disputas por el poder entre el Rey y los parlamentos⁵²⁵, influyeron decisivamente

⁵²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen... op. cit.*, pp. 59-62

⁵²⁵ Según Mauro Cappelletti, los "tribunales, cuyo nombre era irónicamente el de Parlamentos, imponían su poder de revisión sobre los decretos del soberano, rehusando aplicar aquellos que eran incompatibles con las "leyes fundamentales del reino". La interpretación que daban aquellos tribunales a esas leyes fundamentales, generalmente no escritas, condujo a los tribunales a afirmar la 'heureuse impuissance' del legislador para introducir reformas liberales por menores que fueran. Aquellos jueces estaban tan profundamente arraigados en el régimen feudal que encontraban inaceptable cualquier innovación liberal. Su oficio era hereditario y podía ser comprado o vendido, su actividad debía ser pagada por cada litigante, como si fuese un privilegio el impartir justicia y no un deber. Su status, su educación y sus intereses personales, de familia y de clase formaban un conjunto que motivaba su actitud extremadamente conservadora, actitud que contribuyó finalmente a provocar la eclosión revolucionaria", en CAPPELLETTI, Mauro, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la 'Justicia Constitucional'", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, Madrid, mayo-agosto/1986, p. 20. Y, también, CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado...*, op., cit., pp. 94-98.

sobre la concepción del nuevo Estado francés, en la división de poderes y en la definición de las funciones del poder judicial.

En Alemania las instituciones medievales se mantuvieron con mayor vigor durante el siglo XVIII, mientras que en Francia el Estado feudal se presentaba más odioso ante el pueblo, lo que llevó a la eclosión de la Revolución Francesa. Actuando como una de las causas próximas de la Revolución está la división de la propiedad rural en una gran inmensidad de pequeñas propiedades, transformando los campesinos franceses en propietarios rurales. Además de la multiplicación de las pequeñas propiedades rurales, una segunda causa fue decisiva para el inicio del proceso revolucionario; es decir, la creciente debilidad del yugo de los señores feudales sobre los campesinos, ahora propietarios, a causa de un largo y creciente proceso de centralización del poder político en torno a la persona del Rey – Estado absoluto, que a través de su Consejo Real desempeñaba todas las funciones del Estado, legislativa, directiva y judicial. Para Tocqueville éstas son las dos principales causas que llevaron a Francia hacia un proceso revolucionario. El poder de los señores feudales sufrió dos duros golpes, puesto que, si por un lado los campesinos, hasta entonces siervos de los señores feudales, comenzaron a ser los propietarios de sus pequeñas tierras rurales, por otro, la concentración de poderes en manos del Rey terminó por agravar la crisis en la relación de subordinación entre los campesinos y sus señores, desnudando y haciendo insoportables los derechos feudales del Antiguo Régimen, los cuales dificultaban o incluso impedían el libre desarrollo de los nuevos propietarios rurales⁵²⁶.

Es dentro del proceso de Revolución Francesa donde encontramos el contexto histórico, social y político de la construcción de la nueva concepción de Estado y de sociedad, dentro de los cuales será concebido

⁵²⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen... op. cit.*, pp. 79-82.

el principio de la división de poderes y, principalmente, la definición de poder y función del poder judicial, las cuales serán, al final, como podemos ver, muy diferentes de la que fuera concebida con ocasión de la Revolución Americana⁵²⁷.

La filosofía de las luces fue promotora de la valorización de la libertad y de la igualdad en la sociedad francesa, valores éstos que influyeron decisivamente sobre la nueva concepción de Estado y la sociedad civil, los cuales terminaron plasmados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por aclamación en la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789. Los constituyentes franceses adoptaron una concepción lockeana de Estado al definir la finalidad de la asociación política como la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, entre ellos, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión⁵²⁸. La asociación política no era la institución creadora de los derechos del hombre y del ciudadano, dado que antes de la institución del Estado el hombre ya era titular de derechos naturales. Así, a pesar de que el Estado no había creado estos derechos, trató de reconocerlos por medio de la declaración, así como reforzó los mecanismos para garantizar su fruición⁵²⁹.

⁵²⁷ Cfr. BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, op., cit., pp. 208.

⁵²⁸ “Art. 2º. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Para Michel Vovelle, uno de los mayores historiadores franceses, “*La Revolución sustituye la desigual ordenación jerárquica de la sociedad del Antiguo Régimen por la afirmación de la igualdad: ‘los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos’. Eso supone hacer tabla rasa con todos los privilegios y servidumbres anteriores.*” El convencional Cambon, citado por Michel Vovelle, en el día siguiente a la muerte del Rey (23 de enero de 1793) afirmó: “*Acabamos de desembarcar en la isla de la libertad y de quemar el navío que nos ha traído hasta aquí*”, en VOVELLE, Michel, *Introducción a la Revolución francesa*, trad. Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 72 y 145.

⁵²⁹ Enmanuel Sieyes, en su segunda fase, después de la experiencia jacobina, escribe sobre los fundamentos del Estado (1794), oportunidad en la cual afirma que “*Los derechos del hombre son, pues, anteriores a todo y nada pierden al entrar aquél en sociedad. Al contrario, el gran objetivo de la asociación política es dotarlos de una más*

Para Enmanuel Sieyes, en su trabajo sobre los límites de la soberanía (1794), la principal diferencia entre un Estado absoluto y el poder político está en el hecho de que éste se encuentra, desde el principio, limitado por su objetivo político⁵³⁰. La consagración de los derechos naturales en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aprobada antes de la Constitución de 1791, produjo una forma peculiar de constitucionalización de los derechos del hombre y del ciudadano, porque la Declaración materializó un objetivo político y, por consiguiente, comenzó a actuar como un marco delimitador de la actuación del Estado que se concibió con ocasión de la Constitución de 1791. El mismo fenómeno se dio con las declaraciones de derechos que antecedieron las Constituciones de 1793 y 1795. Así, aunque la declaración fuera una especie peculiar de constitucionalización de los derechos fundamentales, sirviendo como parámetro de legalidad de las Constituciones de 1791, 1793 y 1795, otra cuestión es saber de la existencia de controles eficaces frente a situaciones de violación de los derechos naturales por los poderes constituidos, que iremos tratando más adelante.

La Asamblea Nacional, responsable de la aprobación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, así como de la Constitución de 1791, reconoció en el principio de la división de poderes un elemento esencial para la propia definición de Constitución. La opción por una concepción orgánica de Constitución está expresamente contemplada en la Declaración⁵³¹, para la cual el principio

sólida garantía, situándolos bajo protección de la comunidad. Ahora bien, importa no olvidar que proteger los derechos no es, en absoluto, lo mismo que crearlos ni concederlos. ... Estos anteceden a todo, y todo debe estar a su servicio en el seno del Estado", en SIEYES, Enmanuel, *Escritos y Discursos de la Revolución*, trad. Ramón Máiz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 236.

⁵³⁰ SIEYES, Enmanuel, *Escritos y Discursos...*, *op. cit.*, p. 247.

⁵³¹ "Art. 16. Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución" (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Para Sieyes el verdadero sentido de la

de la división de poderes es un elemento nuclear de la Constitución, sin el cual no existe Constitución. Esta afirmación gana más fuerza cuando los constituyentes franceses no identificaron otra forma de violación de los derechos del hombre y del ciudadano – los derechos fundamentales – que no fuera la propia violación del principio de la división de poderes y, por consiguiente, de la Constitución⁵³². En otras palabras, sería suficiente para la protección de los derechos naturales la adopción del principio de la división de poderes por la Constitución.

El principio de la división de poderes, adoptado por los constituyentes franceses como un elemento nuclear de la Constitución era totalmente desconocido en la historia política de Francia. Léon Duguit (1893) afirma que no existe ningún registro del principio de la división de poderes en la historia de las instituciones francesas, ya sea en los memoriales de los Estados Generales, ya sea en las reivindicaciones de los parlamentos o en los cuadernos de 1789. Para Duguit, las fuentes de dónde bebieron los constituyentes franceses acerca del principio de la división de los poderes fueron las obras de Montesquieu, la Constitución inglesa y la Constitución americana⁵³³.

En cuanto a la obra *Del Espíritu de las Leyes* y a la Constitución inglesa, según Duguit, los constituyentes franceses de 1789 no tomaron más que “*las fórmulas generales*” del principio de la división de poderes, olvidándose de todas las restricciones y de la necesaria colaboración y

palabra *constitución* es “*relativo al conjunto y a la separación de los poderes públicos. Por ello no es la Nación, en modo alguno, lo que se constituye, sino el Establecimiento político*”, en SIEYES, Emmanuel, *Escritos y Discursos...*, *op. cit.*, p. 99.

⁵³² BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 217; KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*, trad. Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 139 y ss.

⁵³³ DUGUIT, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. Pablo Pérez Tremps, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 10-11; cfr. ARA PINILLA, Ignacio, *El fundamento de los límites al poder en la teoría del Derecho de León Duguit*, Madrid, Dykinson, 2006.

solidaridad entre los poderes, según fue descrito por Montesquieu en los diversos párrafos del capítulo VI de su obra. Para Duguit, la intención de los constituyentes de concebir “*una división absoluta de poderes desemboca fatalmente en la concentración de todos los poderes en uno solo*”⁵³⁴. El establecimiento de dos poderes completamente independientes entre sí los condenó a la lucha eterna, ya que uno siempre pretenderá eliminar al otro. Tomando en consideración que uno de estos poderes está mejor armado que otro, la tendencia natural será la de la absorción del poder más débil por el más fuerte como consecuencia inexorable de una Constitución que, paradójicamente, a pesar de haber pretendido la división de poderes promovió la concentración. La tiranía de la Asamblea, durante el régimen de la Convención, es una de las consecuencias de la separación absoluta de poderes⁵³⁵.

La Asamblea Nacional, preocupada en delimitar, constitucionalmente, los poderes del Rey – institución sobreviviente del Antiguo Régimen dentro de la nueva organización política – reduciendo al máximo su participación política, pretende hacer prevalecer, de forma rigurosa, lógica y apriorística, el principio de la división absoluta de poderes. Como resultado de este postulado, la Asamblea no otorgó al Rey, titular del poder ejecutivo, ninguna especie de participación en el proceso legislativo, y tampoco le atribuyó ningún poder reglamentar. Durante los debates constituyentes acerca de la sanción real de las leyes, donde se discutió sobre el veto absoluto y el veto suspensivo, los constituyentes terminaron optando por este último, lo que permitía al poder legislativo derribar el veto suspensivo si, por lo menos dos legislaturas posteriores al veto, la ley fuera aprobada. Asimismo, como desdoblamiento natural de una división de poderes absoluta, los constituyentes decidieron que el Rey no podría convocar, suspender ni

⁵³⁴ *Ibidem*, pp. 12-17.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 132.

disolver el cuerpo legislativo, que comenzaba actuando de forma permanente.

En la defensa de una relativa división de poderes, Duguit sostiene que *“toda función estatal, en la práctica, se traduce en un acto de voluntad, en una manifestación de la persona Estado, lo que implica la colaboración continua y la solidaridad íntima entre los órganos políticos”*⁵³⁶. En el mismo sentido Sieyes, al tejer algunos comentarios sobre el proyecto de la Constitución de 1795, apunta que la unidad de poder genera despotismo, mientras que la división, genera anarquía, razón por la cual se debe intentar construir un Estado en el cual exista una división con unidad, lo que podrá garantizar la libertad. Para Sieyes, el sistema de equilibrio o de contrapesos de poderes degenera en una contra-acción o en una acción única; es decir, o los poderes no se ponen de acuerdo, generando estancamiento, o por abuso o corrupción comienzan actuando en una misma dirección, concentrando todos los poderes en una única dirección, restaurando los peligros del despotismo. Para el abad debe establecerse una unidad organizada, mediante la cual, es tan importante separar los poderes y establecer vínculos entre los poderes para forzarlos a buscar una misma finalidad, creando una unidad de acción⁵³⁷.

En cuanto a la Constitución americana, aprobada en 1787, en el Congreso de Filadelfia, los constituyentes de la Asamblea Nacional francesa tuvieron pleno acceso, así como supieron muy bien distinguir

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 35. Duguit, en su *Manual de Derecho Constitucional*, redactado muy posteriormente (1921) confirma su teoría: *“Cuando hay muchos órganos de representación, todos ellos colaboran forzosamente en todo lo que constituye la actividad general del Estado, pero su modo de participación es naturalmente diferente, hallándose regulado por la Constitución peculiar de cada país, de suerte que lo que impropiaamente se llama separación de poderes, no es más que la diversidad de participación, el diferente modo de actuar de los diversos órganos, en la actividad general del Estado”*, en DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. J. G. Acuña, Francisco Beltrán, Madrid, 1921, pp. 155-156.

⁵³⁷ SIEYES, Emmanuel, *Escritos y Discursos...*, *op. cit.*, pp. 254 y 259-260.

entre los dos contextos históricos en los cuales los procesos constituyentes se desarrollaron⁵³⁸. Sin embargo, la mayoría de los constituyentes entiende que la Constitución americana expresa algunas verdades políticas incontestables, las cuales deben ser trasladadas al texto de la Constitución francesa. Entre estas verdades está el principio de la división de poderes y, principalmente, el principio de la independencia del poder judicial. Para Duguit, la justificación de la independencia del poder judicial en los Estados Unidos de América estaba en la posibilidad de que se produjera un conflicto entre los Estados de la Nación, las antiguas colonias británicas, y la naciente Unión. Así, un poder judicial independientemente e imparcial era un instrumento estructural fundamental para la concepción del Estado americano que no sólo podría impedir sino también, si fuera necesario, juzgar los eventuales conflictos acerca de la competencia entre los Estados y la Unión, garantizando, de esta forma, la unidad de la república federal. Esta misma necesidad fue lo que, inicialmente, justificó y otorgó al poder judicial el control de constitucionalidad de las leyes. Por otro lado, esta necesidad contextual distintiva, según Duguit, no fue observada por la mayoría de los constituyentes franceses que, simplemente, decidieron trasplantar aquella concepción de poder judicial independiente en un Estado unitario y centralizado con una monarquía limitada como la francesa⁵³⁹.

⁵³⁸ El diputado constituyente Lally-Tollendal, en la sesión de 31 de agosto de 1789, afirma que *"No pretendemos, en absoluto, establecer una comparación entre Francia y los Estados Unidos de América. Sabemos que esto constituiría un raro abuso de razonamiento y de la palabra, querer juntar dos pueblos y dos posiciones tan diferentes. Por un lado una República federal, formada por trece Repúblicas nacientes, en un mundo nuevo, tres millones de habitantes, es decir quinientas mil cabezas de familia, casi todos propietarios agrícolas, viviendas dispersas; sin enemigos que combatir, sin vecinos que temer, costumbres sencillas, necesidades limitadas; por otro lado, una Monarquía antigua, en el viejo mundo; veintiséis millones de personas, de las cuales dos millones, a lo sumo, son propietarios de tierras, una población amontonada, siempre con vecinos y con rivales, a menudo con enemigos exteriores, y como enemigos interiores los prejuicios, las necesidades, las pasiones, y todo lo que de ello deriva, y todo lo que debe ser su freno"*. La citación es extraída de DUGUIT, Léon, *La separación de poderes...*, op. cit., p. 19.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 21.

Además de los temores de la monarquía absoluta y de los parlamentos, la adopción del principio de la división de poderes, de forma absoluta y apriorística, sin considerar las necesidades de establecer los mecanismos estructurales de control de un poder sobre el otro, los constituyentes franceses estuvieron fuertemente influenciados por una cierta concepción de soberanía nacional. La historia de Francia reveló que en razón del principio de la soberanía nacional, los tres poderes del Estado fueron convertidos en órganos constituidos y representativos de la Nación soberana. Para Sieyes, “*Todos los poderes públicos son una emanación de la voluntad general, todos proceden del pueblo, es decir, de la Nación, toda vez que ambos términos han de ser considerados como sinónimos*”⁵⁴⁰. Sin embargo, aunque los tres poderes del Estado fueran emanación de la voluntad general, solamente el poder legislativo o “*la Asamblea nacional, [es la] única encargada de interpretar la voluntad general*”, función llevada a cabo mediante la aprobación de las leyes, ya que representa “*la única definición que puede darse de la Ley es la de considerarla expresión de la voluntad de los gobernados*”⁵⁴¹.

Es precisamente la atribución de la soberanía nacional al poder legislativo, generadora de una identidad entre la voluntad del pueblo soberano y la voluntad de la mayoría en el parlamento, expresada en la ley, que hace del poder legislativo un poder superior a los otros dos poderes. Esta concepción de soberanía representativa estuvo presente en las Constituciones de 1791, 1793 y 1795. Así, aunque se pueda hablar del principio de la división y de la independencia de los poderes, al final, siempre el poder ejecutivo y el poder judicial deberán someterse ante la ley emanada del poder legislativo, ya sea ella constitucional o no, lo que terminaría garantizando la superioridad del poder legislativo con relación a los demás poderes.

⁵⁴⁰ SIEYES, Emmanuel, *Escritos y Discursos...*, op. cit., p. 102.

⁵⁴¹ *Ibidem*, pp. 112 y 116.

En el proceso constituyente de la Constitución de 1793 la contradicción, entre el principio de la división de poderes y el principio de la indivisibilidad de la soberanía nacional, aparecerá como una cuestión que debía de ser tratada, aunque en 1791 ya existieran algunos indicios de esta preocupación. El diputado Robespierre, en la sesión del día 10 de agosto de 1791, sostiene, invocando la autoridad de Rousseau, que la soberanía nacional no puede ser delegada o dividida entre los tres poderes, razón por la cual pide la sustitución del término *poder* por *función*⁵⁴². Sin embargo, la solicitud de Robespierre no fue acogida por la Asamblea y se mantuvo en el texto de la Constitución de 1791 el término *poder*, a la vez que se adoptó, al mismo tiempo, el principio de la división de poderes y el principio de la indivisibilidad de la soberanía popular.

Al contrario de lo sucedido en 1791, la Constitución de 1793 se inspiró, especialmente, en el *Contrato Social*⁵⁴³ y en su concepción una e indivisible de la soberanía popular, punto de partida de los constituyentes de la Convención, lo que llevó a los constituyentes a no hablar más del principio de la división de poderes, sino sólo de los límites de las funciones públicas⁵⁴⁴. En el acta de la Constitución de 1793, aunque este texto constitucional nunca se había aplicado, no existe ninguna referencia a la separación tripartita del poder como sucedió en 1791, sino solamente a la división de funciones entre la Representación Nacional, el Consejo Ejecutivo y la Justicia Civil y Penal.

A pesar de que los acuerdos de 1793 hayan tratado de establecer unos límites entre las funciones de los órganos del Estado, al final el poder político terminó concentrándose, exclusivamente, en manos de la Representación Nacional, el poder legislativo. Tal hecho se dio, primero,

⁵⁴² DUGUIT, León, *La separación de poderes...*, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁴³ Cfr. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato Social...*, *op. cit.*

⁵⁴⁴ Cfr. art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y art. 24 de la Declaración de Derechos que precede a la Constitución de 1793.

porque con la muerte del Rey y la instauración de la República, el epicentro de las disputas políticas dejó de estar entre el Rey, el poder ejecutivo, y la Asamblea, el poder legislativo, para ubicarse dentro de la propia Asamblea en las disputas entre los girondinos y los montañeses. Segundo, porque la Asamblea comenzó a elegir al Consejo Ejecutivo, responsable de sus actos ante la Asamblea⁵⁴⁵. Así, la fórmula de elección y de rendición de cuentas de los miembros del Consejo Ejecutivo ante la Asamblea terminó por destruir los límites funcionales existentes entre los poderes legislativo y ejecutivo. Para Roberto Valdés *“La Constitución jacobina de junio 1793 elevó hasta sus últimas consecuencias un principio constitucional que la precedente de septiembre de 1791 había matizado en función de la necesidad de colocar institucionalmente al Rey en el conjunto de los poderes del Estado: el de la superioridad del parlamento y el que, como veremos, resultaba consecuente con aquél, el principio de la supremacía de la ley, emanación última de la voluntad parlamentaria”*⁵⁴⁶.

En la Constitución de 1795, los constituyentes franceses, después de la experiencia del terror, volvieron a hacer referencia explícita al principio de la división de poderes, así como a la necesidad de definición de los límites para las funciones del Estado⁵⁴⁷. La gran novedad del texto de 1795 está en la adopción de una Asamblea bicameral como forma de establecer unos límites al poder legislativo, puesto que el Consejo de los Quinientos era responsable por la proposición de los proyectos de ley, al Consejo de los Ancianos competía aprobarlos o rechazarlos, incluso, cuando los proyectos contuvieran algún tipo de inconstitucionalidad⁵⁴⁸.

Sin la presencia del Rey en el escenario político, la disputa por el poder durante el proceso constituyente de 1795 estaba cada vez más

⁵⁴⁵ Cfr. los arts. 63 y 72 de la Constitución de 1793.

⁵⁴⁶ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, op. cit., pp. 236-237.

⁵⁴⁷ Cfr. art. 24 de la Declaración de Derechos que precede la Constitución de 1795.

⁵⁴⁸ Cfr. los arts. 76 y ss. de la Constitución francesa de 1795.

centralizada dentro de la Asamblea. Con la aspiración de corregir los errores de la Constitución de 1793, los constituyentes de 1795 adoptaron el principio de la división de poderes, herencia de la Revolución de 1789, y acogieron en el nuevo texto constitucional el principio de la soberanía nacional representada por la Asamblea. De esta forma, el poder legislativo, expresión de la soberanía nacional, volvía, nuevamente, a encontrarse en una posición de supremacía con relación a los demás poderes del Estado.

En síntesis, las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, en lo que respecta a nuestra investigación, sufrieron los reflejos de la Revolución de 1789 y de la concepción y adopción del principio de la soberanía nacional, mediante el cual se reconoció en el poder legislativo el legítimo representante de la voluntad general y soberana del pueblo. Por más que el principio de la división de poderes o de limitación de las funciones, también adoptados por los constituyentes franceses, fuera un principio con fuerza en el sentido contrario al de la indivisibilidad de la soberanía nacional, siempre que los franceses se enfrentaron con esta contradicción, terminaron por atribuir un mayor valor a la indivisibilidad de la soberanía que a la división de poderes. Así, a través de la soberanía nacional o del pueblo, expresada en la ley aprobada por la Asamblea, se llega a la superioridad del poder legislativo frente a los demás poderes.

La superioridad del poder legislativo con relación a los poderes ejecutivo y judicial, en virtud de la identificación entre la soberanía del pueblo y el poder legislativo, será un elemento determinante para la definición de los mecanismos estructurales de control del poder legislativo y, por consiguiente, influirá directamente sobre las atribuciones que se confieran al poder judicial. Para los constituyentes franceses, la posibilidad de que el poder legislativo violara la Constitución y, concretamente, el principio de la división de poderes, única forma hasta entonces admitida de transgresión de la carta fundamental, no era un

hecho desconocido. Así, en cuanto a los poderes fundamentales del Estado, el Rey y el parlamento, aunque se mantuvieran dentro de sus atribuciones constitucionales, no habría violación a la Constitución, razón por la cual deberían ser encontradas fórmulas de limitación y control, específicamente, para esta especie de violación⁵⁴⁹.

En una sesión celebrada en septiembre de 1789, el abad y diputado Sieyes, bajo el argumento de que existía el peligro que el poder legislativo pudiera vulnerar la Constitución, ya que carecía de poder constituyente, expone su opinión contraria al veto real en cuanto instrumento de control del poder legislativo por parte del poder ejecutivo. Para Sieyes, el hecho de que los poderes constituidos del Estado estén sometidos a la Constitución, sin ninguna atribución constituyente – teoría del poder constituyente y de los poderes constituidos – así como que exista una rigurosa división de poderes, eran elementos suficientes para garantizar el respeto de cada uno de los poderes por las atribuciones de los demás. Por último, en la remota hipótesis de que se produjera una violación de esta magnitud, sólo el poder constituyente podría servir de árbitro de este conflicto institucional⁵⁵⁰.

Sin embargo, con la posterior experiencia de Sieyes durante el período del terror jacobino, el abad, al escribir sobre los *Fundamentos del Estado* (1794), da inicio a un cambio en su posicionamiento acerca de que no es necesario establecer un control sobre los poderes constituidos. Según Sieyes, la Constitución debe atribuir a la fuerza moral y física de la masa o a una representación de esta fuerza, “*el control necesario a efectos de que las leyes aprobadas por la mayoría no vulneren la Constitución*”. Si fuera permitido que una cierta mayoría pudiera vulnerar la Constitución, en poco tiempo la aristocracia detentaría nuevamente la

⁵⁴⁹ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, op. cit., p. 217.

⁵⁵⁰ SIEYES, Emmanuel, *Escritos y Discursos...*, op. cit., pp. 121-122.

libertad. Así, aunque sea necesario someter la soberanía al criterio de la mayoría, esta sumisión no puede incluir el derecho de violar el principio de la división de poderes, puesto que, si esto fuera posible, no tardaría la mayoría en encaminarse hacia el despotismo y la tiranía⁵⁵¹.

En sus comentarios sobre el proyecto de la Constitución de 1795, Sieyes apunta que la propuesta comete los mismos errores de las Constituciones de 1791 y 1793, al no establecer un indispensable y esencial instrumento de garantía de la supremacía de la Constitución frente a las eventuales mayorías, ya que para el abad “*la soberanía del pueblo no es absoluto ilimitada*”⁵⁵². En razón de las últimas experiencias recientemente vividas, el pensamiento de Sieyes evolucionó al reconocer que el establecimiento de un poder constituyente y la pura y simple adopción del principio de la división de poderes no eran suficientes para garantizar la inviolabilidad de la Constitución.

Al desarrollar sus últimas conclusiones sobre el tema Sieyes propone la creación de un *tribunal constitucional* o de un *tribunal de los derechos del hombre*, un guardián de la Constitución⁵⁵³, que entre otras atribuciones, sería encargado de realizar el control de constitucionalidad de las leyes⁵⁵⁴. La propuesta de creación de este tribunal no fue aprobada por la Asamblea, a causa de que para muchos de los constituyentes el principio de la soberanía del parlamento no permitía la existencia de un órgano de control externo al poder legislativo. Según Roberto Valdés, “*la identidad entre Nación y Asamblea Nacional impide, por definición,*

⁵⁵¹ *Ibidem*, pp. 248-250.

⁵⁵² *Ibidem*, pp. 254 y 259.

⁵⁵³ Para Sieyes, “*Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código*”, *ibidem*, p. 276.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, pp. 275-293.

*cualquier intervención extraña a la Asamblea en el proceso de formación de la voluntad política estatal*⁵⁵⁵.

En las tres Constituciones del período revolucionario francés (1791, 1793 y 1795), el presupuesto de partida de los constituyentes franceses es el mismo; es decir, la identificación entre la soberanía popular y la Asamblea Nacional, por lo que siempre prevaleció la concepción del control interno o del autocontrol del poder legislativo. Esta identificación entre la soberanía y la Asamblea era el elemento que impedía la creación de cualquier control externo para el poder legislativo. Así, aunque Sieyes haya abandonado su posición inicial, en efecto, fue ésta la que terminó convirtiéndose en el paradigma revolucionario del Estado liberal.

Así, ante la Constitución de 1791, lo máximo que se consiguió en materia de control del poder legislativo fue la aprobación del veto suspensivo por el Rey, el cual podría ser echado abajo por la Asamblea. Con relación a la Constitución de 1793, la fórmula del autocontrol se tradujo en la renovación anual de los diputados y en el referéndum popular de las leyes. Por último, ante la Constitución de 1795, se optó por un parlamento bicameral, después de que la propuesta de creación del tribunal constitucional había sido rechazada. A pesar de la diversidad de las formas, en las tres Constituciones prevaleció la tesis del autocontrol del poder legislativo sobre sus actos, lo que repercutió directamente sobre la concepción y las funciones del poder judicial en Europa.

⁵⁵⁵ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, op. cit., p. 226.

3.2 – La posición constitucional del Poder Judicial y su función jurisdiccional en el modelo francés

En el análisis acerca del poder judicial durante el Antiguo Régimen, Tocqueville afirma que en ninguno otro país de Europa el poder judicial era más independiente del poder ejecutivo que en Francia. El modelo de jurisdicción francés y, posteriormente, del continente europeo empezó a ser desarrollado en la Revolución Francesa de 1789 y en sus procesos constituyentes de 1791, 1793 y 1795. Los constituyentes franceses asumieron el principio de la división de poderes como un elemento esencial de la propia concepción de Constitución. Aunque la Constitución de 1793 haya matizado esta concepción, refiriéndose sólo a la limitación de las funciones públicas, la limitación de las funciones no dejaba de presuponer, en alguna medida, una división de poder.

La mayoría de los diputados constituyentes adoptó el principio de la división tripartita de poder, mediante el cual el poder judicial fue concebido como un poder distinto e independiente de los poderes legislativo y ejecutivo, emanado, así como éstos, directamente de la soberanía popular (Bergasse y Thouret), compitiéndole aplicar las leyes aprobadas por la Asamblea. Otros defendían la tesis de que el poder judicial no era más que una función del Estado, en la cual estaba incluida la aplicación pura y simple de la ley, ya que dependía del poder ejecutivo (Maury y Cazalès). Según Cazalès, en su pronunciamiento del 5 de mayo de 1790, *“En toda sociedad política... no hay más que dos poderes, el que hace la ley y el que la hace ejecutar. El poder judicial, sea lo que sea lo que hayan dicho varios publicistas, no es más que una simple función, ya que consiste en la aplicación pura y simple de la ley. La aplicación de la ley es una dependencia del poder ejecutivo”*. Sin embargo, otros diputados sostenían que el poder judicial estaba encargado desde una función similar a la del poder legislativo (Roedor y Barvane). En las sesiones del 6 y 7 de mayo de 1790 Barvane habló en el parlamento para afirmar que

“Voy más lejos... y digo a los partidarios de la prerrogativa real sirviéndome de su autoridad favorita, de MONTESQUIEU, que es falso, soberanamente falso que el poder judicial sea una parte del poder ejecutivo... La decisión de un juez no es más que un juicio particular, como las leyes son un juicio general; uno y otro son la obra de la opinión y del pensamiento, y no una acción o una ejecución. ¿Cuál es, pues, la posición del poder ejecutivo respecto del poder judicial? Es la misma que respecto del poder legislativo. El Rey está al lado del tribunal para hacer ejecutar la sentencia, como está al lado del legislador para hacer ejecutar la ley”⁵⁵⁶.

Independientemente de la real naturaleza de la jurisdicción; es decir, si fuera ejecutiva, porque esta función no sería más que una modalidad especial de ejecución de la ley, o si fuera legislativa, porque se distinguiría de la actividad legislativa sólo con respecto al grado de generalidad de la norma, la expresión poder judicial fue definitivamente adoptada en el texto de la Constitución de 1791, no dejando ninguna duda con respecto al hecho de que la mayoría de los diputados constituyentes reconocían en el poder judicial un poder distinto y autónomo en sus funciones, a quien competía la aplicación de la ley. Al final de las discusiones, incluso después de la aprobación del texto final, el diputado Garat, en la sesión del 10 de agosto de 1791, pidió la palabra para hacer una última petición: *“Esta redacción, dice, hace del poder judicial un poder distinto y separado, de tal modo que los jueces podrán verse en el futuro como los representantes del pueblo. Solicito, pues, que se reemplacen las palabras poder judicial por estas: función judicial”*. La solicitud no fue aceptada, manteniéndose, así, el texto aprobado⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ DUGUIT, Léon, *La separación de poderes...*, op. cit., pp. 86 y 88.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 88.

Una vez reconocido al poder judicial la naturaleza de un poder autónomo e independiente de los poderes legislativo y ejecutivo, encargado de aplicar la ley, resulta necesario definir en qué consiste la función jurisdiccional de aplicar la ley, así como establecer sus límites de actuación, tomando en consideración el principio de la división absoluta de poder y el principio de la soberanía popular representada en la Asamblea.

Como consecuencia natural del principio de la división absoluta de poderes se le prohíbe al poder judicial realizar un juicio de constitucionalidad o de legalidad de los actos de los poderes legislativo y ejecutivo; es decir, no compete al poder judicial dejar de aplicar la ley o el acto administrativo, aun cuando esté convencido de su inconstitucionalidad o ilegalidad. Como ya había constatado Tocqueville, fue precisamente el elevado grado de independencia del poder judicial con relación al poder ejecutivo, durante el Antiguo Régimen, que llevó al Rey a crear tribunales de excepción para juzgar los actos del propio poder ejecutivo, los cuales, más tarde, fueron transformados en los tribunales del orden contencioso administrativo. El Consejo y los Intendentes, representantes del Rey, mediante avocación sustraían de la jurisdicción de los jueces ordinarios todas las causas de interés del Rey⁵⁵⁸. A menudo el monarca intervenía en el área de actuación de los parlamentos, ya sea

⁵⁵⁸ Tocqueville afirma que *“Si se quiere leer con detenimiento los edictos y las declaraciones del rey publicados en el último siglo de la monarquía, tanto como los decretos del consejo emanados durante ese mismo tiempo, se encontrarán pocos en los que el gobierno, luego de adoptada una resolución, haya omitido decir que las contestaciones a que pudiera dar lugar, y los litigios que pudieren derivar, se dilucidarían exclusivamente ante los intendentes y ante el consejo. Ordena además Su Majestad que cuantas contestaciones sobrevinieren a la ejecución del presente decreto, sus circunstancias y consecuencias, sean llevadas ante el intendente para que él las juzgue, salvo apelación al consejo. Prohibimos a nuestras cortes y tribunales tener conocimiento de todo ello. Es la fórmula ordinaria”*. En uno de estos casos, el magistrado se sirvió de la siguiente argumentación: *“El juez ordinario – dice – se halla sometido a reglas fijas, que le obligan a reprimir un hecho contrario a la ley; pero el consejo puede, en aras de un fin útil, derogar tales reglas”*, en TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen... op. cit.*, pp. 107-108.

reduciendo sus atribuciones, ya sea, simplemente, interfiriendo en las actividades, lo que llevó, en razón de las constantes tensiones y lucha por parte del poder político, a una degeneración en la relación entre el Rey y el poder judicial. Sin embargo, como apunta Tocqueville, las disputas de poder entre el Rey y el poder judicial no se daban en torno a cuestiones administrativas o judiciales, atribuciones propias de estos poderes, sino acerca de la función legislativa, que no pertenecía a ninguno de ellos⁵⁵⁹.

Además, los constituyentes franceses también supieron distinguir entre el interés individual y el interés colectivo o entre la libertad civil y las leyes civiles y la libertad política y las leyes políticas. Al poder judicial competía la misión de tutelar la libertad civil mediante la aplicación de las leyes civiles, en el ámbito de los conflictos entre particulares, mientras que a la autoridad administrativa, órgano integrante y subordinado al poder ejecutivo, le competía tutelar la libertad política mediante la aplicación de las leyes políticas, en el ámbito de los conflictos de naturaleza colectiva. Por lo tanto, con este reparto de las funciones judiciales, el control sobre los actos del poder ejecutivo estaba fuera de las atribuciones del poder judicial. El diputado Duport, en su informe de marzo de 1790, afirmó que existía la necesidad de *“distinguir en una sociedad dos tipos de leyes: las leyes políticas y las leyes civiles. Las primeras engloban las relaciones de los individuos con la sociedad o las de las distintas instituciones políticas entre sí. Las segundas determinan las relaciones particulares de individuo con individuo. Para aplicar estas últimas leyes es para lo que los jueces están especial y únicamente creados. Con respecto a las leyes políticas, jamás la ejecución puede ser*

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 114. Según Roberto Valdés, “Esta tesis [del antijudicialismo] es totalmente pacífica en la doctrina francesa. El rechazo a los parlamentos del Antiguo Régimen y a sus constantes intromisiones en el ejercicio de la potestad legislativa, bien directamente a través de los denominados ‘arrêts de règlement’, bien indirectamente, a través de su negativa al ‘enregistrement des ordonnances’ o de ‘las llamadas remontrances’ – prácticas todas ellas proscritas por los artículos 11 y 12 de la Ley 16-24 de agosto de 1790 – determinó el antijudicialismo mayoritario de la Asamblea Nacional”, BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la constitución...*, op., cit., p. 273, nota 114.

*confiada a jueces sin que la libertad pública y particular esté en peligro*⁵⁶⁰.

Como consecuencia lógica de una concepción del principio de la división absoluta de poderes entre el poder judicial y el poder ejecutivo surge en Francia el contencioso administrativo. Según Duguit, *“La autoridad judicial es la única competente para aplicar la ley cuando afecta directa y principalmente a un interés individual, haya o no litigio. La autoridad administrativa es siempre, sólo y exclusivamente, competente cuando se trata directa y principalmente de un interés colectivo, exista o no litigio. Se sigue de ello que si hay un acto administrativo y si se pretende que un derecho ha sido violado, la autoridad judicial no será competente para juzgar este litigio y sólo cabrá acudir ante la autoridad administrativa”*⁵⁶¹. Así, si de hecho existe una división absoluta de poderes, el poder judicial no puede someter su apreciación a los actos administrativos del poder ejecutivo, bajo pena de sustituirlo en sus funciones. Por lo tanto, la Asamblea aprobó la Ley del 6 y 7 de septiembre de 1790, mediante la cual se creó el contencioso administrativo en Francia.

En cuanto a la división de poderes entre el poder judicial y el poder legislativo, el primer proyecto presentado en el año 1789 preveía, expresamente, la subordinación del poder judicial al poder legislativo, así como prohibía a los tribunales de justicia la usurpación de las funciones del cuerpo legislativo, para impedir o dificultar la ejecución de las leyes. A los tribunales de justicia también se les prohibía aprobar reglamentos, y se les obligaba a representar al poder legislativo cuando se encontraran con leyes de dudosa interpretación o cuando entendieran que era necesaria una nueva ley. Sin embargo, en el año 1790 se presentó un

⁵⁶⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen... op. cit.*, p. 84.

⁵⁶¹ DUGUIT, León, *La separación de poderes...*, *op. cit.*, p. 122.

nuevo proyecto de ley en el cual la subordinación del poder judicial al poder legislativo fue retirada en virtud del principio de la división de poderes. Aunque esta subordinación textual había sido suprimida del proyecto por el diputado Thouret, la interpretación dada por los constituyentes al principio de la soberanía popular, representada por el poder legislativo, que expresa la voluntad general del pueblo mediante la ley, dogma reafirmado por los constituyentes en los años 1793 y 1795, en realidad, hizo que el poder judicial, en la Constitución de 1791, continuara como un poder subordinado al poder legislativo.

Según Duguit, *“Es verdad que la fórmula que en el primer proyecto mencionaba esta subordinación desapareció; pero, sin embargo, deriva necesariamente de los diferentes textos aprobados por la Asamblea. Éstos establecen que las decisiones del cuerpo legislativo se imponen siempre al poder judicial, que no puede criticarlas ni negarse a aplicarlas. Esta regla es general: el juez no puede negarse a aplicar las leyes, ni siquiera cuando son inconstitucionales. No tiene otra vía que dirigirse al legislador para solicitar la interpretación o derogación. De buena fe, la Asamblea de 1789 veía en ello una consecuencia natural del principio de separación de poderes”*. Para Duguit esta subordinación del poder judicial al poder legislativo es una violación al principio de la división absoluta de los poderes adoptada por los propios constituyentes, puesto que si el principio de la autonomía e independencia del poder judicial fue acogido por la Constitución, así como resulta como presupuesto de que los tres poderes del Estado emanan directamente del pueblo soberano, tanto el poder judicial como el poder legislativo deberían estar subordinados exclusivamente a la autoridad de la Constitución. Por lo tanto, obligar al juez a aplicar una ley inconstitucional es lo mismo que reconocer su

subordinación al poder legislativo y, por consiguiente, violar el principio de la división de poderes⁵⁶².

También como resultado de la subordinación del poder judicial al poder legislativo, la última palabra sobre la interpretación de la ley era competencia del legislativo. Así, mientras que el poder judicial estaba encargado de la aplicación de la ley clara (*in claris cessat interpretatio*), al poder legislativo le competía proceder a la interpretación de la ley en los casos dudosos y oscuros.

Los constituyentes franceses, después de distinguir entre la aplicación de la ley y la interpretación de la ley, admitiendo la posibilidad de que la ley pudiera aplicarse sin que hubiera la necesidad de ser interpretada, reconocieron en las Constituciones de 1791, 1793 y 1795, así como en las leyes aprobadas durante este período legislativo, que la interpretación de la ley era una atribución consustancial del poder legislativo, la cual no podría ser realizada por ninguno de los otros poderes, puesto que si el poder legislativo era el responsable de la elaboración de las leyes, sólo este poder estaba habilitado a manifestarse sobre el real significado de la ley, siendo de su competencia vigilar los actos del poder judicial, responsable de la aplicación de la ley.

Según el diputado Robespierre *“Es necesario tener vigilancia que mantenga a los tribunales en los principios de la legislación. ¿El poder de vigilancia formará parte del poder judicial? no, porque es al poder judicial al que se vigila. ¿Será el poder ejecutivo? No, se convertiría en el amo de la ley. ¿Será, por último, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? no, no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este derecho de vigilancia es, pues, una dependencia del poder*

⁵⁶² *Ibidem*, pp. 103-104.

*legislativo. En efecto, según los principios auténticamente reconocidos, corresponde al legislador interpretar la ley que ha hecho*⁵⁶³.

Como instrumento de control del poder judicial por parte del poder legislativo se creó el sistema del *référé législatif*, un mecanismo de control mediante el cual el poder judicial estaba obligado a remitir al poder legislativo todas las cuestiones pendientes de interpretación, instituto jurídico que suponía la superioridad del poder legislativo sobre el poder judicial, así como la supremacía de la ley sobre la Constitución.

Además del instituto del *référé législatif*, las Constituciones de 1791, 1793 y 1795, debido al principio de la división de poderes, determinaron que el poder judicial no podría inmiscuirse directa o indirectamente en las funciones específicas del poder legislativo, ya sea evitando o suspendiendo la ejecución de las leyes aprobadas por el parte del parlamento. A pesar de que no existía ninguna referencia con el instituto del control jurisdiccional de constitucionalidad, la prohibición a este control estaba contenida en el espíritu político del momento, a la vez que era un desdoblamiento natural de los textos constitucionales⁵⁶⁴. La idea de soberanía del pueblo, reconocida en la supremacía del poder legislativo sobre los demás poderes, fue determinante para que los constituyentes no aceptaran la existencia de un control externo al poder legislativo.

Por último, la Revolución francesa de 1789 y las Constituciones post-revolucionarias de Francia influyeron directamente en el proceso de elaboración de la Constitución de Cádiz de 1812⁵⁶⁵, cuando ésta consagró

⁵⁶³ *Ibidem*, pp. 108-109.

⁵⁶⁴ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución...*, *op. cit.*, pp. 276-278.

⁵⁶⁵ SANCHEZ AGESTA, Luis, "Sobre la Constitución de Cádiz", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, Madrid, septiembre-diciembre/1990, p. 9; RUIZ RUIZ, Juan José, "Leyes inconstitucionales y autocontrol parlamentario en la Constitución de 1812", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 96, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre/diciembre/2012, pp. 187-212.

al mismo tiempo los principios de la soberanía popular depositada en las Cortes (Rousseau) y de la separación de poderes (Montesquieu). La contradicción interna entre estos principios se resolvió a favor de las Cortes, mediante la prohibición de los tribunales de suspender la ejecución de las leyes.

Los postulados de la sacralidad de la ley y de la soberanía del parlamento prevalecieron en España durante los trabajos de elaboración de la Constitución de Cádiz de 1912 (art. 372), así como en las posteriores Constituciones (1837, 1845, 1869 y 1876). Aunque no se desconociera la posibilidad de que existiera la ley inconstitucional, era ésta una cuestión política que debería ser resuelta por los órganos políticos.

4 – El principio de la división de poderes contemporáneo

4.1 – La aparición de nuevos órganos y funciones del Estado

El principio de la división de poderes en el Estado contemporáneo sufrió profundas transformaciones desde su concepción inicial, especialmente, debido a la adopción del principio democrático, de la institución de un Estado social de Derecho, de la supremacía normativa de la Constitución, de la aparición de nuevos centros intermedios de poder político y de la profunda transformación en las clásicas funciones del Estado, ya sea por la aparición de nuevas funciones, ya sea por la alteración del contenido de las tradicionales funciones. Todas estas transformaciones se encuentran impregnadas en el Estado social y democrático de Derecho.

Como tuvimos oportunidad de ver, la división de poderes en la teoría de Montesquieu reveló que se trataba, en efecto, no de un principio

jurídico sino de un problema político de división de poder entre las fuerzas sociales de la época; es decir, el Rey, la nobleza y el pueblo – el Tercer Estado –, conflicto característico de un Estado fundado en una Constitución mixta. Esta proximidad entre el principio de la división de poderes, en cuanto elemento estructurador de la organización política para la contención del poder, y la constitución mixta, fundamento de una concepción del Estado en la cual las diversas fuerzas sociales de una sociedad están, o al menos deben de estar, representadas en uno de los órganos constitucionales, tuvo primacía en Europa hasta mediados de la Primera Guerra Mundial. Es el principio de la división de poderes, basada en una concepción mixta de Constitución, que posibilitó la coexistencia de dos distintos y antagónicos principios de legitimación política; es decir, el *principio monárquico*, que por un lado garantizaba la participación del Rey y de la nobleza en el reparto del poder político, y el *principio democrático*, que por otro permitía la participación política del pueblo en las decisiones del Estado.

La libertad y la igualdad, valores propugnados como fundamentales por el Estado liberal de Derecho, llevaron a la profundización del principio democrático, ya sea por la ampliación del sufragio, una consecuencia directa de la libertad de asociación y manifestación y de la igualdad política entre todos los ciudadanos, ya sea por reconocer en el pueblo y en la democracia la única fuente de legitimación política. La expansión del principio democrático terminó sustituyendo la legitimidad monárquica y aristocrática fundada en las antiguas tradiciones. Así, la participación democrática del pueblo, hasta entonces reducida a un pequeño grupo de hombres, los burgueses, que por votación directa o indirecta elegían a sus representantes para el poder legislativo, es ampliada para incluir un número cada vez mayor de ciudadanos. Además de la ampliación en la base, mediante un sufragio cada vez más universal, el fundamento de la legitimidad política de la democracia, hasta entonces restringido al poder legislativo, comienza a ser también el fundamento de legitimidad del

poder ejecutivo, destronando al Rey y a los nobles de la titularidad del poder político.

El fenómeno de la desaparición de las fuerzas sociales y sus reflejos en la concepción del Estado era algo conocido de los americanos, que desde su primera Constitución en 1787 vieron tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo legitimarse a partir del principio democrático. Aunque las fuerzas sociales hayan sucumbido a partir de la adopción del principio democrático, la libertad y la igualdad política, promovidas por el Estado liberal de Derecho, así como el principio democrático, propiciaron la aparición de nuevos centros intermedios de poder social y político.

Por lo tanto, la libertad política permitió que la sociedad civil se organizase en partidos políticos y grupos de interés, los cuales, no necesariamente representados en la estructura formal del Estado, como se daba con las fuerzas sociales en Montesquieu, participan activamente en la formación de la voluntad política del Estado. En el Estado de partidos la voluntad política del partido mayoritario o de la coalición partidaria, muchas veces se confunde con la voluntad política del Estado, a pesar de la resistencia opuesta por los partidos minoritarios. Algo similar sucede con los grupos de interés, los cuales tienen cada vez más una creciente e importante participación en el proceso legislativo y en la toma de decisiones políticas por parte del poder ejecutivo, ya sea indirectamente, por sus representantes parlamentarios, elegidos por estos grupos, ya sea directamente, mediante las gestiones políticas ejercidas junto a los órganos del Estado.

A diferencia de la Constitución mixta, en la cual el principio de la división de poderes ejercía un importante papel de equilibrio entre las fuerzas sociales, en la Constitución democrática el principio de la división de poderes no tendrá como función promover el equilibrio entre los

partidos políticos – el juego democrático entre las mayorías y las minorías – o entre los grupos de interés de los diversos sectores de la sociedad civil sino que asumirá una función de control, limitación y equilibrio entre los poderes constitucionales, con la finalidad de evitar la concentración del poder político en manos de uno sólo de los poderes, postulado del Estado liberal de Derecho presente en el Estado contemporáneo⁵⁶⁶.

Además de los partidos políticos y de los grupos de interés, el crecimiento y el fortalecimiento de la organización política en la fase del Estado social de Derecho, a causa de un necesario y mayor intervencionismo estatal, también posibilitó la aparición de una Administración Pública que, aunque subordinada al poder político, comenzó a detener una importante parte de poder en el desarrollo de las políticas públicas. La complejidad de los problemas enfrentados por el Estado en la sociedad moderna exige una creciente especialización del cuerpo técnico que, consciente de su fundamental importancia en las políticas del Estado, llega a ganar espacios de autonomía con relación al poder político.

Al igual que la proliferación de los órganos e instituciones en torno a los tres poderes del Estado, también hubo una profunda alteración en la propia función de estos poderes, ya sea con la aparición de algunas nuevas funciones, ya sea con la alteración o incremento de las antiguas. Entre las nuevas funciones, la doctrina identificó la función constituyente,

⁵⁶⁶ En el mismo sentido, para Javier García Roca, “La moderna “organización constitucional”, conserva el espíritu que alentaba la vieja división, impedir la concentración despótica del poder para salvaguardar la libertad política, pero no ha ido en la línea de una separación absoluta de poderes – salvo para la función jurisdiccional – ni de la exclusividad de funciones sino por el camino contrario de la integración y la colaboración. El principio liberal subsiste en los Estados democráticos, pero se ha transformado en otro esencialmente distinto y mucho más complicado”, en GARCÍA ROCA, Javier, “Del principio de la división de poderes”, en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (Dir.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, T. II, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México) y Servicio de Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense de Madrid), 2001, pp. 1103-1104.

la función de control parlamentario, la función social, la función de control de constitucionalidad, la función de dirección política y la función normativa del poder ejecutivo, sólo por citar las más importantes. De hecho, tal y como afirma Vile, "*la historia del constitucionalismo occidental es la historia de la creciente especialización de las funciones del Estado*"⁵⁶⁷. La complejidad de la sociedad contemporánea exige en cada momento del Estado la creación de nuevas funciones que tengan la capacidad de mantener la sociedad firme en el propósito de realizar su proyecto constitucional.

Al lado de la función legislativa, que además de haber sufrido grandes transformaciones en su clásica concepción, el poder legislativo también asumió la función de control parlamentario, normalmente ejercida con el apoyo de un Tribunal de Cuentas. Al lado de la función directiva, también afectada en su concepción clásica, ante la necesidad de un creciente intervencionismo del Estado social de Derecho, se añadió la función de dirección política y la función normativa del poder ejecutivo.

Por último, con respecto al poder judicial, además de las clásicas competencias, en la interpretación y aplicación de la ley, se le atribuyó la función de controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos. A diferencia de las nuevas funciones anteriormente mencionadas que fueron asumidas de forma individual y casi que exclusivamente por los tres poderes, la función social, una consecuencia del Estado social de Derecho, no fue atribuida con exclusividad a ninguno de los tres poderes o a un cuarto poder, sino que fue compartida entre los tres poderes. El reparto de la responsabilidad política por la función social del Estado exige de los tres poderes una acción coordinada, bajo pena de los fines pretendidos por la justicia social no puedan llevarse a cabos.

⁵⁶⁷ C. VILE, M. J., *Constitucionalismo... op., cit.*, p. 322.

El control de constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos tiene como presupuesto la adopción de una Constitución normativa. Es a partir de la normatividad constitucional que surge la necesidad de crear un órgano encargado del control jurisdiccional de la constitucionalidad, cuya misión es preservar la supremacía normativa de la Constitución. Superada la concepción exclusivamente política de la Constitución, en la cual se admitía sólo un control de constitucionalidad político e interno, realizada por el propio poder legislativo o ejecutivo, conforme al caso, insuficiente para contener estos poderes, conforme a la reciente historia de la Segunda Guerra Mundial, se terminó por adoptar en la segunda posguerra una concepción de Constitución normativa, con relación a la cual todos los poderes constituidos del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial, así como los nuevos órganos e instituciones, están subordinados.

Sin embargo, la simple adopción de una Constitución normativa, desacompañada de un efectivo mecanismo de control de constitucionalidad, terminaría resultando, al final, en una obra inacabada, porque reconocer la supremacía normativa de la Constitución sin un instrumento de protección, en caso de violación, poco contribuiría a la fundación de un Estado constitucional. Así, al final el control externo y jurídico de constitucionalidad fue atribuido al poder judicial y al Tribunal Constitucional, lo que transformó el poder judicial en un poder encargado de realizar el control de constitucionalidad sobre los actos de los demás poderes del Estado.

La atribución del control de constitucionalidad al poder judicial trajo una mayor participación de la jurisdicción en el reparto del poder político del Estado y, a causa de su relevancia, constituye actualmente el núcleo esencial del principio de la división de poderes⁵⁶⁸. El establecimiento de

⁵⁶⁸ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos Poderes...*, op. cit., p. 259.

un control externo y jurídico de las leyes y de los actos administrativos, bajo responsabilidad del poder judicial, en alguna medida, somete los poderes legislativo y ejecutivo, legitimados democráticamente, a la interpretación constitucional realizada por el poder judicial, modificando profundamente la relación de absoluta subordinación del poder judicial al poder legislativo en la teoría de la división de poderes en Montesquieu.

El fortalecimiento del Estado contemporáneo, junto con una creciente complejidad de la sociedad civil, más que posibilitar, exigió el perfeccionamiento de la organización política del Estado mediante nuevos órganos constitucionales al lado de los tradicionales poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Así, además de los tradicionales poderes, en la España actual tenemos varios otros órganos e instituciones constitucionales con funciones específicas tales como el Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la CE) o los Consejos consultivos de los poderes legislativo (art. 136.1 de la CE) y ejecutivo (art. 88 107 de la CE), el Ministerio Fiscal (art. 124 de la CE), el Defensor del Pueblo (art. 54 de la CE), los Tribunales de Cuentas (art. 136 de la CE), el Banco Central, el Tribunal Constitucional (art. 159 de la CE) y, asimismo, al lado de la Corona la Presidencia del Gobierno (art. 98 de la CE), sólo para citar los más relevantes, los cuales actúan en grados distintos de independencia política con relación a los poderes del Estado, aunque todos estén sometidos a la Constitución. Entre todos estos órganos e instituciones, el Tribunal Constitucional fue lo que promovió las mayores y más profundas alteraciones en la concepción del principio de la división de poderes, principalmente, debido a la naturaleza de la nueva función; es decir, ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.

4.2 – La distinción entre poderes y funciones del Estado

Durante mucho tiempo la teoría de la división de poderes y la teoría de las funciones del Estado siguieron juntas como si existiera una necesaria correspondencia entre los tres poderes y la clásica división de funciones en el Estado. Sin embargo, un análisis más profundo de las complejas funciones del Estado reveló el desacierto de esta comunión teórica. La pura y simple separación de las funciones del Estado demostró la imposibilidad de su realización.

La rigurosa separación de las funciones parte de un presupuesto falso; es decir, de la absoluta división entre actos de creación y actos de ejecución. Para Hans Kelsen, en su teoría del sistema jurídico, todas las normas jurídicas contienen elementos de creación y de ejecución. Una cierta norma, con relación a una norma superior en la cual se encuentra su fundamento de validez, es, en algún modo, un acto de ejecución. Sin embargo, con relación a una norma inferior es, en algún modo, un acto de creación.

Esta constatación, según Kelsen, sólo no tiene aplicación con relación a las normas localizadas en las extremidades de la pirámide normativa; es decir, la norma localizada en la extremidad más alta de la pirámide sería un acto de pura creación, mientras que la norma localizada en la base sería un acto de pura ejecución. La constatación de Kelsen es de fácil comprobación. La normatividad de la Constitución no sustrajo la libertad de configuración del legislador, aunque se hayan establecido algunos límites constitucionales. Asimismo, tanto la Constitución, como la ley no suprimieron la discrecionalidad del administrador o el poder hermenéutico del juez, aunque todos estén sometidos a la Constitución y a la ley.

Además de que no es posible una rigurosa separación entre los poderes, esta separación tampoco es conveniente. Para que el Estado

pueda alcanzar los objetivos que le fueron impuestos por la Constitución, es decir, la promoción de la libertad, de la igualdad y de la justicia social, es imprescindible que todos los poderes del Estado desarrollen sus típicas funciones de forma coordinada y organizada, bajo pena de que estos objetivos no sean alcanzados. Es necesario que todos los poderes cumplan con sus funciones, orientados por los mismos valores y principios constitucionales, dado que, en el caso contrario, la iniciativa de uno de los poderes podrá fracasar por la inercia o por la iniciativa en el sentido contrario de otro poder. Si todo los poderes tienen un mismo objetivo; es decir, implementar el proyecto constitucional, difícilmente este objetivo podrá realizarse si no existe una coordinación y cooperación entre los tres poderes. Además, como vemos al tratar la teoría de la división de poderes en Montesquieu, el filósofo francés nunca defendió un puro y riguroso reparto entre los poderes; sin embargo, al mismo tiempo en que se rechazó la posibilidad de un poder de asumir, en su conjunto, todas las funciones del otro, también exaltó la necesidad de una coordinación y cooperación entre las funciones estatales.

Otra dificultad enfrentada por la teoría de las funciones, además de la imposibilidad de la distinción entre actos de creación y actos de ejecución, es que esta teoría, al definir las funciones del Estado, tomó en consideración sólo el elemento subjetivo; es decir, realizó una clasificación orgánica o institucional de las funciones del Estado a partir de los tres centros de poder, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, atribuyendo a cada uno de estos poderes una correspondiente función estatal: la legislativa, la directiva y la jurisdiccional, respectivamente.

Sin embargo, como apunta Eros Grau, la clasificación orgánica o institucional de las funciones del Estado no explica precisamente la realidad, principalmente, ante situaciones en las que, más de un poder, ejerce la misma función. Así, además de ser posible, es recomendable

que se adopte una *clasificación material de las funciones del Estado* tomando en consideración no el elemento subjetivo, sino la naturaleza material de la función realizada. A través de esta clasificación material, las funciones del Estado se encuentran divididas en función normativa, función administrativa y función jurisdiccional⁵⁶⁹.

En el ámbito de la *función normativa* están incluidas tanto la función legislativa, bajo responsabilidad exclusiva del poder legislativo, encargado de la producción de normas primarias, como la función reglamentaria, bajo responsabilidad del poder ejecutivo, a quien le compete la regulación de las leyes, y la función de reglamentación, bajo los auspicios del poder judicial con ocasión del ejercicio del autogobierno en la organización de sus servicios. La *función administrativa*, además de la ejecución de las normas jurídicas, bajo responsabilidad del poder ejecutivo, también incluye las leyes-medidas promulgadas por el poder legislativo en el Estado social de Derecho. Por último, la *función jurisdiccional* incluye la aplicación de las normas jurídicas, actividad típica del poder judicial, la cual puede, en casos excepcionales, ser ejercida por el poder legislativo, especialmente, cuando son reservados a este poder la competencia para juzgar determinadas autoridades, hipótesis, incluso, no olvidada ni siquiera por Montesquieu en su teoría de la división de poderes.

Por todo ello puede concluirse que la concepción de jurisdicción está directamente relacionada con el principio de la división de poderes políticos en el Estado contemporáneo. La forma de distribución del poder entre los tres centros de poder estatal, legislativo, ejecutivo y judicial, delimita las atribuciones que se imputarán al poder judicial, en cuanto función típica de jurisdicción. El principio de la división de poderes

⁵⁶⁹ ROBERTO GRAU, *Eros, o direito posto e o direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 236-238.

establece, así, una división de poder relativa, lo que permite que uno de los poderes realice partes de atribuciones típicas de otro, sin que esto implique una violación al principio de la división. En otras palabras, no existe una separación de poder absoluta entre los poderes, incluso por una imposibilidad emanada de la propia naturaleza de las cosas. La concepción de jurisdicción tiene una naturaleza relativa. Es decir, no existe una concepción de jurisdicción metafísica o absoluta, invariable en el tiempo o en el espacio, sino que la configuración de la jurisdicción se construye de acuerdo con las circunstancias históricas, sociales y políticas de cada tiempo.

CAPÍTULO IV

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ORDINARIA Y SU PROYECCIÓN EN UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO

1 – Las primeras experiencias del control jurisdiccional de constitucionalidad en el continente europeo

La idea de control o de la necesidad de definir algún tipo de límite a la ley planteada por el hombre para regular la convivencia en la sociedad es algo presente en todas las épocas, desde la antigüedad, comenzando por el medioevo hasta llegar a la modernidad. La colisión entre el Derecho natural y el positivismo jurídico tiene sus raíces en la filosofía griega con la oposición entre *physis*, el justo por naturaleza, y el *nomos*, el justo por ley – *iusnaturalismo griego*⁵⁷⁰. La colisión prosigue en el medioevo con la distinción entre la *lex naturalis* y la *lex positiva* hasta alcanzar la modernidad con el dualismo entre el *Derecho natural* y el *Derecho positivo*, mediante el cual el *Derecho puesto* por el hombre, se pretende que se reconozca como Derecho, no puede violar el Derecho natural⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Cfr. SÓFOCLES, en *Antígona*, Losada, Buenos Aires, 2004.

⁵⁷¹ ROBLES, Gregorio, en *Introducción a la teoría del derecho...*, *op., cit.*, pp. 83-94; CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade...*, *op., cit.*, pp. 49-54; RUIZ DE LA CUESTA, Antonio, en PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique *et al*, en *Teoría del Derecho, Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 70-71; BOBBIO, Norberto, en *El problema del positivismo jurídico...*, *op., cit.*, p. 74; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 213. Para Carlos Santiago Nino, la epistemología del Derecho natural puede ser reconducida básicamente a dos tesis fundamentales que se presentan en todas las teorías del Derecho natural. La primera tesis, de filosofía ética, es en la que existen principios morales y de justicia accesibles por la razón humana. La segunda tesis, de filosofía del Derecho, es en la que un sistema normativo o una norma solamente pueden recibir la calificación de jurídica en la medida en que no contradigan los principios morales y de justicia, en SANTIAGO NINO, Carlos, en *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 28.

Por lo tanto, a lo largo de las épocas siempre estuvo presente la existencia de algo – desde el *iusnaturalismo teológico* al *iusnaturalismo racionalista* o, simplemente, Derecho natural – actuando funcionalmente como una especie de parámetro o referencia de validez externa al Derecho puesto o legislado por el hombre.

Sin embargo, un precedente más reciente de esta dualidad normativa con directa repercusión sobre el *judicial review of legislation* en los Estados Unidos de América lo encontramos en el *common law* y el *statutory law* en Inglaterra del siglo XVII, mediante el cual el Derecho común se presentaba como una ley fundamental y con superioridad sobre el Derecho estatal, el cual podría ser complementado por éste, pero no violado, lo que significaba la existencia de una especie de límite para el Rey y el Parlamento. Por un lado, ante las embestidas del Rey, que con la pretensión de ejercer personalmente la justicia, afirmaba que estaba dotado de la misma inteligencia de sus delegados, los jueces, Sir Edward Coke, uno de los grandes teóricos de esta época, sostenía que esta misión solamente podría ser ejercida por personas especialmente preparadas y formadas en la ciencia jurídica. Por otro lado, ante las pretensiones del Parlamento, se sostenía la supremacía de la *common law* sobre la autoridad del Parlamento. Por último, ante esta colisión con el Rey y el Parlamento, Coke no tenía ninguna duda de que competía a los jueces realizar el control del *statutory law* a partir del *commow law*⁵⁷².

La doctrina de la supremacía del *commow law* fue aplicada por Sir Edward Coke, presidente del *Court of Common Pleas* en el famoso *Bonham's case* de 1610. Es decir, el médico Thomas Bonham demandó el presidente y los censores del Colegio de Médicos por haber sido preso, así como por haber sido aplicada una multa, todo bajo la acusación de

⁵⁷² CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade...*, *op. cit.*, pp. 57-59.

estar ejerciendo la medicina en la ciudad de Londres sin una previa licencia del Colegio de Médicos de Londres. Además de otros argumentos utilizados para reconocer la ilegalidad de las penas aplicadas al médico, Coke afirmó que la circunstancia de que el Colegio de Médicos fuera el destinatario final de la mitad del valor de la multa aplicada, hacía que el Colegio no fuera sólo el juez de la causa sino parte interesada en el caso, algo no admitido por el *common law*. Según Coke, la consecuencia era la siguiente: “*aparece en nuestro libros [precedentes] que en muchos casos el Common Law controlará los actos del Parlamento, y algunas veces los juzgará como completamente nulos; porque cuando un acto del Parlamento es contrario a la común y recta razón, o repugnante, o imposible de ser llevado a la práctica, el Common Law lo controlará y declarará tal acto nulo*”. Así, a partir de esta afirmación reiterada entre los fundamentos de este caso, Coke asienta la supremacía del *common law* sobre la ley del Parlamento, atribuye al *common law* la función de parámetro de interpretación del *statutory law*, y reconoce que es atribución de la jurisdicción realizar este juicio de compatibilidad, conclusiones estas que influirán directamente el proceso histórico de construcción de la *judicial review of legislation* en los Estados Unidos de la América⁵⁷³.

El principio de la supremacía del *commow law* sobre el *statutory law* fue abandonado en Inglaterra con la Gloriosa Revolución de 1688. A partir de entonces se adoptó un principio precisamente opuesto; es decir, el principio de la supremacía del Parlamento. Con todo, la doctrina de Coke influyó en las colonias de América del Norte, donde más tarde se reconoció la *judicial review* y la *supremacy of the judiciary*. En cuanto a la

⁵⁷³ DORADO PORRAS, Javier, *La lucha por la Constitución...*, op., cit., pp. 67-80; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma...*, op., cit., pp. 123-125; BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da constitucionalidade*, T. I., op., cit., pp. 275-276.

adopción del principio de la supremacía del Parlamento en Inglaterra, paradójicamente fue este mismo principio el que creó las condiciones necesarias para la aparición de la *judicial review*. Según la ley inglesa de la época, las corporaciones, ya sean compañías comerciales privadas o municipalidades, sólo podrían expedir reglamentos y actuar dentro de los límites de sus textos de constitución. Muchas de las colonias inglesas fueron inicialmente constituidas como compañías comerciales y, cuando no fuera este el caso, las colonias se regían por cartas o estatutos de la Corona inglesa. Estas cartas o estatutos ejercían la función de verdaderas constituciones coloniales, puesto que regulaban las estructuras jurídicas básicas de las colonias, y establecían los límites a la legislación colonial de forma vinculante, ya que si por un lado autorizaban a las colonias a promulgar sus leyes, por otro exigían que estas leyes no contrariasen las leyes del Reino de Inglaterra y, por consiguiente, la supremacía del Parlamento. Pues bien, en razón del principio de la *supremacy of the English parliament* en diversos casos el *Privy Council* del Rey decidió que los jueces en las colonias solamente deberían aplicar las leyes coloniales cuando no estuvieran en contradicción con las leyes del Reino, lo que hizo que entre los años 1696 y 1782 más de seiscientas leyes coloniales fueran anuladas por el *Privy Council*⁵⁷⁴.

Tras la proclamación de la independencia de las colonias inglesas en 1776, las antiguas cartas o estatutos de la Corona inglesa fueron sustituidas por nuevas constituciones. Por lo tanto, así como las leyes coloniales contrarias a las cartas y estatutos de la Corona fueron consideradas nulas por los jueces, las nuevas constituciones continuaron ejerciendo esta misma función de parámetro de constitucionalidad de la legislación colonial. Así, entre los primeros precedentes judiciales en este sentido, están el caso *Holmes versus Walton* en 1780, decidido por la

⁵⁷⁴ *Ibidem*, pp. 60-61.

Corte Suprema de New Jersey, y el caso *Commonwealth versus Caton*, decidido por la Corte de Virginia en 1782. Por lo tanto, después del caso *Marbury versus Madison*, decidido por la Suprema Corte en 1803, existieron siglos de historia en la cual el Chief Justice John Marshall se apoyó para establecer este marco histórico de la *judicial review of legislation*⁵⁷⁵.

Sólo a partir de 1920 el sistema continental europeo de control de la constitucionalidad de las leyes empezó a ser regulado, positivado, racionalizado y limitado; es decir, más de un siglo después del caso *Marbury versus Madison*, juzgado por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1803, se reconoció al poder judicial la función de control de constitucionalidad difuso de las leyes – *judicial review of legislation*. El largo período de tiempo derivado entre los dos sistemas jurídicos para tratar el tema referente al control de constitucionalidad de las leyes está directamente relacionado con la comprensión de la Constitución de cada época y lugar. El tema del control de constitucionalidad sólo se debatía como una cuestión inevitable si la Constitución estaba dotada de supremacía normativa. En el caso americano, aunque la Constitución de 1787 haya sido silente sobre el instituto del control de constitucionalidad, a partir de un largo y complejo proceso político iniciado en las antiguas colonias americanas, la Suprema Corte terminó reconociendo y atribuyendo esta función de control al poder judicial, precisamente por entender, en primer lugar, que la Constitución estaba dotada de supremacía normativa sobre las leyes ordinarias y, en segundo lugar, porque el juicio de constitucionalidad de una ley es indisoluble del proceso de interpretación y aplicación del Derecho bajo responsabilidad del poder judicial. Sin embargo, en el continente europeo, las

⁵⁷⁵ *Ibidem*, pp. 62-63; S. CORWIN, Edward, *The Doctrine of Judicial Review...*, *op. cit.*, pp. 1-78.

constituciones estaban dotadas inicialmente sólo de naturaleza política, debido a la supremacía normativa de la ley y, por consiguiente, del legislador, lo que dispensaba cualquier debate acerca de la cuestión del control de constitucionalidad de las leyes a partir de la Constitución⁵⁷⁶.

La formación del sistema de control de constitucionalidad de las leyes en el continente europeo tiene inicio en el período de entre guerras, especialmente, a partir de las Constituciones de Suiza (1874-1999), de Weimar en Alemania (1919-1933), de Austria (1920-1933) y de España (1931-1939). Así, en estos sistemas constitucionales, los cuales por primera vez adoptaron alguna forma de control de constitucionalidad, ya sea explícito o implícito, es donde vamos a encontrar los primeros elementos que en el futuro configurarán el control jurisdiccional de constitucionalidad en Europa occidental⁵⁷⁷.

1.1 – Control de constitucionalidad en Suiza

Durante los procesos constituyentes, después del final de la Primera Guerra Mundial, la única alternativa al sistema americano de control de constitucionalidad era el modelo Suizo. Después de un largo período de garantía política de la Constitución, y después de la profunda reforma constitucional del 1874, se inaugura en Europa un modelo de

⁵⁷⁶ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 26-32; BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la constitución...*, *op. cit.*, pp.132-136 y 181-183; ARAGÓN REYES, Manuel, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución"..., *op. cit.*, pp. 34-36.

⁵⁷⁷ A pesar de que exista una previsión normativa sobre el control de constitucionalidad en la Constitución de Checoslovaquia (1918-1938), no voy a hacer referencia porque durante la I República el sistema de control de constitucionalidad de las leyes no fue accionado ni siquiera una vez por las partes legitimadas, lo que no permite, por consiguiente, valorar su adecuado funcionamiento. *Cfr.* CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, *op. cit.*, pp. 277-299.

control de constitucionalidad de las leyes. En este modelo restrictivo de control, sólo las leyes cantonales pueden ser sometidas al control constitucional, teniendo como parámetro las leyes federales, razón por la cual Villalón afirmará que este control es menos de constitucionalidad y más de federalidad, porque el parámetro de control no es la Constitución federal sino la ley federal. La ley federal es inmune a cualquier tipo de control por parte del poder judicial (art. 113.3 de la Constitución Federal Suiza⁵⁷⁸), así como la doctrina admite la nivelación jerárquica entre la Constitución federativa y las leyes federales, lo que autoriza la abolición de la Constitución por las leyes federales⁵⁷⁹.

El control de constitucionalidad de las leyes cantonales se da de forma concentrada ante el Tribunal Federal, básicamente mediante dos instrumentos procesales; es decir, el recurso de derecho público y la reclamación de derecho público. En el caso del *recurso de derecho público*, se trata de un instrumento destinado a actuar como recurso de amparo de los derechos constitucionales frente a los actos cantonales ante el Tribunal Federal. La *reclamación de derecho público* es un instrumento destinado a resolver los conflictos de competencia entre la Federación y los cantones. En los dos casos es posible afirmar que el objeto principal del proceso no es el control de constitucionalidad de las leyes cantonales, lo que se da sólo incidentalmente como cuestión previa para la resolución del objeto principal; es decir, la tutela de los derechos y la resolución del conflicto de competencias⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Art. 113.3 (parte final) de la Constitución Federal da Suiza: "...*Ello no obstante, en todos estos casos las leyes y resoluciones de carácter general dictadas por la Asamblea Federal, así como los Tratados aprobados por la misma, vinculan al Tribunal Federal*".

⁵⁷⁹ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, op., cit., pp. 49-56; cfr. ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 230-245.

⁵⁸⁰ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, op., cit., pp. 57-62.

Junto a este control concentrado sobra un *control difuso*, mediante el cual la justicia suiza, tanto federativa cuanto cantonal, no sólo puede sino que también debe dejar de aplicar las leyes cantonales contrarias a las leyes federales. El parámetro de este control de constitucionalidad o federalidad es el conjunto de las leyes federales, excluida la Constitución federativa, mientras que el objeto de control son las leyes cantonales, excluidas las Constituciones cantonales, que se someten a un control político específico. El control difuso de las leyes cantonales por parte de las leyes federales está asentado en el principio de la primacía de las leyes federales⁵⁸¹.

De este modelo de control de constitucionalidad cabe concluir la necesidad subyacente de afirmación del derecho federativo sobre el derecho cantonal, así como de la protección de los derechos fundamentales ante los poderes públicos cantonales. Por lo tanto, lo que se pretende con el modelo es reforzar la idea de federación, sometiendo la legislación cantonal a las leyes federales, las cuales permanecen inmunes a cualquier tipo de control⁵⁸².

1.2 – Control de constitucionalidad en Alemania

La Constitución de Weimar de 1919 en Alemania⁵⁸³, así como la Constitución americana de 1787 en los Estados Unidos de América, a

⁵⁸¹ *Ibidem*, pp. 63-64.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 69; cfr. MARTÍNEZ MERCADER, Juana, “La definitiva configuración territorial de Suiza en la vigente Constitución de 1874”, en *Anales de Historia Contemporánea*, nº 20, Murcia, Universidad de Murcia, 2004, pp. 463-485.

⁵⁸³ Sobre el control de constitucionalidad difuso de las leyes en el siglo XIX en Alemania cfr. RODRÍGUEZ ÁLVARES, José Luis, “Las primeras controversias sobre el control judicial de la constitucionalidad en Alemania: La cuestión del “Richterliches Prüfungsrecht” durante el siglo XIX”, en *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados,

pesar de los intensos debates durante el proceso constituyente, terminó en medio de un silencio acerca del control de constitucionalidad difuso de las leyes, lo que suscitó interminables debates sobre quién debería ser el protector de la Constitución. Ante este silencio, especialmente a partir de 1925, los tribunales alemanes reivindicaron el derecho-poder de controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich*. En cuanto a las leyes de los Estados Federados o *länder*, esta discusión no se hizo necesaria, porque la Constitución de Weimar (art. 13.1)⁵⁸⁴ expresamente reconoció el principio de la primacía del Derecho federativo sobre las leyes de los *länder*. Junto con este control difuso construido a partir de la jurisprudencia, la Constitución de Weimar instituyó un control concentrado de las leyes de los *länder*, teniendo como parámetro de constitucionalidad las leyes del *Reich*, ante el Tribunal del *Reich*, a quien competía decidir con fuerza vinculante *erga omnes* (art. 13.2)⁵⁸⁵. Además de este instrumento de control, también se instituyó un instrumento de resolución de conflictos de competencia entre el *Reich* y los *länder*, ante el Tribunal de Estado del *Reich* (art. 19)⁵⁸⁶. Así como en el caso de Suiza, estos dos instrumentos de control no tienen por objeto principal el control de constitucionalidad de las leyes del *Reich* (ley federativa). Sin embargo, como cuestión previa o prejudicial, en muchos casos estos tribunales

Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 1503-1533.

⁵⁸⁴ Art. 13.1 de la Constitución de Weimar: “*El derecho del Reich prevalece sobre el de los länder*”.

⁵⁸⁵ Art. 13.2 de la Constitución de Weimar: “*Si existe duda o desacuerdo sobre si una disposición del derecho de un Land es conciliable con otra de derecho del Reich, la autoridad central del Reich o del Land en cuestión podrá, en las condiciones que ulteriormente serán fijadas en una ley de Reich, provocar una resolución de un Tribunal superior del Reich*”.

⁵⁸⁶ Art. 19 de la Constitución de Weimar: “*Las cuestiones constitucionales dentro de cada Land en que no exista jurisdicción competente para resolverlas, así como cualquiera otras que no sean de derecho privado entre los diferentes Länder o entre un Land y el Reich serán decididas, a petición de una de las partes, por el Tribunal de Estado del Reich, en todo aquello en que otro Tribunal del Reich no sea especialmente competente. El Presidente del Reich ejecutará la sentencia del Tribunal de Estado del Reich*”.

enfrentaron la constitucionalidad de las leyes del *Reich* como un camino natural y necesario para la resolución del objeto principal⁵⁸⁷.

Acerca del control de constitucionalidad en el período de la Constitución de Weimar existe un consenso entre la doctrina y la jurisprudencia sobre los siguientes puntos: 1 – el poder judicial tiene la atribución de realizar el control de legalidad y constitucionalidad de los reglamentos; 2 – el poder judicial tiene la atribución de realizar el control de constitucionalidad de las leyes de los *länder* a partir de la legislación y de la Constitución federal; 3 – el poder judicial tiene la atribución de realizar el control de constitucionalidad de las leyes y reglamentos preconstitucionales a la Constitución de Weimar (art. 178.2)⁵⁸⁸; 4 – el poder judicial, con relación a las leyes del *Reich* posteriores a la Constitución de Weimar, sólo tiene la atribución de realizar el control de la correcta promulgación de estas leyes, sin adentrarse en otros aspectos formales del proceso legislativo. Por último, con respecto al control de constitucionalidad de las leyes del *Reich* promulgadas correctamente tras la Constitución de Weimar no existe consenso⁵⁸⁹.

En la 39ª Sesión del Comité de Constitución de la Asamblea Nacional Constituyente, del 6 de junio de 1919, el diputado Ablass presentó una enmienda mediante la cual pretendía excluir expresamente de las atribuciones del poder judicial el control de constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos del *Reich*, así como concentrar este control, a petición de al menos cien diputados, ante el Tribunal del Estado del *Reich*. Sometida a la votación, la enmienda no fue aceptada, habiendo

⁵⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, op., cit., pp. 71-72.

⁵⁸⁸ Art. 178.2 de la Constitución de Weimar: “*Las demás leyes y reglamentos del Imperio quedan en vigor en cuanto no se opongan a esta Constitución*”.

⁵⁸⁹ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, op., cit., pp. 78-80.

sido la Constitución de Weimar aprobada con un absoluto silencio sobre el tema⁵⁹⁰.

Una vez remetida esta cuestión a la jurisprudencia y a la doctrina, no tardó para que ambas se pronunciaran sobre la cuestión. La jurisprudencia del Tribunal del *Reich*, a través de la Sentencia del 4 de noviembre de 1925, expresamente reconoció que era un deber del juez controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich* ante la Constitución de Weimar en los siguientes términos: *“Puesto que la Constitución del Reich misma no contiene ningún precepto en virtud del cual la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes del Reich fuera sustraída a los tribunales y transferida a otra instancia, hay que reconocer el derecho y el deber del juez de controlar la constitucionalidad de las leyes del Reich”*. Sin embargo, la doctrina siguió dividida sobre la cuestión, a partir de argumentos jurídico-formales y de política constitucional. En cuanto a los defensores del control judicial, se argumentaba que los jueces estaban subordinados sólo a la ley válida, lo que autorizaría el control judicial de la ley. Por otro lado, contrarios al control, estaban los que defendían la teoría de la promulgación; es decir, una vez promulgada la ley por el Presidente del *Reich* podía presumirse la constitucionalidad *iuris et de iure*. Por último, entre los defensores del control judicial, muchos alertaban sobre los riesgos de una tiranía parlamentaria, mientras que los contrarios al control sostenían que la Constitución de Weimar poseía suficientes garantías políticas, por lo que no era necesario el recurso extremo para el control judicial⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, pp. 82-85.

⁵⁹¹ *Ibidem*, pp. 88-89 y 92-93. Después de la decisión del Tribunal del Reich reconociendo el deber del juez de controlar la constitucionalidad de las leyes del Reich, se elaboró un proyecto de ley con la pretensión de regular la forma de este control, sin embargo el proyecto fue abandonado, en CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del*

Pues bien, es dentro de este entorno teórico de fuertes discusiones donde se traba uno de los mayores debates constitucionales de la historia acerca de quién deba ser el guardián de la Constitución, entablado entre Carl Schmitt y Hans Kelsen. A principios de 1929, Schmitt publicó el artículo “*El defensor de la constitución*”, posteriormente afirmado en 1931 en su obra “*La defensa de la Constitución*”⁵⁹². Por lo tanto, tras la publicación de esta obra, Kelsen hizo público su trabajo titulado “*¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*”⁵⁹³.

En la concepción de defensa de la Constitución de Carl Schmitt, los tribunales pueden realizar solamente el control judicial de las leyes constitucionales, pero no de la Constitución. Con relación a la Constitución, fundada en una decisión política del pueblo sobre el modo y la forma de organizarse políticamente, los tribunales pueden contribuir solamente a su respeto, pero sin ninguna posibilidad de protegerla⁵⁹⁴, puesto que ésta es una tarea esencialmente política, a cargo del Presidente del *Reich*, órgano dotado de neutralidad, que a causa de su carácter de representante del pueblo como unidad, asume la función de guardián o protector de la Constitución. Schmitt llega a esta conclusión básicamente a partir de tres líneas de argumentativas⁵⁹⁵, siendo una primera, de naturaleza legal, mediante la cual atribuyó al art. 48 de la Constitución de Weimar⁵⁹⁶, inicialmente previsto para garantizar el

sistema europeo..., op., cit., pp. 171-222; FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, p. 18.

⁵⁹² Cfr. SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2ª ed., trad. Manuel Sanchez Sarto, Madrid, Tecno, 1998.

⁵⁹³ Cfr. KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., trad. Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1999.

⁵⁹⁴ SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución...*, op., cit., pp. 43-57.

⁵⁹⁵ MIGUEL HERRERA, Carlos, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 86, octubre-diciembre/1994, p. 213.

⁵⁹⁶ Art. 48.1 y 2 da Constitución de Weimar: “*Si un Land no cumple los deberes que le impone la Constitución o las leyes del Reich el Presidente de éste podrá obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada. Cuando se hayan alterado gravemente o estén en*

federalismo y preservar el orden interno, una interpretación extensiva y contemplando además la previsión legal de la defensa de la Constitución a cargo del Presidente del *Reich*⁵⁹⁷. Un segundo argumento de naturaleza histórica, a través del cual se constata que el parlamento, formado por mayorías inestables, a causa de grandes disputas entre los partidos, discuten pero no deciden hasta el punto de garantizar la unidad del pueblo alemán⁵⁹⁸. Por último, un tercer argumento de naturaleza doctrinal, en el cual Schmitt fundamenta su teoría del defensor de la Constitución en la teoría del monarca como *pouvoir neutre, intermédiaire et régulateur* desarrollada anteriormente por Benjamín Constant⁵⁹⁹.

Por otro lado, Kelsen, en su defensa de la jurisdicción constitucional, sostiene que los tribunales constitucionales son un medio idóneo para preservar la esencia de la democracia, protegiendo al mismo tiempo, en el ámbito del poder legislativo, internamente, las minorías de las mayorías parlamentarias, así como externamente, la voluntad del legislador de eventuales ataques de los demás poderes, y en el ámbito del ejecutivo, actuando como una especie de control del inevitable carácter autocrático de este poder. Para Kelsen, la Constitución es el fundamento constitutivo del Estado, mediante la cual jurídicamente se expresan las manifestaciones de las diversas fuerzas políticas, actuando la Constitución como fuente de producción de las normas, reglamentando su creación, determinando los órganos competentes y los procedimientos legislativos. Así, la justicia constitucional asume la función de control de la constitucionalidad de la producción de las normas infraconstitucionales

peligro la seguridad y el orden públicos en el Reich, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153".

⁵⁹⁷ SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución...*, op., cit., pp. 187-211.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, pp. 128-154.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, pp. 213-225.

por los poderes legislativo y ejecutivo, mediante sentencias dotadas de efectos generales.

Según Kelsen, la distinción que hace Schmitt entre control y defensa de la Constitución no es más que una distinción terminológica, dado que lo importante es afirmar como cuestión de principio que “*nadie puede ser juez de su propia causa*”⁶⁰⁰; es decir, ni el Parlamento ni tampoco el Gobierno pueden asumir la función de controlar la constitucionalidad de sus propios actos, debiendo esta función ser encargada a un tribunal independiente de los tres poderes del Estado.

La propuesta de un control concentrado de constitucionalidad en manos de un Tribunal Constitucional, que Kelsen denominó como ‘legislador negativo’, no sólo revela una especial valorización de la democracia y del legislador sino también una desconfianza de Kelsen con relación a los jueces, contra los cuales pretendía reforzar las defensas del parlamento. En este sentido, toda la construcción jurídica de este sistema de control de constitucionalidad se dio en un contexto de conflicto entre los legisladores y los jueces.

Este contexto histórico-político e ideológico que prevalece en el continente-europeo marcará las distinciones entre el sistema de control de constitucionalidad europeo-kelseniano y el de América del Norte dado que, con respecto al sistema norteamericano, existe una voluntad política de establecer una supremacía judicial sobre los demás poderes, principalmente el poder legislativo, revelando por un lado, una confianza en los jueces, muchos de ellos elegidos por el pueblo, y una desconfianza en el legislador. Por otro lado, en el sistema europeo-kelseniano la situación era precisamente inversa; es decir, el sistema depositaba una

⁶⁰⁰ KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?...*, op., cit., p. 5.

confianza en el legislador y desconfiaba de los jueces, en buena medida procedentes de una aristocracia autoritaria.

Concretamente, en el caso de la Alemania de Weimar, los jueces eran reclutados en su mayoría entre los oficiales jubilados, de los cuales buena parte brindó con alegría en 1933 la llegada de Hitler al poder⁶⁰¹. Estos jueces se adhieren a la teoría de la comunidad del pueblo, a la escuela libre del Derecho y a la libre jurisprudencia como parámetro de corrección del Derecho legislado, con un claro carácter contrarrevolucionario, utilizando como fundamento una sedición de los jueces contra la ley, como manifestación de su inconformismo con la voluntad expresada por los órganos de representación democrática y de su falta de identificación con el ordenamiento jurídico. En la Constitución de Weimar los jueces intentan judicializar la política mediante el control judicial de las leyes a partir de los principios generales del Derecho y de la introducción de elementos de moralidad en la interpretación de las leyes con claros fines contrarrevolucionarios y antidemocráticos. El temor de Kelsen frente a esta jurisdicción ordinaria fue uno de los grandes motivos de su propuesta teórica de una jurisdicción constitucional concentrada en un único órgano, apartando el poder judicial de la función del control constitucional⁶⁰².

Acerca de la naturaleza política de la función de protección de la Constitución y de su incompatibilidad con la función jurisdiccional, Kelsen argumenta que la naturaleza política de las decisiones, así como la creación del Derecho, no está circunscrita al parlamento, porque toda la decisión judicial expresa el ejercicio del poder estatal y, en alguna

⁶⁰¹ PEREZ GALLEGOS, Roberto, "Constitución, derecho y poder judicial en la República de Weimar (1919-1933). (A propósito del 80º aniversario de la Constitución de Weimar)", en *Jueces para la democracia*, nº 37, 2000, pp. 56 y 66.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 67.

medida, un cierto contenido político de creación del Derecho, razón por la cual el control de constitucionalidad no modifica la posición constitucional de la jurisdicción⁶⁰³. Prosigue Kelsen, afirmando que Schmitt ve al juez como un “*autómata jurídico*”, que no crea Derecho sino que simplemente “*encuentra*” la norma en el precepto jurídico⁶⁰⁴. Sin embargo, Kelsen entiende que la diferencia entre la ley y la sentencia es sólo de cantidad y no de calidad, puesto que esta última también crea Derecho como la ley, así como está dotada de carácter político.

De este breve esbozo histórico parece que Kelsen, al proponer el control de constitucionalidad concentrado a cargo de un Tribunal Constitucional, en el que el juicio de compatibilidad entre la Constitución y la ley se daría en abstracto, por tanto, sin ninguna consideración ante el caso concreto, pretende rechazar el subjetivismo implícito en las teorías de la comunidad del pueblo, de la escuela del Derecho libre y de la libre jurisprudencia, recobrando la objetividad y la racionalidad del proceso, así como retirando de los jueces la función de controlar al legislador.

Junto con el control judicial difuso reconocido por la jurisprudencia, la Constitución de Weimar creó dos instrumentos de control concentrado de constitucionalidad que, al fin y al cabo, permitieron, por vía indirecta, el control de constitucionalidad de las leyes del *Reich*. El primer instrumento trata el *control de constitucionalidad de las leyes de los länder* (art. 13). En razón del principio de la primacía del Derecho del *Reich* sobre el Derecho de los *länder*, el Derecho del *Reich* anula el Derecho de los *länder*. Por lo tanto, es un control de constitucionalidad que no está asentado propiamente sobre el principio de la supremacía constitucional sino sobre el principio de la primacía del Derecho del *Reich* sobre el

⁶⁰³ KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, pp. 27-28.

Derecho de los *länder*. En la concepción de Derecho del *Reich* está incluida la Constitución de Weimar, especialmente la segunda parte de la Constitución relativa a los derechos y deberes fundamentales de los alemanes, razón por la cual la Constitución actúa como parámetro de constitucionalidad de las leyes de los *länder*, así como de su interpretación y aplicación. Así, el texto de la ley está sometido a control pero también la interpretación y aplicación que se da a este texto.

Esta especie de control de constitucionalidad se realiza mediante un proceso autónomo y de forma abstracta, puesto que incide directamente sobre la ley del *land*, sin que sea necesaria la existencia de un caso concreto, y concentrada ante el Tribunal del *Reich*, único órgano competente para resolver los casos. Este control concentrado sobre el Derecho de los *länder* no aleja ni excluye el control difuso, derivado del principio de la primacía del Derecho del *Reich* sobre el Derecho de los *länder*. Por último, la decisión dictada en el ámbito de este instrumento de control de constitucionalidad determina efectos generales o *erga omnes* y retroactivos (*ex tunc*). Así, a pesar de que este tipo de control converja con el control difuso, en palabras de W. Jellinek, citado por Villalón, aquí se encuentra la “*célula germinal*” de la jurisdicción constitucional de la segunda posguerra⁶⁰⁵.

El segundo instrumento se refiere a la *jurisdicción de conflictos constitucionales* dentro de los *länder*, salvo en el caso de que exista una jurisdicción en el *land*, competente para conocer del conflicto, y entre los *länder* y el *Reich* (art. 19 de la Constitución de Weimar), con excepción de los conflictos que puedan surgir internamente entre los órganos del *Reich*. En el primer caso, de *conflictos constitucionales dentro de los länder*, el Tribunal de Estado del *Reich* promoverá el control de constitucionalidad

⁶⁰⁵ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, op., cit., pp. 97-125.

del derecho del *land* teniendo, como parámetro, en la primera fase de la jurisprudencia, exclusivamente la Constitución del *land* y, posteriormente, en una segunda fase, la Constitución del *Reich*, en cuanto complemento de la Constitución y del Derecho del *land*. En la Sentencia del 15 de octubre de 1927, cuando el Tribunal de Estado del *Reich* comenzó a admitir la Constitución del *Reich* como parámetro de control de los conflictos constitucionales, fue la primera vez que a este Tribunal se lo calificó como “*protector de la Constitución del Reich*”⁶⁰⁶.

En el segundo caso, *conflictos constitucionales entre los länder y el Reich*, también compete al Tribunal de Estado del *Reich* resolver los conflictos. Sin embargo, en esta especie de conflicto constitucional la cuestión principal está en saber si a través de un proceso que trata un conflicto entre los *länder* y el *Reich* es posible realizar, incidentalmente, el control de constitucionalidad de las leyes del *Reich*, tema que fue intencionalmente silenciado en la Constitución de Weimar. En este sentido, mediante la Sentencia del 17 de noviembre de 1927, el Tribunal de Estado del *Reich*, por primera vez, declaró la inconstitucionalidad de una ley del *Reich* porque esta ley, impugnada por el *Land* de Prusia, al incorporar los *Länder* Baden, Baviera y Württemberg a la comunidad del impuesto sobre la cerveza, permitiendo a estos *länder* la recepción de una cuota del mencionado impuesto, no obedeció al proceso legislativo para su aprobación. Asimismo, mediante la Sentencia del 25 de octubre de 1932, el Tribunal de Estado del *Reich* realizó una interpretación conforme a la Constitución en el conocido conflicto constitucional entre el *Land* de Prusia y el *Reich*. En este conflicto, el Presidente del *Reich* publicó una ordenanza de necesidad, mediante la cual designaba al Canciller del *Reich* como Comisario del *Reich* en el *Land* de Prusia, con poder para alejar del cargo a las autoridades del *land* y asumir en su lugar la

⁶⁰⁶ *Ibidem*, pp. 139-148 y 168-169.

administración del gobierno. Al analizar la constitucionalidad de esta medida del *Reich*, el Tribunal de Estado del *Reich* concluyó, en una interpretación conforme a la Constitución del *Reich*, que la ordenanza de necesidad era constitucional, siempre que no implicara la suspensión de las normas de la Constitución del *Reich* que disponen sobre la posición del *land* en el conjunto del *Reich*; es decir, según el Tribunal “...la sustracción de competencias al Gobierno del *land* y su transferencia a un órgano del *Reich* encuentra su límite allí donde al Gobierno del *land* deben respetársele competencias que, tras lo dicho, son esenciales e imprescindibles para el mantenimiento de la autonomía del *land* y de su posición jurídica en el *Reich*”. Por último, en cuanto a los efectos de las sentencias dictadas en los conflictos de constitucionalidad en las cuales fue reconocida la inconstitucionalidad de una ley, el Tribunal nunca llegó a pronunciarse, así como la doctrina discutía entre los efectos *inter partes* e *erga omnes*, sin que se llegara a un consenso⁶⁰⁷.

Así, tanto mediante el control de constitucionalidad de las leyes de los *länder* como por la jurisdicción de conflictos constitucionales se llega, indirectamente, a la cuestión incidental y al control de constitucionalidad de las leyes del *Reich*. No obstante este alcance indirecto de las leyes del *Reich*, parece que no hay duda de que en Weimar existió una jurisdicción constitucional, aunque esta jurisdicción constitucional, entendida como jurisdicción de conflictos constitucionales, no coincida con lo que hoy en día entendemos por jurisdicción constitucional⁶⁰⁸.

La Constitución de Weimar (1919-1933), en la expresión de Rainer Wahl, citado por Villalón, representó, al menos para Alemania, una “fase de incubación” del control de constitucionalidad. Finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 se convertirá en un

⁶⁰⁷ *Ibidem*, pp. 149-168.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pp. 169-170.

modelo de control de constitucionalidad para Europa occidental, instituyendo el control abstracto de constitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de amparo. La cuestión de inconstitucionalidad en la segunda posguerra aparecerá como un sustituto del control judicial difuso y como alternativa a una prohibición pura y simple del control de constitucionalidad por parte del poder judicial⁶⁰⁹.

1.3 – Control de constitucionalidad en Austria

La Constitución austríaca de 1867 prohibía expresamente al poder judicial realizar el control de validez de las leyes correctamente promulgadas, aparte de los reglamentos, los cuales podrían ser libremente utilizados en los procesos judiciales⁶¹⁰. El único acto que se encontraba bajo control del poder judicial era el de la promulgación de la ley; es decir, una vez promulgada correctamente la ley, los jueces y los tribunales estaban vinculados a sus dictámenes⁶¹¹.

Durante el proceso constituyente de 1919, en un primer momento prevaleció la cláusula de la superioridad de las leyes federales sobre las leyes de los *länder*, lo que implicaría una reducida concepción de control de constitucionalidad; es decir, un control de legalidad federativo de las leyes de los *länder*. Sin embargo, en un segundo momento, prevaleció la cláusula de equiparación entre las leyes federales y las leyes de los *länder*, lo que conllevó como consecuencia la sumisión de las leyes federales a un control de constitucionalidad a partir de la primacía

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 226.

⁶¹⁰ Art. 7º de la Constitución austríaca de 1867: “*Los jueces y tribunales carecen de competencia para conocer de la validez de las leyes correctamente promulgadas. Por el contrario, conocen de la validez de los reglamentos en el curso regular de los procesos*”.

⁶¹¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, op., cit., pp. 239-245.

normativa de la Constitución. Con ello se rompía un tabú continental de inmunidad de las leyes del Estado, las cuales si someterían, juntamente con las leyes de los *länder*, a un control concentrado de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁶¹².

Además, disponiendo en el sentido contrario a la Constitución de 1867, se prohibió al poder judicial el control de legalidad de los reglamentos, los cuales podrían ser sometidos a la cuestión de inconstitucionalidad por parte de cualquier juez o tribunal (art. 139.1 de la Constitución de Austria)⁶¹³. Sólo con la reforma constitucional de 1929 se instituye el control concreto o la cuestión de constitucionalidad en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes; sin embargo, restringido únicamente al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo (art. 140.1 de la Constitución de Austria)⁶¹⁴. Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, la Constitución de la Austria de 1920, con la reforma de 1929, se restaura en 1945. Por último, solamente con la reforma constitucional de 1975 esta facultad es extendida a los tribunales

⁶¹² *Ibidem*, pp. 251-262. Art. 140 de la Constitución de Austria de 1920: “1. El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de land a instancia del Gobierno federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un Gobierno de land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional. 2. El recurso mencionado en el apartado 1 puede ser presentado en cualquier momento; el recurrente debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del correspondiente Gobierno de land o federal. 3. La sentencia del Tribunal Constitucional por la que una Ley es derogada por inconstitucional obliga al Canciller federal o al correspondiente Presidente de land a la inmediata publicación de la derogación; la derogación entra en vigor el día de la publicación, a menos que el Tribunal constitucional fije un plazo para la misma. Este plazo no puede exceder los seis meses. 4. Lo dispuesto en el artículo 79, apartado 1, no es de aplicación al control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional”.

⁶¹³ Art. 139.1 de la Constitución de Austria de 1920: “El Tribunal Constitucional conocerá acerca de la ilegalidad (*Gesetzwidrigkeit*) de los decretos de autoridades federales o regionales a instancias de cualquier tribunal, si bien lo hará de oficio cuando el decreto en cuestión haya de constituir el presupuesto para un pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional...”.

⁶¹⁴ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, op., cit., pp. 266-269.

de segunda instancia y a las salas independientes del contencioso administrativo⁶¹⁵.

1.4 – Control de constitucionalidad en España

La Constitución de la II República de España de 1931 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales al cual atribuyó, entre otras competencias, la de conocer el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, el recurso de amparo, así como los conflictos de competencia legislativa entre el Estado y las regiones autónomas o los conflictos entre regiones autónomas⁶¹⁶, instrumentos mediante los cuales sería posible que el Tribunal realice el control de constitucionalidad. Durante los debates de las Cortes constituyentes, en las sesiones de los días 25, 26 y 27 de noviembre de 1931, Royo Villanova defendió, sin éxito, la adopción del control judicial difuso.

A pesar de la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales por la Constitución de 1931, éste solamente entró en funcionamiento en 1933, tras la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal. La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales expresamente explicitó lo que estaría implícito en la Constitución de 1931; es decir, la opción por el sistema austríaco de control de constitucionalidad. La ley orgánica

⁶¹⁵ ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional...*, op., cit., pp. 247-248.

⁶¹⁶ Art. 100 de la Constitución de España de 1931: “Cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales”. Art. 121 de la Constitución de España de 1931: “Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes; b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades; c) los conflictos de competencia legislativa y cuantos otro surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí;...”.

sometió el *recurso de inconstitucionalidad*, ya sea el formulado por la propia parte (excepción) o por el juez o tribunal (consulta) a un dictamen previo del Tribunal Supremo que, sólo en el caso de un informe a favor del incidente, remitiría los autos al Tribunal de Garantías Constitucionales. Si la decisión fuera desfavorable, cabría también que la parte interesada pagara una fianza para que el recurso fuera remitido al Tribunal de Garantías (art. 31.1 y 32.1 de la LOTGC). Los particulares implicados, además de esta excepción incidental, también podrían hacer uso de una excepción de inconstitucionalidad dirigida directamente al Cuerpo Consultivo del Supremo de la República, que en la hipótesis de estimarla favorable, remitiría los autos al Tribunal de Garantías Constitucionales (art. 31.5 de la LOTGC).

Con respecto al recurso de inconstitucionalidad presentado por la Fiscalía, éste debería ser previamente sometido a la apreciación del Fiscal General de la República (art. 33 de la LOTGC). Con respecto al *recurso de amparo*, éste estaba destinado a la defensa de las garantías individuales, una vez agotadas las instancias ordinarias (art. 26 de la LOTGC). Finalmente, en casos de *conflicto de competencia legislativa* entre el Estado y las regiones autónomas o entre éstas, al menos en dos oportunidades el Tribunal de Garantías Constitucionales llegó a realizar el control de constitucionalidad⁶¹⁷.

Con respecto al control de legalidad de los actos de la Administración y su poder de regular, tanto la Constitución de 1931⁶¹⁸, como la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (art.

⁶¹⁷ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, op. cit., pp. 332-333.

⁶¹⁸ Art. 101 de la Constitución de España de 1931: "*La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder*".

31.3), sometieron el recurso contra la ilegalidad al Tribunal de las Garantías Constitucionales.

En cuanto a la heterodoxia del sistema español, Villalón entiende que no se trata de un *tertium genus* sino de una variante del modelo europeo, puesto que en él aparecen los principales elementos de este modelo, tales como la concentración del control, un órgano *ad hoc*, proceso autónomo de constitucionalidad, acción directa, si bien de forma excepcional, y efectos *erga omnes* de la decisión, salvo cuando se trate de una inconstitucionalidad material, hipótesis en la cual los efectos serían sólo *inter partes*⁶¹⁹.

1.5 – Síntesis de las primeras experiencias

Una vez recorridas las primeras y principales experiencias de control de constitucionalidad en el continente europeo, que se consolidaron después de la segunda posguerra, es posible decir que el sistema continental europeo de control de constitucionalidad posee básicamente las siguientes características: (1) proceso autónomo de control de constitucionalidad, en el cual la cuestión constitucional es el único objeto del proceso y no existe, por lo tanto, un caso concreto que se deba de resolver, razón por la cual la denominación de control abstracto se hace en contraposición al llamado control concreto; (2) un único y específico órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad, independientemente de los demás poderes, lo que vino a denominarse control concentrado en contraposición al control difuso; (3) decisión de declaración de inconstitucionalidad con eficacia inmediata y general (*erga*

⁶¹⁹ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo...*, *op. cit.*, p. 335.

omnes) y no sólo *inter partes*; y (4) número restringido de partes legitimadas a deflagrar el proceso de control de constitucionalidad⁶²⁰.

Los principios de la división de poderes (Montesquieu) y de la supremacía de la ley o de la soberanía del parlamento (Rosseau) presentes durante el proceso revolucionario francés, se extendieron a los demás países de Europa, lo que impidió, así como en Francia, la atribución de la función de control de constitucionalidad de las leyes al poder judicial. Con la excepción de algunos cortos períodos históricos en los cuales el poder judicial asumió esta función constitucional cuando, definitivamente, en la segunda posguerra, se instituyó el control de constitucionalidad de las leyes en los diversos sistemas constitucionales, esta nueva función fue atribuida a un órgano creado concretamente para esta misión, situado normalmente fuera del poder judicial; es decir, los tribunales constitucionales.

El control de constitucionalidad difuso siempre estuvo presente en los debates de la doctrina, así como en algunos momentos históricos de Europa. En Suiza, por ejemplo, es posible ver un control difuso de constitucionalidad o federalidad, como afirmó Villalón, teniendo como parámetro la ley federativa y por objeto la ley cantonal. Este control se asentaba en el principio de la primacía de las leyes federales sobre las leyes cantonales. En la Alemania de Weimar, a pesar del silencio constitucional, la jurisprudencia otorgó al poder judicial el control difuso de constitucionalidad, teniendo como parámetro las leyes del *Reich* y la Constitución federal y por objeto las leyes de los *länder*. Asimismo, Mauro Cappelletti recuerda como ejemplos algunos países que adoptaron el

⁶²⁰ *Ibidem*, pp. 33-35.

control difuso: Noruega (final del siglo XIX), Dinamarca (inicio del siglo XX), Suecia (a partir de 1964) e Italia (entre 1947 1956)⁶²¹.

A pesar de estas experiencias de control de constitucionalidad difuso en el continente europeo, Favoreu identifica algunas razones que no permitieron la recepción del sistema de control de constitucionalidad difuso en Europa, entre ellas, la sacralización de la ley, la insuficiente rigidez constitucional y la incapacidad del juez ordinario para ejercer su función⁶²². A partir de la Revolución francesa en 1789, los dogmas de la división de poderes y de la supremacía de la ley, derivados de la soberanía del parlamento (Rousseau), se difunden en los demás países de Europa. Así, mientras que en los Estados Unidos de América la supremacía de la Constitución permitía su actuación como parámetro de constitucionalidad de la ley, en Europa la ley no encuentra ningún parámetro de legitimidad externo, puesto que se confunde con el propio Derecho. Ante la sacralidad de la ley y de la soberanía del legislador, difícilmente podría admitirse la adopción de un sistema de control de la ley por parte del poder judicial⁶²³. Hay que sumar a eso, también, la insuficiente rigidez constitucional. La cuestión no era tanto la ausencia de una Constitución sino una Constitución destituida de supremacía normativa; es decir, dotada más de naturaleza política que jurídica y, aun así, incluso cuando se le otorgaba alguna naturaleza jurídica, las leyes ordinarias podrían disponer en el sentido contrario. Conforme las constituciones comenzaron a ganar fuerza normativa, la cuestión se desplazó hacia a quién le competía la función de guardián de la Constitución. Para esta función la experiencia europea demostró la falta de formación constitucional de los jueces de carrera del poder judicial, ya

⁶²¹ CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis...*, op., cit., pp. 70-72.

⁶²² FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales...*, op., cit., pp. 18-21.

⁶²³ CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis...*, op., cit., p. 99.

que las breves experiencias de control difuso en Europa, principalmente, en la Alemania de Weimar (1919-1933) y en Italia (1948-1956) no se mostraron provechosas ante la densificación de la normatividad constitucional, esencialmente debido a una falta de cultura constitucional de la jurisdicción ordinaria, lo que generaba una desconfianza con relación a los jueces, ya que a menudo el poder judicial, tradicionalmente encargado de interpretar y aplicar la ley, trataba de debilitar la Constitución a favor de la ley⁶²⁴.

2 – Control de constitucionalidad difuso de la norma: la relevancia del tema en el proceso de densificación de la Constitución

2.1 – Argumento teórico

La relevancia del estudio del control de constitucionalidad difuso de la norma está fundamentada en argumentos teóricos y pragmáticos. En cuanto a los argumentos teóricos, el control de constitucionalidad difuso de la norma está asentado en una determinada teoría política, mediante la cual España está constituida en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la CE), así como en la dignidad de la persona y su libre desarrollo, los cuales fundamentan el orden político y la paz social (art. 10.1 de la CE). Por lo tanto, ante las numerosas posibilidades de organización política y jurídica, el pueblo español, mediante referéndum⁶²⁵, constituyó una organización política a partir de una

⁶²⁴ *Ibidem*, pp. 88-92. Curiosamente, esta experiencia histórica negativa volvió a repetirse en España con la Constitución de 1978 y la resistencia del Supremo Tribunal en otorgar fuerza normativa a su texto.

⁶²⁵ En este sentido, López Guerra indica, apoyándose en la teoría de la Constitución de C. Schmitt, que la “...*Constitución expresa inequívocamente una serie de decisiones fundamentales...*”, entre ellas, la decisión por un Estado social y democrático de Derecho, en LÓPEZ GUERRA, Luis, “Las dimensiones del Estado Social de Derecho”, en *Sistema*, nsº 38-39, octubre/1980, p. 172; M. García-Pelayo se refiere a la fórmula

determinada concepción del Estado social y democrático de Derecho, la cual es el núcleo de la Constitución. Esta fórmula político-jurídica constituye y ordena el Estado, informando sobre el *ser* y el *deber ser* de esta organización política. La esencia de esta fórmula debe ser investigada dentro de la propia Constitución, principalmente, en sus conceptos fundamentales; entre ellos, los valores superiores y su concreción mediante los principios constitucionales y los derechos fundamentales. En este sentido, el propio artículo 1.1 de la Constitución trata de densificar la fórmula *Estado social y democrático de Derecho* al establecer que este Estado posee como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Así, tenemos que el Estado español gana vida y se realiza a partir y mediante los valores superiores regulados en el texto constitucional. El legislador constituyente, por lo tanto, al positivizar estos valores define, normativamente, el punto de partida y el punto de llegada del Derecho, en cuanto ordenamiento jurídico, determinando una propuesta de Derecho justo al Derecho positivo español⁶²⁶.

Así, la idea de Estado democrático trazada en la Constitución, orientada por los valores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo jurídico, debe realizarse también en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional⁶²⁷, de forma que el proceso constitucional, sus institutos,

político-jurídica como una de las "...normas fundamentales o constitutivas del Estado..." y, también, como "...la esencia o sustancia de la Constitución española a la que dan existencia normativa el resto de los preceptos constitucionales..." siendo que "...su reforma es equiparable con la revisión de la totalidad de la Constitución...", en GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, op., cit., p. 93.

⁶²⁶ PECES-BARBA, Gregorio, "Los valores superiores...", op., cit., pp. 28 y 37.

⁶²⁷ Véase la autonomía de la nueva disciplina: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, México, Universidad Autónoma de México - UNAM, 1947; FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal de amparo*, México, Universidad Autónoma de México - UNAM, 1955; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*,

técnicas y procedimientos, sirvan de *locus* de la democracia participativa y de los valores superiores propugnados por el legislador constituyente. La democracia encuentra fundamento mayor en la dignidad de la persona, que a su vez se funda en la naturaleza racional del hombre, cualidad ésta que dota el ser humano de libertad para su autodeterminación, así como para definir, bajo su completa responsabilidad, los objetivos que se persiguen. Por tanto, la dignidad de la persona encuentra en la democracia participativa su expresión mediante la cual el ciudadano participa activamente en la construcción de los límites de su libertad, actuando como auto-legislador, razón por la cual la norma elaborada a partir de la participación directa del ciudadano no esclaviza, sino que potencia y consolida la libertad. A diferencia de lo que normalmente se entiende por democracia, es decir, la democracia representativa confinada al ámbito del parlamento y del proceso legislativo, en el cual se da la construcción de la norma general y abstracta, la democracia participativa debe extenderse a los demás procesos públicos, entre ellos, el proceso judicial, con ocasión de la elaboración de la norma específica y concreta – la decisión judicial. En este sentido, el control de constitucionalidad difuso de la norma, a diferencia del control concentrado, tiene la virtud de permitir la directa participación de las partes implicadas en el conflicto en la producción de la norma del caso concreto. En otras palabras, el comando judicial que incidirá sobre la

nº 7, 2007, pp. 139-147; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional", en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 3, 1999, pp. 121-156; OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de, *Direito Processual Constitucional. Aspectos contemporâneos*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008; GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Introdução ao direito processual constitucional*, Porto Alegre, Síntese, 1999; MAC-GREGOR FERRER, Eduardo, *Derecho procesal constitucional, Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008; FIGUEIREDO DANTAS, Paulo Roberto, *Direito Processual Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas, 2010; GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 965 y ss; DANTAS, Ivo, *Novo processo constitucional brasileiro*, Curitiba, Juruá, 2010, p. 30. Véase acerca de su naturaleza constitucional: HÄBERLE, Peter, "El Derecho Procesal Constitucional...", *op. cit.*, pp. 15-44, publicado por primera vez en alemán en el año 1976; HÄBERLE, Peter, "O recurso de amparo no sistema germânico...", *op. cit.*, p. 41.

esfera de libertad de las partes cuenta con la directa participación de los implicados, los cuales no sólo serán oídos, sino también participarán activamente en la construcción de la norma del caso concreto⁶²⁸.

Si por un lado es inconcebible la concepción de un proceso concreto sin la participación directa de las partes sobre las cuales la decisión judicial irá a recaer – sede en que se da el control de constitucionalidad difuso de la norma –, por otro, en el proceso abstracto, el control de constitucionalidad concentrado solamente puede ser desencadenado por algunos pocos legitimados (art. 162.1.a, de la CE y art. 32 de la LOTC), dentro de un reducido espacio de tiempo (art. 33 de la LOTC), lo que imposibilita la directa participación del ciudadano en la construcción de la norma. Así, aunque las dos especies de control de constitucionalidad estén democráticamente legitimadas, es imperioso afirmar que el control de constitucionalidad difuso de la norma, al permitir la participación directa de las partes, densifica mejor la idea de democracia participativa, razón por la cual actúa como su fundamento político.

A partir de la teoría sobre el *status* frente al Estado de Georg Jellinek (1851-1911), Peter Häberle desarrolló su propia teoría sobre el *status activus processualis*⁶²⁹ que actúa como una síntesis de las normas y formas de participación del ciudadano en el proceso. Por medio del *status activus processualis*, la parte no sólo tiene la oportunidad de ser oída en el proceso, sino que tiene también el derecho de participar

⁶²⁸ HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional...*, *op.,cit.*, pp. 31-32, nota 48.

⁶²⁹ HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución...*, *op.,cit.*, pp. 193-201; HÄBERLE, Peter, *Le Libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. Alessandro Fusillo y Romolo W. Rossi, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, pp. 202 y ss.; *Cfr.* HENNIG LEAL, Mônica Clarissa, “A noção de *status activis procesualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta”, en RENATO DOS REIS, Jorge Renato y GESTA LEAL, Rogério (coords.), *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, T. 7, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2007, pp. 2092-2120.

activamente en el destino del proceso y en la producción de la norma del caso concreto – decisión judicial –, garantizando las posiciones en las cuales la autodeterminación y la libertad de la voluntad son fundamentales para la efectividad del principio de la dignidad de la persona. Un Estado democrático de Derecho, es decir, un Estado que tiene la pretensión de calificarse como democrático, necesariamente, debe garantizar la efectiva participación del ciudadano en la producción de la norma, ya sea ella general y abstracta, cuando sea elaborada por el parlamento, o específica y concreta, cuando sea producida en el ámbito del proceso judicial.

También en el campo de la fundamentación teórica se impone dar por definitivamente consolidada la concepción de democracia constitucional y, por lo tanto, de la necesaria y posible coexistencia entre la democracia y la Constitución; es decir, la convivencia entre la voluntad de la mayoría, sometida al control de constitucionalidad jurisdiccional, y a los valores, principios y derechos fundamentales.

La democracia no puede ser confundida simplemente con la regla de la mayoría o concebida como si fuera sólo el gobierno de la mayoría del pueblo puesto que, si democracia fuera solamente eso, significaría decir que el rey del medioevo y su poder absoluto habrían sido sustituidos por la soberanía del pueblo, lo que implicaría un retroceso con respecto a la organización política de la modernidad⁶³⁰. Entender o reducir la democracia al gobierno absoluto de la mayoría sería lo mismo que admitir la posibilidad de que esta mayoría tome cualquier decisión sobre cualquier tema. Si así fuera, la mayoría podría eliminar la minoría, perpetuándose en el poder, o incluso sustituir el régimen democrático por cualquier otro régimen político. Así, permitir que la mayoría pueda, por el

⁶³⁰ TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.

simple hecho de ser mayoría, destruir las condiciones jurídicas y políticas que permitieron su llegada al poder, impidiendo, con esto, que otras mayorías se formen, implicaría reconocer el poder de esta mayoría única encerrada en el poder, reduciendo la libertad y la igualdad entre los seres humanos, para algo destituido de cualquier valor. En otras palabras, el poder de la mayoría precisa algún límite, porque de lo contrario, la democracia sería un régimen autofágico. Giovanni Sartori, que trata este tema con mucho acierto, afirma que el futuro de la democracia depende de la posibilidad de la conversión de mayorías en minorías y de minorías en mayorías, razón por la cual “*el principio de la mayoría relativa resulta ser el principio de la democracia que funciona democráticamente*”⁶³¹.

La dignidad de la persona, en cuanto fundamento último del Estado y de la sociedad, fundada en la autodeterminación y en la solidaridad expresada mediante los valores de la libertad, igualdad y solidaridad, principios y derechos fundamentales, da origen a una *democracia como forma de vida*, que actúa como presupuesto de la *democracia como forma de Estado y de gobierno*, estableciendo una relación circular entre la democracia como forma de vida y la democracia como forma de Estado y de gobierno⁶³².

La democracia como forma de Estado y de gobierno en el Estado democrático tiene como elemento existencial la legitimidad del ordenamiento constitucional, de la titularidad y del ejercicio de los poderes constituidos. Por lo tanto, la cláusula democrática es una forma de legitimación política del Estado y del gobierno⁶³³. La cláusula democrática de la fórmula político-jurídica del Estado social y democrático de Derecho

⁶³¹ SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, 2 vol., trad. Santiago Sánchez González, Madrid, Alianza, 1988, p. 46.

⁶³² J. FRIEDRICH, Carl, *La democracia como...*, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁶³³ CASCAJO CASTRO, José Luis, “El Estado democrático...”, *op. cit.*, pp. 115-138.

está fundada, a su vez, en el principio de la soberanía popular, según el cual todo el poder político emana del pueblo⁶³⁴. Así, todo el ejercicio del poder o toda la actividad del Estado, ya sea legislativa, ejecutiva o jurisdiccional, debe necesariamente legitimarse por la efectiva participación del titular del poder político. Por tanto, el poder político es legitimado por el pueblo y no dado por alguien o algo extraño al propio pueblo⁶³⁵.

Una vez sentada la interdependencia entre la democracia como forma de vida y la democracia como forma política, tenemos que la cláusula democrática impone algunos límites al poder, tanto de naturaleza formal como material. Como límites de una democracia formal o procedimental, tenemos el principio de la legalidad, la división de los poderes y las elecciones periódicas, aunque sea intuitivo que incluso las democracias formales suponen un mínimo de libertad e igualdad. Por otro lado, como límites de una democracia material, además de los límites formales, deben añadirse algunos límites materiales, que según Manuel Aragón Reyes actuarán en el modelo de democracia como un “*salto cualitativo*”⁶³⁶.

El núcleo central de la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, la concreción de los valores libertad, igualdad y solidaridad, actúa como límite material de la democracia; es decir, los derechos fundamentales derivados de estos valores no están al alcance de las eventuales mayorías democráticas. Los derechos fundamentales poseen características estructurales de universalidad, igualdad,

⁶³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Soberanía popular y Estado de Derecho”, J. LAPORTA, Francisco (Ed.), en *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 45-74.

⁶³⁵ WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pp. 53-56.

⁶³⁶ ARAGÓN REYES, Manuel *et al*, “Constitución y Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 91-107.

indisponibilidad, constitucionalidad y, precisamente en virtud de estas características, actúan en la garantía de intereses y necesidades vitales de todos (vida, libertad, subsistencia, etc.), razón por la cual son considerados como fundamentales. Este núcleo de la Constitución sirve de parámetro de validez para el ejercicio de los poderes constituidos, entre ellos, las mayorías democráticas. Ninguna mayoría democrática puede disponer de la vida o de la libertad, lo que denota la sustancialidad de la democracia constitucional. Si por un lado, la democracia constitucional formal se conforma con la formalidad de los procedimientos, es decir, con el “*quién*” y el “*cómo*” las decisiones pueden ser tomadas democráticamente, la democracia constitucional sustancial, además de la forma, dispone sobre lo “*qué*” puede y debe ser decidido. Es decir, se define el contenido que está permitido decidir y que está prohibido no decidir por parte de las mayorías democráticas, lo que según Luigi Ferrajoli incluye la “*esfera de lo indecible*”; es decir, sobre lo que no es lícito decidir, así como sobre lo que no es lícito dejar de decidir⁶³⁷.

En el ámbito de la Constitución, se produce una fusión entre el Derecho y la Política o entre el Estado de Derecho y la democracia, ya que el “*Estado constitucional no es más que el intento de juridificar la democracia*”⁶³⁸. Por lo tanto, la Constitución no tiene otra función que la de limitar el poder del Estado. El pueblo, en el ejercicio del poder constituyente, mediante la Constitución, define quién es el verdadero poder soberano y establece los límites formales y materiales de su

⁶³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO, Antonio y PISARELLO, Geraldo (eds.), Madrid, Trotta, 2001, pp.35-37; FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, *op. cit.*, pp. 15-35; CASCAJO CASTRO, José Luis, “La lucha por el Estado...”, *op. cit.*, p. 166; FALCÓN Y TELLA, María José *et al*, “Constitución Española de 1978 y Estado social y democrático de Derecho”, en *El Estado de Derecho en la España de hoy. Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Actas, 1996, p. 179.

⁶³⁸ ARAGÓN REYES, Manuel *et al*, “La democracia constitucional”, en *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 95-124.

ejercicio. Como límites formales, comparecen el principio de la legalidad, el principio de la división de poderes y el principio de las elecciones periódicas, y como límites materiales, los valores de la libertad, de la igualdad, de la solidaridad, los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

Así, la constitucionalización de los derechos fundamentales, que constituyen los valores y los principios constitucionales, modifica considerablemente los elementos constitutivos del Estado de Derecho; es decir, los derechos ya no son sólo derechos de origen legal (ley), sino que comienzan a poseer una raíz constitucional. Por lo tanto, los derechos ya no valen dentro de los límites definidos por la ley sino que es la propia ley que comienza a tener validez sólo dentro de los límites definidos por los derechos fundamentales⁶³⁹.

La democracia constitucional trae ínsita la idea de una soberanía popular limitada por la Constitución, en el caso, por los derechos fundamentales, los cuales operan un profundo cambio de paradigma tanto del Derecho como de la democracia. Con relación al Derecho, la ley constitucionalmente válida, además de ajustarse formalmente al procedimiento legislativo, también deberá materialmente guardar sintonía con la Constitución, bajo pena de inconstitucionalidad. Con relación a la democracia, la manifestación de voluntad soberana del pueblo en el Estado constitucional, además de respetar la forma o el procedimiento de exteriorización de esta voluntad, se encuentra materialmente limitada por los derechos fundamentales, los cuales fueron sustraídos del poder de decisión de las mayorías eventuales mediante la fuerza normativa de la Constitución que, al mismo tiempo, somete al Estado y a la sociedad civil a los marcos constitucionales.

⁶³⁹ *Ibidem*, pp. 95-124.

Así, tenemos que la democracia constitucional presupone la limitación del poder soberano del pueblo mediante la Constitución, tanto en la forma como en el contenido de las leyes. Pues bien, si la limitación del poder de la mayoría es una condición necesaria de la democracia constitucional, esto quiere decir que una democracia cualificada por una Constitución normativa trae ínsita la necesidad de la institución de un poder que, a pesar de ser contramayoritario, continúa siendo democrático. Como la historia política reveló tristemente, este control no puede ser confiado al propio poder legislativo, razón por la cual esta misión de guardián de la Constitución fue confiada a un órgano externo al poder legislativo, el poder judicial y a los Tribunales Constitucionales, los cuales necesitan, necesariamente, la legitimación democrática para cumplir con sus atribuciones constitucionales.

La legitimidad democrática del poder judicial, en su función contramayoritaria, no proviene de la representación popular sino de la intangibilidad de los derechos fundamentales y, por consiguiente, de la necesaria independencia del poder judicial con relación a la voluntad de las mayorías⁶⁴⁰. Como afirmó Otto Bachof, el carácter democrático del poder judicial no está necesariamente ligado a las elecciones, sino a la función ejercida por este poder⁶⁴¹. En el mismo sentido se manifiesta Zaffaroni, para quien *“ni todo cuanto proviene del voto popular es necesariamente democrático; en contrapartida, una institución es democrática cuando sea funcional para el sistema democrático; es decir, cuando sea necesario para su continuidad, como sucede produce con el judicial”*⁶⁴². Por lo tanto, y para concluir, el poder judicial se legitima democráticamente a causa de su misión constitucional, garantizando la

⁶⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías...*, op., cit., pp. 25-27.

⁶⁴¹ BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1985, pp. 42 y 59.

⁶⁴² RAÚL ZAFFARONI, Eugénio, *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*, trad. Juarez Tavares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 34.

inviolabilidad de los derechos fundamentales, imprescindible en una democracia constitucional.

Aunque los controles de constitucionalidad concentrado y difuso sean esenciales para la democracia constitucional, a la vez que están legitimados por ella, el control difuso, debido a la participación directa de las partes en el proceso y en la formación de la decisión judicial de control, posee mayor densidad democrática. El proceso es un instrumento de resolución de conflicto y de protección de los derechos fundamentales, mediante el cual las partes deben poder ejercer democráticamente sus derechos, participando directamente en la producción de la ley del caso concreto – la decisión judicial.

2.2 – Argumento pragmático

Además del argumento teórico, la relevancia del estudio del control de constitucionalidad difuso de la norma en el ámbito del proceso de densificación de la Constitución también encuentra una adecuada justificación a partir de una observación de la práctica jurídica del sistema constitucional español⁶⁴³. Es decir, con respecto al argumento pragmático, analizando las estadísticas del Tribunal Constitucional español⁶⁴⁴ y del Consejo General del Poder Judicial⁶⁴⁵ con respecto al número de procesos que han tenido entrada en los últimos cinco años en el Tribunal

⁶⁴³ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales...*, *op., cit.*, pp. 169-170; BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional”, en *Revista do Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul*, Santa Cruz do Sul, nº 34, julio-diciembre/2010, pp. 145-146, disponible en: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1812>, Consultado el 19/05/2014.

⁶⁴⁴ <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2013.aspx>, Consultado el 19/06/2015.

⁶⁴⁵ http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/La_Justicia_dato_a_dato/La_justicia_dato_a_dato_ano_2013, Consultado el 06/11/2014.

Constitucional y en todas las demás jurisdicciones, es fácilmente constatable que de media sólo el 0,091% de los procesos judiciales llegaron al Tribunal Constitucional. Veamos el cuadro estadístico:

| Año | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|---|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| Asuntos que han entrado en todas las jurisdicciones | 9.567.280 | 9.355.526 | 9.041.442 | 8.972.642 | 8.636.016 |
| Asuntos que han entrado en el TC | 10.848 | 9.041 | 7.192 | 7.294 | 7.573 |
| Porcentaje de asuntos que han entrado en el TC | 0,115% | 0,096% | 0,079% | 0,081% | 0,087% |

A pesar de que estos números, que revelan un bajo índice de procesos que han entrado en el Tribunal Constitucional en comparación con el total de procesos que accedieron en el Poder Judicial, tal porcentaje ya fue suficiente para colapsar con la adecuada prestación jurisdiccional del Tribunal Constitucional, en razón del excesivo número de procesos, lo que terminó por desencadenar un proceso legislativo de reforma de la disciplina del recurso de amparo constitucional, responsable de más del 98% de la demanda del Tribunal en los últimos cinco años. Veamos el cuadro estadístico:

| Año | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|--|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| Total de asuntos que han entrado en el TC | 10.848 | 9.041 | 7.192 | 7.294 | 7.573 |
| Total de recursos de amparo que han entrado en el TC | 10.792 | 8.947 | 7.098 | 7.205 | 7.376 |
| Porcentaje de recursos de amparo | 99,48% | 98,96% | 98,69% | 98,77% | 97,39% |

Si el acceso al Tribunal Constitucional ya encontraba serias restricciones en la Constitución de 1978 y en la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, más difícil se hizo con la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, que reformuló la disciplina del recurso de amparo constitucional y su trámite en diversos aspectos, entre ellos, creando un nuevo y objetivo requisito de admisibilidad; es decir, la especial relevancia constitucional (art. 49.1), que según la propia LOTC se revelará en la importancia del amparo constitucional para la interpretación, aplicación y eficacia de la Constitución y para la determinación del alcance y contenido de los derechos fundamentales (art. 50.1.b). Este nuevo requisito del recurso de amparo constitucional transforma la tradicional lid subjetiva del amparo en un proceso objetivo, en el cual ya no es significativa, primariamente, la efectiva tutela del derecho subjetivo violado sino la integridad del sistema constitucional. Es decir, si la cuestión planteada en el amparo no está calificada de una transcendencia constitucional, a pesar de la violación del derecho en el caso concreto, el recurrente no podrá hacer nada más que conformarse con su inadmisibilidad⁶⁴⁶.

Por otro lado, ante el posible déficit de protección de los derechos fundamentales, la misma reforma legislativa trató de reformular la Ley Orgánica del Poder Judicial en el punto en que regula el *incidente de nulidad de actuaciones* para pasar a admitir ante cualquier vulneración de derecho fundamental mencionado por el art. 53.2 de la Constitución (art. 241.1 de la LOPJ 6/1985). Sin adentrarnos en el acierto o desacierto de

⁶⁴⁶ GARRORENA MORALES, Ángel, "La ley orgánica 6/2007 y la reforma del tribunal constitucional. Notas para una crítica", en CARRILO, Marc (Coord.), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Valencia, tirant lo balch, 2008, pp. 221-222; cfr. GONZÁLEZ ALONSO, Alicia y RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco M., "El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)", en *Revista española de derecho europeo*, nº 54, 2015, pp. 155-183.

esta iniciativa⁶⁴⁷, especialmente como su efectividad para el fin que se pretende, incluso porque esta no es la cuestión planteada aquí, parece fuera de cualquier discusión que esta extensión de la jurisdicción ordinaria, al menos, teóricamente, refuerza el papel de la jurisdicción ordinaria en la tutela de los derechos fundamentales⁶⁴⁸ y en el control de constitucionalidad difuso de la norma.

Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, para compensar la mayor dificultad de acceso al Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo, la reformulación del *incidente de nulidad de actuaciones* acentúa el papel de la jurisdicción ordinaria, otorgando a los órganos de esta jurisdicción el relevante papel de primeros garantes de los derechos fundamentales, reservando al Tribunal Constitucional una actuación estrictamente subsidiaria en la tutela de estos derechos. La reforma de la LOTC, al restaurar la fundamental importancia de la jurisdicción ordinaria en la tutela de los derechos fundamentales, viene al encuentro de las enseñanzas de Peter Häberle, para quien la jurisdicción ordinaria debe considerarse como el ámbito natural y primero de protección de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que son los órganos judiciales que la integran “*los tribunales de los derechos fundamentales de cada día*”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en HÄBERLE, Peter y GARCÍA BELAUDE, Domingo (Coords.), *El control del poder, Homenaje a Diego Valadés*, T. II, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2011, pp. 217-251; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Algunos aspectos de la reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España”, en HÄBERLE, Peter y GARCÍA BELAUDE, Domingo (Coords.), *El control del poder, Homenaje a Diego Valadés*, T. II, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2011, pp. 217-251; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 88, Madrid, enero-abril/2010, pp. 39-81.

⁶⁴⁸ ARAGÓN REYES, Manuel, “La reforma de la Ley Orgánica...”, *op., cit.*, pp. 231-240.

⁶⁴⁹ HÄBERLE, Peter, “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales...”, *op., cit.*, p. 336. (Sentencia 59/1990, Sala Primera del TC, BOE 04/05/1990, f. j. 5; Sentencia 66/1995, Sala Segunda del TC, BOE 13/06/1995, f. j. 2).

Por último, otra cuestión que conviene mencionar es el bajo índice de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los jueces y los tribunales ante el Tribunal Constitucional, principalmente tomando en consideración que este proceso constitucional, así como el recurso de inconstitucionalidad, posee la función de defensa de la supremacía normativa de la Constitución contra las embestidas del legislador ordinario, depurando, por consiguiente, el ordenamiento jurídico de eventuales inconstitucionalidades. Así, aunque la cuestión de inconstitucionalidad esté dotada de esta relevante función de control de constitucionalidad de la norma, los jueces y los tribunales difícilmente hacen uso de este mecanismo de control de constitucionalidad. En otras palabras, aunque el criterio cuantitativo de los procesos no sea suficiente para apurar un resultado cualitativo acerca del déficit de constitucionalidad de las decisiones judiciales, sin embargo revela que la jurisdicción constitucional ordinaria no viene haciendo uso de la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento de control de constitucionalidad de la norma, lo que puede ser un fuerte indicio de la falta de una pre-comprensión sobre una adecuada teoría constitucional. Veamos el cuadro estadístico:

| Año | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|---|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Total de asuntos que han entrado en el TC | 10.848 | 9.041 | 7.192 | 7.294 | 7.573 |
| Total de cuestiones de inconstitucionalidad | 35 | 50 | 51 | 42 | 106 |
| Porcentaje de cuestiones de inconstitucionalidad | 0,32% | 0,55% | 0,70% | 0,57% | 1,39% |

Esta comparación asume números dramáticos cuando comparamos el total de proceso que han entrado en el Poder Judicial con la cantidad de procesos en los cuales la cuestión de inconstitucionalidad se trató. Veamos la comparación:

| Año | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|---|----------------|----------------|----------------|----------------|---------------|
| Asuntos que han entrado en todas las jurisdicciones | 9.567.280 | 9.355.526 | 9.041.442 | 8.972.642 | 8.636.016 |
| Asuntos que han entrado en el TC | 35 | 50 | 51 | 42 | 106 |
| Porcentaje de asuntos que han entrado en el TC | 0,0003% | 0,0005% | 0,0005% | 0,0004% | 0,001% |

La perplejidad que deriva de estos datos se da, principalmente, porque por un lado, como veremos a continuación, además de que el control de constitucionalidad difuso de la norma esté presente en todos los procesos judiciales que han entrado en el Poder Judicial, por otro, la utilización del principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución, como elemento hermenéutico de acomodación de la norma dentro del ordenamiento jurídico, encuentra sus límites en las posibilidades semánticas del texto de la ley o en el programa normativo. En otras palabras, aunque el principio de la interpretación conforme a la Constitución pudiera ser elevado a su máxima potencia, lo que dispensaría o justificaría el reducido número de cuestiones de inconstitucionalidad, aun así los números no dejan de causar perplejidad, lo que una vez más viene a reforzar la relevancia de la cuestión de fondo analizada en esta investigación.

3 – Elementos del control de constitucionalidad difuso de la norma

3.1 – Jurisdicción constitucional ordinaria

Antes de que tratemos específicamente el concepto de la jurisdicción constitucional ordinaria y de la forma como está concebida en

esta investigación, conviene realizar una pequeña precisión terminológica acerca de las expresiones de justicia constitucional, jurisdicción constitucional, jurisdicción constitucional, propiamente dicha, y jurisdicción constitucional ordinaria.

El concepto de justicia constitucional en la presente investigación no puede ser equiparado al de jurisdicción constitucional, normalmente mencionado para las funciones específicas y propias del Tribunal Constitucional. Para nuestros fines, el concepto de *justicia constitucional* denota un sentido material de una determinada concepción normativa de Constitución garantizada por la jurisdicción. Por lo tanto, se trata de un concepto que revela el modo en cómo se garantiza la normatividad constitucional; es decir, mediante procesos e instrumentos de naturaleza jurisdiccional, ya sean ellos utilizados ante el Tribunal Constitucional o los jueces y los Tribunales que integran el poder judicial⁶⁵⁰.

Sin embargo, la jurisdicción constitucional se presenta de forma distinta con respecto a la justicia constitucional; es decir, como una expresión de género de los tipos de *jurisdicción constitucional, propiamente dicha*, afectando directamente al Tribunal Constitucional, y de *jurisdicción constitucional ordinaria*, bajo el cometido de todos los jueces y tribunales que integran el poder judicial. El concepto de jurisdicción constitucional denota mucho más un sentido funcional que material; revela los órganos encargados de la justicia constitucional, sus competencias, así como los mecanismos procesales de realización de sus fines. En este apartado dedicaremos especial atención a la construcción de un concepto de jurisdicción constitucional ordinaria.

⁶⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘Justicia Constitucional’...”, *op. cit.*, p. 12.

La Constitución vincula indistintamente todos los poderes, instituciones y órganos del Estado, incluyendo la jurisdicción ordinaria (art. 9.1 de la CE). La jurisdicción ordinaria, en razón de esta directa vinculación con la Constitución, tiene el deber de interpretar y aplicar directamente la Constitución, independientemente de cualquier previa intervención del poder legislativo. Si el juez ordinario debe interpretar y aplicar la Constitución, él también es un juez constitucional⁶⁵¹. La sumisión directa e inmediata de todos los poderes del Estado a la Constitución, principalmente, el poder judicial, colapsa una de las principales características del modelo kelseniano de control de constitucionalidad; es decir, la clara separación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, promoviendo una aproximación al sistema norteamericano del *judicial review of legislation*⁶⁵².

Como hemos tenido la oportunidad de ver con Konrad Hesse y Friedrich Müller, la pre-comprensión del intérprete, condición de posibilidad de la *applicatio*, es una cuestión de teoría constitucional. No es posible concretar la Constitución sin una previa teoría constitucional. En una democracia constitucional como la de España es de fundamental importancia que el intérprete por excelencia del ordenamiento jurídico, la jurisdicción ordinaria, tenga clara una teoría constitucional adecuada a la fórmula político-jurídica, a los valores superiores, a los principios constitucionales, a los derechos fundamentales y a la doctrina del Tribunal Constitucional. No se trata de cualquier teoría constitucional sino de una teoría constitucional en perfecta sintonía con la pretensión de Estado y de sociedad civil propuestos por la Constitución de 1978.

⁶⁵¹ CANOSA USERA, Raúl, "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria...", *op., cit.*, p.15.

⁶⁵² RUBIO LLORENTE, Francisco, "Divide et obtempera?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 67, Madrid, enero-abril/2003, p. 54.

La Constitución, además de describir en alguna medida lo que ya existe en el presente, también aporta una propuesta que pretende servir para el futuro. La cláusula democrática establece un proyecto de Estado y de sociedad civil inacabados, en un estado de permanente construcción ante los desafíos del futuro. No se trata de una cláusula de contenido estático, cristalizado en el tiempo, sino de una cláusula dinámica, en continua relación de interacción con la realidad, en una constante lucha por la efectividad del Estado social y democrático de Derecho. Esta apertura hacia el futuro de la cláusula democrática revela una dimensión utópica del elemento democrático. Esta utopía democrática debe estar a medio camino entre lo totalmente posible y lo totalmente imposible; es decir, debe estar en el campo de la posibilidad de concreción (utopía realizable). La tarea de concreción de la utopía democrática permite la realización solamente de los aspectos parciales y no de su totalidad. Esto porque en el momento en que un cierto aspecto del paradigma utópico democrático es alcanzado, inmediatamente este mismo aspecto comienza a tener un nuevo paradigma utópico o un nuevo horizonte que debe perseguirse.

Esta constante tensión entre el *ser* y el *deber ser* de la propuesta democrática constitucional podrá ser menor o mayor conforme a los grados de densidad constitucional del ordenamiento jurídico traducido por la fuerza normativa de la Constitución y la voluntad de Constitución de los órganos encargados por su realización. En este sentido toda la Constitución experimentará siempre ciertos niveles de incumplimiento, los cuales desafiarán la jurisdicción ordinaria, ya que por tratarse de un proyecto constitucional dotado de normatividad, en última instancia, el grado de realización de este proyecto dependerá del papel que debe ejercer la jurisdicción ordinaria. Es decir, cuanto mayor sea la voluntad de Constitución de la jurisdicción mayor será el grado de efectividad de las

normas constitucionales o, inversamente menor será el grado de incumplimiento de la Constitución⁶⁵³.

Esta referencia inicial a la jurisdicción ordinaria como responsable de la reducción de la tensión entre el *ser* y el *deber ser* constitucional se da precisamente porque esta es la justicia cotidiana. Según apunta Peter Häberle, la jurisdicción ordinaria es la primera trinchera de protección de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que estos órganos judiciales representan “*los tribunales de los derechos fundamentales de cada día*”⁶⁵⁴. En el mismo sentido Mauro Cappelletti y Bryant Garth afirman que en la democracia constitucional la jurisdicción asume la función de guardiana o de garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado y a los demás conciudadanos, pudiéndose considerar el acceso efectivo a la justicia como el derecho humano fundamental entre todos, si lo que se pretende es garantizar efectivamente los derechos de todos y no sólo proclamarlos⁶⁵⁵. Esta comprensión acerca de la jurisdicción ordinaria como primera defensora de los derechos fundamentales está reflejada expresamente en el art. 53.2 de la CE, cuando garantiza a cualquier ciudadano la tutela de los derechos fundamentales junto con los Tribunales ordinarios, mediante un proceso orientado por los principios de la preferencia y de la sumariedad y, subsidiariamente; es decir, solamente “*en su caso*” a través del recurso de amparo junto con el Tribunal Constitucional.

⁶⁵³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Prólogo”..., *op., cit.*, p. 11.

⁶⁵⁴ HÄBERLE, Peter, “En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional de España ya tuvo la oportunidad de afirmar que la Constitución otorgó al poder judicial, en materia de protección de los derechos fundamentales, no la última, sino “*la primera palabra*” (Sentencia 59/1990, Sala Primera del TC, BOE 04/05/1990, f. j. 5; Sentencia 66/1995, Sala Segunda del TC, BOE 13/06/1995, f. j. 2).

⁶⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro, y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia...*, *op., cit.*, pp. 12-13; LÓPEZ GUERRA, Luis, “Las dimensiones...”, *op. cit.*, p. 175; CASCAJO CASTRO, José Luis, “La voz “Estado social y democrático de Derecho...”, *op., cit.*, p. 22.

Prueba de esta afirmación teórica es la constatación fáctica de que del total de procesos que han entrado en la jurisdicción ordinaria (poder judicial) en los últimos cinco años (2009-2013), sólo el 0,091% de estos procesos llegaron al Tribunal Constitucional, lo que demuestra que a pesar de la relevancia del Tribunal Constitucional, la Constitución se hace efectiva en la vida del ciudadano en el seno de la jurisdicción ordinaria, donde se tramitan cerca del 99,90% de todos los procesos.

Ante esta estadística, gana todo sentido la afirmación de Prieto Sanchís, para quien la clasificación del sistema constitucional español como un sistema de control de constitucionalidad concentrado se da más en apariencia que concretamente. Además, el autor también reconoce que a pesar de que el Tribunal Constitucional no sea incompatible con el neoconstitucionalismo, esta circunstancia no aleja el hecho de que el Tribunal Constitucional sea un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, principalmente, de la época y concepción de Kelsen, en la cual se le prohibía al juez ordinario consultar, conocer y aplicar el texto constitucional⁶⁵⁶.

La concepción de la Constitución manejada por el intérprete está directamente relacionada con la idea de control de constitucionalidad, así como lo que se entiende por control de constitucionalidad está implicado con la concepción de Constitución. La Constitución y su control están recíprocamente relacionados, ya que una depende del otro. Una Constitución de naturaleza política, sin contenido normativo, dispensa cualquier tipo de control jurisdiccional acerca de su incumplimiento, dado que la misma no es más que una declaración de buena voluntad. Por otro lado, una Constitución normativa, dotada de pretensión vinculante sobre

⁶⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial...", *op. cit.*, pp. 127-128 e 156; BELLOSO MARTÍN, Nuria, "Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional...", *op. cit.*, pp. 145-146.

los poderes constituidos y la sociedad civil, no podrá ser concebida sin mecanismos de control judicial de constitucionalidad, porque de lo contrario su normatividad no prevalecería sobre las situaciones de resistencia constitucional y de incumplimiento de la Constitución. En otras palabras, es mediante la jurisdicción como se hace realidad la Constitución cuando ésta no es espontáneamente cumplida por el Estado y la sociedad. Por ello, la hermenéutica constitucional y sus principios de interpretación, mediante la cual el control de constitucionalidad se realiza, son actualmente el núcleo central de una teoría de la Constitución, de una teoría del Estado y de una teoría del Derecho⁶⁵⁷.

Una vez sentada la premisa, por un lado, de que no es posible concretar la Constitución sin una teoría constitucional adecuada para el Estado social y democrático de Derecho y, por otro, tomando en consideración que la Constitución vincula directamente a todos los poderes constituidos del Estado y la sociedad civil, ya no es posible hablar sólo de una jurisdicción ordinaria, como si existiera una jurisdicción constitucional orientada a interpretar la Constitución, con exclusión de cualquier jurisdicción, y una jurisdicción ordinaria, encomendada de interpretar la ley, sino que es preciso reconocer que a partir de estas notas estructurantes de la Constitución toda la jurisdicción es principalmente constitucional y, por lo tanto, resulta apropiado el abandono del término *jurisdicción ordinaria* para que comencemos a adoptar la expresión *jurisdicción constitucional ordinaria*. Es decir, como resultado de la normatividad constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico, lo que promueve una constitucionalización de la legislación infraconstitucional, toda la jurisdicción, antes de ser ordinaria, es en primer lugar constitucional, dado que ya no es posible la interpretación y

⁶⁵⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco, "Problemas de la Interpretación Constitucional", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 3-4, Toledo, 1988, pp. 35-46; ARAGÓN REYES, Manuel, "El control como elemento...", *op. cit.*, pp. 15-52.

la aplicación de la ley sin antes someterla a un previo control de constitucionalidad formal y material, ya que en una democracia constitucional sólo la *ley constitucional* es ley⁶⁵⁸.

Así, dentro de estos marcos constitucionales, como apunta Luigi Ferrajoli, el juez de la legalidad es ante todo el juez de la constitucionalidad de la ley. Aunque, implícitamente, el juez siempre deberá realizar un juicio previo de constitucionalidad de la propia ley, no sólo en su aspecto formal sino sobre todo material. En otras palabras y, sencillamente, antes de que la jurisdicción ordinaria aplique la ley, deberá investigar su constitucionalidad a la luz de la propia Constitución, lo que permite concluir que el juez, en un primer momento, deberá realizar un juicio de constitucionalidad de la ley, que si supera la prueba de constitucionalidad, podrá ser aplicada al caso concreto.

El cambio del término *jurisdicción ordinaria* por *jurisdicción constitucional ordinaria*, no es sólo terminológico sino que implica una profunda transformación de la función jurisdiccional dentro de una democracia constitucional, ya que la tradicional jurisdicción ordinaria asume expresamente la responsabilidad por el control de constitucionalidad difuso de la norma. La adopción de una teoría constitucional en la cual la jurisdicción ordinaria asume un relevante papel de control de constitucionalidad difuso de la norma, en cuanto elemento de la pre-comprensión del intérprete, termina ampliando el horizonte de

⁶⁵⁸ Sentencia 50/1984, Sala Segunda del TC, BOE de 25/04/1984, f. j. 4: “*La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada*”.

los sentidos de la comprensión sobre la propia función jurisdiccional y sus elementos de control de constitucionalidad.

En otras palabras, si la pre-comprensión condiciona la comprensión del intérprete, eso quiere decir que siempre que el intérprete continúe siendo reconocido como un juez de la legalidad, como resultado de una teoría constitucional de otro tiempo, este prejuicio inauténtico o no constructivo limitará su horizonte hermenéutico, y no permitirá al intérprete que el paradigma del control de constitucionalidad de la norma surja en el círculo hermenéutico de construcción de la norma del caso concreto. Por lo tanto, dentro del círculo hermenéutico el intérprete debe someter a la prueba de constitucionalidad todos los prejuicios para que pueda apartar los prejuicios constructivos y auténticos de los no constructivos e inauténticos.

Así, la adopción de la terminología *jurisdicción constitucional ordinaria* pretende romper con la tradición inauténtica, llamando la atención sobre el hecho de que la jurisdicción, antes de ser una jurisdicción ordinaria, de mera legalidad o de legalidad ordinaria, es una jurisdicción constitucional, encargada de hacer prevalecer la Constitución sobre la ley.

3.2 – Control de constitucionalidad difuso de la norma

La jurisdicción constitucional actualmente ya no puede definirse a partir de un concepto formal, mediante el cual los sistemas son clasificados y divididos entre el sistema kelseniano y el sistema americano de la *judicial review*. La multiplicidad de formas de concepción de la jurisdicción constitucional en los más diversos sistemas constitucionales impone la búsqueda de un concepto material o sustantivo que pueda

definir la jurisdicción constitucional a partir de sus funciones. Así, mirando menos a la forma con que se presenta la justicia constitucional y más al contenido de sus funciones, es posible constatar un núcleo común de competencias que permea las fronteras de los países. Este núcleo de competencias de la jurisdicción constitucional se encuentra dividido básicamente por dos funciones esenciales: (1) control de constitucionalidad de las leyes (texto de ley y normas), mediante el cual el ordenamiento jurídico es depurado de las eventuales inconstitucionalidades, mediante la superioridad normativa de la Constitución; y (2) defensa de los derechos fundamentales. Finalmente, como apunta Pérez Tremps, aunque esta tercera función no forme parte de la esencia de la jurisdicción constitucional, (3) el arbitraje de conflictos constitucionales en casos de conflicto entre poderes, instituciones y órganos constitucionales suele ser una función normalmente atribuida a la jurisdicción constitucional⁶⁵⁹. España es precisamente el caso, dado que la Constitución española reconoce textualmente como competencias del Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades contemplados en el art. 53.2 de la CE y los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o entre éstas (arts. 161 y 163 de la CE).

⁶⁵⁹ PÉREZ TREMPES, Pablo, "La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 1, janeiro-junho/2003, pp. 31-35; ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional...*, op., cit., p. 349. El mismo autor también hace referencia a otras tres funciones no escritas, las cuales, sin embargo, serían las más importantes: la participación en el proceso legislativo, la creación de normas constitucionales y la constitucionalización de toda la Rama del Derecho. A nuestro parecer, a partir de una visión hermenéutica filosófica, las dos primeras funciones se refieren a la participación en el proceso de construcción de la norma, lo que es circunstancia inherente a todo y cualquier proceso hermenéutico, razón por la cual entendemos que ya están incluidas en el concepto de la propia jurisdicción. Ante la tercera función, constitucionalización del Derecho, más que una función de la jurisdicción constitucional, es una consecuencia lógica y natural de la propia supremacía normativa de la Constitución, que no se realizará en su plenitud, evidentemente, en el caso de que la jurisdicción constitucional acabe fallando en sus funciones constitucionales.

Sin embargo, estas funciones de la jurisdicción constitucional, en la mayoría de las ocasiones, se presentan acumuladas o entrelazadas en un único proceso. Este fenómeno de acumulación de funciones en un proceso se produce tanto en el ámbito de la jurisdicción constitucional, propiamente dicha, como en el ámbito de la jurisdicción constitucional ordinaria. En el caso de la primera, no son pocos los casos en los cuales dentro de un proceso de control de constitucionalidad concentrado de ley, en principio destinado exclusivamente a la depuración del ordenamiento jurídico de las eventuales inconstitucionalidades, el Tribunal Constitucional también decida sobre el reparto de las competencias entre poderes, instituciones y órganos constituidos, o la tutela de los derechos fundamentales. La situación inversa también es recurrente, ya que no son pocos los procesos destinados inicialmente a la resolución de conflictos de competencias o de tutela de los derechos fundamentales, en los cuales el Tribunal Constitucional termina por realizar el control de constitucionalidad.⁶⁶⁰

En el segundo caso, de la jurisdicción constitucional ordinaria, este mismo fenómeno de acumulación de funciones en un único proceso también se produce con dos importantes distinciones. La primera, porque la acumulación solamente se da entre las funciones de control de constitucionalidad y la tutela de los derechos fundamentales, ya que esta jurisdicción no está dotada de competencia para promover el arbitraje de conflicto de competencias, lo que no elimina la naturaleza constitucional de esta jurisdicción. La segunda, porque el entrelazamiento de las funciones se da de forma necesaria y no sólo circunstancial. Es decir, mientras que en el caso de la jurisdicción constitucional ordinaria la función de control de constitucionalidad de la norma se presenta

⁶⁶⁰ ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional...*, op., cit., pp. 351-354.

necesariamente vinculada a un caso concreto de tutela de un derecho fundamental, en el caso de la jurisdicción constitucional esta acumulación se produce sólo de forma circunstancial, dado que es posible el ejercicio de este control de constitucionalidad de forma abstracta; es decir, sin referencia a ningún caso concreto.

Pues bien, en el ámbito de las funciones de la jurisdicción constitucional ordinaria, además de la clásica función que actúa en la realización de los derechos fundamentales, también encontramos la función de control de constitucionalidad difuso de la norma, que vinculándose necesariamente a un caso concreto, refuerza el instrumental de tutela de los derechos fundamentales.

El control de constitucionalidad está directamente relacionado con una determinada concepción de Constitución; es decir, toda la discusión sobre el control de constitucionalidad solamente surge y gana relieve a partir del momento en que la Constitución comienza a estar dotada de supremacía normativa sobre todo el ordenamiento jurídico y, principalmente, sobre la ley. Por lo tanto, el debate acerca del control de constitucionalidad o la garantía jurisdiccional de la Constitución tiene como presupuesto una concepción de Constitución normativa. No es por otra razón que Werner Kägi apunta en 1945 que, a partir de la concepción que se tiene de la jurisdicción constitucional, es posible saber cuál es la comprensión a cerca de la Constitución⁶⁶¹.

El concepto de control de constitucionalidad es inseparable de la idea del poder hermenéutico o de la hermenéutica constitucional, ya que el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma se produce mediante la hermenéutica constitucional, confiriendo al intérprete un

⁶⁶¹ Cfr. KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Madrid, Dykinson, 2005.

poder hermenéutico. Este poder, como ya hemos mencionado, no se restringe a una inaplicación de la ley inconstitucional al caso concreto sino que incluye toda la construcción de la norma del caso concreto en consonancia con la Constitución. Por lo tanto, tenemos que este control de constitucionalidad se da de forma difusa⁶⁶², en el curso de cualquier proceso ordinario en tramitación ante la jurisdicción ordinaria, cuando el juez del caso, de oficio o a petición de las partes, decide sobre la constitucionalidad de una norma, al construir la norma del caso concreto, en cuanto cuestión previa o anterior a la cuestión principal; es decir, el mérito de la pretensión propiamente dicha⁶⁶³.

La *diferencia ontológica* entre el *ente* y el *ser* es el fundamento de la distinción entre el texto de la ley, en cuanto objeto de interpretación y la norma, producto del proceso hermenéutico. Solamente a partir de esta diferencia ontológica entre el texto de la ley y la norma que es posible admitir la existencia del control de constitucionalidad difuso de la norma (del sentido de la norma), a pesar de que el sistema constitucional de España sea reconocido por la *communis opinio doctorum* como un sistema de control de constitucionalidad concentrado.

El texto de la ley (ente) no posee una única norma (sentido), y tampoco es posible afirmar que cualquier norma es susceptible de ser atribuida al texto de la ley, dado que con respecto a la distinción

⁶⁶² La expresión *control difuso*, en contraposición al *control concentrado*, fue utilizada por primera vez en 1929, en SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2ª ed., trad. Manuel Sanchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998, p. 52.

⁶⁶³ En el mismo sentido Prieto Sanchís afirma que "...el control difuso que ejercen los jueces ordinarios resulta de todo punto indispensable en presencia de Constituciones dotadas de un denso contenido material de principios y derechos, sencillamente, de Constituciones dotadas de fuerza normativa que se proyecta no sólo sobre los sujetos políticos que participan de modo directo en la creación del Derecho, sino sobre el conjunto del ordenamiento y, con ello, de los ciudadanos...", en PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales...*, op., cit., p. 139; en el mismo sentido, BELLOSSO MARTÍN, Nuria, "Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional...", op., cit., pp. 145-146.

ontológica entre el texto y la norma no existe entre ambos una independencia. Si por un lado no existe un único sentido posible, por otro, los sentidos atribuibles no son ilimitados. En el proceso de atribución de sentido necesitamos dejar que el texto también nos diga algo, puesto que el texto de la ley siempre dice algo. En otras palabras, el intérprete no produce la norma a partir de la nada, de un punto cero de sentido, lo que permitiría afirmar cualquier cosa sobre algo, así como el intérprete no reproduce la norma previamente dada como se fuera la “*bouche de la loi*”.

3.2.1 – Primera situación hermenéutica: la inconstitucionalidad de la norma provoca la expulsión del texto de la ley del ordenamiento jurídico

A partir de la diferencia ontológica, se presentan dos situaciones hermenéuticas distintas de control de constitucionalidad difuso de la norma. Una primera, en la cual resulta imposible construir a partir del texto de la ley una única norma constitucional, porque no es posible ninguna interpretación constitucional, la inconstitucionalidad de la norma o de las normas fulmina el propio texto de la ley, lo que requiere su remoción del ordenamiento jurídico. Y una segunda, en la cual por ser posible construir al menos una norma constitucional, excluyendo la norma o las normas inconstitucionales, la constitucionalidad de la norma salva el texto de la ley que puede ser mantenido en el ordenamiento jurídico.

En la *primera situación hermenéutica*, no hay la menor duda de que compete exclusivamente al Tribunal Constitucional realizar el control de constitucionalidad de la norma cuando la inconstitucionalidad alcanza el propio texto de la ley, así como de las disposiciones normativas y de los actos con fuerza de ley (art. 161.1.a y 163 de la CE y arts. 2.1.a, 27.2.b y 39.1 de la LOTC), cuando resulta imposible corregir la ley mediante una

interpretación conforme a la Constitución, lo que implica en la remoción del ordenamiento jurídico de los preceptos impugnados, mediante la declaración de nulidad (art. 39.1 de la LOTC)⁶⁶⁴. Este monopolio de declaración de inconstitucionalidad con reducción del texto se circunscribe a las situaciones en las que resulta imposible construir desde el texto de la ley una norma constitucional. En este caso, el Tribunal Constitucional se ve obligado a declarar proscrito del ordenamiento jurídico aquel texto de la ley, cuyos eventuales límites semánticos no permiten ninguna interpretación conforme a la Constitución. Dicho de otra forma, el Tribunal Constitucional no posee el monopolio de la interpretación de la Constitución, sino sólo el monopolio de refutar la ley⁶⁶⁵.

Por lo tanto, el control de constitucionalidad realizado con exclusividad por el Tribunal Constitucional sólo se produce ante una cierta situación hermenéutica, en la cual no es posible atribuir algún sentido al texto de la ley sin violar la Constitución. Este esfuerzo hermenéutico de salvación de la ley deriva, especialmente, del *principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes*, puesto que es de presuponer que el poder legislativo, igualmente comprometido con los valores constitucionales, sometido a la fuerza normativa de la Constitución,

⁶⁶⁴ Sentencia 76/1996, Pleno del TC, BOE 31/05/1996, f. j. 5: "Ahora bien, "es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución" (STC 108/1986). Será pues necesario explorar las posibilidades interpretativas de los preceptos cuestionados, ya que si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, más concretamente, la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva, resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley (STC 341/1993). Y dado que tal solución no permite a este Tribunal erigirse en legislador positivo, ignorando o desfigurando el sentido de textos legales claros (SSTC 22/1985, 222/1992, 341/1993) habrá que profundizar en la indagación del sentido de las normas discutidas, lo que conduce a este Tribunal al terreno de la interpretación de la legalidad en la medida imprescindible, primer paso insoslayable a la hora de aplicar el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, que exige como presupuesto que la norma admita realmente un determinado entendimiento".

⁶⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma...*, op., cit., pp. 65-66.

intente actuar dentro de los marcos constitucionales, así como del *principio democrático*, mediante el cual la ley, discutida y aprobada en el parlamento por los representantes elegidos por el pueblo, está impregnada de legitimidad democrática, lo que requiere que la jurisdicción constitucional actúe con la máxima contención (*judicial self-restraint*), para no sustituir al legislador elegido democráticamente.

Sin embargo, este monopolio de rechazo de la ley por parte del Tribunal Constitucional, cuando los límites semánticos de la ley no autoricen la construcción de alguna norma constitucional, no impide que la jurisdicción constitucional ordinaria, ante esta misma situación hermenéutica, realice el control de constitucionalidad difuso de la norma en el ámbito del proceso ordinario (proceso *a quo*), con ocasión de la instauración de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del órgano judicial. Dicho de otra forma, la cuestión de inconstitucionalidad, en su primera fase, es decir, todavía dentro del proceso ordinario, es el propio control de constitucionalidad difuso de la norma, ya sea cuando la cuestión de inconstitucionalidad es rechazada o acogida⁶⁶⁶. En la hipótesis hermenéutica, una vez reprobada la ley en la prueba de la constitucionalidad, porque ninguna norma constitucional puede ser construida, cabrá al órgano judicial instaurar la cuestión de inconstitucionalidad mediante una decisión judicial fundamentada, en la cual no sólo expondrá la duda sino que también será reconocida definitivamente la inconstitucionalidad de la ley ante el Tribunal Constitucional, que dirá la última palabra sobre el tema, teniendo en cuenta que detenta el monopolio de rechazo⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, "Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 18, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, enero-abril/2003, pp. 242-244.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 245.

3.2.2 – Segunda situación hermenéutica: la inconstitucionalidad de la norma no provoca la expulsión del texto de la ley del ordenamiento jurídico

En la segunda situación hermenéutica, cuando se trate del control de constitucionalidad exclusivo de la norma, sin repercusión sobre la validez del texto de la ley, así como de las disposiciones normativas y actos con fuerza de ley, el Tribunal Constitucional y la jurisdicción constitucional ordinaria poseen la *competencia concurrente*. El Tribunal Constitucional, mediante el control concentrado – recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad –, podrá realizar el control de constitucionalidad de la norma mediante la interpretación conforme a la Constitución. En este caso, entre los posibles sentidos autorizados por el texto de la ley, al contrario de la situación anterior, al menos una norma imputable al texto es constitucional, lo que no exigirá, por lo tanto, la expulsión del texto de la ley del ordenamiento jurídico.

La jurisdicción constitucional ordinaria, en virtud de estar directamente vinculada a la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, deberá interpretar y aplicar la ley conforme a la Constitución. Esta función constitucional de la jurisdicción ordinaria; es decir, de control de constitucionalidad difuso de la norma, encuentra su fundamento especialmente en el *principio de la supremacía normativa de la Constitución* (arts. 9.1 y 53.1 de la CE) y en el *principio de la garantía jurisdiccional* (arts. 53.2 de la CE). Por lo tanto, aunque el legislador ordinario no reconozca expresamente esta función de control constitucional a la jurisdicción ordinaria (arts. 5.1 y 3 de la LOPJ), la función deriva directamente de la Constitución.

La interpretación de la ley conforme a la Constitución no es principalmente un principio hermenéutico o un elemento de interpretación de la Constitución, razón por la cual no se incluyó entre los principios de concreción de la norma constitucional (II.4.4.2). A través de este elemento de interpretación, lo que se pretende controlar no son los posibles sentidos de la Constitución sino los sentidos de la ley. Por lo tanto, el objeto de control de este elemento hermenéutico es la ley, que tiene como parámetro de control la Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional, aunque utilice este principio hermenéutico para atribuir a la ley un sentido conforme a la Constitución, con el propósito de evitar la expulsión del texto de la ley del ordenamiento jurídico, la aplicación de la ley conforme a la Constitución es función típicamente contenida en el plexo de atribuciones de la jurisdicción constitucional ordinaria⁶⁶⁸.

La jurisdicción constitucional ordinaria, así como el Tribunal Constitucional, está sometida a los principios de la presunción de constitucionalidad de las leyes y de la democracia, razón por la cual, antes de plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, deberá realizar un esfuerzo hermenéutico para acomodar la ley dentro del ordenamiento jurídico, mediante la construcción de una norma constitucional (art. 5.3 de la LOPJ). Si el proceso hermenéutico no es capaz de producir al menos una norma constitucional, sin violación de los límites semánticos del texto de la ley, no habrá otra alternativa que, reconociendo su inconstitucionalidad, plantear el incidente de inconstitucionalidad.

⁶⁶⁸ Sentencia 157/1990, Pleno del TC, BOE 08/11/1990, f. j. 2: *“El que este Tribunal sólo declare la inconstitucionalidad de un precepto cuando su incompatibilidad con la Constitución resulta indudable, por ser imposible llevar a cabo una interpretación del mismo y compatible a la luz de la Constitución (SSTC 93/1984, 115/1987 y 105/1988), no significa convertirlo en el órgano competente para realizar directamente la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución, tarea que entra dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional del art. 117.3 C.E”*.

Además de que la jurisdicción constitucional ordinaria tenga competencia concurrente con el Tribunal Constitucional para realizar el control de constitucionalidad de la norma construida a partir de una ley o de las disposiciones normativas y los actos con fuerza de ley, la jurisdicción constitucional ordinaria posee la *competencia exclusiva* para realizar el control de constitucionalidad del texto de las disposiciones normativas (reglamentos⁶⁶⁹ y decretos legislativos en la parte excedente a la delegación⁶⁷⁰) y actos con *status* inferior al de la ley, así como de sus respectivas normas.

3.3 – Estructura del control de constitucionalidad difuso de la norma

El control de constitucionalidad difuso de la norma está estructurado en diversos elementos, los cuales pueden ser identificados, a partir de un estudio analítico, de la siguiente forma: (1) Parámetro de control de constitucionalidad; (2) Objeto de control de constitucionalidad; (3) Órgano de control de constitucionalidad; (4) *Locus* de control de constitucionalidad; (5) Sujetos legitimados; y (6) Efectos de la decisión judicial.

⁶⁶⁹ Art. 6º da 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”. Y, también, Auto 211/1984, de la Sección Primera del TC, 04/04/1984, f. j. 3: “También es claro que no corresponde a este Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la eventual ilegalidad de dicho Reglamento, cuya apreciación, en su caso, corresponde a la jurisdicción ordinaria;...”.

⁶⁷⁰ Sentencia 47/1984, Sala Primera del TC, BOE 25/04/1984, f. j. 3: “el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los Decretos legislativos a las Leyes de delegación se deduce del art. 82.6 de la Constitución; así lo ha entendido este Tribunal Constitucional en la antes citada Sentencia de 19 de julio de 1982, y posteriormente en Auto de 17 de febrero de 1983, por el que se rechaza la cuestión de inconstitucionalidad promovido por la Magistratura de Trabajo núm. 3 de Guipúzcoa en relación con el art. 211 del mencionado Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio. Por lo tanto, la nulidad de la norma originada por el exceso en la delegación -y la resultante inaplicación de la misma- pudo apreciarse en la instancia...”.

3.3.1 – Parámetro de control de constitucionalidad

Las constituciones contemporáneas, entre ellas la Constitución de España de 1978, poseen un fuerte contenido sustancial, emanando su fuerza normativa sobre todos de los poderes e instituciones del Estado y de la sociedad civil. En el modelo de Constitución principialista como la española, el juez ordinario, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, independientemente de cualquier intervención del legislador, puede controlar directamente la constitucionalidad de la norma. Ello es posible porque la fórmula político-jurídica del Estado social y democrático de Derecho, los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales no tiene su fuerza normativa condicionada a la previa iniciativa del legislador. En otras palabras, la normatividad de la Constitución deriva directamente de la propia Constitución, lo que permite al juez utilizarla como parámetro de interpretación de todo el ordenamiento jurídico; es decir, la Constitución – y no la ley – es el parámetro de actuación de la jurisdicción ordinaria⁶⁷¹.

En el Estado social y democrático de Derecho, así como en el Estado liberal y en el Estado social de Derecho, los valores de libertad e igualdad coexisten a partir del pluralismo político, siendo al mismo tiempo fundamento de constitución, parámetro de procedimiento y fin último de la fórmula político-jurídica. Sin embargo, en el Estado social y democrático de Derecho hay una profundización de los contenidos presentados por el Estado liberal (libertad e igualdad formal) y por el Estado social (igualdad material y libertad) hasta alcanzar la dignidad de la persona, fundamento de los valores libertad e igualdad, en sus versiones formal y material. La

⁶⁷¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial...”, *op. cit.*, p. 156.

dignidad de la persona actúa como síntesis de los valores de libertad e igualdad⁶⁷². La síntesis de estos valores también puede encontrarse en el valor de justicia⁶⁷³, lo que hace que muchos teóricos denominen al Estado democrático de Derecho como un Estado de justicia.

La fórmula político-jurídica está dotada de fuerza normativa constitucional, razón por la cual toda interpretación de la Constitución o interpretación de la legislación infraconstitucional debe necesariamente comenzar por el filtro de constitucionalidad de esta fórmula, que actuará como un catalizador del ordenamiento jurídico, promoviendo su coherencia e integridad. Así, la fórmula político-jurídica actúa como un parámetro de control de constitucionalidad de la norma, puesto que el intérprete deberá, en el proceso de concreción de la norma, construir una norma en sintonía con los postulados integrantes que se entienden por Estado social y democrático de Derecho⁶⁷⁴.

Acerca de la relación entre la fórmula político-jurídica y los valores superiores, Peces Barba apunta que se trata de dos lados de una misma moneda, ya que la fórmula política del Estado social y democrático de Derecho es la cara política del Estado, mientras que los valores superiores son la cara jurídica de este mismo Estado⁶⁷⁵. En este sentido,

⁶⁷² MAIHOFER, Werner, *et al*, "Principios de una democracia en libertad...", *op. cit.*, p. 278.

⁶⁷³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "Los valores superiores...", *op. cit.*, p. 38.

⁶⁷⁴ CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política...op. cit.*, pp. 298-299.

⁶⁷⁵ *Ibidem*, pp. 57-58. En este sentido: Sentencia 18/1984, Sala Primera del TC, BOE 09/03/1984, f. j. 3: "Ello resulta fácil de comprender si se parte, como es obligado, de la Constitución, la cual, al establecer en su art. 1.1 la norma que configura al Estado como social y democrático de Derecho, está afirmando un principio que se ajusta a una realidad propia del mundo occidental de nuestra época y que trasciende a todo el orden jurídico". Sentencia 23/1984, Sala Primera del TC, BOE 09/03/1984, f. j. 3: "Conclusión inicial que queda confirmada si se parte, como es obligado, del art. 1.1 de la Constitución que configura al Estado como social y democrático, ya que el derecho que define el mencionado art. 23.2 es un reflejo del Estado democrático en el que -art. 1.2- la soberanía reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado.

el Tribunal Constitucional, al hacer uso en su jurisprudencia de la fórmula política Estado social y democrático de Derecho, establece una relación de continente y contenido entre la fórmula y los valores superiores, respectivamente⁶⁷⁶.

La Constitución española de 1978, al constituir el Estado social y democrático de Derecho, propugnó como *valores superiores* del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (Art. 1 CE). Sin precedentes en la historia del Derecho español, así como en el Derecho comparado, los valores superiores están dotados de normatividad; es decir, con la misma fuerza normativa de la Constitución. Los valores superiores son al mismo tiempo el fundamento y el objetivo que deben alcanzarse, así como el camino a ser recorrido entre el punto de partida – fundamento – y el punto de llegada – objetivo. A partir de su naturaleza normativa constitucional, los valores superiores actúan como pauta de la hermenéutica constitucional en el proceso de concreción de la norma⁶⁷⁷. Según el Tribunal Constitucional, la Constitución de 1978 proclama un orden objetivo de valores, cuyos

Consecuencia lógica de este principio es el derecho fundamental que examinamos, cuyo ámbito ha de delimitarse en función del mismo, sin que la existencia de Corporaciones públicas no territoriales pueda dar lugar a reconocerles un significado constitucional del mismo nivel”.

⁶⁷⁶ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional...*, op., cit., pp. 87-88. Entre otras, en este sentido: Sentencia 11/1981, Pleno del TC, BOE 25/04/1981, f. j. 9: “Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes...”; Sentencia 19/1982, Sala Segunda del TC, BOE 18/05/1982, f. j. 6: “Pero la determinación de qué deba entenderse, en el contexto del presente caso, por desigualdad que entrañe discriminación, viene dada esencialmente por la propia Constitución, que obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista entre los cuales descuella el principio del Estado social y democrático de derecho del art. 1.1...”; Sentencia 83/1984, Pleno del TC, BOE 24/08/1984, f. j. 3: “...pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución (art. 9.2) a todos los Poderes Públicos y que es una finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho...”.

⁶⁷⁷ PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 18-26, 36-38, 43, 88 y ss; SANTAMARÍA IBEAS, José Javier, *Los Valores Superiores...*, op., cit.

efectos normativos emanan sobre todo del ordenamiento jurídico, produciendo efectos inmediatos⁶⁷⁸.

Conjuntamente con los valores superiores del ordenamiento jurídico, los *principios constitucionales* instituyen el ordenamiento jurídico constitucional con la misma fuerza normativa de las reglas constitucionales, irradiando su fuerza normativa sobre todo el ordenamiento jurídico – proceso de constitucionalización de las leyes, actuando como pauta de interpretación y conformación, pudiendo ser aplicados directamente, independientemente de una previa regulación. Para Prieto Sanchís, la principal vocación de los principios incorporados en la Constitución no es operar su eficacia a través de la ley, sino hacerlo de forma directa e independiente. Como consecuencia, la normatividad constitucional deja de estar circunscrita a la relación entre el legislador y el Tribunal Constitucional *“para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones”*⁶⁷⁹.

Además de la incidencia directa de los principios constitucionales, es decir, fuera de las reglas (leyes), independientemente del previo actuar del legislador, los principios constitucionales también actúan por dentro de las reglas. Es decir, los principios constitucionales instituyen las reglas de

⁶⁷⁸ Sentencia 8/1983, Sala Segunda del TC, BOE 23/03/1983, f. j. 3: *“La igualdad se configura como un valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama”*; Sentencia 35/1987, Sala Primera del TC, BOE 14/04/1987, f. j. 3: *“...la Constitución tiene la significación primordial de establecer un orden de convivencia, singularmente en relación con derechos fundamentales y libertades públicas...”*; Sentencia 22/1984, Sala Segunda del TC, BOE 09/03/1984, f. j. 3: *“De conformidad con una larga y ya tradicional doctrina de este Tribunal, la Constitución no es sólo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos”*.

⁶⁷⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial...”*, op., cit., p. 130.

todo ordenamiento jurídico, con relación a los cuales éstas deben guardar su adecuación. Dicho de otra forma, en el origen de cada regla existe uno o varios principios instituidores, los cuales siempre actuarán como pauta de interpretación y conformación de las reglas instituidas precisamente a causa de su carácter normativo y no sólo informativo como sucede con los principios generales del Derecho.

Con respecto a la distinción entre los valores superiores y los principios constitucionales no hay un acuerdo consensual en la doctrina⁶⁸⁰, como tampoco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, donde los términos se utilizan indistintamente⁶⁸¹. Sin embargo, para los fines de este apartado, esta posible carencia de una adecuada distinción es irrelevante. Lo que realmente es significativo, a fin de establecer los parámetros del control de constitucionalidad, es la indistinta naturaleza normativa constitucional de los valores y principios constitucionales, que actúan conjuntamente como criterio hermenéutico

⁶⁸⁰ Díaz Revorio menciona una serie de criterios utilizados por la doctrina para promover una distinción entre valores y principios, los cuales, al fin y al cabo, se revelan insuficientes, tales como (1) mayor contenido ético de los valores con relación a los principios, principios éticos-jurídicos (valores) y principios jurídico-políticos (principios); (2) diferencia de eficacia, puesto que los principios tendrían eficacia jurídica, mientras que los valores carecerían de juridicidad; (3) los valores poseerían una naturaleza superior a la de los principios; (4) mayor grado de abstracción de los valores con relación a los principios; (5) los valores poseerían naturaleza axiológica, mientras que los principios una naturaleza deontológica; (6) los valores serían metas u objetivos a ser alcanzados, mientras que los principios argumentos para decidir; (7) los valores serían metanormas para la producción de normas, mientras que los principios serían la fuente de inferencia de las reglas, en DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional...*, op. cit., pp. 103-109.

⁶⁸¹ Entre otras, Sentencia 5/1981, Pleno del TC, BOE 24/02/1981, f. j. 7, en la cual el TC se refiere a la igualdad, libertad, justicia y pluralismo del Título Preliminar de la Constitución como principios constitucionales; Sentencia 12/1982, Pleno del TC, BOE 21/04/1982, f. j. 6: "...se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado, de acuerdo con el art. 1 de la Constitución...". Y, también, en el mismo sentido, DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional...*, op. cit., pp. 110-113.

de concreción de la norma y, por lo tanto, de control de constitucionalidad⁶⁸².

Los *derechos fundamentales* se presentan en la Constitución como un orden de valores y principios constitucionales – dimensión objetiva – y, propiamente, como derechos fundamentales – dimensión subjetiva⁶⁸³. Esta doble acepción de los derechos fundamentales es expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional español, cuando hace referencia al “*doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos,... Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional...*”⁶⁸⁴.

Los derechos fundamentales, en su dimensión objetiva o en cuanto emanación de valores y principios constitucionales, consolidan el resultado de un acuerdo de mínimos entre las diferentes fuerzas políticas

⁶⁸² Aunque el TC no haya realizado una rigurosa distinción entre los valores superiores y principios constitucionales, reconoce en los valores superiores un criterio de estimación de la constitucionalidad de la norma. En este sentido: Sentencia 18/1981, Sala Primera del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 9: “*La reserva de Ley que efectúa el art. 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata*”; Sentencia 27/1982, Sala Segunda del TC, BOE 09/06/1982, f. j. 3: “*La mentalidad nobiliaria no puede mantener hoy su axiología como un sistema referencial socialmente dominante, pues ya no lo es, ni en todo caso compatible con la Constitución, pues aseveraciones como ésta van contra la idea de igualdad, proclamada por el art. 1 de nuestra Constitución como uno de los valores superiores del ordenamiento*”; Sentencia 90/1985, Sala Primera del TC, BOE 14/08/1985, f. j. 6: “*...la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de Diputados o Senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de Jueces y Tribunales. La existencia de tal tipo de privilegios pugnaría, entre otras cosas, con los valores de «justicia» e «igualdad» que el art. 1.1 de la C.E. reconoce como «superiores» de nuestro ordenamiento jurídico*”.

⁶⁸³ HESSE, Konrad, *Elementos de Derecho Constitucional...*, op., cit., pp. 228 y ss.; HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales...”, op., cit., pp. 83-115; BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales...*, op., cit., pp. 40 y ss.

⁶⁸⁴ Sentencia 25/1981, Pleno del TC, BOE 13/08/1981, f. j. 5.

de la sociedad, mediante los cuales se legitima una sociedad democrática, los cuales deberán ser interpretados en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre los derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 de la CE). Así, los derechos fundamentales, en su dimensión objetiva, además de impregnar de sentido y conferir legitimidad al ordenamiento jurídico, poseen la función de promover la sistematización del contenido axiológico objetivo de la Constitución, actuando como parámetro de constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico⁶⁸⁵.

Por último, ante la *doctrina constitucional* emanada de las decisiones del Tribunal Constitucional, no hay duda de que vincula a todos los poderes públicos, puesto que esta conformidad a la interpretación constitucional dada por el Tribunal Constitucional encuentra

⁶⁸⁵ Sentencia 53/1985, Pleno del TC, BOE 18/05/1985, f. j. 4: “los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”; Sentencia 21/1981, Sala Primera del TC, BOE 07/07/1981, f. j. 10: “No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico”; Sentencia 62/1982, Sala Primera del TC, BOE 17/11/1982, f. j. 2: “la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España”.

fundamento sólido en la propia Constitución, así como en las leyes orgánicas del Tribunal y del poder judicial (art. 164.1 de la CE; art. 38.1 y 40.2 87.1 de la LOTC; art. 5.1 de la LOPJ), abarcando no sólo el *decisum*, sino también sus fundamentos (*ratio decidendi*)⁶⁸⁶. Por lo tanto, la doctrina constitucional construida por el Tribunal Constitucional al vincular la jurisdicción ordinaria constitucional, debe también actuar como parámetro de constitucionalidad en la construcción de la norma por parte de la jurisdicción constitucional ordinaria.

3.3.2 – Objeto de control de constitucionalidad

La asunción de un modelo sustancial de Constitución trae ínsita la idea de una nueva concepción de Constitución, absolutamente distinta de la Constitución del inicio del siglo XIX. Especialmente a partir de la segunda posguerra las constituciones pasaron por un profundo proceso de re-materialización, mediante la constitucionalización de valores, principios y derechos fundamentales. Este modelo de Constitución sustancial o principialista permite una profundización en el juicio de control de constitucionalidad de la norma, superando sus aspectos formales para alcanzar, incluso, el propio contenido de la norma.

La irradiación de la fuerza normativa de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico o la inmersión de la Constitución en el ordenamiento jurídico, tiene como consecuencia directa la

⁶⁸⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, enero-abril/1988, pp. 33-35; AJA, Eliseo y GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “Conclusiones generales”, en AJA, Eliseo (Ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 273; CORZO SOSA, Edgar, “Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en España”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 78, septiembre-diciembre/1983.

constitucionalización de este ordenamiento; es decir, la legislación infraconstitucional, comienza a estar impregnada de la norma constitucional, debiendo, necesariamente, ser interpretada y aplicada a la luz de las normas constitucionales. La Constitución principialista, además de disponer sobre la forma de la ley, limita sus posibles contenidos, en virtud de que el sistema normativo está materialmente circunscrito a los marcos constitucionales. Por lo tanto, la libertad de conformación del legislador se encuentra delimitada por estos marcos normativos, sin que ya no exista un espacio para la supremacía de la ley o la soberanía del legislador.

Además de esta cuestión de contenido de la norma y, especialmente, de la ley y de las disposiciones normativas y actos con fuerza de ley, es significativa recobrar aquí la diferencia ontológica entre el texto de la ley y la norma. En otras palabras, entre el texto de la ley (signos lingüísticos) y el sentido del texto (norma) no existe una identificación (conjunto), lo que aleja el objetivismo, así como no hay una escisión, lo que aleja el subjetivismo. Entre el texto de la ley y el sentido del texto existe una diferencia ontológica.

Pues bien, una vez presente esta distinción ontológica, el control de constitucionalidad difuso de la norma incide en el proceso de interpretación y aplicación de cualquier norma infraconstitucional; es decir, tanto de las leyes como de las disposiciones normativas y actos con fuerza de ley. A partir de esta premisa, las normas infraconstitucionales con fuerza de ley pueden ser divididas entre las que fueron promulgadas antes y después de la Constitución de 1978. Este marco temporal de división entre las normas es de fundamental importancia, porque repercutirá en la forma de cómo el control de constitucionalidad difuso incidirá sobre las mismas.

Las *normas infraconstitucionales con fuerza de ley anteriores a la Constitución* deberán pasar por el control de constitucionalidad difuso, pudiendo la jurisdicción ordinaria, incluso, si es el caso, expulsar el texto de la ley del ordenamiento jurídico como resultado de la inconstitucionalidad sobrevenida. Es decir, para las leyes anteriores a la Constitución, el Tribunal Constitucional no posee el monopolio del rechazo.

Independientemente de la controversia jurídica acerca de si la contradicción entre la Constitución y la ley anterior es una cuestión de vigencia, a ser resuelta por el criterio cronológico – ley posterior revoca ley anterior, mediante la técnica de la abolición, o una cuestión de validez, a ser enfrentada por el criterio jerárquico – ley superior revoca ley inferior, mediante la técnica de la inconstitucionalidad, o, también, ambas cosas al mismo tiempo, no hay duda de que optando el intérprete por uno u otro camino, en última instancia deberá preguntarse sobre la compatibilidad entre la norma constitucional y la norma infraconstitucional, lo que llevará ciertamente a realizar un juicio de constitucionalidad sobre la ley. Acerca de esta cuestión, el Tribunal Constitucional español, a diferencia de las otras cortes constitucionales, adoptó un camino intermedio; es decir, tanto autorizó la jurisdicción ordinaria a realizar un juicio de constitucionalidad sobre las leyes pre-constitucionales, como permitió, en casos de duda, que la cuestión fuera sometida al Tribunal Constitucional mediante la cuestión de inconstitucionalidad⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ Sentencia 4/1981, Pleno del TC, BOE 24/02/1981, f. j. 1: “*Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben implicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad -es decir, el que actúe previamente un Juez o Tribunal al que se le suscite la duda- no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las*

En cuanto a las *normas infraconstitucionales con fuerza de ley posteriores a la Constitución*, como ya hemos tenido oportunidad de ver, todas están sometidas al control de constitucionalidad difuso. Por consiguiente, tanto aquí como allá, la jurisdicción ordinaria siempre deberá realizar el máximo esfuerzo hermenéutico para construir al menos una norma constitucional, salvando con esto el texto de la ley de la sanción máxima. Sin embargo, si este esfuerzo hermenéutico no es suficiente, no quedará otra alternativa que la instauración de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En el ámbito de las normas infraconstitucionales con fuerza de ley tenemos el Derecho de la Unión Europea, que entra en el ordenamiento jurídico nacional con un *status* infraconstitucional. Acerca de este conjunto de normas comunitarias, el Tribunal Constitucional entiende que no es posible someterlas al control de constitucionalidad, porque el parámetro de control de las normas comunitarias no es la Constitución sino el propio Derecho de la Unión Europea⁶⁸⁸. En el mismo sentido, el Tribunal de

leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, sólo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial; los cuales, al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador -al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente-, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que -por ello son- inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional".

⁶⁸⁸ Sentencia 64/1991, Sala Primera del TC, BOE 24/04/1991, f. j. 4: "La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, pues una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales. Así lo ha señalado recientemente este Tribunal al afirmar que la integración de España en la Comunidad Económica Europea «no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 C.E.» (STC 28/1991, fundamento jurídico 4.º)". Recientemente el Tribunal Constitucional comenzó a reconocer la posibilidad de que una violación contra el Derecho de la Comunidad Europea – no instauración de la cuestión prejudicial por

Justicia de la Comunidad Europea ya reconoció que es el único Tribunal competente para realizar el *control de legalidad* de las normas comunitarias, ya sea en caso de interpretación⁶⁸⁹ o de validez⁶⁹⁰. Por lo tanto, al tratarse de normas comunitarias, no se puede hablar de control de constitucionalidad, sino de control de legalidad a cargo del Tribunal de Justicia.

Por último, en cuanto a las *normas infraconstitucionales sin fuerza de ley*, ya sean ellas anteriores o posteriores a la Constitución, la jurisdicción constitucional ordinaria ejerce un irrestricto control de constitucionalidad difuso de la norma, pudiendo incluso, dejar de aplicarlas cuando ya no sea posible construir al menos una norma conforme a la Constitución. En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial expresamente autoriza a los jueces y los tribunales a dejar de aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la ley o al principio de la jerarquía normativa (art. 6º), lo que viene a configurar un verdadero control difuso de las normas infralegales⁶⁹¹.

parte del juez nacional cuando imprescindible – puede configurar también una violación del derecho fundamental protegido por la Constitución – tutela judicial efectiva (art. 24 da CE). Cfr. Sentencia 58/2004, Sala Segunda del TC, BOE 18/05/2004; Sentencia 194/2006, Sala Segunda del TC, BOE 20/07/2006; Sentencia 78/2010, Pleno del TC, BOE 18/11/2010; Sentencia 27/2013, Sala Primera del TC, BOE 12/03/2013; cfr. MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., “La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del derecho comunitario (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 72, septiembre-diciembre/2004, pp. 315-346; MORCILLO MORENO, Juana, “El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?”, en *Revista de Administración Pública*, nº 185, Madrid, mayo-agosto/2011, pp. 227-262.

⁶⁸⁹ Asunto C-283/81, *Cilfit y Lanificio di Gavardo SpA contra Ministero della Sanità*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982.

⁶⁹⁰ Asunto C-314/85, *Foto-Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1987.

⁶⁹¹ ALMAGRO NOSETE, José, “Hermenéutica constitucional”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*,

3.3.3 – Órgano de control de constitucionalidad

La separación entre el plano de la constitucionalidad, encomendada con exclusividad al Tribunal Constitucional, y el plano de la legalidad, bajo la responsabilidad de la jurisdicción ordinaria, está en el centro de la construcción kelseniana del ordenamiento jurídico, estructurado de forma piramidal, y del Tribunal Constitucional, órgano creado específicamente para realizar el control de constitucionalidad de las leyes. Al Tribunal Constitucional, según esta concepción de sistema constitucional, fue encomendada con exclusividad la tarea de investigar la constitucionalidad de las leyes (*plan de la constitucionalidad*). A la jurisdicción ordinaria, por otro lado, se encomendó, también con exclusividad, la tarea de interpretar y aplicar las leyes al caso concreto (*plan de la legalidad*)⁶⁹².

La Constitución apuntada por Kelsen para operar esta división de competencias poseía características propias; es decir, un profundo carácter organizacional o procedimental, estando destituida de un bloque de derechos fundamentales y, también, vinculaba directamente sólo al legislador, mientras que la jurisdicción ordinaria y la sociedad civil no tenían acceso directo a la Constitución. Dicho de otra forma, bajo esta concepción formal de Constitución, el Tribunal Constitucional es su único intérprete, siendo competencia del mismo también comprobar la constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, el texto de la Constitución no está al alcance de la jurisdicción ordinaria en el proceso de interpretación y aplicación de la ley. Acerca del sistema de control de constitucionalidad

T. VI, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.), México, Universidade Autónoma do México - UNAM, 2008, pp. 3-19.

⁶⁹² ARAGÓN REYES, Manuel, *et al*, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad...", *op.*, *cit.*, pp. 180-181.

concentrado, Prieto Sanchís es contundente al afirmar que la fiscalización abstracta de las leyes podría incluso desaparecer sin grandes consecuencias para el sistema de garantías de la Constitución, puesto que “*el Tribunal Constitucional es una herencia de otra época, de aquella que concebía la Constitución como una norma interna a la vida del Estado, separada del resto del sistema jurídico y, por tanto, inaccesible para la justicia ordinaria*”. Según el autor, lo que no podría desaparecer es la defensa de los derechos por parte de la jurisdicción ordinaria, cuyo parámetro de normatividad no es la ley sino la Constitución⁶⁹³.

En el sistema de control de constitucionalidad difuso de la norma el poder de control de constitucionalidad pertenece a todos los órganos judiciales que integran el poder judicial; es decir, todos los jueces y tribunales, desde la primera hasta la última instancia de este poder, tienen el deber de realizar el control de constitucionalidad de la norma, mientras que en el sistema de control concentrado sólo un único órgano, normalmente ubicado fuera del poder judicial, como del caso de España, está delegado a esta misión constitucional.

Por consiguiente, en el sistema de control de constitucionalidad difuso esta función es desempeñada por la propia jurisdicción ordinaria, sin que haya necesidad de crear un órgano *ad hoc* destinado específicamente a este fin. Con todo, a pesar de que en España existe la institución del Tribunal Constitucional, lo que apunta, en principio, hacia un sistema de control de constitucionalidad concentrado de la ley, desde el momento en que la Constitución sometió a todos los poderes del Estado a su normatividad (art. 9.1 de la CE), incluyendo también la jurisdicción ordinaria, se instituyó, conjuntamente con el sistema concentrado de control, un control de constitucionalidad difuso de la

⁶⁹³ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial...”, *op. cit.*, p. 156.

norma inherente al poder hermenéutico de interpretación y aplicación de la ley bajo la responsabilidad de los jueces y tribunales, lo que permite a estos órganos judiciales que realice el juicio de la constitucionalidad de la ley a partir de la Constitución.

3.3.4 – *Locus* de control de constitucionalidad

En el sistema de control de constitucionalidad concentrado, la regla fundamental y distintiva es la de la existencia de un proceso propio con características peculiares, concebido específicamente para tratar el control de constitucionalidad. Es decir, en este específico proceso la cuestión principal es el tema relativo a la constitucionalidad de la ley, independientemente de un caso concreto, de ahí la razón de que también se denomine control abstracto.

Al contrario, en el sistema de control de constitucionalidad difuso de la norma, así como no existe un órgano especial competente para las cuestiones constitucionales, tampoco existe un procedimiento especial, porque la cuestión constitucional puede ser levantada en todo y cualquier proceso en tramitación ante la jurisdicción ordinaria, pero no como cuestión principal. Es decir, en el control de constitucionalidad difuso la cuestión principal que se debe de decidir es el caso concreto, mientras que el tema sobre la constitucionalidad de la norma surge sólo como un incidente prejudicial que debe resolverse antes del caso concreto, lo que lleva a que este sistema se denomine control concreto.

3.3.5 – Sujetos legitimados

El control de constitucionalidad concentrado y abstracto, por la vía del recurso de inconstitucionalidad, sólo puede darse a iniciativa de unos pocos sujetos legitimados como el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas (art. 162.1.a de la CE y art. 32 de la LOTC) y, también, dentro de un reducido espacio de tiempo (art. 33 de la LOTC), lo que imposibilita la directa participación del ciudadano en la construcción de la norma del caso concreto.

Lo mismo sucede con la cuestión de inconstitucionalidad, segunda modalidad de control de constitucionalidad, concentrado y abstracto (art. 163 de la CE), la cual está constituida por dos fases o un doble proceso⁶⁹⁴. La primera fase es la del proceso ordinario (proceso *a quo*), en el cual la cuestión de inconstitucionalidad puede ser propuesta por las partes implicadas o instada de oficio por los jueces y tribunales, con previa audiencia de las partes (art. 35.1 y 2 de la LOTC), cabiendo exclusivamente al órgano judicial, por decisión irrecurrible, instaurar el incidente relativo a la cuestión de inconstitucionalidad. La segunda fase es la del proceso constitucional propiamente dicho (proceso *ad quem*), instaurado a partir de la decisión judicial que levanta la cuestión de inconstitucionalidad, cuya tramitación se dará exclusivamente ante el Tribunal Constitucional.

Específicamente con relación a la cuestión de inconstitucionalidad (proceso *ad quem*), las partes implicadas en el proceso ordinario (proceso

⁶⁹⁴ PÉREZ TREMPES, Pablo, “La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”, en Estudios Constitucionales, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, Universidad de Talca, 2005, p. 139.

a quo) no están legitimadas para instaurar el proceso constitucional, aunque puedan proponer al órgano judicial su instauración. En este punto, es significativo aclarar que los jueces y los tribunales no están legitimados a instaurar la cuestión de inconstitucionalidad en la misma condición procesal que se encuentran los legitimados en el recurso de inconstitucionalidad, porque el órgano jurisdiccional no actúa en la condición de parte implicada sino en el ejercicio de la jurisdicción constitucional ordinaria, la cual está dotada de un deber de velar por la depuración y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico a la luz de los parámetros constitucionales⁶⁹⁵. Por lo tanto, ante la instauración del proceso constitucional, las partes implicadas, o el ciudadano, están totalmente destituidas de cualquier legitimidad.

Sin embargo, aunque las partes implicadas no puedan desencadenar la iniciativa de la cuestión de inconstitucionalidad, la última reforma de la LOTC promovida por la Ley Orgánica 6/2007, atribuyó una nueva redacción al apartado dos del artículo 37, para comenzar a permitir que las partes implicadas en el proceso ordinario (proceso *a quo*) puedan presentar alegaciones en el proceso de la cuestión de inconstitucionalidad (proceso *ad quien*). Así, como podemos constatar, en esta reforma, el hecho de permitir la participación de la parte implicada en el proceso constitucional, deduciendo sus alegaciones, confiere al control de constitucionalidad, en esta modalidad, un mayor grado de participación democrática del ciudadano.

Por último, ante la cuestión de inconstitucionalidad en la primera fase o en el ámbito del proceso ordinario (proceso *a quo*), a diferencia de

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 130. Y, también: Sentencia 14/1981, Pleno del TC, BOE 21/05/1981, f. j. 4: “La función principal de los procesos de constitucionalidad [recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad], cual es la defensa objetiva de la Constitución, el afirmar su primacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma, excluyendo del Ordenamiento a las disconformes con la Constitución...”.

la segunda fase, en la cual se instaura un proceso de control de constitucionalidad concentrado y abstracto, ahora mitigado por la participación de las partes, podemos observar que se trata de un verdadero control de constitucionalidad difuso de la norma, con la participación directa de las partes implicadas, cuestión que volveremos más a analizar cuando tratemos específicamente la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad (IV.5.5.2).

Así, aunque el control de constitucionalidad concentrado y abstracto encuentre su legitimidad en la Constitución, no tenemos la menor duda de que el control de constitucionalidad difuso y concreto expresa mejor la cláusula democrática de la fórmula del Estado social y democrático de Derecho y que se encuentra más próximo al núcleo de lo que se puede entender como democracia participativa, cuando confiere indistintamente legitimidad a las partes implicadas en el proceso ordinario levantando la cuestión de inconstitucionalidad, así como participando en la construcción de la norma del caso concreto.

A diferencia de lo que normalmente se entiende por democracia, es decir, la democracia representativa limitada al ámbito del proceso legislativo, en el cual se da la construcción de la norma general y abstracta, la democracia participativa debe extenderse a los demás procesos públicos, entre ellos, el proceso judicial, con ocasión de la elaboración de la norma específica y concreta – la decisión judicial. En este sentido, el control de constitucionalidad difuso de la norma, a diferencia del control concentrado, tiene la virtud de permitir la directa participación de las partes implicadas en el conflicto en la producción de la norma del caso concreto. En otras palabras, la actuación judicial que incidirá sobre la esfera de libertad de las partes cuenta con la directa participación de los implicados, los cuales no sólo serán oídos, sino que

también participarán activamente en la construcción de la norma del caso concreto⁶⁹⁶.

La teoría del *status activus processualis* desarrollada por Peter Häberle⁶⁹⁷, actúa como una síntesis de las normas y las formas de participación del ciudadano en el proceso. Mediante el *status activus processualis*, la parte no sólo tiene la oportunidad de ser escuchada en el proceso, sino que también tiene el derecho de participar activamente en el destino del proceso y en la producción de la norma del caso concreto – decisión judicial –, garantizando las posiciones en las cuales la autodeterminación y la libertad de voluntad son fundamentales para la efectividad del principio de la dignidad de la persona. Un Estado democrático de Derecho, es decir, un Estado que pretende calificarse de democrático, necesariamente, necesita garantizar la efectiva participación del ciudadano en la producción de la norma, ya sea ella general y abstracta, cuando sea elaborada por el parlamento, o específica y concreta, cuando sea producida en el ámbito del proceso judicial.

3.3.6 – Efectos de la decisión judicial

En el ámbito del control de constitucionalidad concentrado, mediante los procesos constitucionales, recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad, la principal finalidad es la defensa objetiva de la Constitución, mediante la depuración del ordenamiento jurídico con la remoción del texto de la ley o de las normas contrarias a la

⁶⁹⁶ HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional...*, op., cit., pp. 31-32, nota 48.

⁶⁹⁷ HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución...*, op., cit., pp. 193-201; HÄBERLE, Peter, *Le Libertà fondamentali nello Stato costituzionale...*, op., cit., pp. 202 e ss.; Cfr. HENNIG LEAL, Mônica Clarissa, “A noção de *status activis procesualis...*, op., cit., pp. 2092-2120.

Constitución⁶⁹⁸. Así, en cuanto a los efectos vinculantes de la sentencia, además de que operen los efectos de la cosa juzgada, someten todos los poderes públicos y la sociedad (*erga omnes*) a los términos decididos por parte del Tribunal Constitucional (art. 164 de la CE y 38.1 del LOTC).

En cuanto a los *efectos temporales*, podemos dividirlo en efectos retroactivos o para el pasado y efectos prospectivos o para el futuro. En cuanto a los efectos retroactivos, a pesar de que las sentencias en los procesos de control de constitucionalidad posean generalmente efectos retroactivos (*ex tunc*), la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional garantizan de los efectos de la retroacción (*ex nunc*) las decisiones judiciales firmes (art. 161.1.a de la CE y art. 40.1 de la LOTC)⁶⁹⁹, con excepción de los procesos penales y administrativos, en los cuales se haya aplicado alguna sanción, así como las actuaciones administrativas firmes⁷⁰⁰. Por último, el marco temporal del inicio de la

⁶⁹⁸ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "Tipologías y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español", en PÉREZ TREMPES, Pablo, *La Reforma del Tribunal Constitucional actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 149-176. Y, también: Sentencia 17/1981, Pleno del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 1: "*La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada*".

⁶⁹⁹ Sentencia 14/1981, Pleno del TC, BOE 21/05/1981, f. j. 4: "*...la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de la nulidad con ineficacia originaria, si bien dentro de un respeto a situaciones consolidadas en los términos que se coligen de los arts. 39.1 y 40.1 de la LOTC*".

⁷⁰⁰ Sentencia 45/1989, Pleno del TC, BOE 02/03/1989, f. j. 11: "*La segunda de las mencionadas precisiones es la de que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría -como con razón observa el representante del Gobierno- un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales*".

producción de los efectos de la inconstitucionalidad, ya sea para el pasado o para el futuro, en el caso de recurso de inconstitucionalidad, es el de la fecha de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado (art. 164 de la CE y art. 38.1 de la LOTC)⁷⁰¹, y en el caso de cuestión de inconstitucionalidad, de la fecha de la comunicación de la decisión al órgano judicial (art. 38.3 de la LOTC).

Por otro lado, en cuanto a los *efectos vinculantes* de la decisión dictada en el ámbito del control de constitucionalidad difuso de la norma, a cargo de la jurisdicción constitucional ordinaria, sólo las partes en el proceso ordinario son alcanzadas (efectos *inter partes*). Por tratarse de un control de constitucionalidad difuso, realizado ante el caso concreto, dentro de un proceso ordinario, en el cual sólo las partes del proceso están sometidas a los efectos de la cosa juzgada, el juicio de constitucionalidad de la norma no supera los límites objetivos y subjetivos del proceso ordinario.

Por último, en cuanto a los efectos temporales, independientemente de la modalidad en la cual se dio el control de constitucionalidad difuso de la norma, los efectos de la decisión de control operan retroactivamente a la fecha del caso concreto, a partir de la fecha del tránsito en el juzgado para las partes. La única excepción a esta regla

⁷⁰¹ Sentencia 45/1989, Pleno del TC, BOE 02/03/1989, f. j. 11: “*En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39. 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad. Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento*”.

se encuentra en el caso del control de constitucionalidad difuso de la norma con resultado negativo, con ocasión de la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad. En esta situación, una vez teniendo el órgano judicial reconocida la inconstitucionalidad de la norma o al menos dudando de su constitucionalidad, este juicio de constitucionalidad provisional, mediante la cuestión de inconstitucionalidad, será sometido a un juicio definitivo que se realizará por el Tribunal Constitucional. Así, como hemos visto anteriormente, en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, la decisión del Tribunal Constitucional actúa con efectos retroactivos a partir de la fecha de la comunicación de esta decisión al órgano judicial (art. 38.3 de la LOTC).

4 – Legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional ordinaria

4.1 – Un concepto adecuado de democracia: la democracia constitucional

El presente apartado de nuestra investigación está dedicado a la relación entre la democracia y la jurisdicción constitucional ordinaria, tema este que nos remite a una reflexión sobre la relación existente entre el Estado de Derecho y la democracia y, en última instancia, entre el Derecho y la Política, una de las grandes cuestiones enfrentadas tanto por la filosofía del Derecho como por la filosofía Política.

Tomando en consideración que en el Estado constitucional español, el Tribunal Constitucional y los tres poderes constituidos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) están sometidos a la fuerza normativa de la Constitución, tenemos que la democracia encuentra sus límites en el

texto constitucional⁷⁰². Como la historia del Estado moderno ya dio ejemplos suficientes de que el establecimiento de límites a la democracia por la Constitución no es suficiente para que las instituciones y los poderes constituidos se mantengan dentro de los marcos constitucionales, se impone, además del reconocimiento de la limitación de la democracia por la Constitución, el establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos y de la sociedad civil.

A partir de la Revolución Americana y después de la Segunda Guerra Mundial, en la Europa Continental, los tribunales constitucionales y el poder judicial asumieron la función de guardianes de la Constitución. En el caso de España, los tres poderes constituidos y las demás instituciones constitucionales están subordinadas a la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional – jurisdicción constitucional, así como, a su vez, los poderes legislativo y ejecutivo y las demás instituciones constitucionales están igualmente subordinados a la jurisdicción constitucional ordinaria. En otras palabras, en este segundo caso, se sometieron los poderes legislativo y ejecutivo y las demás instituciones constitucionales al control de constitucionalidad difuso de la norma bajo los auspicios del poder judicial.

Acerca de la sumisión a la doctrina del Tribunal Constitucional, titular del monopolio de la sanción máxima, es decir, declarar la nulidad de las leyes aprobadas democráticamente en el parlamento, y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, se levantó la cuestión acerca de su legitimidad. Sobre la segunda sumisión; es decir, de los poderes legislativos y ejecutivo y de las demás instituciones

⁷⁰² HESSE, Konrad, “El texto constitucional como límite de la interpretación”, en Antonio López Pina (Ed.), *División de poderes e interpretación, Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 184-185.

constitucionales que están subordinados a la jurisdicción constitucional ordinaria, poco se ha reflexionado, incluso porque la función de control constitucional de la norma por parte de la jurisdicción ordinaria no fue un tema suficientemente explorado. A diferencia de lo que se pueda pensar, la cuestión de la legitimidad del Tribunal Constitucional para sancionar una ley aprobada democráticamente también se presenta, si bien con contornos específicos, con relación a la jurisdicción constitucional ordinaria. Para citar sólo un ejemplo, si la jurisdicción constitucional ordinaria al hacer operar el principio de la interpretación de la ley conforme a la Constitución termina superando los límites semánticos del texto de la ley, aplicando una norma de manera frontalmente contraria a lo que dispuso el legislador ordinario, incidirá no sólo en la producción de un acto inconstitucional (ilegalidad calificada), sino también en la producción de un acto ilegítimo, razón por la cual es necesario saber en qué consiste la legitimidad de la jurisdicción constitucional ordinaria.

De las dos especies de sumisión a la Constitución mencionadas anteriormente, al Tribunal Constitucional y a la jurisdicción constitucional ordinaria, trataremos sólo la segunda porque está directamente relacionada con el tema de nuestra investigación, sin dejar sin embargo de hacer referencia a la primera en lo que pueda interesar a la presente Tesis Doctoral.

En el caso de España, tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo son elegidos por el pueblo, directa e indirectamente, respectivamente, los cuales actúan como sus legítimos representantes – democracia representativa – en la elaboración de los actos estatales. Si de hecho el parlamento y el Gobierno traducen la voluntad de la mayoría del pueblo, que se expresa de forma periódica mediante el sufragio universal, eligiendo libremente a sus representantes, ¿cómo es posible atribuir a los jueces (agentes políticos no elegidos por el pueblo) la misión

constitucional de controlar los actos de los representantes del pueblo? Puesta la cuestión en estos términos, surge una profunda paradoja entre la voluntad soberana del pueblo, que se expresa mediante sus representantes, por un lado, y la jurisdicción constitucional ordinaria, por otro. En este sentido, no tenemos duda de que la jurisdicción constitucional ordinaria posee la naturaleza de un poder contramayoritario, porque desde sus orígenes hasta los días de hoy la función de controlar la constitucionalidad de la norma supone un control sobre la voluntad de las eventuales mayorías.

Aunque la jurisdicción constitucional ordinaria no posea competencia de rechazo de la ley, atribución reservada exclusivamente al Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad difuso de la norma se supone que se ejerce dentro de los marcos constitucionales para que pueda revestirse de legitimidad. Si los sentidos del texto de la ley no siempre son unívocos, esto no significa afirmar que la jurisdicción constitucional ordinaria podrá atribuir cualquier sentido al texto sin incidir en un acto ilegítimo.

Siendo cierto que la jurisdicción constitucional ordinaria posee una naturaleza contramayoritaria, se impone la definición de un concepto adecuado de democracia para que desde este concepto sea posible saber si la jurisdicción constitucional ordinaria, además de ser un poder de contención de las eventuales mayorías, también es antidemocrático.

Cierto es que la cláusula democrática del Estado social y democrático de Derecho no puede ser confundida o reducida a la regla de la mayoría o concebida como si fuera sólo el gobierno de la mayoría del pueblo. Entender la democracia como el gobierno absoluto de la mayoría sería lo mismo que admitir la posibilidad de que esta misma mayoría adopte cualquier decisión sobre cualquier tema, incluso, extinguiendo el propio régimen democrático. Aunque la regla de la mayoría represente

una condición necesaria para la democracia, no es una condición suficiente para legitimar toda y cualquier decisión democrática. En otras palabras, no toda democracia es necesariamente legítima, lo que conlleva a admitir que la democracia y la legitimidad poseen núcleos de contenido propio, mediante los cuales la legitimidad califica la democracia, pudiendo diferenciarse entre democracia legítima y democracia ilegítima.

Fernandes Campilongo, en un trabajo sobre la regla de la mayoría, apunta las siguientes limitaciones técnicas de este modo de toma de decisión: 1– ¿Quién debe decidir o integrar el conjunto de ciudadanos para formar una cierta mayoría? 2– ¿Los ciudadanos deben decidir sobre todos los temas, o las cuestiones técnicas y de alta indagación deberían reservarse a los especialistas del área? 3– La imposibilidad de contrastar el real grado de preferencia o adhesión del ciudadano con las respuestas maniqueas (apruebo/rechazo, sí/no). 4– ¿La mayoría de hoy puede renunciar al principio democrático? 5– ¿La mayoría de hoy día puede tomar decisiones irreversibles, imposibilitando que la mayoría de mañana decida de forma diferente? 6– ¿Las decisiones de la mayoría pueden disponer sobre cuestiones de interés privado? 7– ¿Los partidos políticos y los grupos de presión influyen cada vez más sobre las decisiones de la mayoría, transformando el interés de la mayoría en interés de pequeños grupos? 8– ¿La voluntad de la mayoría no es la voluntad de todos? 9– ¿La mayoría puede disponer contra los derechos fundamentales?⁷⁰³

Pues bien, a partir de esta serie de limitaciones técnicas planteadas por Fernandes Campilongo, no es difícil concluir que la regla de la mayoría, elemento fundamental del régimen democrático, consabidamente el menos malo de todos los regímenes políticos, levanta profundos interrogantes sobre la efectiva legitimidad de las decisiones

⁷⁰³ FERNANDES CAMPILONGO, Celso, *Direito e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 1997, pp. 43-54.

tomadas por la simple regla de la mayoría. Sin embargo, de todas estas limitaciones, centraremos nuestra atención sólo en la última de las limitaciones. Es decir, ¿puede una eventual mayoría parlamentaria disponer contra la fórmula política, los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales o estas normas constitucionales están sustraídas del poder de decisión de las mayorías parlamentarias? Por lo tanto, la cuestión está en saber si los derechos fundamentales, nivel más concreto de los valores y principios constitucionales, ¿pueden ser violados por una decisión de la mayoría del pueblo, mediante sus representantes, lo que podríamos denominar como una democracia sin límites o, si es posible concebir una democracia limitada por la Constitución? Para responder a estas preguntas, necesitamos rescatar y al mismo tiempo construir un concepto adecuado de democracia, la democracia constitucional.

Como hemos visto en el capítulo específico (I.1.1.3), el proceso de democratización del Estado tuvo inicio con el Estado liberal y se extendió en el Estado social de Derecho. Históricamente es un proceso que se produce paralelamente a la formulación de los conceptos del Estado liberal y del Estado social. En el Estado liberal, la democracia liberal asumió una concepción estrictamente formal, limitada al campo político, mientras que en el Estado social la democracia social posee una concepción material; es decir, a democracia social, sin perder las conquistas de la democracia liberal, principalmente la posibilidad de acceso al poder político de un número cada vez mayor de personas, penetra en el campo social, asegurando esta participación también en las áreas económica y social.

La dignidad de la persona, como fundamento último del Estado y de la sociedad, fundada en la autodeterminación y en la solidaridad, expresada mediante los valores de la libertad, igualdad y solidaridad,

principios y derechos fundamentales, da origen a una *democracia como forma de vida*, que actúa como presupuesto de la *democracia como forma de Estado y de gobierno*, estableciendo una relación circular entre la democracia como forma de vida y la democracia como forma de Estado y de gobierno⁷⁰⁴.

La democracia como forma de Estado y de gobierno en el Estado social y democrático de Derecho tiene como elemento existencial la legitimidad del ordenamiento constitucional, de la titularidad y del ejercicio de los poderes constituidos. Por lo tanto, la cláusula democrática es una forma de legitimación política de los poderes del Estado, razón por la cual el poder político o toda la actividad del Estado, ya sea legislativa, ejecutiva o jurisdiccional, debe necesariamente legitimarse por la efectiva participación del titular en el poder político⁷⁰⁵.

La autodeterminación no sólo fundamenta y justifica el origen del poder político sino que también define los límites de su ejercicio mediante la fórmula-política, de los valores superiores, de los principios y de los derechos fundamentales. Por consiguiente, la soberanía popular se manifiesta, en un primer momento, mediante el poder constituyente, del cual el pueblo es el único titular. Este poder de *constituir* es la fuerza y autoridad pre-constitucional para *constituir, mantener y revocar* una Constitución con pretensión normativa. Así, el poder constituyente no se resuelve en un único acto de constitución sino que permanece activo y

⁷⁰⁴ J. FRIEDRICH, Carl, *La democracia como forma política...op., cit.*, pp. 22-23.

⁷⁰⁵ CASCAJO CASTRO, José Luis, "El Estado democrático...", *op., cit.*, pp. 115-138; WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia...*, *op., cit.*, p. 55.

constante, para mantener y revocar, puesto que la “*fuerza normativa de la Constitución depende de ello*”⁷⁰⁶.

En un segundo momento, la misma soberanía popular se manifiesta mediante los poderes constituidos, los cuales necesariamente deben ajustar sus manifestaciones a lo que fuera anteriormente dispuesto por el poder constituyente, bajo pena de inconstitucionalidad. Conviene destacar que no se trata de dos soberanías sino de dos momentos distintos de un mismo poder soberano; es decir, la soberanía popular, mediante el poder constituyente, define las reglas del juego democrático, mientras que la misma soberanía, mediante los poderes constituidos, se mueve según las reglas anteriormente definidas. En efecto, estamos ante una de las paradojas del Derecho, en el cual, para garantizar la libertad, estamos obligados a renunciar a una parte de esta misma libertad.

El núcleo central de la Constitución, es decir, los derechos fundamentales, concreción de la fórmula política y de los valores superiores de la libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, actúa como un límite material de la democracia; es decir, los derechos fundamentales derivados de estos valores están “*fuera de lo decidible*” por las eventuales mayorías democráticas. Dicho de otra forma, la democracia, ejercida dentro de los marcos constitucionales, está limitada materialmente por la democracia constitucional⁷⁰⁷.

La democracia constitucional trae ínsita la idea de una soberanía popular limitada por la Constitución, en el caso específico, por la fórmula político-jurídica, los valores superiores, los principios y los derechos fundamentales, los cuales operan un profundo cambio de paradigma tanto

⁷⁰⁶ WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia...*, op., cit., p. 51.

⁷⁰⁷ BALAGUER CALLEJON, Francisco, “El Estado social y democrático de Derecho...”, op., cit., pp. 89-113.

del Derecho como de la democracia. Con relación al Derecho, la ley constitucionalmente válida, además de ajustarse formalmente al procedimiento legislativo, también debe materialmente guardar sintonía con la Constitución, bajo pena de inconstitucionalidad. Con relación a la democracia, la manifestación de voluntad soberana del pueblo en el Estado constitucional, además de respetar la forma o el procedimiento de exteriorización de esta voluntad, se encuentra materialmente limitada por los derechos fundamentales, los cuales están fuera del alcance del poder de decisión de las eventuales mayorías, debido a la fuerza normativa de la Constitución, que, al mismo tiempo, somete el Estado y la sociedad civil a los marcos constitucionales.

Así, tenemos que la democracia constitucional no sólo admite sino también supone la limitación del poder soberano del pueblo mediante la Constitución, tanto en la forma como en el contenido de las leyes. Pues bien, si la limitación del poder de la mayoría es una condición necesaria, pero no suficiente, de la democracia constitucional, esto significa decir que una democracia calificada por una Constitución normativa trae ínsita la necesidad de la institución de un poder que, a pesar de ser contramayoritario, continúa siendo democrático, ya que es funcionalmente esencial para el propio mantenimiento de la democracia.

Ante el conflicto entre el Derecho y la Política, el Estado constitucional y la democracia o el control jurisdiccional de constitucionalidad y la soberanía popular, surgen muchas teorías que, a partir de diversos argumentos, pretenden aclarar y justificar esta contradicción de principios. Sin embargo, como ya hemos tenido la oportunidad de ver, esta contradicción es más aparente que real, porque, a pesar de que la jurisdicción constitucional ordinaria posea una naturaleza contramayoritaria, no deja de ser una institución democrática al servicio de la democracia.

Una teoría adecuada de la legitimación de la jurisdicción constitucional ordinaria debe, necesariamente, tomar en consideración la actual configuración de una democracia constitucional como la española que, en síntesis, está constituida de los siguientes elementos estructurantes: principio de la supremacía normativa de la Constitución; principio de la división de poderes; principio de la legalidad; principio de la independencia de la jurisdicción; Constitución principialista; y control jurisdiccional de constitucionalidad de la norma.

4.2 – Legitimidad orgánica o institucional: intangibilidad de los derechos fundamentales

A partir de estos elementos fundamentales del Estado constitucional debemos construir una teoría de legitimación. Para una reflexión analítica del tema, debemos dividir la cuestión de la legitimidad de la jurisdicción constitucional ordinaria en legitimidad orgánica o institucional y legitimidad jurisdiccional o de la decisión judicial.

Ante la *legitimidad orgánica* o institucional de la jurisdicción constitucional ordinaria, tenemos que su fuente se encuentra en la intangibilidad de los derechos fundamentales y en la independencia del poder judicial. El Estado constitucional, al constitucionalizar los derechos humanos, retiró del legislador ordinario la libertad y, por lo tanto, el poder político de disponer contra los derechos fundamentales. Esta intangibilidad de los derechos fundamentales o la superioridad normativa de los derechos fundamentales sobre la ley es la fuente de legitimidad del poder judicial. Sin embargo, conjuntamente con la constitucionalización de los derechos existe la necesidad de instituir un control de constitucionalidad, so pena de que los derechos fundamentales no pasen de una mera declaración política y moral de buenas intenciones.

Así, ante la necesidad y la evidencia histórica de que este control no puede ser atribuido a las mismas mayorías parlamentarias responsables de la elaboración de las leyes, esta misión constitucional de guardián de la Constitución debe ser atribuida a un poder dotado de suficiente independencia ante la voluntad de las mayorías. Según Luigi Ferrajoli, la legitimidad democrática del poder judicial, en su función contramayoritaria, no proviene de la representación popular sino de la *intangibilidad de los derechos fundamentales* y, por consiguiente, de la necesaria *independencia del poder judicial* con relación a la voluntad de las mayorías⁷⁰⁸. En el mismo sentido se manifiesta Zaffaroni, para quien no todo lo que deriva del voto popular o de las eventuales mayorías es necesariamente democrático. Por otro lado, una institución es democrática cuando su funcionalidad es necesaria para el mantenimiento de la democracia, como es el caso del poder judicial⁷⁰⁹. Por último, Otto Bachof sostiene que el carácter democrático del poder judicial no está necesariamente ligado a las elecciones sino a la función ejercida por este poder dentro de una democracia constitucional⁷¹⁰. Por lo tanto, y para concluir, la jurisdicción constitucional ordinaria orgánica o institucional se legitima democráticamente a causa de su misión constitucional, la de garantizar la inviolabilidad de los derechos fundamentales, imprescindible en una democracia constitucional.

⁷⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil...*, op., cit., pp. 25-27.

⁷⁰⁹ RAÚL ZAFFARONI, Eugenio, *Poder judiciario: crisis, acertos e desacertos...*, op., cit., p. 34.

⁷¹⁰ BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución...*, op., cit., p. 59.

4.3 – Legitimidad jurisdiccional o de la decisión judicial

4.3.1 – Participación directa de las partes en el proceso judicial

En cuanto a la *legitimidad jurisdiccional* o de la decisión judicial, consideramos que su fuente se encuentra especialmente en la participación directa de las partes en el proceso judicial, en la fundamentación de las decisiones judiciales y en la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales.

La *participación directa de las partes*, la idea de democracia constitucional trazada en la Constitución, orientada por la fórmula política Estado social y democrático de Derecho, por los valores superiores de la libertad, igualdad, justicia y pluralismo jurídico, principios constitucionales y derechos fundamentales debe realizarse también en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, debiendo el proceso constitucional, sus institutos, técnicas y procedimientos, servir de *locus* de la democracia participativa y de los valores superiores propugnados por el legislador constituyente.

La democracia encuentra fundamento mayor en la dignidad de la persona, que a su vez se funda en la naturaleza racional del hombre, cualidad ésta que dota al ser humano de libertad para su autodeterminación, así como para definir, bajo su completa responsabilidad, los objetivos que deben lograrse. La dignidad de la persona encuentra en la democracia participativa su expresión a través de la cual el ciudadano participa activamente en la construcción de los límites de su libertad, actuando como autolegisador, razón por la cual la norma elaborada a partir de la participación directa del ciudadano no esclaviza sino que potencia y consolida la libertad. A diferencia de lo que normalmente se entiende por democracia, es decir, la democracia representativa confinada al ámbito del proceso legislativo, en el cual se da

la construcción de la norma general y abstracta, la democracia participativa debe extenderse a los demás procesos públicos, entre ellos, al proceso judicial, con ocasión de la elaboración de la norma específica y concreta – la decisión judicial.

En este sentido, el control de constitucionalidad difuso de la norma, a diferencia del control concentrado, tiene la virtud de permitir la directa participación de las partes implicadas en el conflicto en la producción de la norma del caso concreto. En otras palabras, la decisión judicial que incidirá sobre la esfera de libertad de las partes cuenta con la directa participación de los implicados, los cuales no sólo serán escuchados, sino que también participarán activamente en la construcción de la norma del caso concreto⁷¹¹.

A través del *status activus processualis*⁷¹², la parte no sólo tiene la oportunidad de ser escuchada en el proceso sino que tiene también el derecho de participar activamente en el destino del proceso y en la producción de la norma del caso concreto – decisión judicial –, garantizando las posiciones en las cuales la autodeterminación y la libertad de voluntad son fundamentales para la efectividad del principio de la dignidad de la persona. Un Estado social y democrático de Derecho, es decir, un Estado que pretende calificarse de democrático, necesariamente necesita garantizar la efectiva participación del ciudadano en la producción de la norma, ya sea general y abstracta, cuando sea elaborada por el parlamento, o específica y concreta, cuando sea producida en el ámbito del proceso judicial.

⁷¹¹ HÄBERLE, Peter, *Hermenéutica Constitucional...*, op., cit., pp. 31-32, nota 48.

⁷¹² HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución...*, op., cit., pp. 193-201; HÄBERLE, Peter, *Le Libertà fondamentali nello Stato costituzionale...*, op., cit., pp. 202 e ss.; Cfr. HENNIG LEAL, Mônica Clarissa, "A noção de *status activis procesualis*...", op., cit., pp. 2092-2120.

Aunque el control de constitucionalidad concentrado sea importante para la democracia constitucional, legitimado por la misma, el control difuso, debido a la participación directa de las partes en el proceso y en la formación de la decisión judicial de control, posee una mayor densidad democrática que el control concentrado. El proceso es un instrumento de resolución de conflicto y de protección de los derechos fundamentales, mediante el cual las partes pueden ejercer democráticamente sus derechos, participando directamente en la producción de la norma del caso concreto – la decisión judicial.

4.3.2 – Motivación de las decisiones judiciales conforme a la Constitución

La legitimidad de la jurisdicción, además de la participación directa de las partes en el proceso judicial, también se justifica mediante la *motivación de las decisiones judiciales* (art. 120.3 de la CE). Así, si por un lado el poder judicial está obligado a motivar o justificar de forma fundamentada sus decisiones, por otro significa que el ciudadano es titular de un derecho fundamental ante una decisión judicial legítimamente motivada o a una decisión conforme a la Constitución⁷¹³. Por lo tanto,

⁷¹³ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, p. 58. En el mismo sentido, Edgar Corso Sosa afirma que “*las partes disponen de un derecho subjetivo a la aplicación de una ley constitucional*”, en CORZO SOSA, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 541; Sentencia 126/1984, Sala Primera del TC, BOE de 11/01/1985, f. j. 2.c: “*El Tribunal Constitucional, a través de estas y otras Sentencias, ha fijado el criterio, en definitiva, de que el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo. Este derecho se satisface también cuando la resolución es de inadmisión, siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo responder el razonamiento a una interpretación de las normas de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (Sentencias 19/1983, de 14 de marzo, «Boletín Oficial del Estado» de 12 de abril, fundamento jurídico 4, y 69/1984, de 11 de junio, «Boletín Oficial del Estado» de 11 de julio, fundamento jurídico 2)*”.

motivar es concretar un derecho fundamental. Sin embargo, la legitimidad de ejercicio de la jurisdicción constitucional ordinaria no se da mediante la aclaración de cualquier motivación. Es decir, no es suficiente explicar la fundamentación de una decisión judicial para que ésta se revista automáticamente de legitimidad.

En una democracia constitucional, en la cual el texto constitucional se presenta como parámetro hermenéutico de la constitucionalidad de la ley, que a pesar de todas sus vicisitudes, todavía es el vehículo jurídico por excelencia de la expresión democrática de las mayorías, el poder judicial, que detenta un poder hermenéutico, está obligado a justificar los fundamentos de la decisión judicial a partir de argumentos jurídicos para que la decisión judicial también pueda ser sometida a los controles externos, político y social, e internos, sistema de apelación y de responsabilidad⁷¹⁴.

Uno de los principios de la hermenéutica constitucional es el principio de la conformidad funcional (II.4.4.2.6), mediante el cual la jurisdicción constitucional ordinaria, en el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma no podrá incidir en una indebida invasión en la esfera de libertad de configuración de las leyes reservada por la Constitución al legislador (*judicial self-restraint*). Así, este principio hermenéutico más que contribuir al proceso hermenéutico de interpretación de la norma constitucional, actúa como un delimitador de las posibilidades interpretativas de la ley por la jurisdicción constitucional en observancia del principio democrático⁷¹⁵. En otras palabras, una indebida invasión por parte de la jurisdicción constitucional en la esfera de

⁷¹⁴ BELLOSO MARTÍN, Nuria, *El control democrático del poder judicial en España...*, op., cit., pp. 69-130.

⁷¹⁵ FERRELES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia...*, op., cit., pp. 40 y 45.

libertad del legislador implica la violación del principio democrático del Estado.

Así, la legitimidad de ejercicio de la jurisdicción constitucional ordinaria se da en la aclaración de la fundamentación de la decisión judicial, mediante argumentos jurídicos que preserven la integridad del Derecho en una determinada tradición constitucional. Como hemos mencionado anteriormente, si existe, por un lado, un deber constitucional del juez de explicitar la fundamentación de la decisión judicial, por otro, resulta que también hay, por lo tanto, un *derecho fundamental a una decisión constitucionalmente adecuada o conforme a la Constitución*⁷¹⁶.

4.3.3 – Efectividad de la tutela de los derechos fundamentales

La legitimidad de la jurisdicción constitucional ordinaria es proporcional a la *efectividad de la tutela de los derechos fundamentales*. Por un lado, si lo que legitima institucionalmente la jurisdicción constitucional ordinaria es la intangibilidad de los derechos fundamentales, esta tutela de los derechos fundamentales no podrá darse sólo formalmente sino que deberá producirse de manera concreta en la vida del ciudadano. El ejercicio de la jurisdicción sólo estará revestido de legitimidad en la medida en que sea capaz de sacar de la hoja de papel los derechos fundamentales y traerlos a la vida de la existencia cotidiana.

La efectividad de la Constitución o la fuerza normativa transformadora de la realidad en el Estado social y democrático de Derecho es un parámetro de legitimidad de la propia organización política

⁷¹⁶ LUIZ STRECK, Lenio, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica...*, op., cit., pp. 343-345.

como un todo⁷¹⁷. Por lo tanto, el grado de efectividad de la Constitución repercute directamente sobre el grado de legitimidad del sistema jurídico. La jurisdicción constitucional ordinaria, cuando realiza la interpretación y aplicación de la Constitución, deberá considerar necesariamente los principios hermenéuticos de concreción de las normas constitucionales, entre ellos, principalmente, el *principio de la máxima efectividad de la Constitución*, puesto que según Häberle, existe una profunda conexión entre la efectividad y la interpretación de los derechos fundamentales, porque, por un lado, solamente la interpretación es capaz de dotar de efectividad los derechos fundamentales, mientras que, por otro, los intérpretes de la Constitución parten de una efectividad de los derechos fundamentales ordenada por la Constitución⁷¹⁸.

En el ámbito del Estado social y democrático de Derecho no existe más lugar para el juez indiferente a las consecuencias de su actividad jurisdiccional⁷¹⁹. Si la efectividad de la Constitución es un criterio de legitimidad de la organización política actual, la jurisdicción deberá tomar en consideración este criterio con ocasión del proceso hermenéutico, bajo pena de que la jurisdicción responda políticamente por la pérdida de legitimidad del ordenamiento jurídico. Planteada la cuestión en estos aspectos, es imprescindible que la jurisdicción constitucional ordinaria, por un lado, asuma la responsabilidad política y social por las consecuencias

⁷¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, "Derechos fundamentales", en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Geraldo (Ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 55; ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, "Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria", LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Alemania, Francia, España e Italia, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense y Civitas, 1991, pp. 148-153; BOLZAN DE MORAIS, José Luis e RIBAS DO NASCIMENTO, Valéria, *Constitucionalismo e cidadania...*, op., cit., pp. 70-71.

⁷¹⁸ HÄBERLE, Peter, "Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria", LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Alemania, Francia, España e Italia, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense y Civitas, 1991, pp. 276-277.

⁷¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *La crucifixión y la democracia...*, op., cit., pp. 75 y ss.

de su interpretación de la Constitución y de la ley y, por otro, se someta a un control político y social llevado a cabo por la sociedad organizada.

5 – Casos de control de constitucionalidad difuso de la norma

En este apartado trataremos de cuatro casos o situaciones hermenéuticas en las cuales el control de constitucionalidad difuso de la norma realizado por la jurisdicción constitucional ordinaria se revela con toda su evidencia; es decir, en la interpretación conforme a la Constitución, en la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad, ante la inconstitucionalidad sobrevenida y, también, de las disposiciones normativas sin fuerza de ley (reglamentos ejecutivos e independientes y decreto legislativo *ultra vires*).

El enfoque analítico de estos cuatro casos de concreción de la norma constitucional, mediante el control de constitucionalidad difuso de la norma, se da inicialmente dentro de un nivel de racionalidad II, lo que no puede significar un ocultamiento o desconsideración de todos los elementos de la hermenéutica filosófica situados en un nivel de racionalidad I, los cuales son responsables por el develamiento de la estructura y de las condiciones de la propia comprensión del fenómeno hermenéutico.

La comprensión y la interpretación integran un proceso hermenéutico unitario indivisible, actuando la *applicatio* como una síntesis hermenéutica de la comprensión. Para interpretar un texto es preciso en primer lugar comprenderlo, para solamente después explicitar la comprensión mediante la interpretación. Por lo tanto, dentro de un proceso unitario indivisible, comprendo para poder interpretar o explicitar la comprensión. Esta comprensión siempre trae consigo una pretensión

de *applicatio*. Es decir, la aplicación del texto histórico del pasado en el contexto presente del intérprete y, por lo tanto, comprender e interpretar significa siempre un aplicar⁷²⁰.

El control de constitucionalidad difuso de la norma es un proceso hermenéutico de *applicatio*, mediante el cual el intérprete, aquí la jurisdicción constitucional ordinaria, a partir de la pre-comprensión acerca del sistema constitucional, debe comprender los sentidos de la Constitución (parámetro de control) y de la ley (objeto de control) para interpretarlas o explicitarlas según la tradición constitucional democrática de su tiempo.

La comprensión y la interpretación en la *applicatio*, que se da en el círculo hermenéutico, es siempre un suceder histórico. Así, si la comprensión es un fenómeno histórico, no es solamente un proceso reproductivo del primer sentido, sino que es también y siempre un proceso productivo de un nuevo sentido, porque cuando se comprende, siempre se comprende de un modo diferente bajo los efectos de la historia⁷²¹. Sin embargo, este aspecto constructivo del sentido de la norma no puede permitir discrecionalidades o arbitrariedades, puesto que el intérprete, a pesar de que siempre pone algo de sí mismo en el sentido atribuido al texto, nunca podrá incumplir los límites semánticos del texto o, más precisamente, el programa normativo.

Interpretar o explicitar lo que se comprendió no será un acto de descubrimiento o desvelamiento del sentido desde siempre contenido en el objeto, así como interpretar tampoco será un acto de atribución de

⁷²⁰ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, op. cit., pp. 378-380; LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, op. cit., pp. 63-68; MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, op. cit., p. 58.

⁷²¹ GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método...*, op. cit., pp. 336, 366-367 y 380; LUIZ STRECK, Lenio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, op. cit., pp. 204-205.

cualquier sentido para el objeto⁷²². Aunque exista una *diferencia ontológica* entre el texto de la ley y la norma, otro elemento fundamental para que se pueda comprender el control de constitucionalidad difuso de la norma, esto no significa que exista una relación de total independencia entre ambos. En otras palabras, entre el texto de la ley (signos lingüísticos) y el sentido del texto (norma) no existe una identificación (conexión), lo que aleja el objetivismo, así como no hay una escisión, lo que aleja el subjetivismo. Entre el texto de la ley y el sentido del texto existe una diferencia ontológica.

Además de la *applicatio* y de la diferencia ontológica, elementos que se enriquecen por la hermenéutica filosófica, también conviene tener presente lo que entendemos por norma en el ámbito de la hermenéutica normativa estructurante. Es decir, la norma o el sentido del texto, además de no identificarse con su texto – diferencia ontológica – es el resultado de una construcción hermenéutica a partir del programa normativo y del ámbito normativo. Esta concepción específica de la norma, es un presupuesto fundamental para el reconocimiento del control difuso de la norma – y no del texto – en el ámbito del sistema de constitucionalidad español.

El texto de la ley expresa el *programa de la norma*. El programa de la norma destaca del ámbito de la realidad, el *ámbito de la norma* y juntamente con aquél comienza a integrar, en el grado de la misma jerarquía, la estructura de la norma⁷²³. Por medio del ámbito de la norma, elemento constitutivo de la norma, la realidad o el caso concreto integran la propia estructura de la norma, razón por la cual el ámbito de la norma

⁷²² VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación...*, *op. cit.*, p. 205; ZACCARIA, Giuseppe, "Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica...*op., cit.*", p. 235.

⁷²³ MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, *op., cit.*, pp. 57-59.

adquiere, en la concepción normativo estructurante de la norma, naturaleza jurídica. En otras palabras, la realidad no es sólo objeto de normatividad, sino es fundamento y parte integrante de la estructura normativa; es decir, “*no sólo la norma es aplicada al caso, sino que también éste es aplicado a la norma*”⁷²⁴.

Pues bien, si tanto el programa de la norma como el ámbito de la norma integran la estructura de la norma, esto significa que la alteración de cualquiera de estos elementos repercute sobre la propia comprensión de la norma. Así, ya sea por las alteraciones promovidas por la legislación o por la jurisprudencia en el ámbito del programa normativo, ya sea por los cambios de la realidad fáctica o por una nueva comprensión acerca de esta misma realidad, una nueva norma deberá construirse tomando en consideración estos nuevos elementos, lo que podrá llevar una norma constitucional a la inconstitucionalidad.

En esta concepción de normatividad estructurante se supera la idea de aplicación de la ley mediante métodos silogísticos lógico-deductivos típicos de la interpretación jurídica tradicional y del positivismo jurídico, en virtud del carácter constitutivo o concretizante de la *applicatio*. Tanto el programa normativo como el ámbito normativo y, por tanto, la norma jurídica, sólo acontecen en el caso concreto, teniendo en cuenta que la norma no existe antes del caso concreto, razón por la cual la concreción de la norma es, en efecto, una construcción de la norma del caso concreto, porque tanto el texto de la ley como el caso concreto suministran de modo distinto y complementario los elementos para la construcción de la norma.

⁷²⁴ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, op. cit., pp. 247-251.

5.1 – Interpretación conforme a la Constitución

5.1.1 – Fundamento y naturaleza jurídica

En 1796 en el caso *Hylton versus United States*, el juez Samuel Chase de la Suprema Corte Americana declaró en su voto que “*si la Corte tiene tal poder [de declarar la inconstitucionalidad], soy libre de declarar que nunca lo ejerceré si no se trata de un caso muy claro*”. Esta jurisprudencia se consolidó en la Suprema Corte adquiriendo posteriormente contornos más claros, dado que en 1937, en el caso *N.L.R.B. versus Jones & Laughlin Corporation*, el juez Charles Evans Hughes, responsable de redactar la decisión, afirmó: “*La Corte considera que en el caso en que una ley es razonablemente susceptible de dos interpretaciones distintas, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, es su deber adoptar a la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad*”⁷²⁵.

A su vez, en el continente europeo parece que no hay duda de que la primera vez que se hizo uso de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución fue en 1953, por parte del Tribunal Constitucional Federal, al extinguir el procedimiento de control concreto de constitucionalidad de la *Notaufnahmegesetz* de agosto de 1950. La *verfassungskonforme Auslegung* en la jurisprudencia constitucional alemana encontró fundamento en los principios de la supremacía constitucional y de la unidad del ordenamiento jurídico⁷²⁶. Además de estos dos principios, otro principio frecuentemente apuntado por la

⁷²⁵ CARPIO MARCOS, Edgar, “Interpretación conforme a la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.), México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2008, pp. 157-158.

⁷²⁶ *Ibidem*, pp. 163-165.

doctrina como fundamento de la interpretación conforme a la Constitución es el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes.

Con respecto al *principio de la supremacía normativa constitucional*, éste adquiere efectividad no sólo expulsando las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico sino también imponiendo una interpretación y aplicación de las normas conforme a la Constitución. Por lo tanto, la interpretación conforme a la Constitución es un principio derivado de la supremacía normativa de la Constitución, mediante la cual la legislación infraconstitucional debe ser interpretada en conformidad con la Constitución. En virtud de la fuerza normativa de la Constitución, es imprescindible que todas las normas infraconstitucionales, para ser reconocidas como válidas, sean leídas a partir de la Constitución, tomando un baño de inmersión constitucional (Liebman) o pasando por un filtro constitucional (Clève)⁷²⁷. En el caso de la Constitución española, este fundamento del principio de la interpretación conforme a la Constitución adquiere una manifestación contemplada en el texto constitucional, cuando la Constitución somete todos los poderes del Estado y la sociedad civil a su supremacía normativa (art. 9.1 de la CE). Por lo tanto, aun cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 5.1)⁷²⁸ no dispusiera nada sobre esta cuestión, aun así la jurisdicción constitucional ordinaria debería aplicar el principio de la interpretación conforme a partir de la Constitución⁷²⁹.

⁷²⁷ LUIZ STRECK, Lenio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, op., cit., pp. 241-242.

⁷²⁸ Art. 5.1: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los 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”.

⁷²⁹ Sentencia 122/1983, Sala Primera del TC, BOE 11/01/1984, f. j. 6: “...siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera, con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal”; Sentencia 77/1985, Pleno del TC, BOE 17/07/1985, f. j. 4:

En cuanto al *principio de la unidad del ordenamiento jurídico*, la Constitución debe ser considerada como parte integrante de la totalidad del ordenamiento jurídico, debiendo ser puesta como fundamento de toda y cualquier interpretación y aplicación de las normas, promoviendo la coherencia y la integridad interna del ordenamiento jurídico. A partir de la unidad del ordenamiento jurídico, las normas infraconstitucionales de la pirámide normativa deben ser interpretadas y aplicadas en consonancia con la Constitución, norma ésta ubicada en la cúspide de la pirámide. El principio de la unidad del ordenamiento jurídico llama la atención por su estructura jerárquica y sistemática, así como sobre el efecto irradiante de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, conformando su interpretación y aplicación en consonancia con la Constitución.

Por último, el *principio de la presunción de constitucionalidad* de las leyes no tiene como significado el reconocer sólo la presunción formal de que toda la ley es constitucional hasta que sea declarada inconstitucional sino que incluye también materialmente, en primer lugar, una confianza depositada en el poder legislativo como su disposición de observar y cumplir la Constitución; en segundo lugar, que la inconstitucionalidad acompañada de la sanción de nulidad debe ser reservada para las situaciones de manifiesta contradicción con la Constitución; y en tercer lugar, que ante cláusulas generales y preceptos jurídicos indeterminados,

“Este TC también ha señalado en su Sentencia 122/1983 («Boletín Oficial del Estado» de 11 de enero de 1984, de 16 de diciembre, suplemento al núm. 9, pág. 24), que incluso si existen varios sentidos posibles de una norma, es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el texto fundamental. En efecto, este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica. La razón de ello está en que, como dice el art. 9.1 de la Constitución, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución. Esta sujeción de los poderes públicos al ordenamiento constitucional impone una interpretación de las normas legales acorde con la Constitución, por lo que debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella”.

susceptibles de numerosas interpretaciones inconstitucionales y constitucionales, se debe siempre presumir que la interpretación esperada por el legislador es precisamente la que se mantiene dentro de los límites de la Constitución⁷³⁰.

Una vez definido los fundamentos constitucionales del principio de la interpretación conforme a la Constitución, podemos comenzar a identificar su *naturaleza jurídica*. El principio de la interpretación conforme a la Constitución es un principio consustancial o inmanente a la Constitución y a la justicia constitucional, razón por la cual este principio se presenta tanto como un *principio hermenéutico* como un *principio de control* de constitucionalidad de la norma⁷³¹. Para Gomes Canotilho la interpretación conforme es fundamentalmente un principio de control y de interpretación, cuya función es la de asegurar la constitucionalidad de la interpretación de las normas infraconstitucionales⁷³². En sentido similar, Blanco de Morais también reconoce en la interpretación conforme no sólo un principio hermenéutico sino un método de fiscalización de la

⁷³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma...*, *op. cit.*, p. 96. La presunción de constitucionalidad o el pensamiento "favor legis", además de fundamentarse en la seguridad jurídica y en la presunción del regular funcionamiento de la actividad legislativa, también reconoce la supremacía del legislador en la concreción y realización de la Constitución, en FERREIRA MENDES, Gilmar, *Jurisdição constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 289. Y, también, las sentencias interpretativas de rechazo, tal como son conocidas en el sistema portugués, según Blanco de Morais, están fundamentadas en los principios de la unidad del orden jurídico, de la seguridad jurídica, de la conservación de los actos normativos, de la presunción de constitucionalidad de las normas y de la proporcionalidad, en BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, T. II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 328-334.

⁷³¹ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 338; MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 660; CARPIO MARCOS, Edgar, "Interpretación conforme con la Constitución...", *op. cit.*, pp. 159-160; LUIZ STRECK, Lenio, *Hermenéutica Jurídica e(m) Crise...*, *op. cit.*, pp. 242-244; ROBERTO BARROSO, Luís, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 191; MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 290; BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 473-474.

⁷³² GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 1226 y 1310.

constitucionalidad⁷³³. Así, el principio de la interpretación conforme a la Constitución como un principio hermenéutico o un principio de control de constitucionalidad o al mismo tiempo, un *principio hermenéutico de control de constitucionalidad*, es un principio cuya concreción debe ser llevada a cabo en el proceso hermenéutico de concreción de la Constitución por la jurisdicción constitucional, así como por la jurisdicción constitucional ordinaria⁷³⁴.

5.1.2 – Polisemia semántica como presupuesto y límite

Según el Tribunal Constitucional Federal alemán, una ley no debe ser declarada nula cuando la misma puede ser interpretada en consonancia con la Constitución o, incluso, en nuestro caso, por tratarse de jurisdicción constitucional ordinaria, el juez o el tribunal no debe levantar la cuestión de inconstitucionalidad si la ley puede ser interpretada en consonancia con la Constitución. Esta consonancia o conformidad debe existir no sólo cuando sea posible, aunque sin argumentos o puntos de vista constitucionales, realizar una interpretación de la norma compatible con la Constitución. También debe hacerse cuando la norma padece de ambigüedades o conceptos indeterminados, que precisan ser determinados de acuerdo con la Constitución. Por lo tanto, según Hesse, las normas constitucionales son, además de normas de examen, las normas materiales utilizadas para determinar el contenido de las leyes

⁷³³ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, T. II..., *op., cit.*, p. 327.

⁷³⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución...", *op., cit.*, p. 118. A pesar de que el tema haya sido estudiado exclusivamente bajo la óptica del Tribunal Constitucional, véase: PERALTA, Ramon, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del estado*, Madrid, Universidad Complutense, 1994.

ordinarias⁷³⁵. Siguiendo esta misma orientación, Friedrich Müller entiende que el principio de la interpretación de acuerdo con la Constitución permite la utilización de la norma constitucional en cuanto norma de control de la constitucionalidad de la ley, así como norma material de identificación del contenido de la ley ante su polisemia semántica o indeterminación de contenido⁷³⁶.

El principio de la interpretación conforme a la Constitución tiene como *presupuesto* la polisemia semántica o la plurisignificación del texto de la ley que será interpretado y controlado por la Constitución⁷³⁷, puesto que donde el texto posea un sentido inequívoco o exista, al menos, un significativo consenso teórico y jurisprudencial acerca del sentido de la norma⁷³⁸, no habrá espacio, o este espacio será muy pequeño, para la aplicación del principio de la interpretación conforme. La existencia de la multiplicidad de posibilidades interpretativas es el contexto hermenéutico en el cual se presenta la interpretación conforme, puesto que donde el texto de la ley no deja duda razonable con respecto a su real significado, no cabe hacer uso del recurso de la interpretación conforme, porque la norma (producto de la interpretación), en su univocidad de sentido, será constitucional o inconstitucional. En este mismo sentido se manifiesta Gomes Canotilho, para quien el uso de la interpretación conforme solamente está legitimado cuando existe un “*espacio de decisión (= espacio de interpretación) abierto a la diversas propuestas*

⁷³⁵ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 71.

⁷³⁶ MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, *op., cit.*, pp. 35-36.

⁷³⁷ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, T. II..., *op., cit.*, p. 335.

⁷³⁸ Según apunta Prieto Sanchís, es preciso mantener la creencia de que el texto constitucional posee algún significado capaz de generar acuerdos razonables sobre el mismo, en PRIETO SANCHÍS, Luis, “La teoría de la interpretación...”, *op., cit.*, p. 65.

*interpretaciones, unas en conformidad con la constitución y que deben ser preferidas, y otras en disconformidad con ella*⁷³⁹.

Si el presupuesto del uso del principio de la interpretación de acuerdo con la Constitución es la polisemia del texto de la ley y, por consiguiente, la presencia de numerosas posibilidades interpretativas, ya sean constitucionales o inconstitucionales, es significativo recordar aquí que no cabrá al intérprete, ante esta situación hermenéutica, simplemente *escoger* una de estas interpretaciones, dado que escoger no es lo mismo que *decidir*⁷⁴⁰. El intérprete no podrá escoger una entre las diversas posibilidades interpretativas (discrecionalidad judicial), sino que deberá tomar también una decisión fundamentada a favor de una determinada interpretación en detrimento de las demás, respetando la tradición auténtica (Gadamer), la coherencia y la integridad del Derecho (Dworkin). El proceso de elección supone la existencia de un espacio de libertad dentro del cual el intérprete se mueve haciendo opciones entre interpretaciones jurídicas posibles, pero a partir de su propia conciencia. Por otro lado, el proceso de decisión supone la ausencia de un espacio de libertad de elección orientada por la conciencia del intérprete. El proceso de decisión tiene inicio con la asunción de un compromiso institucional y personal del intérprete – deber constitucional, mediante el cual, en primer lugar, se asume la tarea propuesta por la Constitución como propia, en detrimento de todas las fuerzas contrarias, incluyendo, la propia conciencia y, en segundo lugar, se asume el deber de concretar la respuesta (la norma) de acuerdo con la Constitución, mediante una decisión adecuadamente fundamentada.

⁷³⁹ GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 1227.

⁷⁴⁰ LUIZ STRECK, Lenio, *O que é isto – decido conforme minha consciência...*, op., cit., pp. 105-106.

La jurisdicción constitucional ordinaria, -como consecuencia de los principios de fundamentación de la interpretación conforme con la Constitución (es decir, supremacía normativa constitucional, unidad del ordenamiento jurídico y presunción de la constitucionalidad de las leyes),- debe de realizar un esfuerzo hermenéutico de acomodación de la norma infraconstitucional en el ordenamiento jurídico en consonancia con la Constitución, ya sea la ley anterior⁷⁴¹ o posterior a la Constitución⁷⁴², presentándose la cuestión de inconstitucionalidad como la última opción hermenéutica a disposición del intérprete⁷⁴³.

El texto de la ley posee una doble función. Por un lado, ante su polisemia semántica, se presenta como presupuesto necesario para el uso de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, como hemos visto anteriormente. Sin embargo, por otro, este mismo texto polisémico, condición de posibilidad de la interpretación conforme, también actúa como límite hermenéutico de las numerosas posibilidades interpretativas, no pudiendo el intérprete, bajo la justificación de la apertura semántica del texto, apoderarse de la ley para interpretarla

⁷⁴¹ Sentencia 19/1983, Sala Primera del TC, BOE de 12/04/1983, f. j. 3: "...las normas preconstitucionales deben interpretarse de conformidad con la Constitución y han de entenderse derogadas en cuanto sean incompatibles con la misma, tal y como preceptúa su disposición derogatoria, núm. 3; derogación que puede ser apreciada por los jueces y tribunales ordinarios, tal y como hemos señalado en la Sentencia de 2 de febrero de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 186/1980 (Fundamento Jurídico 1, B, «Boletín Oficial del Estado» de 24 de febrero de 1981)"; Sentencia 126/1984, Sala Primera del TC, BOE de 11/01/1985, f. j. 3.b: "La derogación se habría producido por aplicación de la disposición derogatoria tercera de la Constitución, la cual establece que queden derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma. Antes de decidir sobre este punto, hemos de recordar que, como ha señalado el Tribunal cuando se plantea la derogación de una Ley preconstitucional es necesario apurar, en primer lugar, todas las posibilidades de interpretarla de conformidad con la Constitución, y tan sólo debe declararse la derogación de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación".

⁷⁴² DÍEZ-PICAZO, Luis, "Constitucionalidad, derecho comunitario europeo y jurisdicción ordinaria", en *División de poderes e interpretación*, LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.), Madrid, Tecnos, 1987, p. 85.

⁷⁴³ Art. 5.3: "Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional".

según sus propias convicciones en sustitución del legislador democrático⁷⁴⁴. En una perspectiva jurídico-funcional el principio de la interpretación conforme a la Constitución actúa como un principio de autolimitación judicial (*judicial self-restraint*), puesto que tanto la expresión literal del texto de la ley como los propósitos perseguidos por el legislador actúan conjuntamente como límites de la interpretación conforme a la Constitución⁷⁴⁵.

Así, el uso de la interpretación conforme a la Constitución posee límites hermenéuticos, los cuales no pueden ser violados o transpuestos, bajo pena que la jurisdicción constitucional ordinaria actúe ilegítimamente contra la democracia constitucional. Según Gomes Canotilho, no es posible la interpretación de la ley conforme a la Constitución, pero *contra legem*, porque aunque la interpretación decida a favor de uno de los posibles sentidos del texto, en detrimento de los demás, el intérprete no está autorizado a realizar una “revisión de su contenido”⁷⁴⁶. En el mismo sentido, Jiménez Campo sostiene que la interpretación conforme debe mantenerse dentro de lo que se podría entender como una “interpretación legalmente admisible”⁷⁴⁷.

Por lo tanto, tenemos que la interpretación conforme a la Constitución encuentra sus límites operativos en las posibilidades

⁷⁴⁴ FERREIRA MENDES, Gilmar, *Jurisdição constitucional...*, op. cit., p. 290.

⁷⁴⁵ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 72-73.

⁷⁴⁶ GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 1226-1227 y 1311. Según Blanco de Moraes, sin perjuicio de la alta tasa de creatividad normativa en esta operación hermenéutica, es un hecho que la interpretación determinada no puede ser “*contra legem*”, en BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, T. II..., op. cit., p. 335; BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 479.

⁷⁴⁷ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, p. 86.

semánticas del texto de la ley⁷⁴⁸ o, más precisamente, en el programa de la norma, precisamente por ser imposible establecer semánticamente estos límites. A pesar de las naturales e insuperables dificultades semánticas del texto de la ley, ni por eso el texto puede ser totalmente ignorado por el intérprete, puesto que “*debemos llevar el texto en serio*” o dejar “*que el texto nos diga algo*”⁷⁴⁹, esto porque las posibilidades de comprensión racional del texto delimitan el ámbito de legitimidad de la concreción de la norma⁷⁵⁰.

Además de la doctrina, la jurisprudencia también comparte la misma convicción; es decir, el texto de la ley, la obra del legislador democrático, no pueden ser subvertidos por la jurisdicción. Así, el Tribunal Constitucional Federal, varias veces, afirmó que la interpretación conforme a la Constitución no puede ser utilizada “*ante el claro tenor literal*” del texto de la ley, así como para “*equivocar o falsificar en un punto esencial la meta legislativa*”⁷⁵¹. En el mismo camino también se pronunció el Tribunal Constitucional español desde sus primeras sentencias, para quien “*La posibilidad de interpretar las normas tiene también sus límites y no puede llegar a entender que la norma dice lo contrario o algo sustancialmente distinto de lo que dice*”⁷⁵². Por lo tanto, parece ser una

⁷⁴⁸ MÜLLER, Friedrich, *Metodologia do Direito Constitucional...*, p. 36; CORZO SOSA, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad...*, *op. cit.*, p. 371; DE LA QUADRA, “Métodos y criterios de interpretación de la Constitución...”, *op. cit.*, p. 142; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁴⁹ LUIZ STRECK, Lenio, *Verdade e Consenso...*, *op. cit.*, pp. 164-165.

⁷⁵⁰ MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito...*, *op. cit.*, pp. 197-206; MÜLLER, Friedrich, *O Novo Paradigma do Direito...*, *op. cit.*, p. 131; HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 69-70; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 1218-1219.

⁷⁵¹ CARPIO MARCOS, Edgar, “Interpretación conforme con la Constitución...”, *op. cit.*, p. 170; BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 476-477.

⁷⁵² Sentencia 34/1981, Pleno del TC, BOE de 19/11/1981, f. j. 5. Y, también: Sentencia 22/1985, Sala Segunda del TC, BOE de 05/03/1985, f. j. 5: “*La efectividad del principio de conservación de las normas como principio inspirador de nuestra doctrina no alcanza, como es obvio, a ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos*”; Sentencia 222/1992, Pleno del TC, BOE de 19/01/1993, f. j. 2b: “*...la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales tiene también sus límites, entre los*

cuestión pacífica que la interpretación conforme a la Constitución posee límites hermenéuticos, los cuales no pueden ser transpuestos por la jurisdicción sin la violación de los principios de la separación de los poderes y de la democracia, fundamentos del Estado social y democrático de Derecho.

No obstante esta afirmación, dentro del ámbito del programa normativo, el principio de la interpretación conforme a la Constitución no se resume en la simple elección, mediante una decisión fundamentada, de una entre las diversas posibilidades interpretativas presentadas con una claridad cristalina, porque si la interpretación fuera sólo conforme con eso, ninguna distinción existiría entre este principio y el principio de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, que precisamente por fuerza de esta presunción lleva al intérprete a decidir por la interpretación constitucional en detrimento de las demás⁷⁵³.

La interpretación conforme a la Constitución, más que una toma de decisión por una de las interpretaciones que se presentan *prima facie*, tiene como objetivo desvelar nuevas posibilidades de interpretación menos evidentes, las cuales exigen del intérprete un mayor esfuerzo hermenéutico y una argumentación jurídica mejor articulada. En éste mismo sentido, Jorge Miranda afirma que *“La interpretación conforme a la Constitución no consiste entonces tanto en escoger entre varios sentidos posibles y normales de algún precepto con respecto a lo que sea más*

que se cuenta el respeto al propio tenor literal de aquéllos”; Sentencia 341/1993, Pleno del TC, BOE de 10/12/1993, f. j. 2: *“El fundamento de todo pronunciamiento interpretativo está en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de su interpretación conforme a la Constitución, criterios que, con todo, tienen también sus límites, pues no puede el Tribunal “reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional” (STC 11/1981, fundamento jurídico 4º), como tampoco puede “ignorar o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos” (STC 22/1985, Fundamento jurídico 5º; en sentido análogo, STC 222/1992, Fundamento jurídico 2º)”*.

⁷⁵³ ROBERTO BARROSO, Luís, *Interpretação e aplicação da Constituição...*, op., cit., p. 189.

*conforme a la Constitución o en el distinguir el límite – en la frontera de la inconstitucionalidad – un sentido que, aunque no aparente o no derivado de otros elementos de interpretación, es el sentido necesario y lo que se hace posible por virtud de la fuerza conformadora de la Ley Fundamental*⁷⁵⁴.

El Tribunal Constitucional español, sin contrariar su firme jurisprudencia acerca de los límites hermenéuticos que deben observarse con respecto a la tarea de la interpretación conforme a la Constitución, reconoce que dentro del espacio de las posibilidades semánticas del texto de la ley, el intérprete debe profundizar la cuestión acerca de los posibles sentidos de la norma, explorando todas las posibilidades interpretativas con el objetivo de extraer del texto de la ley nuevas interpretaciones en conformidad con la Constitución⁷⁵⁵.

Pues bien, en la consecución de esta actividad exploratoria del texto de la ley y del propio programa de la norma, en el cual está incluido no sólo el texto de la ley, sino también el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional español al juzgar los recursos de amparo, a pesar de haber reconocido en estos juzgados la claridad del sentido del texto de la ley, admitió la posibilidad de una interpretación integradora de sentido

⁷⁵⁴ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição...*, op., cit., p. 660.

⁷⁵⁵ Sentencia 76/1996, Pleno del TC, BOE de 31/05/1996, f. j. 5: “*Ahora bien, ‘es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución’ (STC 108/1986). Será pues necesario explorar las posibilidades interpretativas de los preceptos cuestionados, ya que si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, más concretamente, la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva, resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley (STC 341/1993). Y dado que tal solución no permite a este Tribunal erigirse en legislador positivo, ignorando o desfigurando el sentido de textos legales claros (SSTC 22/1985, 222/1992, 341/1993) habrá que profundizar en la indagación del sentido de las normas discutidas, lo que conduce a este Tribunal al terreno de la interpretación de la legalidad en la medida imprescindible, primer paso insoslayable a la hora de aplicar el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico, que exige como presupuesto que la norma admita realmente un determinado entendimiento”.*

en el ámbito de la interpretación de acuerdo con la Constitución. Según el Tribunal, la interpretación conforme puede ser utilizada no sólo cuando se trate de una interpretación declaratoria sino también cuando se da el caso de una interpretación integradora de sentido⁷⁵⁶. No sólo el Tribunal Constitucional español, sino también la *Corte Costituzionale* de Italia y el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, mediante su jurisprudencia, incentivan la jurisdicción ordinaria a hacer uso de la interpretación conforme a la Constitución antes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad⁷⁵⁷.

Las sentencias dictadas mediante el uso de la interpretación conforme a la Constitución, precisamente porque revelan una interpretación no evidente a primera vista, se clasifican como *sentencias interpretativas*, no tanto porque las demás sentencias no sean el resultado de un proceso hermenéutico de interpretación, y más porque estas sentencias superan la mera interpretación declaratoria de los textos normativos para agregar o substraer sentidos normativos menos evidentes. Según Lenio Streck, la interpretación conforme a la

⁷⁵⁶ Sentencia 253/1988, Sala Segunda del TC, BOE de 13/01/1989, f. j. 4: “*Ciertamente es manifiesta la claridad del precepto, cuyo contenido no deja lugar a dudas acerca de la exclusión total de los viudos, pero de ello no cabe deducir la necesaria aplicación literal de la norma cuestionada. Precisamente es dicha exclusión la que se cuestiona como contraria al derecho de igualdad ante la ley y no discriminación por razón de sexo, garantizado en el art. 14 de la Constitución, y -como recuerda el Ministerio Fiscal- la interpretación de las normas, aunque no adolezcan de oscuridad, ha de realizarse conforme a los preceptos constitucionales, lo que no sólo es posible sino que resulta obligado tras la entrada en vigor de la Norma fundamental, cuya primacía se impone a la totalidad del ordenamiento jurídico. Siendo esto así, las reglas de interpretación recogidas en el art. 3 del Código Civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el Texto constitucional se convierte en el «contexto» al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales. Y esa acomodación ha de ser observada no sólo en los casos en que sea preciso llevar a cabo una interpretación declarativa de las disposiciones legales, sino también en la denominada «interpretación integradora», cuando, como ocurre en el presente supuesto, la adecuación a un determinado precepto constitucional así pudiera exigirlo*”. Y, también: Sentencia 103/1990, Sala Segunda del TC, BOE de 05/07/1990, f. j. 2.

⁷⁵⁷ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade...*, op., cit., pp. 322-324.

Constitución produce sentencias interpretativas, debiéndose entender éstas como el resultado de un proceso hermenéutico-correctivo de la norma, mediante el cual son agregadas acepciones o sentidos que van más allá de lo explicitado o incluso deseado por el legislador⁷⁵⁸. Compartiendo esta misma opinión, Rui Medeiros, citando a Oliveira Ascenção, apunta que “*Los sentidos literales posibles no constituyen, de por sí, límites a la interpretación - lato sensu - correctiva de la ley, porque, en este ámbito, ‘a la letra se puede preferir el sentido que la letra trajo’*”⁷⁵⁹.

5.1.3 – Dos situaciones hermenéuticas de incidencia

La interpretación conforme a la Constitución tiene incidencia en dos situaciones hermenéuticas distintas. En la *primera situación*, todas las posibles interpretaciones del texto de la ley son constitucionales, razón por la cual parte de la doctrina, en lugar de utilizar la terminología de interpretación conforme, preferirá hacer uso de la expresión *interpretación orientada* por la Constitución para referirse al proceso hermenéutico de

⁷⁵⁸ LUIZ STRECK, Lenio, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica...*, op., cit., p. 479; BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, T. II, ..., op., cit., p. 324; CARPIO MARCOS, Edgar, “Interpretación conforme con la Constitución...”, op., cit., pp. 163-164; CANOSA USERA, Raúl, “La interpretación constitucional como modalidad del control del poder”, en HÄBERLE, Peter y GARCÍA BELAUDE, Domingo (Coords.), *El control del poder, Homenaje a Diego Valadés*, T. I, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2011, pp. 250-251; BELLOSO MARTÍN, Nuria, “De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales...”, op., cit. Y, también: Sentencia 5/1981, Pleno del TC, BOE de 24/02/1981, f. j. 5: “*Las llamadas en parte de la doctrina Sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un 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, son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución*”.

⁷⁵⁹ MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade...*, op., cit., p. 305.

construcción de la mejor o más adecuada norma constitucional⁷⁶⁰. En este caso, como es fácil constatar, las normas descartadas en el proceso de selección de la mejor norma, a pesar de su menor densidad constitucional, siguen permaneciendo dentro del campo de la constitucionalidad, actuando la Constitución, en la expresión de Hesse, como norma material, con el fin de definir el contenido de la norma infraconstitucional. Aquí, al no tratarse de una posible inconstitucionalidad de la norma, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción constitucional ordinaria poseen competencia concurrente para definir el contenido de la norma.

En la *segunda situación* hermenéutica, las posibles interpretaciones del texto de la ley incluyen interpretaciones constitucionales e inconstitucionales. En este caso, más que decidirse por una de las interpretaciones constitucionales, el proceso hermenéutico de la interpretación conforme a la Constitución promueve una separación entre las interpretaciones constitucionales e inconstitucionales para posterior exclusión de estas. Por lo tanto, aquí, la interpretación conforme a la Constitución tiene como primer objetivo alejar o excluir del ordenamiento jurídico todas las interpretaciones inconstitucionales, actuando la Constitución, según Hesse, como norma de examen de constitucionalidad.

En este caso, en el cual la interpretación conforme a la Constitución implica implícitamente o explícitamente el rechazo de la norma inconstitucional, son muchos los autores que sostienen que la interpretación conforme a la Constitución se equipara a la declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto. Sin embargo, cada uno de los

⁷⁶⁰ KUHLEN, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. Nuria Pastor Muñoz, Presentación Jesús-María Silva Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 25-27.

métodos hermenéuticos posee contornos propios. La interpretación conforme a la Constitución y la declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto, a pesar de asemejarse y aproximarse a algunas situaciones, no se confunden. En la *interpretación conforme a la Constitución*, el intérprete, al encontrarse con un texto de ley polisémico deberá someter el texto al control de constitucionalidad para, al final del proceso hermenéutico, decidirse por la norma constitucional, desconsiderando las demás interpretaciones inconstitucionales. Por otro lado, en la *declaración de inconstitucionalidad sin reducción del texto*, el intérprete somete el texto de la ley a este mismo control de constitucionalidad para, al final, declarar la inconstitucionalidad de una cierta norma, sin que la necesidad de esta nulidad fragmente el propio texto de la ley puesto que al menos una interpretación es constitucional. Por lo tanto, en el primer caso, se afirma la constitucionalidad de la norma, mientras que en el segundo la inconstitucionalidad, lo que hace evidente la distinción entre los dos institutos⁷⁶¹. Una vez planteada esta distinción entre los dos institutos, entendemos que aquí también la jurisdicción constitucional y la jurisdicción constitucional ordinaria poseen competencia concurrente para realizar el control de constitucionalidad de la norma mediante la interpretación conforme a la Constitución, puesto que la interpretación de la ley es función inmanente del poder hermenéutico de la jurisdicción constitucional ordinaria⁷⁶².

⁷⁶¹ En el mismo sentido: FERREIRA MENDES, Gilmar, *Jurisdição constitucional...*, op., cit., p. 289; LUIZ STRECK, Lenio, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica...*, op., cit., pp. 476-478; GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 958-959; BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, T. II..., op., cit., pp. 324-325; MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade...*, op., cit., pp. 317-318.

⁷⁶² Sentencia 77/1985, Pleno del TC, BOE de 17/07/1985, f. j. 4: "Este TC también ha señalado en su Sentencia 122/1983 («Boletín Oficial del Estado» de 11 de enero de 1984, de 16 de diciembre, suplemento al núm. 9, pág. 24), que incluso si existen varios sentidos posibles de una norma, es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta

Sin embargo, a pesar de esta distinción entre la interpretación conforme a la Constitución y la declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto, no se puede dejar de reconocer que la interpretación conforme a la Constitución carga consigo una nulidad parcial con respecto a las demás normas del texto de la ley⁷⁶³, puesto que es precisamente este juicio de inconstitucionalidad de la norma lo que hace con que esta norma sea preterida a favor de la norma constitucional. Blanco de Moraes también comparte esta distinción entre los institutos, sin embargo, sin dejar de afirmar que en la sentencia de interpretación conforme a la Constitución, a pesar de prevalecer la constitucionalidad de la norma, subsiste, paralelamente, “...un juicio ocultado de inconstitucionalidad, el cual se encuentra ligado a las interpretaciones prohibidas, explícita o implícitamente...” o aunque la sentencia de interpretación conforme no declare la inconstitucionalidad de los otros sentidos incompatibles con la Constitución, esta decisión representa una “*virtual inconstitucionalidad de estos mismos sentidos*”⁷⁶⁴.

ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el texto fundamental. En efecto, este principio de interpretación de las leyes conforme a la Constitución se justifica, puesto que la Constitución es uno de los elementos interpretativos que deben barajarse en toda labor de hermenéutica legal, particularmente al hacer uso de la interpretación sistemática y teleológica. La razón de ello está en que, como dice el art. 9.1 de la Constitución, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución. Esta sujeción de los poderes públicos al ordenamiento constitucional impone una interpretación de las normas legales acorde con la Constitución, por lo que debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella”.

⁷⁶³ WEBER, Albrecht, “Alemania”, en AJA, Eliseo (Ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 74. Y, también: Representación 1417, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Moreira Alves, Pleno, Sentencia 09/12/1987: “Lo mismo sucede cuando tal corte [constitucional], aplicando la interpretación de acuerdo con la Constitución, declara constitucional una ley con la interpretación que la hace compatible con la Carta Magna, ya que, en esta hipótesis, hay una forma de inconstitucionalidad parcial (la inconstitucional parcial sin reducir el texto *Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung*), lo que significa decir que el Tribunal Constitucional elimina – y actúa, por lo tanto, como legislador negativo – las interpretaciones por la misma admitidas pero incompatible con la Constitución”.

⁷⁶⁴ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, T. II..., *op., cit.*, pp. 327-328 y 344.

Para concluir, el principio de la interpretación conforme a la Constitución, más que un principio hermenéutico de interpretación de la ley, es un principio de control de constitucionalidad de la norma o, al mismo tiempo, un *principio hermenéutico de control de constitucionalidad* destinado a asegurar la conformidad de la norma infraconstitucional con la Constitución.

El control de constitucionalidad difuso de la norma, mediante la interpretación conforme a la Constitución, se da en el ejercicio de las funciones constitucionales de la jurisdicción constitucional ordinaria en su forma positiva⁷⁶⁵; es decir, siempre que sea posible construir al menos una norma constitucional a partir del programa normativo sometido al control. En la situación hermenéutica en que no es posible construir ni siquiera una norma constitucional, no habrá otra alternativa que la instauración de la cuestión de inconstitucionalidad, como veremos a continuación.

5.2 – Fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad

5.2.1 – Fundamento y naturaleza jurídica

La cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la Constitución de 1978 encuentra sus antecedentes tanto en la historia constitucional española como en los países de su entorno, especialmente, en la Italia y Alemania de la segunda posguerra⁷⁶⁶. El primero

⁷⁶⁵ CORZO SOSA, *La cuestión de inconstitucionalidad...*, op., cit., pp. 371-372.

⁷⁶⁶ Aunque estos sean los antecedentes más próximos a la Constitución española, Austria promovió en 1929 una reforma constitucional de su sistema de control de constitucionalidad para modificar el art. 140 de la Constitución de 1920, con la finalidad de instituir la cuestión de inconstitucionalidad ante los dos más altos tribunales ordinarios, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia Administrativa, los cuales

antecedente de la cuestión de inconstitucionalidad está en la Constitución de 1931 de la II República española, con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, al cual se le atribuyó, entre otras competencias, la de conocer el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, que según el ámbito otorgado por la Ley Orgánica del Tribunal de las Garantías Constitucionales abarcaba tanto el recurso de inconstitucionalidad, propiamente dicho, como la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 31 y 32 de la LOTGC). Según la Constitución de 1931, cuando un tribunal necesitaba aplicar una ley que juzgara contraria a la Constitución, debía suspender el proceso ordinario y consultar al Tribunal de Garantías Constitucionales (art. 100).

La Constitución de Italia de 1947, al crear el Tribunal Constitucional, entre otras competencias, atribuyó a este Tribunal la de juzgar las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley (art. 134), remitiendo la disciplina del proceso constitucional a las leyes constitucionales y ordinarias (art. 137), lo que efectivamente se produjo mediante la Ley constitucional nº 1/1948 (art. 1º), la Ley constitucional nº 1/1953 (art. 1º) y la Ley nº 87/1953 (art. 23), las cuales regulan la cuestión de legitimidad constitucional de la siguiente forma: la cuestión puede ser presentada por las partes o, de oficio, por el juez, en el curso de un proceso ordinario; la controversia constitucional debe ser relevante con el fin de resolver el caso concreto; asimismo, la

comenzaron a poder levantar el incidente ante el Tribunal Constitucional. Esta reforma formalmente no modificó la competencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en la práctica, el monopolio del control de constitucionalidad pasó a ser un monopolio de rechazo de la ley, porque los tribunales ordinarios, dotados de un deber para levantar la cuestión de inconstitucionalidad, antes de hacerlo, obligatoriamente, deberían realizar un juicio de control de constitucionalidad de la ley. En la hipótesis de este juicio podemos concluir con respecto a la constitucionalidad de la ley, la propia jurisdicción ordinaria encomendaría que se aplicara la ley al caso concreto. Sólo en la hipótesis de este juicio también podemos concluir que con respecto a la inconstitucionalidad de la ley cabría la necesidad de que se planteara la cuestión de inconstitucionalidad ante al Tribunal Constitucional. Por último, en 1975 una segunda reforma amplió el deber de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a todos los tribunales de segundo grado.

controversia no puede ser una cuestión manifiestamente sin fundamentación (*non manifesta infondatezza*).

La Ley Fundamental de Bonn de 1949, incorporó en su sistema de garantías constitucionales la cuestión de inconstitucionalidad tanto con relación a la Ley Fundamental como con relación a las Constituciones de los *Länder*, al admitir que el Tribunal puede, cuando entienda que una ley cuya validez depende de la decisión es inconstitucional, suspender el proceso y remitir la cuestión al Tribunal Constitucional Federal o al Tribunal Constitucional del respectivo *Land*, conforme al caso (art. 100.1)⁷⁶⁷. La cuestión de inconstitucionalidad en el sistema constitucional alemán fue delineada de la siguiente forma: la cuestión solamente puede ser presentada por el órgano judicial en el curso de un proceso ordinario; la relevancia de la controversia constitucional o necesaria dependencia de la decisión del caso concreto de la validez de la ley cuestionada; y la firme convicción por parte del juez o del tribunal de que la ley es inconstitucional, no siendo suficiente, por lo tanto, la simple duda.

La Constitución de 1978 de España prevé que si la jurisdicción constitucional ordinaria considera que una norma con fuerza de ley posterior a la Constitución, necesaria para la resolución del caso concreto, pueda ser contraria a la Constitución, deberá plantearse la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 de la CE). En términos similares, acerca de la misma cuestión, también lo regula en este

⁷⁶⁷ Art. 100.1 de la Ley Fundamental de Bonn: “*Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal*”.

sentido la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 35) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 5.2).

Así, encontrándose el juez o tribunal con una norma infraconstitucional con fuerza de ley posterior a la Constitución, aplicable al caso concreto, a partir de la cual no es posible construir – poder hermenéutico – ninguna norma constitucional mediante la técnica de la interpretación conforme, el órgano judicial deberá obligatoriamente plantear en el proceso ordinario (proceso *a quo*) la cuestión de inconstitucionalidad que se presentará ante el Tribunal Constitucional, órgano competente para resolver el incidente mediante un proceso constitucional (*proceso ad quem*)⁷⁶⁸.

La doctrina parece no haber alcanzado un consenso acerca de la *naturaleza jurídica* de la cuestión de inconstitucionalidad. Por un lado, algunos ven en la cuestión de inconstitucionalidad una especie de recurso indirecto de inconstitucionalidad, en el cual el examen de constitucionalidad de la norma por parte del Tribunal Constitucional se da de forma abstracta, produciendo la sentencia efectos generales. Por otro lado están quienes sostienen que la cuestión de inconstitucionalidad está más próxima a un control concreto, a causa de su origen en el proceso ordinario, actuando aquélla como una cuestión prejudicial de la decisión en el proceso ordinario. Y por último, otros defienden que se trata de un

⁷⁶⁸ JIMENEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 55; APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, “La aplicación de la Constitución por los Jueces y la determinación del objeto de amparo constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 3, mayo-agosto/1989, p. 65. Para Cappelletti, la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad em el sistema concentrado hizo de todos los jueces ordinarios partícipes en el control de la constitucionalidad de las leyes. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, “El control de la constitucionalidad de las leyes...”, *op., cit.*, pp. 184 y ss. Y, también, en el mismo sentido: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano – modelo europeo kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, en *Parlamento y Constitución*, nº 6, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Catilla-La Mancha, 2002, p. 36.

proceso híbrido; es decir, concreto con respecto al origen y abstracto con respecto al objeto⁷⁶⁹.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional intentó conciliar la naturaleza concreta del control en el origen (proceso ordinario), con la naturaleza abstracta del objeto (proceso constitucional). Así, aunque el Tribunal reconozca en la cuestión de inconstitucionalidad el mismo objetivo del recurso, es decir, que defienda la supremacía normativa de la Constitución contra las embestidas del legislador ordinario⁷⁷⁰, en su origen la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar con un carácter abstracto el ordenamiento jurídico sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para que puedan conciliar la doble obligación de sumisión a la ley y a la Constitución⁷⁷¹.

La jurisdicción constitucional ordinaria está al mismo tiempo, y por fuerza de la propia Constitución, sometida a la Constitución y a la ley (art. 9.1 y art. 117.1 de la CE). La confluencia de la normatividad constitucional con la normatividad legal ordinaria se da en la *ley constitucional*, razón

⁷⁶⁹ CORZO SOSA, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad...*, op., cit., pp. 211-255.

⁷⁷⁰ Sentencia 14/1981, Pleno del TC, BOE 21/05/1981, f. j. 4: “La función principal de los procesos de constitucionalidad, cual es la defensa objetiva de la Constitución, el afirmar su primacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma, excluyendo del Ordenamiento a las disconformes con la Constitución...”.

⁷⁷¹ Sentencia 94/1986, Pleno del TC, BOE 22/07/1986, f. j. 1: “La doctrina aludida (Sentencias 17/1981, de 1 de junio y 26/1984, de 24 de febrero) expresa que si bien la finalidad primordial de este proceso, al igual que el recurso de inconstitucionalidad, es la de asegurar que el legislador se mantenga dentro de los límites constitucionales, mediante la anulación de las normas legales que violen esos límites, la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación de sometimiento a la ley y a la Constitución. Estas razones explican el carácter de control concreto de la constitucionalidad de las leyes que la cuestión promovida por Jueces y Tribunales tienen en nuestro ordenamiento, y justifican, tanto los requisitos que la Constitución (art. 163), y la Ley Orgánica de este Tribunal imponen para la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, como la indispensable y rigurosa verificación aún exenta de formalismos, que el Tribunal Constitucional debe realizar respecto del adecuado cumplimiento de tales requisitos”.

por la cual la jurisdicción constitucional ordinaria deberá, mediante el poder hermenéutico, promover la construcción de una norma con fuerza de ley pasando por un filtro constitucional. Así, cuando en el ejercicio del control de constitucionalidad difuso la norma no pase por la prueba de constitucionalidad, porque ni siquiera es posible construir una única norma constitucional, esta contradicción entre la ley y la Constitución solamente podrá ser solucionada definitivamente por el Tribunal Constitucional.

La doble vinculación de la jurisdicción constitucional ordinaria a la Constitución y a la ley no permite el incumplimiento de ninguna de estas dos especies de normatividad. Es decir, el juez no puede dejar de cumplir la ley en nombre de la Constitución, así como tampoco puede dejar de cumplir la Constitución en nombre de la ley. Por otro lado, el juez no puede hacer cumplir una ley inconstitucional, razón por la cual se impone el deber de llevar la cuestión a conocimiento del Tribunal Constitucional, único órgano competente en el sistema constitucional para, si es el caso, expulsar el texto de la ley del ordenamiento jurídico⁷⁷².

Por lo tanto, encontrándose la jurisdicción constitucional ordinaria con una ley inconstitucional, no es posible que el juez o el tribunal simplemente no apliquen la ley al caso concreto bajo la justificación de que se trate de un texto de ley del cual no es posible construir una norma

⁷⁷² Sentencia 17/1981, Pleno del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 1: “*La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal que, en cierto sentido, es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley*”.

constitucional⁷⁷³, puesto que al Tribunal Constitucional le corresponde el monopolio del rechazo del texto de la ley del ordenamiento jurídico (arts. 161.1.a y 163 de la CE). Pues bien, en razón de este monopolio de rechazo, el Tribunal Constitucional reconoció que en el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) estaba incluida la observancia del sistema constitucional de control de constitucionalidad de las normas, lo que desautoriza, por un lado, la simple inaplicación de la ley inconstitucional⁷⁷⁴, mientras que, por otro, obliga la jurisdicción constitucional ordinaria a levantar la cuestión de inconstitucionalidad.

Según el Tribunal Constitucional, la jurisdicción constitucional ordinaria tiene el *poder-deber* de cuestionar la constitucionalidad de la ley

⁷⁷³ Sentencia 23/1988, Sala Primera del TC, BOE 18/03/1988, f. j. 1: “Los órganos judiciales ordinarios no pueden así dejar de aplicar por sí mismos, en razón de su inconstitucionalidad, y mediante el uso del principio de jerarquía, una ley posterior a la Constitución, resolviendo por sí mismos el dilema en que le sitúa «la eventual contradicción entre la Constitución y la Ley» (STC 17/1981, de 1 de julio). La norma legal, aun contraria a la Constitución, está vigente en tanto que este Tribunal no la declare inconstitucional y, por ello nula. De este modo y, en defensa de la dignidad de la ley, emanada de la representación popular, el órgano judicial no está autorizado, si duda de su constitucionalidad a desconocer su vigencia (STC 17/1981, de 1 de julio), y para evitar la aplicación de la norma inconstitucional ha de cuestionarla ante este Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 163 de la Constitución”.

⁷⁷⁴ Sentencia 23/1988, Sala Primera del TC, BOE 18/03/1988, f. j. 1: “La tutela judicial efectiva, a la que todos tienen derecho, entraña, como presupuesto implícito e inexcusable, la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil), exigencia que, si bien no hará posible en este cauce el control genérico sobre la razonable interpretación de las normas seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales, a los que constitucionalmente corresponde esta función, sí permitirá reconocer una indebida denegación de la tutela judicial en la hipótesis de que el órgano judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal sobre el control de normas, quiebre el derecho del justiciable a que su pretensión sea resuelta según aquel sistema, y no aplicando la regla en que la pretensión se base sin tener en cuenta la ordenación de los controles normativos (arts. 106.1 y 163 de la Constitución), y entre ellos la cuestión de inconstitucionalidad, a través de la cual se consigue garantizar al mismo tiempo la sujeción de los órganos judiciales a la Ley y a la Constitución (STC 17/1981, de 1 de julio)”.

aplicable al caso concreto⁷⁷⁵, debiendo someter de oficio la ley al control de constitucionalidad. Ante la oportunidad del ejercicio de este deber, la imposibilidad de la aplicación de la interpretación conforme o la inviabilidad de acomodación de la norma a la Constitución no es un requisito de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Según el Tribunal Constitucional, la imposibilidad de comprobarse una norma constitucional, mediante la interpretación conforme a la Constitución, no es un requisito para el trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, presentándose esta segunda vía como una verdadera alternativa a la primera.⁷⁷⁶ Por lo tanto, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recientemente confirmada⁷⁷⁷, el deber de cuestionar la inconstitucionalidad de la ley es una alternativa a la interpretación conforme a la Constitución, lo que no tiene como consecuencia, sin embargo, convertir al Tribunal Constitucional en la jurisdicción competente para realizar directamente la interpretación de la ley conforme a la

⁷⁷⁵ Sentencia 17/1981, Pleno del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 1: "*La supremacía de ésta [Constitución] obliga también a los jueces y tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que, en cada caso concreto, hayan de apoyar sus fallos...*".

⁷⁷⁶ CORZO SOSA, *La cuestión de inconstitucionalidad...*, op., cit., pp. 373-374. Sentencia 105/1988, Pleno del TC, BOE 25/06/1988, f. j. 1: "*...hay que señalar que el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que el art. 163 de la Constitución y el art. 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme con la Constitución. Y si bien el art. 5, apartado 3.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), dice textualmente que «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional», tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 de la Ley Orgánica del Tribunal y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad». Y, también, en el mismo sentido: Sentencia 222/1992, Pleno del TC, BOE 19/01/1993, f. j. 2.*

⁷⁷⁷ Sentencia 185/2014, Pleno del TC, BOE 04/12/2014, f. j. 2.

Constitución, puesto que la interpretación de la ley es función típica de la potestad jurisdiccional constitucional ordinaria⁷⁷⁸.

La jurisdicción constitucional ordinaria al realizar el control de constitucionalidad difuso de la norma en todos los procesos ordinarios y, principalmente, con ocasión de la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad, desempeña una función constitucional de colaboración⁷⁷⁹, de cooperación⁷⁸⁰ y de conexión⁷⁸¹ con la jurisdicción constitucional del Tribunal Constitucional, ya que en el caso de que la

⁷⁷⁸ Sentencia 157/1990, Pleno del TC, BOE 08/11/1990, f. j. 2: “El que este Tribunal sólo declare la inconstitucionalidad de un precepto cuando su incompatibilidad con la Constitución resulta indudable, por ser imposible llevar a cabo una interpretación del mismo y compatible a la luz de la Constitución (SSTC 93/1984, 115/1987 y 105/1988), no significa convertirlo en el órgano competente para realizar directamente la interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución, tarea que entra dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional del art. 117.3 C.E”; Sentencia 69/1996, Pleno del TC, BOE 21/05/1996, f. j. 3: “Hemos dicho y repetido que la selección de la norma y su interpretación así como la subsunción en ella del supuesto de hecho, son operaciones inherentes a la potestad de juzgar que con carácter exclusivo y excluyente encomienda nuestra Constitución (art. 117.3) a los Jueces y Tribunales componentes del Poder Judicial, como función privativa en la cual no nos corresponde en principio entrometernos, salvo manifiesta impertinencia al caso de la norma en entredicho”.

⁷⁷⁹ Sentencia 17/1981, Pleno del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 1: “La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es así resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal Constitucional, y sólo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas”.

⁷⁸⁰ Sentencia 142/1990, Pleno del TC, BOE 23/10/1990, f. j. 1: “Conclusión esta, por otro lado, conforme con la doctrina ya expuesta por este Tribunal Constitucional al decir que ha de hacerse una interpretación flexible de nuestra Ley Orgánica, por la conveniencia de que las cuestiones promovidas por los órganos judiciales encuentren, siempre que sea posible y sin menoscabo de los presupuestos procesales que son de orden público, una solución por Sentencia, al objeto de contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico de preceptos presuntamente inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la Constitución gracias a una imprescindible cooperación entre órganos judiciales y Tribunal Constitucional”.

⁷⁸¹ Sentencia 76/1992, Pleno del TC, BOE 16/06/1992, f. j. 2: “Al respecto debe recordarse ahora que este Tribunal ha insistido desde sus primeras Sentencias en la importancia del control de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad como medio de garantizar que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, dada la extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional...”.

norma sea considerada inconstitucional, puesto que no es posible dejar de aplicar la ley ni tampoco se puede declararla inconstitucional, el órgano judicial deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad, suspendiendo el proceso ordinario. Por otro lado, en el caso de que la norma sea aprobada, el órgano judicial continuará con la resolución del caso concreto, aplicando la ley constitucional, pero no por eso habrá dejado de desempeñar una función constitucional al realizar el control de constitucionalidad de la norma mediante la interpretación conforme a la Constitución⁷⁸².

5.2.2 – Características y condiciones de la cuestión de inconstitucionalidad

En este apartado no tenemos la pretensión de tratar el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad como un todo sino sólo en algunos aspectos de la primera fase de la cuestión que se producen dentro del proceso ordinario, en que el control de constitucionalidad difuso de la norma se presenta con toda su evidencia. Así, tomando en consideración esta necesaria limitación, la cuestión de inconstitucionalidad, a la luz de las disposiciones anteriormente mencionadas, posee las siguientes características y condiciones de activación: está dividida en dos fases: una fase previa, que se desarrolla en el ámbito del proceso ordinario (proceso *a quo*), y una segunda *fase principal*, que se produce en el

⁷⁸² Sentencia 67/1988, Sala Primera del TC, BOE 05/05/1988, f. j. 7: “*El órgano judicial, sometido a la ley y a la Constitución, en el momento de la aplicación de una norma cuya constitucionalidad se cuestiona, puede y debe realizar un examen previo de constitucionalidad que, sin embargo, no tiene por qué ser explícito. Sólo en caso de que ese examen le lleve a un resultado negativo y para poder dejar de aplicar el precepto legal al caso controvertido ha de suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad (STC 23/1988, de 22 de febrero). Si aplica la norma respetando su sujeción a la ley (art. 117.1 de la Constitución), ello quiere decir que no la ha estimado inconstitucional*”.

ámbito del proceso constitucional propiamente dicho (*proceso ad quem*); sólo las normas con fuerza de ley pueden ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad; la pertinencia de la norma aplicable al caso concreto; la relevancia de la validez de la norma para la solución del caso concreto; la duda del juez o tribunal acerca de la constitucionalidad de la norma aplicable al caso concreto; además de otros requisitos de naturaleza procedimental como la previa audiencia de las partes y que el proceso esté concluido para su decisión.

Como acabamos de mencionar, la cuestión de inconstitucionalidad se presenta en dos fases distintas, dándose una primera fase o fase previa en el ámbito del propio proceso ordinario (*proceso a quo*), por lo tanto, anterior a la instauración del proceso constitucional del control concentrado. En esta fase previa, por iniciativa de las partes o de oficio, mediante previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, el órgano judicial promueve el control de constitucionalidad difuso de la norma, el cual se revelará en el proceso mediante una decisión fundamentada, en la cual la norma infraconstitucional está sometida a la prueba de constitucionalidad.

En la hipótesis de que el resultado de este control sea positivo, es decir, que sea posible interpretar la ley conforme a la Constitución, el proceso ordinario continuará con sus ulteriores términos. Sin embargo, en la hipótesis de que el resultado de este control sea negativo, es decir, de que la ley haya sido reprobada en el test de constitucionalidad, porque no es posible la construcción de ninguna norma constitucional, el órgano judicial someterá la decisión de su cuestionamiento al conocimiento del Tribunal Constitucional, suspendiendo el curso del proceso ordinario. La remisión de esta decisión al Tribunal Constitucional, acompañada de una copia del proceso ordinario, determina la segunda fase o *fase principal*; es decir, la instauración del proceso constitucional de la cuestión de

inconstitucionalidad propiamente dicho (proceso *ad quem*) ante el Tribunal Constitucional. Para Rubio Llorente, en la cuestión de inconstitucionalidad existe un doble juicio de constitucionalidad: un primer juicio, provisional y negativo, realizado por la jurisdicción constitucional ordinaria, y un segundo juicio, definitivo y coincidente o no, a cargo del Tribunal Constitucional⁷⁸³, razón por la cual se suele afirmar que en los sistemas constitucionales en los que existe la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional sólo posee el monopolio de rechazo⁷⁸⁴.

Con respecto al *objeto de la cuestión de inconstitucionalidad*, solamente podrán ser sometidos a este tipo de control de constitucionalidad las normas con fuerza de ley, ya sean anteriores o posteriores a la Constitución (art. 27.2 de la LOTC), porque con relación a las normas sin fuerza de ley, la propia jurisdicción constitucional ordinaria podrá realizar el control de constitucionalidad difuso de la norma, sin necesidad de una posterior sumisión del *decisum* al conocimiento del Tribunal Constitucional. Además de las normas sin fuerza de ley, como veremos en el apartado siguiente con mayores detalles, el Tribunal Constitucional reconoció una especie de competencia concurrente entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción constitucional ordinaria para el control de constitucionalidad de las normas anteriores a la Constitución.

Con relación a la *pertinencia de las normas* aplicables al caso concreto, otro requisito de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad será competencia de los órganos judiciales para que definan el programa normativo aplicable al caso concreto, pudiendo el

⁷⁸³ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 588.

⁷⁸⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La obsolescencia de la bipolaridad...*op., cit.*", p. 26.

Tribunal Constitucional, excepcionalmente, cuando resulte evidente que la norma considerada como pertinente no guarda ninguna relación con el caso concreto, inadmitir la cuestión por la inobservancia de este requisito⁷⁸⁵. Ante la *relevancia de la validez de la ley*, también requisito de admisibilidad, cabrá al órgano judicial exponer de forma fundamentada las razones por las cuales la decisión del caso concreto depende de la validez de la ley, cuya constitucionalidad se cuestiona⁷⁸⁶.

Por último, la cuestión de inconstitucionalidad no puede estar motivada por una simple duda del órgano judicial, puesto que el Tribunal Constitucional no es un órgano consultivo de la jurisdicción ordinaria. La cuestión, a saber, está en que efectivamente consistiría esta duda sobre la constitucionalidad de la ley a punto de justificar la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad. Para responder a esta pregunta, normalmente la doctrina y la jurisprudencia española parten de la

⁷⁸⁵ Sentencia 17/1981, Pleno del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 1: “*Los requisitos que la Ley Orgánica del Tribunal impone al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad tienen su evidente razón de ser precisamente en la necesidad de asegurar que aquéllas sirven estrictamente a su finalidad, y el control de admisibilidad que este Tribunal ha de ejercer es el medio indispensable para verificar la existencia de esos requisitos. Como es obvio, la intensidad de dicho control es diferente respecto de los distintos requisitos que la ley impone. El órgano judicial que plantea la cuestión es así, en principio, el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir, y el control del Tribunal Constitucional sobre este primer requisito ha de limitarse, por decirlo así, a juzgar por las apariencias. Sólo cuando de manera evidente, sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabrá declarar inadmisibile por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad*”.

⁷⁸⁶ Sentencia 17/1981, Pleno del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 1: “*Por último, la doble exigencia de que la cuestión haya de plantearse una vez concluso el procedimiento y de que el planteamiento haya de especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, obligan al órgano competente a exponer ante este Tribunal la situación procesal y, sobre todo, el esquema argumental en razón del cual el contenido de su fallo depende precisamente de la validez de la norma cuya constitucionalidad cuestiona, pues sólo a la luz de esta exposición podrá este Tribunal juzgar sobre la legitimidad del planteamiento que, en cuanto puede llevar a una decisión tan grave y trascendente como es la de anular una norma que emana de la voluntad popular a través de sus representantes (o cuya derogación o modificación, cuando así no fuese, no han sido acometidos por éstos) sólo es admisible en la medida en que la respuesta que de nosotros se solicita resulte imprescindible para fundamentar el fallo*”.

comprensión de que este instituto posee en los sistemas constitucionales alemán e italiano, ya que en cuanto al primero se requiere un juicio de certeza de la inconstitucionalidad, y con respecto al segundo es suficiente por no tratarse de una cuestión manifiestamente infundada⁷⁸⁷.

Con respecto a la controversia jurídica, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tomó una posición a medio camino entre la necesaria convicción de la inconstitucionalidad del sistema alemán y *la non manifesta infondatezza* del sistema italiano, para afirmar que la duda necesaria para la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad debe ser como mínimo una *duda razonable*, puesto que el Tribunal Constitucional no es un órgano de consulta de la jurisdicción ordinaria para resolver meras dudas de interpretación de la ley⁷⁸⁸. Por lo tanto, la duda fundada es el mínimo necesario para la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad. Así, si la duda fundada es el mínimo necesario, nade

⁷⁸⁷ CORZO SOSA, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad...*, op., cit., pp. 498-506; LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 198-225.

⁷⁸⁸ Sentencia 17/1981, Pleno del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 1: “La regulación constitucional (art. 163 de la Constitución) y legal (art. 35.1 de la LOTC) de la cuestión de inconstitucionalidad no requiere como condición necesaria y suficiente para su planteamiento, como ocurre en algún otro sistema, la de que el juez o tribunal no considere como manifiestamente infundada una cuestión suscitada por alguna de las partes del proceso. Los preceptos indicados condicionan el planteamiento al hecho de que el órgano judicial considere, esto es, estime o juzgue, que la norma es inconstitucional, lo que si bien puede entenderse que no impone a aquél una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios, sí exige que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo, como explícitamente manda el art. 35.2 de la LOTC”; Sentencia 126/1997, Pleno del TC, BOE 18/07/1997, f. j. 3: “Pues si los arts. 163 C.E. y 35.1 LOTC condicionan el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al hecho de que el órgano jurisdiccional considere que la norma aplicable al caso “pueda ser contraria a la Constitución”, su mismo tenor literal permite que el juzgador se limite a expresar una duda razonable. Y así hemos dicho tempranamente que la regulación constitucional y legal de las cuestiones “no impone a aquél (el órgano jurisdiccional) una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios”, siempre que se exteriorice el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad y se proporcionen los elementos que llevan al mismo (STC 17/1981, fundamento jurídico 1º), como aquí ocurre”.

impide que los órganos judiciales, en el ejercicio del control de constitucionalidad, superen la duda para fundamentar la cuestión en su firme convicción de inconstitucionalidad⁷⁸⁹.

Otra característica significativa de la cuestión de inconstitucionalidad en la fase previa del incidente, es la alta densidad democrática del instituto, que se revela por la *participación directa de las partes implicadas*. En la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad, que se desarrolla en el ámbito del proceso ordinario (proceso *a quo*), la cuestión de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad difuso de la norma puede ser solicitado por las partes o planteada de oficio por parte del órgano judicial, mediante previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (art. 35.1 y 2 de la LOTC). La participación de las partes y del Ministerio Fiscal en esta fase preliminar, además de ser un derecho procesal, es un requisito de admisibilidad del proceso constitucional, razón por la cual el órgano judicial está obligado a facultar esta participación, so pena de que la cuestión de inconstitucionalidad no sea ni siquiera admitida por el Tribunal Constitucional⁷⁹⁰.

Esta participación de las partes en la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad no confiere un derecho a la automática instauración del incidente, puesto que el Tribunal Constitucional consolidó su jurisprudencia en el sentido de que la instauración del proceso constitucional (proceso *ad quem*) es una prerrogativa exclusiva e irrecurrible del órgano judicial⁷⁹¹. Sin embargo, si las partes no poseen un

⁷⁸⁹ CARRILO, Marc, "La aplicación judicial de la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 71, mayo-agosto/2004, p. 82; JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español"..., *op.*, *cit.*, p. 86.

⁷⁹⁰ Sentencia 21/1985, Pleno del TC, BOE 05/03/1985, f. j. 1; Auto 875/1985, Pleno del TC, BOE 5/12/1985, f. j. 1.

⁷⁹¹ Sentencia 148/1986, Pleno del TC, BOE 10/12/1986, f. j. 3: "el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 de la LOTC como cauce procesal para resolver las

derecho para la instauración del incidente, poseen el derecho fundamental a participar activamente en esta fase previa de la formación del incidente de inconstitucionalidad, ya que esta participación tiene como finalidad dar plena efectividad al principio constitucional del contradictorio en el proceso, posibilitando a las partes y al Ministerio Fiscal que se manifiesten previamente acerca de los requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad⁷⁹²; permitir a las partes fiscalizar si el juez que propone la cuestión de inconstitucionalidad se está ateniendo al control de constitucionalidad concreto de la norma aplicable al caso, sin incidir en un control abstracto, separado del caso concreto⁷⁹³; también, dar a las partes la oportunidad de que colaboren en la fase de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el juicio *a quo*, así como en el examen de admisibilidad y en el juicio de mérito de la cuestión ante el Tribunal Constitucional⁷⁹⁴.

Como ya hemos tenido oportunidad de ver anteriormente, en la última reforma de la LOTC la participación de las partes, inicialmente limitada al proceso ordinario (proceso *a quo*), se amplió al proceso constitucional (proceso *ad quem*), pasando a permitir que las partes implicadas en el proceso ordinario también puedan deducir sus alegaciones en el proceso constitucional (art. 37.2), participación esta que confirió un mayor grado de densidad democrática al instituto de la cuestión de inconstitucionalidad.

dudas que él mismo pueda tener acerca de la constitucionalidad de una Ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar, habiendo declarado este Tribunal en numerosas ocasiones que el hecho de que el órgano judicial no haya considerado conveniente formular cuestión de inconstitucionalidad no da base a un recurso de amparo'.

⁷⁹² Auto 875/1985, Pleno del TC, BOE 5/12/1985, f. j. 1.

⁷⁹³ Sentencia 21/1985, Pleno del TC, BOE 05/03/1985, f. j. 1.

⁷⁹⁴ Auto 145/1993, Pleno del TC, BOE 04/05/1993, f. j. 2.

A partir de las observaciones características de la cuestión de inconstitucionalidad mencionadas anteriormente, es posible concluir que la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad (proceso *a quo*), a cargo de la jurisdicción constitucional ordinaria, posee *naturaleza jurídica* de un verdadero control de constitucionalidad difuso de la norma y, eso, tanto en el caso de que el órgano judicial acoja o rechace el incidente porque, ya sea en un caso o en otro, la conclusión sólo se producirá después de que la norma con fuerza de ley haya sido sometida al control de la Constitución. En el mismo sentido, Corzo Sosa afirma que el juez ordinario actúa como un juez constitucional en la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que esta función constitucional puede ser visualizada en al menos tres momentos distintos: el primero, cuando el juez decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad, porque la ley no pasó por el control de constitucionalidad; el segundo, cuando el juez decide no plantear la cuestión de inconstitucionalidad, porque la ley pasó por el control de constitucionalidad; y, el tercero, cuando el juez, antes de negar la instauración de la cuestión de inconstitucionalidad, promueve la adaptación de la norma a la Constitución⁷⁹⁵.

Una vez realizado este análisis de los elementos que configuran la cuestión de inconstitucionalidad, especialmente en el ámbito del proceso ordinario (*a quo*), así como de cuáles son los requisitos necesarios para la instauración del incidente ante el Tribunal Constitucional, entendemos que resulta evidente que, en la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad, la jurisdicción ordinaria realiza un verdadero juicio de constitucionalidad sobre la ley, que se traduce en el ejercicio de un deber de control difuso de constitucionalidad de la norma. En este sentido, la jurisdicción ordinaria al someter las numerosas interpretaciones de la ley

⁷⁹⁵ CORZO SOSA, Edgar, "Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial...*op., cit.*..

a la normatividad constitucional, planteando o no la cuestión de inconstitucionalidad, actúa como jurisdicción constitucional, al aplicar la Constitución directamente al caso concreto en el proceso hermenéutico de control de constitucionalidad difuso de la norma⁷⁹⁶.

Según Marc Carrillo, la cuestión de inconstitucionalidad promueve una verdadera “*ósmosis entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria*”⁷⁹⁷, ya que la cuestión de inconstitucionalidad es una invitación o una llamada explícita de la Constitución a la jurisdicción ordinaria para realizar su juicio de constitucionalidad sobre la obra del legislador ordinario, la ley. En este mismo sentido, Rubio Llorente, entiende que “*Los jueces ordinarios son, en España como en Alemania, jueces de la constitucionalidad, no sólo porque deben inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución e interpretar las leyes, en la medida en que su tenor literal lo permita, conforme a ella, sino... cuando el juez mismo considere [en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad] que la norma aplicable "puede ser contraria a la Constitución.... La facultad de analizar la ley, desde el punto de vista de su constitucionalidad, es, pura y simplemente, como el prüfungsrecht de que habla la doctrina alemana, el equivalente funcional de la judicial review*”⁷⁹⁸.

La jurisdicción constitucional ordinaria realiza el control de constitucionalidad difuso de la norma en el momento en que somete las numerosas posibilidades de interpretación del texto de la ley al filtro constitucional, eligiendo, entre estas posibilidades, mediante decisión fundamentada, la norma constitucional del caso concreto, descartando en

⁷⁹⁶ PÉREZ TREMPs, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 143; APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, “La aplicación de la Constitución por los Jueces...”, *op., cit.*, p. 56.

⁷⁹⁷ CARRILLO, Marc, “La aplicación judicial de la Constitución...”, *op., cit.*, p. 77.

⁷⁹⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco, “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4, enero-abril/1982, p. 46.

consecuencia, implícita o explícitamente, las demás interpretaciones posibles, ya sean constitucionales o inconstitucionales. Este control de constitucionalidad se revela ya sea cuando el órgano judicial rechaza la instauración de la cuestión de inconstitucionalidad a petición de las partes, ya sea cuando decide acoger el incidente⁷⁹⁹.

Acerca de la naturaleza del control de constitucionalidad de la actividad realizada por la jurisdicción constitucional ordinaria en la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad, Guastini, analizando el caso italiano, que en cuanto a esta cuestión coincide en todo con el sistema español, también reconoce que la jurisdicción ordinaria realiza una especie de control preliminar de legitimidad constitucional de las leyes. En esta función constitucional el juez no está obligado a llevar a conocimiento del Tribunal Constitucional todas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por las partes en el proceso sino sólo aquellas cuestiones que están adecuadamente fundamentadas. Así, al rechazar la cuestión planteada por las partes, por entender que la norma puede ser interpretada conforme a la Constitución, los jueces están realizando un control de constitucionalidad⁸⁰⁰. Es decir, ante la cuestión de inconstitucionalidad, en su fase previa, ya sea rechazando la instauración del incidente, ya sea promoviendo su desencadenamiento, la jurisdicción constitucional ordinaria realiza efectivamente un control de constitucionalidad difuso de la norma.

⁷⁹⁹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, "Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad"..., *op. cit.*, p. 243.

⁸⁰⁰ GUASTINI, Riccardo, "La 'constitucionalización'...", *op. cit.*, pp. 59 y 67.

5.3 – Inconstitucionalidad sobrevenida

La Constitución española de 1978, en su disposición derogatoria 3, expresamente hizo constar una cláusula derogatoria general, mediante la cual afirmó que “*quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución*”. Además de esta cláusula derogatoria general, en la Constitución también se contemplan las disposiciones derogatorias 1 y 2, que a diferencia de la disposición derogatoria 3, son cláusulas derogatorias concretas, ya que hacen referencia específica a las leyes no acogidas por la Constitución. A pesar de que los efectos derogatorios sean los mismos en los dos casos, es evidente que, ante una cláusula derogatoria general el poder hermenéutico o el poder de control de constitucionalidad de la legislación anterior a la Constitución, es mayor, dado que cabrá al órgano jurisdiccional, caso por caso, someter la ley al parámetro de constitucionalidad.

Así, la cuestión que pronto se planteó en la jurisprudencia fue la de saber a quién cabría realizar este juicio de compatibilidad entre la legislación pretérita y la Constitución; es decir, a la jurisdicción constitucional, concentrada en el Tribunal Constitucional, o a la jurisdicción constitucional ordinaria. Esta misma cuestión acerca de la competencia para realizar el juicio de compatibilidad entre la ley y la Constitución, no sólo tiene pertinencia con relación a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, sino que adquiere actualidad porque se presenta con relación a toda y cualquier posterior reforma constitucional (art. 166 y ss. de la CE), así como con relación a la mutación constitucional derivada de la evolución de la interpretación constitucional⁸⁰¹, dado que tanto en el caso de la reforma constitucional como en el caso de cambio de criterio del Tribunal Constitucional sobre

⁸⁰¹ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, T. VI, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 38.

alguna norma constitucional, debido a la evolución de su jurisprudencia⁸⁰², la inconstitucionalidad sobrevinida de las leyes anteriores podrá ser una de las consecuencias que deben ser resueltas por los órganos judiciales.

La incidencia de la cláusula derogatoria general es un caso ejemplar del efecto inmediato de la fuerza normativa constitucional y, por consiguiente, de la aplicación directa de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico⁸⁰³. Es decir, a partir de la promulgación de la Constitución, la legislación anterior incompatible con el nuevo sistema constitucional es desencadenada por la inconstitucionalidad y por la consecuente revocación, dejando de producir efectos inmediatos. Sin embargo, a pesar de este efecto inmediato derivado de la fuerza normativa constitucional, queda la cuestión acerca del órgano jurisdiccional competente para declarar esta incompatibilidad entre la legislación anterior y la Constitución.

El Tribunal Constitucional español, a partir de las experiencias del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la *Corte Costituzionale italiana*, enfrentó esta cuestión para reconocer una especie de *competencia concurrente* entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción constitucional ordinaria.

⁸⁰² BELLOSO MARTÍN, Nuria, "De la interpretación jurídica a la hermeneútica constitucional: el criterio de la interpretación evolutiva del Tribunal constitucional español", en *Revista Jurídica do Cesuca*, vol. 2, nº 3, Porto Alegre, Faculdade de Cesuca, julio/2014, pp.23-43, disponible en: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica>, Consultado el 18/05/2015.

⁸⁰³ Sentencia 8/1983, Sala Segunda del TC, BOE 23/03/1983, f. j. 3: "La igualdad se configura como un valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama. Aquí están, según entendemos, las claves para la respuesta que en este punto se nos pide: la de la eficacia derogatoria de la Constitución de todas aquellas disposiciones que no son susceptibles de reconducir por vías interpretativas al marco constitucional y la de la extensión del amparo que el principio de igualdad reclama a todas aquellas situaciones de desigualdad que persistan a la entrada en vigor de la Constitución".

La Ley Fundamental de Bonn de 1949, así como la Constitución de 1978, también posee una cláusula derogatoria general (art. 123.1)⁸⁰⁴. Así, a partir de este marco normativo del sistema constitucional alemán, el Tribunal Constitucional Federal reconoció la existencia de una competencia concurrente entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria para realizar el juicio de constitucionalidad de las leyes anteriores a la Ley Fundamental de Bonn⁸⁰⁵. Es decir, el Tribunal Constitucional Federal, al definir el objeto del recurso directo de inconstitucionalidad, reconoció su competencia exclusiva para reconocer la inconstitucionalidad tanto de la ley anterior como de la ley posterior a la Constitución, en el ámbito del recurso directo de inconstitucionalidad, incluso porque no podría ser diferente, teniendo en cuenta que éste es el único Tribunal competente para conocer esta especie de proceso constitucional. En el caso alemán, el recurso directo de inconstitucionalidad actúa como un instrumento eficiente de control de constitucionalidad sobre las leyes preconstitucionales porque el recurso no está sometido a ningún plazo, a diferencia de lo que se hizo en España, donde el recurso de inconstitucionalidad con relación a las leyes anteriores a la Constitución fue sometido a un plazo de sólo tres meses a contar de la constitución del Tribunal Constitucional (art. 33.1 y Disposición Transitoria 2 de la LOTC).

Sin embargo, al definir el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional Federal entendió que este proceso constitucional estaba orientado a tratar sólo la cuestión de la validez de la ley y no su vigencia, lo que remite a la jurisdicción ordinaria la competencia para realizar el juicio de constitucionalidad sobre la

⁸⁰⁴ Art. 123.1 de la Ley Fundamental de Bonn: “*El derecho vigente antes de la reunión del Bundestag continuará en vigor siempre que no contradiga la presente Ley Fundamental*”.

⁸⁰⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La obsolescencia de la bipolaridad...”, *op. cit.*, p. 37.

vigencia de la ley anterior a la Constitución. La única excepción hecha a esta distribución de competencia, si es que se puede llamar excepción, se da cuando el legislador ordinario tras la Constitución acoge la ley anterior, hipótesis en la cual la constitucionalidad de la ley anterior, ya que es expresamente absorbida por la ley posterior, pasa a ser competencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional Federal llegó a esta conclusión a partir de la interpretación dada al art. 100.1 de la Ley Fundamental de Bonn⁸⁰⁶, de la cual extrajo las siguientes premisas: la disposición constitucional, por un lado, tiene como objetivo evitar que la jurisdicción ordinaria pueda sobreponer su voluntad a la del legislador, mediante el recurso de la inaplicación de la ley por entender que es inconstitucional (cuestión de validez – inconstitucionalidad), lo que no sucedería si se tratara de una ley preconstitucional (cuestión de vigencia – revocación). Por otro lado, el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad no tiene como pretensión el establecimiento de una competencia universal de la jurisdicción constitucional acerca de todas las cuestiones que implican la interpretación constitucional⁸⁰⁷.

En el sistema constitucional italiano, a diferencia del alemán y del español, la Constitución de 1947 carece de una cláusula derogatoria

⁸⁰⁶ El texto de este artículo se encuentra transcrito en la nota a pie de página 797.

⁸⁰⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, "La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida», en *Revista de Administración Pública*, nº 94, enero-abril/1981, pp. 209-211; MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade... op., cit.*, pp. 125-129; ARAGÓN REYES, Manuel, "La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, enero/abril/1981, pp. 190-191; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma... op., cit.*, p. 85; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. Arnaldo Setti, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 134; VARELA, Santiago y SATRÚSTEGUI, Miguel, "Constitución nueva y leyes viejas", en *Revista del Departamento de Derecho Político*, nº 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, otoño/1979, pp. 67-69.

contemplada, lo cual no significa que por eso deja la Constitución de innovar en el ordenamiento jurídico, derogando toda la legislación incompatible con el nuevo orden constitucional. La *Corte Costituzionale* fue prontamente desafiada a que hiciera frente al tema acerca de su competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley anterior a la Constitución, oportunidad en la cual la Corte entendió que no se trataba de una cuestión de *abrogazione* sino de *illegittimità costituzionale*, razón por la cual sentó su competencia para realizar el control de constitucionalidad de la ley anterior a la Constitución⁸⁰⁸. Según este planteamiento, la abolición se identificaría con la ilegitimidad constitucional o, al menos, consideraría la ilegitimidad constitucional como la causa de la abolición, lo que atraería la competencia del Tribunal Constitucional⁸⁰⁹.

Acerca del control de constitucionalidad de la ley anterior a la Constitución de 1978, el Tribunal Constitucional español adoptó una posición intermedia⁸¹⁰ entre las experiencias alemana e italiana o una solución híbrida⁸¹¹, mediante la cual autorizó a que la jurisdicción ordinaria realizara un juicio de constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución, a la vez que permitió, en caso de duda, que la cuestión fuera sometida al Tribunal Constitucional mediante la cuestión de

⁸⁰⁸ GUASTINI, Riccardo, "La 'constitucionalización'...", *op., cit.*, p. 61; ARAGÓN REYES, Manuel, "La sentencia del Tribunal Constitucional...", *op., cit.*, pp. 191-192; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma...*, *op., cit.*, pp. 86-87; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo...*, *op., cit.*, p. 135. Por otro lado, Rui Medeiros entiende que la *Corte Costituzionale* preservó la competencia de la jurisdicción ordinaria para realizar el juicio de *abrogazione* de las leyes anteriores a la Constitución de 1947, en MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade...*, *op., cit.*, pp. 122-125; CORZO SOSA, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad...*, *op., cit.*, pp. 340-343; VARELA, Santiago y SATRÚSTEGUI, Miguel, "Constitución nueva y leyes viejas"..., *op., cit.*, pp. 69-72.

⁸⁰⁹ CORZO SOSA, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad...*, *op., cit.*, p. 339, nota 3.

⁸¹⁰ PÉREZ TREMPES, Pablo, "La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español...", *op., cit.*, pp. 132-133.

⁸¹¹ ARAGÓN REYES, Manuel, "La sentencia del Tribunal Constitucional...", *op., cit.*, p. 193.

inconstitucionalidad⁸¹². Para alcanzar esta solución híbrida, el Tribunal Constitucional partió básicamente de un único fundamento: “*La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación*”⁸¹³.

Pues bien, la construcción híbrida de la solución dada por el Tribunal Constitucional está en la circunstancia de que, por un lado, el Tribunal adoptó la tesis italiana de la ilegitimidad constitucional como causa de la abolición, suprimiendo los contornos distintivos entre estos dos institutos. Sin embargo, por otro lado, a diferencia de la fórmula italiana que terminó concentrando la competencia para realizar este control de constitucionalidad en la *Corte Costituzionale*, el Tribunal Constitucional optó por reconocer una competencia concurrente entre el Tribunal y la jurisdicción constitucional ordinaria de forma similar a la experiencia alemana.

A pesar de no existir duda ante la distinción entre los institutos de la inconstitucionalidad y de la abolición, puesto que el primero actúa en el nivel de la validez de la ley y el segundo actúa exclusivamente en el nivel de la vigencia, es decir, específicamente en la hipótesis de incompatibilidad o contradicción de la ley anterior o preconstitucional con

⁸¹² Sentencia 4/1981, Pleno del TC, BOE 24/02/1981, f. j. 1: “*Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad*”.

⁸¹³ Sentencia 4/1981, Pleno del TC, BOE 24/02/1981, f. j. 1.a.

la Constitución, como subrayó el Tribunal Constitucional, tanto el criterio jerárquico – validez – como el criterio temporal – vigencia – actúan conjuntamente. Por ello, ante la imposibilidad de señalar una distinción evidente de los institutos en este caso, ya que al depender del criterio adoptado, jerárquico o temporal, la solución es distinta, el Tribunal Constitucional terminó reconociendo la competencia concurrente del Tribunal y de la jurisdicción constitucional ordinaria para reconocer la inconstitucionalidad de las leyes anteriores con respecto a la Constitución.

Aunque el Tribunal Constitucional haya promovido un entrelazamiento entre los institutos de la inconstitucionalidad y de la abolición, reconociendo expresamente la inconstitucionalidad y la invalidez sobrevenida como causa de la abolición de las leyes preconstitucionales en disconformidad con la Constitución⁸¹⁴, el juicio en el Tribunal no fue unánime. En un sentido contrario a la mayoría cabe destacar el voto particular del Magistrado Francisco Rubio Llorente quien propuso la completa distinción entre los institutos de la inconstitucionalidad y de la abolición, debiéndose reservar, por un lado, la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución y, por lo tanto, sometiendo este análisis a la competencia del Tribunal Constitucional; por otro lado, la revocación de las leyes anteriores quedaba a cargo de la jurisdicción ordinaria⁸¹⁵. En otra circunstancia, cuando el Tribunal Constitucional fue llamado a pronunciarse nuevamente sobre esta cuestión, el Magistrado Luis Díez-Picazo también se adhirió a la tesis disidente⁸¹⁶.

Por lo tanto, después de que el Tribunal Constitucional dictó el *leading case* sobre la materia, reconociendo la competencia concurrente

⁸¹⁴ Sentencia 4/1981, Pleno del TC, BOE 24/02/1981, f. j. 1.c.

⁸¹⁵ Sentencia 4/1981, Pleno del TC, BOE 24/02/1981, voto particular.

⁸¹⁶ Sentencia 14/1981, Pleno del TC, 29/04/1981, votos particulares.

(Sentencia 4/1981), se desarrolló una profunda discusión sobre esta decisión, lo que permitió al Tribunal Constitucional volver a enfrentar la cuestión pocos días después. En esta segunda circunstancia, una vez más el Tribunal reconoció la competencia concurrente entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción constitucional ordinaria para tratar el control de constitucionalidad de las leyes anteriores a la Constitución. Entre los fundamentos del juzgado, se apuntó que no existía una auténtica contradicción entre abolición – vigencia e inconstitucionalidad – validez, así como que no era completamente cierto que la cuestión de la vigencia precedía a la de la validez dado que, en efecto, en el caso específico se daba precisamente el contrario. Es decir, la abolición se fundamenta en la contradicción de la ley con la Constitución, razón por la cual se puede afirmar que esta contradicción es el fundamento de la abolición o, en otras palabras, la inconstitucionalidad es la causa de la abolición y no su consecuencia y, por ello esta inconstitucionalidad puede tener como consecuencia, de forma concurrente, tanto la abolición como la nulidad de la ley⁸¹⁷.

Por lo tanto, según el propio Tribunal Constitucional, el juicio de abolición o no abolición a cargo de la jurisdicción constitucional ordinaria tiene como juicio previo el análisis de la inconstitucionalidad sobrevenida, siendo la abolición de la ley anterior a la Constitución una simple

⁸¹⁷ Sentencia 11/1981, Pleno del TC, BOE de 25/04/1981, f. j. 2: “...no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de la constitucionalidad porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. pero la inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino, simplemente, la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad”.

consecuencia de su inconstitucionalidad⁸¹⁸. Si de hecho la causa primera del juicio de abolición de la ley anterior a la Constitución se encuentra en el reconocimiento de la incompatibilidad o inconstitucionalidad sobrevinida de la ley, resulta que la jurisdicción constitucional ordinaria realiza, en esta hipótesis, un auténtico control de constitucionalidad difuso de la norma anterior a la Constitución, pudiendo, incluso, expulsarla del ordenamiento jurídico, en caso de que no fuera posible la interpretación conforme a la Constitución. Así, aunque formalmente se trate de un juicio de abolición, materialmente la jurisdicción constitucional ordinaria promueve un juicio de constitucionalidad sobre la ley.

La jurisdicción constitucional ordinaria al realizar el control de constitucionalidad difuso de la norma sobre las leyes anteriores a la Constitución aplica directamente la Constitución sobre el ordenamiento jurídico, reforzando el *status* constitucional de la jurisdicción ordinaria. En el mismo sentido, Pérez Tremps entiende que por tratarse de un *juicio materialmente constitucional*, el juez ordinario, si bien mediante una competencia concurrente con el Tribunal Constitucional, se convierte en un juez constitucional y, por consiguiente, en un intérprete de la Constitución⁸¹⁹.

La declaración de revocación o no revocación de la ley anterior a la Constitución difícilmente puede ser comprendida con algo de naturaleza distinta de la interpretación constitucional⁸²⁰ o de un caso de control de

⁸¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma...*, *op.*, *cit.*, p. 93; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS-RAMÓN, Fernández, *Curso de Derecho Administrativo...*, *op.*, *cit.*, pp. 137-138.

⁸¹⁹ PÉREZ TREMP, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder judicial...*, *op.*, *cit.*, pp. 155-156. En el sentido contrario, Aparicio Pérez entiende que la jurisdicción ordinaria no se transforma en jurisdicción constitucional, sino que sólo comienza a ejercer las funciones de la jurisdicción constitucional, en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, "La aplicación de la Constitución por los Jueces...", *op.*, *cit.*, pp. 56 y 59.

⁸²⁰ APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, "La aplicación de la Constitución por los Jueces...", *op.*, *cit.*, p. 59.

constitucionalidad difuso de la norma⁸²¹. La cuestión de la contradicción entre la ley preconstitucional y la Constitución no es considerablemente (plano jurídico-material) diferente de la contradicción existente entre la ley posconstitucional y la Constitución puesto que, tanto en una como en la otra, la contradicción se resuelve a partir de un juicio de compatibilidad entre la ley y la Constitución. Así, solamente es posible concluir la inconstitucionalidad de la ley, y la consecuente revocación, en la hipótesis de que no sea posible interpretar la ley conforme a la Constitución. La relación de la ley ordinaria, ya sea ella anterior o posterior a la Constitución, siempre se da en términos de constitucionalidad; es decir, su conformidad o desconformidad es un juicio de constitucionalidad, independientemente de que la ley sea anterior o posterior a la Constitución⁸²².

5.4 – Disposiciones normativas sin fuerza de ley

En este último apartado trataremos las hipótesis de control de constitucionalidad difuso de la norma de las disposiciones normativas sin fuerza de ley; es decir, de los reglamentos, ejecutivo e independiente, y del decreto legislativo *ultra vires*, en cuanto emanaciones del poder normativo del poder ejecutivo. En España parece que no existe ninguna duda de que la Constitución de 1978 otorgó al Gobierno un poder normativo o una potestad reglamentaria propia para ser ejercida conforme

⁸²¹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, “Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad”, en *Revista Española de Derechos Constitucional*, nº 13, enero-abril/1985, p. 150.

⁸²² PAREJO ALFONSO, Luciano, “La Constitución y las leyes preconstitucionales...”, *op. cit.*, pp. 207-208 y 215.

a la Constitución y las leyes (art. 97 de la CE), aunque puedan subsistir algunos cuestionamientos sobre los límites de este poder⁸²³.

La relevancia del tema acerca del control de constitucionalidad difuso de la norma emanada de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, según García de Enterría, posición con la cual concordamos completamente, deriva del hecho de que en la actualidad es esta potestad normativa la que trae las mayores amenazas a la libertad del ciudadano⁸²⁴. Como hemos mencionado anteriormente (párrafo 2.2.2), a causa de diversos factores, el poder legislativo viene abdicando constante y progresivamente de su libertad de configurar las leyes a favor del poder ejecutivo. Junto a esta renuncia del poder normativo por parte del poder legislativo, por un lado, existe una creciente voluntad conformadora de las instancias administrativas del poder ejecutivo, por otro, por el hecho de que están cada vez más dispuestas a desarrollar el ordenamiento jurídico mediante reglamentos. Además de esta disposición como poder normativo, la creciente complejidad de la sociedad moderna y el alto grado de tecnicidad de las cuestiones requiere cada vez más que el legislador tenga un profundo conocimiento de las materias legisladas, so pena de resultados desastrosos. Así, el poder legislativo gradual y progresivamente delega al poder ejecutivo y a sus técnicos un grado mayor de libertad de regulación, elevando la importancia de los reglamentos en el ordenamiento jurídico en detrimento de la ley y, por

⁸²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMÁS-RAMÓN, Fernández, *Curso de Direito administrativo...*, op., cit., p. 203; REBOLLO PUIG, Manuel, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", en *Revista de Administración Pública*, nº 125, mayo-agosto/1991, pp. 59-61.

⁸²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Direito administrativo...*, op., cit., p. 218. García Cuadrado afirma que actualmente el 90% del ordenamiento jurídico está formado por reglamentos, lo que hace constatar y reforzar la preocupación de García de Enterría, en GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la constitución y de las fuentes del Derecho*, Alicante, Editorial Club Universitario, 2002, p. 263.

consiguiente, exigiendo del control de legalidad y de constitucionalidad una actuación cada vez más efectiva.

Este proceso de administración de la ley se da básicamente mediante la producción de leyes de coyuntura o de aprobación, leyes-cuadro e indicativas o programáticas. Las leyes de coyuntura o de aprobación no tienen ya relación con las leyes de ratificación o de homologación de anteriores decisiones administrativas. Las leyes-cuadro, materialmente habilitantes, delegan al poder ejecutivo, mediante la creación consciente de incorrecciones *intra legem*, la tarea de cumplimentar de contenido estos espacios mediante los reglamentos. Las leyes indicativas o programáticas, a diferencia de las leyes-cuadro, fijan criterios, objetivos y principios a ser perseguidos por el administrador también mediante reglamentos. Es decir, el proceso de administrativización de la ley repercute sobre el principio de la división de poderes en su concepción tradicional, en el cual al poder legislativo estaba reservado, exclusivamente, la función innovadora de la ley, y al poder ejecutivo la función de regular esta creación legislativa. Sin embargo, con estas nuevas modalidades de ley hay una transferencia de poder normativo desde el legislativo al ejecutivo mediante una ampliación del poder regulador. En efecto, los reglamentos, más que regular la ley dentro de sus estrictos límites, comienzan a innovar el ordenamiento jurídico ante los amplios espacios dejados por la ley, que habilita o delega los poderes al ejecutivo para que desarrolle políticas públicas a través de un gran abanico de posibilidades, hipertrofiando la discrecionalidad administrativa. Por ello que García de Enterría afirma, con toda la razón, que en la actualidad el poder de regular es la mayor amenaza para la libertad ciudadana.

Pues bien, la legitimidad propia del poder normativo de regulación, así como los límites constitucionales del ejercicio de este poder, pueden

ser mejor comprendidos a partir de la experiencia de otros países cercanos a España, los cuales influyeron sobre la construcción de un modelo propio en la Constitución de 1978.

En Alemania, durante el siglo XIX, prevaleció el principio de la doble legitimidad de las normas (principio monárquico y principio democrático); es decir, tanto el poder ejecutivo mediante reglamentos, como el poder legislativo mediante la ley, poseían legitimidad propia para promulgar las normas generales. Después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente debido a la experiencia del III *Reich*, en el cual el poder normativo inherente al poder legislativo fue excesivamente delegado al poder ejecutivo, la Ley Fundamental de Bonn trató de ampliar las materias reservadas a la ley y reconoció un deber de intervención por parte del legislador, lo que redujo el espacio de actuación normativa del poder ejecutivo. Dentro de esta concepción de división de poderes, el poder de regular por parte del ejecutivo comenzó siendo fundamentado a partir del poder normativo del legislador, admitiéndose sólo la actuación del ejecutivo, independientemente de la ley, en el ámbito de la propia Administración Pública con el fin de regular su organización interna⁸²⁵. Como podemos fácilmente constatar, Alemania pasó de un modelo dual de legitimidad – principio monárquico y principio democrático – a un modelo monista de legitimidad – principio democrático, mediante el cual el poder normativo primario o la legitimidad para innovar el ordenamiento jurídico se le atribuyó al poder legislativo en detrimento del poder ejecutivo.

⁸²⁵Art.80.1 de la Ley Fundamental de Bonn: “*El Gobierno Federal, cualquier Ministro federal o los Gobiernos regionales podrán ser autorizados mediante ley federal a dictar ordenanzas siempre que la ley haga constar el contenido, la finalidad y el alcance de la autorización otorgada. La ordenanza deberá asimismo especificar su fundamento jurídico. Si la ley prevé la posibilidad de delegar la autorización, la delegación deberá hacerse mediante ordenanza*”.

En Francia, la Revolución de 1789 extinguió completamente el poder normativo del monarca y, por consiguiente, la potestad de regular. Así, a diferencia de Alemania, debido a la victoria revolucionaria de los franceses y del aniquilamiento de la monarquía, se reconoció una legitimidad monista de la Asamblea – principio democrático. Es decir, el poder legislativo, debido al principio de la supremacía del parlamento, representante de la soberanía nacional, es el único órgano legitimado por la sociedad para ejercer el poder normativo, emanando de este poder toda y cualquier otra potestad de los demás poderes públicos. Así, la ley es el único fundamento de validez de cualquier otra disposición normativa, razón por la cual no existió en Francia la necesidad de construir un concepto de “reserva de ley” como sucedió en Alemania, porque en Francia todas las materias están bajo la reserva de la ley, lo que dispensa, por lo tanto, el propio concepto. Sin embargo, prontamente, en razón de las necesidades administrativas y de la realidad que siempre se impone al legislador, se volvió a admitir el poder reglamentar por parte del ejecutivo hasta el punto de reconocerse en la Constitución de la V República una reserva de ley y una reserva de regulación⁸²⁶. En la experiencia francesa de división de poderes o en la definición de la relación entre la ley y el reglamento, el fenómeno fue precisamente inverso con respecto al que se produjo en Alemania. Es decir, se partió desde una legitimidad monista del período post-revolucionario en el siglo XVIII hacia una legitimidad dual en el período de la V República, con una distribución de poder normativo entre los poderes ejecutivo y legislativo,

⁸²⁶ Art. 34 de la Constitución francesa de 1958: “*Las leyes serán votadas por el Parlamento. La ley fijará las normas sobre...*” y art. 37 de la misma Constitución: “*Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley*”.

aunque esta división haya sido atenuada a partir de la jurisprudencia del Consejo Constitucional⁸²⁷.

5.4.1 – Reglamentos: ejecutivo e independiente

La Constitución española reconoce como uno de sus postulados generales el principio de la legalidad (9.1 y 3 de la CE), sometiendo a todos los poderes públicos y a la sociedad a la fuerza normativa de la Constitución y del ordenamiento jurídico. Concretamente, con relación a la Administración Pública, establece que su actuación se da con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (art. 103.1 de la CE). A partir de la centralidad del principio de la legalidad y del pleno sometimiento del poder ejecutivo a la ley, Rubio Llorente entiende que en el caso español no sería posible hablar propiamente de una “*reserva de ley*”, porque según esta centralidad del principio de la legalidad instituido por la Constitución, cualquier actuación de los poderes públicos al margen de la ley debe ser considerada ilegítima. En otras palabras, el principio de la legalidad sometió todos los poderes públicos al poder legislativo, lo que dispensaría, por lo tanto, la construcción de un concepto de reserva de ley, surgido en Alemania con la finalidad específica de salvaguardar algunas materias, especialmente, la libertad y la propiedad, de ser reguladas mediante reglamento⁸²⁸.

⁸²⁷ Cfr. PASCUAL MEDRANO, Amelia, “La ley y el reglamento en el Derecho Constitucional francés”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 6, octubre-diciembre/1999, pp. 179-229.

⁸²⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco, “El principio de legalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, septiembre-diciembre/1993, pp. 21-22; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo...*, op., cit., p. 216.

Sin embargo, a pesar de que teóricamente concordemos con Pérez Tremps, pero en la práctica, debido a la progresiva administrativización de la ley, el instituto de la reserva de la ley adquiere cada vez más relevancia como un instrumento de defensa de la ley contra el reglamento. Ello refuerza la necesidad de reconocer su existencia en el ordenamiento jurídico español, así como su actual utilidad, puesto que mediante este principio, algunas materias son expresamente reservadas a la ley por la Constitución, excluyendo, por lo tanto, la posibilidad de que el reglamento se adentrara en este espacio legislativo reservado exclusivamente al legislador democrático. Aquí no es el momento oportuno para que tratemos el instituto de la reserva de la ley, bastando para ello dejar constancia de su existencia y de la necesidad del poder reglamentar observar estos campos vedados al reglamento, ya que según deriva del propia tenor del art. 97 de la CE, el ejercicio de este poder normativo encuentra límites en la Constitución y en las leyes⁸²⁹.

Por otro lado, la Constitución española no instituyó una *reserva de reglamento* frente a una *reserva de ley*, como sucedió en Francia⁸³⁰. Al

⁸²⁹ García de Enterría habla exhaustivamente de las materias reservadas a la ley por la Constitución española, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo...*, op., cit., pp. 263-269.

⁸³⁰ FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro y GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", en *Revista de Documentación Administrativa*, nº 188, Instituto Nacional de Administración Pública, 1980, pp. 212-213. Y, también, en el mismo sentido, reconociendo que no existe en el ordenamiento jurídico español una reserva de reglamento: Sentencia 18/1982, Pleno de TC, decisión de 04/05/1982, f. j. 3: "*La distinción entre Ley y Reglamento acentúa los perfiles en el terreno de eficacia y de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia, que es la que tiene presente el constituyente al reservar al Estado la legislación laboral, pues desde esta perspectiva, si no siempre, es evidente que en muchas ocasiones aparecen en íntima colaboración la Ley y el Reglamento, dependiendo el ámbito objetivo de cada uno de estos instrumentos de la mayor o menor pormenorización del texto legal y de la mayor o menor amplitud de la habilitación implícitamente concedida para su desarrollo reglamentario. En todo caso resulta cierto, que la materia cuya ordenación jurídica el legislador encomienda al reglamento puede en cualquier momento ser regulada por aquél, pues en nuestro ordenamiento no se reconoce el principio de reserva reglamentaria*".

contrario, se deduce del texto constitucional que existe sólo una reserva de ley, adquiriendo la ley una función de centralidad en el ordenamiento jurídico, estando la potestad reglamentaria del poder ejecutivo sometida a la Constitución, a las leyes y al Derecho (art. 97 y 103.1 de la CE), lo que permite reconocer un espacio muy limitado a los reglamentos ejecutivo e independiente⁸³¹.

Tradicionalmente la doctrina española reconoce la existencia del reglamento ejecutivo como la norma promulgada por el poder ejecutivo incumbida de desarrollar los pormenores de los preceptos normativos contenidos en la ley aprobada por el poder legislativo. Por lo tanto, en estos términos, el reglamento ejecutivo no crea norma o innova normativamente en el ordenamiento jurídico sino que simplemente desarrolla y ejecuta la norma primaria – ley – en sus exactos límites, so pena de incidir en la ilegalidad – principio de la jerarquía de las normas⁸³².

Es decir, siempre que el reglamento ejecutivo supere los marcos legales establecidos previamente por la ley habilitante o disponga

⁸³¹ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos”, en *Revista de Derecho Político*, nº 10, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1981, p. 80; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo...*, op., cit., pp. 256-257.

⁸³² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo...*, op., cit., pp. 229-230; MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español”, en *Revista de Administración Pública*, nº 77, mayo-agosto/1975, pp. 139-180; COLOM I PASTOR, Bartolomé, “Reglamentos independientes y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 40-41, 1984, pp. 239-248; SÁINZ MORENO, Fernando, “Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 20, 1979, pp. 124-128; PEÑA GARRIDO, Manuel de la, “Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y Reglamento independiente en la Constitución de 1978)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 71, 1991, pp. 449-453; GARCÍA CUADRADO, Antonio María, “El control de constitucionalidad de los reglamentos”, en *Actualidad Administrativa*, nº 14, 1986, pp. 809-824; CARLÓN RUIZ, Matilde, *La cuestión de la ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Madrid, Civitas, 2005; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002.

contrariamente a la ley, estará sujeto al control de la legalidad – el objeto del control es el reglamento, mientras que el parámetro de legalidad es la ley habilitante – que se ejercerá por la jurisdicción constitucional ordinaria, dado que según la Constitución de 1978, los tribunales “*controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa*” (art. 106.1 da CE)⁸³³.

El *reglamento independiente*, a su vez, posee un campo propio y restringido de actuación. Es decir, no puede disponer acerca de materias reservadas a la ley por la Constitución, así como no puede disponer sobre materias ya reguladas en la ley, en razón del principio de la jerarquía de las normas. La doctrina reconoce la existencia del reglamento independiente como una norma promulgada por el poder ejecutivo de forma independiente a una previa ley habilitante, especialmente, en las áreas de *auto-organización administrativa* y de *relaciones de especial sujeción*. En el primer caso, se admite un poder de regular por parte de la Administración Pública consustancial a su responsabilidad política, destinado a disponer sobre su propia organización, con la finalidad de realizar mejor los fines públicos encomendados por la Constitución. En el segundo caso, todo ciudadano está sujeto a la supremacía del Estado, pero en algunas situaciones específicas, esta supremacía se da de forma especial (prestación de servicio militar, ingreso en un hospital público, servicio prestado por el funcionario, uso de algún servicio público), estableciendo una singular relación de sujeción del ciudadano a la

⁸³³ PÉREZ TREMPES, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder judicial...*, op., cit., pp.164-166; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y MARTÍNEZ-CARANDE, *Legislación Delegada, Potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª ed., Madrid, Civitas y Thomson Reuters, 2013, Capítulo I, ítem II.

Administración Pública, que puede regular esta relación mediante reglamento⁸³⁴.

Acerca del reglamento independiente u organizativo, así como la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se consolidó en el sentido de reconocer su existencia, así como trató de establecer los límites dentro de los cuales el reglamento independiente puede ser manejado por el Gobierno. A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo, del 30 de marzo de 1992, es posible extraer de esta consideración paradigmática las siguientes conclusiones: primero, el reconocimiento de la existencia del reglamento independiente en el ordenamiento jurídico; segundo, el fundamento legal de su existencia en el art. 97 de la CE, que instituyó una potestad normativa o reglamentar general para el poder ejecutivo; tercero, el reglamento independiente debe limitarse a las cuestiones de organización administrativa y a las relaciones de especial sujeción; y cuarto, en cualquier caso, el reglamento independiente no puede disponer sobre materias reservadas a la ley por la Constitución, así como no puede violar el principio de la jerarquía normativa; es decir, aun cuando la materia regulada por la ley no esté entre las reservadas a la ley, el reglamento, porque es una disposición normativa sin fuerza de ley, deberá guardar el debido respeto a lo dispuesto en ley⁸³⁵.

⁸³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo...*, op., cit., pp. 231-234; PÉREZ TREMPES, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder judicial...*, op., cit., p. 162; FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro y GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución...", op., cit., pp. 204-205.

⁸³⁵ STS 2745/1992, f. j. 1: "*Dentro de la tipología de los reglamentos, la doctrina y la jurisprudencia, en nuestra Patria, reconoce los reglamentos independientes. El concepto de los reglamentos independientes y su engarce con la Ley, ha sido una de las cuestiones -y sigue siéndolo- latentes necesitada de clarificación. A veces, se adoptó una posición decidida para expresar el reconocimiento de dichos reglamentos, por la existencia de una laguna legal: expresarse así, era tanto como verter un concepto impreciso, porque tal postura debía ser superada. Y la superación de tal postura late en la doctrina y en la jurisprudencia muy significadamente a partir de la Constitución de 1978. Ciñéndonos a la jurisprudencia, sentencias del Tribunal Supremo como las de 4 de*

El criterio del Tribunal Supremo sobre los límites del reglamento independiente, en cuanto emanación del poder normativo propio del Gobierno, puede dividirse en dos fases distintas. Es decir, una primera fase, tras la promulgación de la Constitución de 1978, en la cual el Tribunal reconoció amplios poderes normativos al poder ejecutivo a partir de la interpretación dada al art. 97 de la CE, para afirmar la posibilidad de la edición de reglamentos siempre que estos no violaran las leyes; y una segunda fase, en la cual nos encontramos hoy, en que el Tribunal Supremo limita el campo de actuación del reglamento independiente a las materias de organización administrativa y de relaciones de especial sujeción⁸³⁶.

Acercas de la existencia del reglamento independiente y de sus límites, el Tribunal Constitucional tuvo pocas oportunidades de manifestarse o, tal vez, decididamente prefirió no profundizar en el tema.

febrero de 1982 (A.834), 18 de marzo 1985 (A.1621), 19 de junio de 1985 (A.3146) 29 de octubre de 1986 (A.7726) y 12 de noviembre de 1986 (A. 8063), se adscribieron a la corriente doctrinal que señalaba la irrelevancia de la falta de habilitación legal de los reglamentos independientes; por su parte, las sentencias del Tribunal supremo de 17 de octubre de 1985 (A.4806) y 31 de octubre de 1986 (A.5823), expresaron ya el engarce del reglamento independiente con la Ley. Hoy, debe haber inconveniente en definir el reglamento independiente como aquél que sea consecuencia de la potestad originaria (o derivada directamente la Constitución) y que permita, por ello, llenar el vacío legal que en momento determinado pueda aparecer. Pero admitido el reglamento independiente, la cuestión que en seguida aparece es la de en qué supuestos es admisible válidamente tal reglamento. Se suele decir que los reglamentos independientes son propios de la materia organizativa en cuanto competencia típicamente administrativa, y que, por ello, sólo pueden dictarse "ad intra", en el campo propio de la organización administrativa y en el de relaciones de especial sujeción (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1981 (A.5405), de 27 de marzo de 1985 (A.1668), de 19 de junio de 1985 (A.3146) o de 31 de octubre de 1986 (A.5823). Y se suele señalar que tales reglamentos no afectan directamente a los ciudadanos: esto no es exacto términos absolutos. La Administración, como proclama el artículo 103.1 la Constitución, ha de servir, con objetividad, los intereses generales ha de actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho; por ello, un reglamento organizativo de servicios, en la medida en que ampara un actuar eficaz y coordinado, redundan positivamente en favor de los intereses generales y, en definitiva, de los ciudadanos". Y, también, en el mismo sentido: STS 6084/1997, f. j. 4; STS 3754/2002, f. j. 3 y 4; STS 2345/2004, f. j. 3; STS 6137/2005, f. j. 3.

⁸³⁶ STS 2745/1992, f. j. 1.

Así, a pesar de haber reconocido levemente la existencia del reglamento independiente en el ordenamiento jurídico español, no dictó ninguna sentencia en la cual se haya planteado la cuestión acerca de los límites del reglamento independiente o de las materias propias del reglamento independiente, razón por la cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo adquiere toda relevancia sobre este tema⁸³⁷.

Los reglamentos independientes pueden ser diferenciados de los reglamentos ejecutivos tanto en su *aspecto material* como formal. Con respecto al aspecto material, comúnmente el reglamento independiente está orientado a regular las cuestiones relativas a la organización de la propia Administración Pública y a las relaciones de especial sujeción, mientras que el reglamento ejecutivo tiene como objetivo complementar o desarrollar en pormenores los términos de la ley habilitante. En cuanto a los *límites materiales*, el reglamento independiente está limitado con respecto a lo que la Constitución entiende por materias exclusivamente reservadas a la ley, así como con respecto al principio de la jerarquía

⁸³⁷ Sentencia 18/1982, Pleno de TC, decisión de 04/05/1982, f. j. 4: “Este aspecto de colaboración entre la Ley y el Reglamento en la ordenación de una materia, sin embargo, sólo adquiere verdadera virtualidad en relación con aquellos reglamentos en los que se acentúa la idea de ejecución o desarrollo de la Ley, y al propio tiempo, la exigencia de una más específica habilitación legal. Existe en nuestro derecho una tradición jurídica que dentro de los reglamentos, como disposiciones generales de la Administración con rango inferior a una Ley, y aun reconociendo que en todos ellos se actúa el ejercicio de la función ejecutiva en sentido amplio, destaca como «reglamentos ejecutivos» aquellos que están directa y concretamente ligados a una Ley, a un artículo o artículos de una Ley o a un conjunto de Leyes, de manera que dicha Ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el Reglamento. Son reglamentos que el Consejo de Estado ha caracterizado como aquellos «cuyo cometido es desenvolver una Ley preexistente o que tiene por finalidad establecer normas para el desarrollo, aplicación y ejecución de una Ley». Pero, junto a éstos, existen los reglamentos de organización que, todo lo más alcanzan a normar las relaciones de la Administración con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario por integrarse éstos de una u otra forma en la organización administrativa, pero no los derechos y obligaciones de éstos en aspectos básicos o con carácter general. Sin tratar la cuestión de si dichos reglamentos tienen verdaderamente carácter independiente, cuestión que aquí no es necesario resolver, hay que admitir que los mismos no aparecen necesariamente como complementarios de la Ley”. Y, también, en el mismo sentido: Sentencia 35/1982, Pleno del TC, decisión de 14/06/1982, f. j. 2; Sentencia 108/1986, Pleno del TC, decisión de 29/07/1986, f. j. 23.

normativa, mientras que el reglamento ejecutivo está limitado con respecto a los términos de la ley habilitante. En lo que se refiere al *fundamento legal*, el reglamento independiente encuentra su fundamento de validez en el art. 97 de la CE, que otorga al poder ejecutivo un poder normativo general, mientras que el reglamento ejecutivo se fundamenta en la ley habilitante. Por último, con respecto al *aspecto formal*, el reglamento independiente no está sometido previamente a una manifestación del Consejo de Estado, mientras que el reglamento ejecutivo necesariamente deberá ser precedido de esta manifestación⁸³⁸.

A pesar de la *regla general* de competencia atribuir a la jurisdicción constitucional ordinaria el control de la legalidad de la potestad reglamentaria, el propio legislador ordinario reconoció la existencia de *reglamentos inconstitucionales*, cuando afirmó que “*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*” (art. 6 da LOPJ), lo que sugiere la existencia de un control de constitucionalidad difuso de los reglamentos⁸³⁹. En el mismo sentido está la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando expresamente admite la posibilidad de que el reglamento pueda tener el vicio de inconstitucionalidad⁸⁴⁰. Dicho de otra forma, además del control de

⁸³⁸ STS 4647/1996, f. j. 2; STS 5260/1996, f. j. 3.

⁸³⁹ GÓMEZ MONTORO, Ángel J., "Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, Madrid, septiembre-diciembre/1990, p. 102; Balaguer Callejón ve en este artículo 6 de la LOPJ un tipo de control difuso de constitucionalidad, en BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la constitución...*, op., cit., p. 71.

⁸⁴⁰ Sentencia 17/1981, Pleno del TC, BOE 16/06/1981, f. j. 1: “*La defensa de la Constitución frente a las eventuales extralimitaciones de los órganos dotados de poder para crear normas de carácter general corresponde, en primer lugar, a los jueces y Tribunales, que han de negar validez, a las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución, inaplicándolas, y están facultados para inaplicar también incluso las normas legales que adolezcan del mismo defecto, cuando sean anteriores a la Constitución. La supremacía de ésta obliga también a los jueces y tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que, en*

legalidad de las disposiciones normativas sin fuerza de ley, que tiene como parámetro de control la ley, los reglamentos también están sujetos al control de constitucionalidad difuso, a cargo de la jurisdicción constitucional ordinaria, teniendo como parámetro la Constitución.

En primer lugar, con respecto al control de constitucionalidad difuso de la norma del reglamento ejecutivo, aunque la doctrina mayoritaria entienda que este tipo de reglamento no puede incidir en la inconstitucionalidad directa, porque la fuente normativa del reglamento ejecutivo no sería la Constitución sino la ley habilitante, Pérez Tremps entiende que, excepcionalmente, el reglamento ejecutivo también puede violar la Constitución y, por lo tanto, someterse al control de constitucionalidad. Es cierto que el reglamento ejecutivo no puede ser materialmente inconstitucional porque hasta que se mantenga dentro de los límites establecidos por la ley habilitante, la ley será inconstitucional y no el reglamento, y asimismo, en el caso de que el reglamento supere los límites legales de la habilitación, incidirá en la ilegalidad y no en la inconstitucionalidad. Sin embargo, esta conclusión, según Pérez Tremps, es sólo relativa. En primer lugar, porque bajo el aspecto formal el reglamento ejecutivo puede ser aprobado mediante la violación del reparto de competencia normativa entre los poderes o de sus presupuestos formales, lo que incidiría en una inconstitucionalidad. En segundo lugar, porque bajo el aspecto material, el reglamento ejecutivo puede tanto violar la ley como al mismo tiempo, un principio constitucional, siendo el principio contemplado o no en la ley, lo que

cada caso concreto, hayan de apoyar sus fallos, pero, en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal".

además de una ilegalidad, por la violación de la ley habilitante, caracterizaría también una inconstitucionalidad⁸⁴¹.

Aunque el control de legalidad y de constitucionalidad del reglamento ejecutivo en las hipótesis apuntadas anteriormente compete a la jurisdicción constitucional ordinaria⁸⁴², excepcionalmente, en al menos dos ocasiones, el Tribunal Constitucional también puede desempeñar esta misma competencia. La primera de ellas se dará cuando el reglamento viole los derechos y las garantías susceptibles de ser conocidas por el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo⁸⁴³, mientras que la segunda se producirá cuando el reglamento viole la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁸⁴⁴. Pues bien, ante estas dos excepciones, que no están

⁸⁴¹ PÉREZ TREMP, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder judicial...*, op., cit., pp. 162-163.

⁸⁴² Sentencia 88/1989, Pleno del TC, decisión de 11/05/1989, f. j. 1: "...cuando sobre la titularidad y límites de esa competencia no existe controversia, sino que ésta se limita a discutir el ejercicio concreto de esa competencia en relación a supuestos específicos, dentro de unos límites competenciales sobre los que existe acuerdo, ha de afirmarse que falta el presupuesto para la jurisdicción reservada al Tribunal Constitucional, puesto que el conflicto sólo puede plantearse para definir los límites externos de la competencia y del correspondiente poder estatal o autonómico, pero no para verificar el ejercicio concreto dentro de tales límites de dicho poder, en relación a determinados hechos cuyo alcance territorial deviene el elemento decisivo para decidir la distribución competencial dentro de unos límites y de acuerdo con unos criterios no controvertidos. En ese caso, la decisión no establece límites competenciales, sino que sólo los aplica a supuestos concretos, en relación con una calificación fáctica o, en su caso, jurídica de los mismos que carece de toda relevancia constitucional. Por ello la discrepancia sobre el ámbito territorial de una determinada situación o supuesto no es propia ni puede ser planteada en un proceso constitucional como el del conflicto positivo de competencias".

⁸⁴³ Sentencia 78/1990, Sala Primera del TC, BOE de 30/05/1990, f. j. 2: "A) Aunque el control de legalidad de las normas reglamentarias es, en principio, competencia propia de los órganos del Poder Judicial, el resultado de tal control queda sometido a este Tribunal por esta vía del recurso de amparo, cuando a dicho resultado se imputa, como es aquí el caso, violación de alguno de los derechos fundamentales. En este caso, el Tribunal Constitucional puede examinar, desde la perspectiva de esos derechos, y en concreto desde la perspectiva del principio de igualdad, el juicio de legalidad llevado a cabo por el Juez ordinario, pues la ley que se toma como parámetro ha de ser interpretada conforme a la Constitución. El juicio de legalidad se entrecruza, así, con el juicio de constitucionalidad..."

⁸⁴⁴ Sentencia 88/1989, Pleno del TC, decisión de 11/05/1989, f. j. 1: "Como en más de una ocasión se ha dicho, la finalidad del conflicto positivo de competencia es determinar

fundadas en la naturaleza de la norma violadora, el reglamento, sino en la naturaleza de la norma violada, la Constitución, es decir, la violación de los derechos fundamentales o la distribución de la competencia entre los entes políticos, cabrá el control de la legalidad y de la constitucionalidad del reglamento por parte del Tribunal Constitucional⁸⁴⁵.

Con respecto al control de constitucionalidad difuso de la norma del reglamento independiente, aunque este tipo de reglamento no esté sometido a una ley habilitante, porque éste es precisamente el rasgo distintivo del reglamento ejecutivo, el reglamento independiente está directamente vinculado a la Constitución y al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se puede hablar indudablemente de control de constitucionalidad difuso de la norma en caso de reglamento independiente. Debido a que el reglamento independiente se encuentra inmediatamente vinculado a la Constitución, la jurisdicción constitucional ordinaria aplica directamente la Constitución en el proceso de control de constitucionalidad difuso en cuanto norma de parámetro, actuando, por lo tanto, como una auténtica jurisdicción constitucional⁸⁴⁶.

En el ejercicio del control de constitucionalidad difuso de la norma reglamentar, el intérprete debe, en primer lugar, realizar un esfuerzo

el titular de la que en cada caso sea controvertida (SSTC 32/1981, de 28 de julio, fundamento jurídico 1.º; 49/1984, de 5 de abril, fundamento jurídico 1.º). El elemento específico y definitorio del conflicto positivo de competencia como proceso constitucional consiste en la interpretación y fijación del orden competencial y en la determinación de qué competencias pertenecen a qué sujetos yéndose así más allá de la mera solución del caso concreto origen del conflicto o controversia (STC 110/1983, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 1.º), aspecto este último reconocible en virtud de la doble singularidad subjetiva y objetiva del conflicto positivo de competencia como controversia en relación con la titularidad de una determinada competencia, ya sea entre el Estado y una Comunidad Autónoma o entre Comunidades Autónomas (STC 119/1986, de 20 de octubre, fundamento jurídico 3.º)".

⁸⁴⁵ PÉREZ TREMPES, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder judicial...*, op., cit., pp. 167-180.

⁸⁴⁶ CANOSA, Raúl, "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria...", op., cit., p. 21; Cfr. CAAMAÑO, Francisco, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

hermenéutico para interpretar el reglamento, ya sea ejecutivo o independiente, conforme a la Constitución (art. 5.1 de la LOPJ), puesto que tanto la ley como el reglamento deben ser interpretados de acuerdo con Constitución, en razón del principio de la supremacía de la norma constitucional en el ordenamiento jurídico. Dado que no siendo posible construir una norma reglamentaria constitucional, no habrá más alternativa que reconocer la inconstitucionalidad de la norma con la consecuente inaplicación al caso concreto.

Pues bien, este ejercicio hermenéutico de conformación del reglamento a la Constitución – principio de la interpretación conforme – y su inaplicación, en el caso de que no sea posible construir una norma constitucional, incluye el núcleo del control de constitucionalidad difuso de la norma regular a cargo de la jurisdicción constitucional ordinaria.

5.4.2 – Decreto legislativo *ultra vires*

La Constitución de 1978 autorizó que el poder legislativo delegara en el poder ejecutivo parte de su potestad legislativa sobre materias no reservadas constitucionalmente a las leyes orgánicas (art. 82.1 de la CE). En el caso de la ley de delegación, ya sea como ley de base (formación de textos articulados) ya sea como ley ordinaria (refundición de varios textos legales en uno solo), en los términos de la Constitución (art. 82.2 de la CE), deberá contemplarse y definir concretamente la materia delegada al Gobierno, así como fijar un plazo para el ejercicio de esta delegación legislativa, no admitiéndose, en ninguna hipótesis, delegaciones implícitas o delegaciones por un plazo indeterminado (art. 82.3 de la CE). El ejercicio de este poder normativo delegado al Gobierno se dará mediante la promulgación de decretos legislativos con fuerza de ley (art. 85 de la CE).

Acerca del control jurisdiccional sobre esta delegación de poderes normativos por parte del poder legislativo y su ejercicio por parte del poder ejecutivo, la Constitución estableció que “*Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control*” (art. 82.6 da CE)⁸⁴⁷. Así, la LOTC al definir las normas susceptibles de ser declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, específicamente, estableció que “*En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número seis del artículo ochenta y dos de la Constitución*” (art. 27.2.b).

A partir de estas disposiciones normativas es posible constatar una especie de *competencia concurrente* entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción constitucional ordinaria. Según la mayor parte de la doctrina española, compete a la jurisdicción constitucional ordinaria realizar un juicio de adecuación del decreto legislativo a la ley de delegación, mientras que compete al Tribunal Constitucional realizar un juicio de constitucionalidad tanto de la ley de delegación como del decreto legislativo. Esta división de competencias está fundada en la teoría del “*ultra vires*”⁸⁴⁸, mediante la cual cabe a la jurisdicción constitucional ordinaria realizar el control de constitucionalidad del decreto legislativo en la parte en la que se superan los límites establecidos por la ley de

⁸⁴⁷ Para Jiménez Campo o art. 82.6 da CE “no es una norma atributiva de competencias, sino de remisión” o, en otras palabras, el precepto constitucional no crea competencia, sino que se refiere al control del decreto legislativo en el sistema de control general de la Constitución, en JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “El control jurisdiccional y parlamentario...”, *op., cit.*, p. 82.

⁸⁴⁸ En sentido contrario a la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, Jiménez Campo entiende que la tesis de la “*degradación del rango*”, concebida antes de la Constitución de 1978, como forma de controlar el poder normativo del ejecutivo, no encuentra amparo en la actual Constitución, porque el texto normativo atribuyó, sin ningún condicionante, la fuerza de la ley al decreto legislativo, lo que sólo por sí, atraería la competencia del Tribunal Constitucional para realizar el control del decreto legislativo, en JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “El control jurisdiccional y parlamentario...”, *op., cit.*, pp. 86-91.

delegación. Es decir, en cuanto el decreto legislativo se mantiene dentro del manto de la ley de delegación, posee fuerza de ley, sometiéndose, por tanto, al control de constitucionalidad concentrado ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, cuando supere o va más allá de lo autorizado o delegado por el poder legislativo, el decreto legislativo pierde su fuerza normativa de ley para degradarse en un decreto reglamentario⁸⁴⁹, sometiéndose, en este caso, al control de constitucionalidad difuso a cargo de la jurisdicción constitucional ordinaria (art. 1 de la Ley 29/98, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo).

El decreto legislativo, ya que se mantiene dentro de los marcos legales definidos por la ley de delegación posee fuerza de ley, razón por la cual, en el caso de que no sea posible interpretarlo conforme a la Constitución, porque a partir del mismo ninguna norma constitucional puede ser construida por la jurisdicción constitucional ordinaria, esta incompatibilidad insalvable deberá ser llevada a conocimiento del Tribunal Constitucional mediante la cuestión de inconstitucionalidad.

El juicio de legalidad sobre el exceso de delegación contiene un previo juicio de inconstitucionalidad formal del decreto legislativo, porque este exceso implica la violación de la Constitución (art. 82 y ss. de la CE). Asimismo, este exceso puede también configurar una inconstitucionalidad material, en la hipótesis del decreto legislativo, además de violar el proceso legislativo (inconstitucionalidad formal), también herir a alguna otra norma constitucional, razón por la cual aquí tenemos un caso más de aplicación directa de la Constitución por la jurisdicción constitucional

⁸⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Direito administrativo...*, op., cit., pp. 283-284; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación Delegada, Potestad reglamentaria y control judicial...*, op., cit., Capítulo VI; PÉREZ TREMPES, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder judicial...*, op., cit., pp. 156-157.

ordinaria⁸⁵⁰. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional consolidó su jurisprudencia para reconocer la competencia de la jurisdicción constitucional ordinaria para realizar el control de constitucionalidad de la norma excedente a la delegación, por entender que el decreto legislativo, en esta parte, ostenta valor de ley⁸⁵¹.

Así, constatado que el decreto legislativo superó los límites legales de la delegación, tenemos una degradación o pérdida de fuerza normativa mediante la cual el decreto legislativo pasa a operar como si fuera un reglamento y, por tanto, sin fuerza de ley, sometiéndose completamente al control de constitucionalidad difuso a cargo de la jurisdicción constitucional ordinaria. Planteada la cuestión en estos términos, podemos decir que el control de constitucionalidad del decreto legislativo

⁸⁵⁰ PÉREZ TREMP, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder judicial...*, op., cit., pp. 159-160; GUASTINI, Riccardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico...", op., cit., pp. 67-68.

⁸⁵¹ Auto 69/1983, Pleno del TC, decisión de 17/02/1983, f. j. 3: "Por lo demás, pertenecen al ámbito normal de poderes del Juez -también del Magistrado de Trabajo- el inaplicar los Decretos legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso el valor de Ley. No otra cosa, se dijo en nuestra Sentencia de 19 de junio de 1982 («Boletín Oficial del Estado» de 18 de agosto de 1982), aunque en ella, al acumularse, junto al exceso de delegación, otros motivos de inconstitucionalidad que se imputaban más allá de la norma delegada, el enjuiciamiento fuera asumido por este Tribunal Constitucional. Con todo, puede concluirse que la cuestión se plantea respecto de un Decreto legislativo por exceso en la delegación y que no es relevante para la decisión, lo que comporta la inadmisión, según lo prevenido en el art. 37.1 en relación con el art. 35.1 de la LOTC y, en definitiva, del art. 163 de la Constitución". Y, también, en el mismo sentido: Sentencia 47/1984, Sala Primera del TC, decisión de 04/04/1984, f. j. 3: "Es preciso señalar, no obstante, que la inconstitucionalidad formal del inciso final del párrafo tercero del art. 137 de la L.P.L. se basó en la carencia de cobertura legal -al no existir en el ordenamiento posconstitucional norma alguna que impusiera la exclusión de recursos en materia de clasificación profesional, ni haber en la Ley donde se contiene la norma habilitante declaración explícita o implícita para crear en tal materia un régimen especial de recursos- y el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los Decretos legislativos a las Leyes de delegación se deduce del art. 82.6 de la Constitución; así lo ha entendido este Tribunal Constitucional en la antes citada Sentencia de 19 de julio de 1982, y posteriormente en Auto de 17 de febrero de 1983, por el que se rechaza la cuestión de inconstitucionalidad promovido por la Magistratura de Trabajo núm. 3 de Guipúzcoa en relación con el art. 211 del mencionado Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio".

“*ultra vires*” es una especie de control de constitucionalidad difuso de la norma reglamentaria.

CONCLUSIONES

A partir del análisis sobre la existencia, la identificación y sistematización de los elementos estructurales del control de constitucionalidad difuso de la norma en el sistema de justicia constitucional español, nos proponemos, como el primer objetivo de nuestra investigación, abrir un espacio para el debate sobre el control de constitucionalidad difuso de la norma en España. A pesar de que algunas de estas cuestiones acaben desafiando el limitado tiempo y espacio de una Tesis Doctoral, podemos apuntar ya algunas conclusiones preliminares.

(1) Partiendo de un estudio dividido en dos niveles de racionalidad, el *nivel de racionalidad I* o hermenéutico, de naturaleza descriptiva, hemos abordado la estructura ontológica y las condiciones de posibilidad bajo las cuales se da el fenómeno hermenéutico, mediante la pre-comprensión, tradición, círculo hermenéutico, diferencia ontológica y *applicatio*.

De estos elementos hermenéuticos, hemos destacado, principalmente, la *diferencia ontológica* y la *applicatio*. A partir de la diferencia ontológica entre el texto de la ley (ente) y la norma (ser) resulta posible admitir la existencia del control de constitucionalidad difuso *sólo* de la norma, sin que sea necesario expulsar el texto de la ley del

ordenamiento jurídico, función ésta reservada exclusivamente al Tribunal Constitucional. Como hemos visto, aunque no se pueda negar o evitar la existencia de la diferencia ontológica entre el texto de la ley y la norma, esto no significa, por otro lado, que exista una absoluta independencia entre ambos o, dicho de otra forma, no es posible decir cualquier cosa sobre algo (arbitrariedad y discrecionalidad), puesto que a pesar de la diferencia ontológica, el texto siempre habla algo, bastando, para ello, la disposición – matización o suspensión de los prejuicios – del intérprete para oír lo que el texto ha de decir. Y, además, como resultado de esta misma diferencia ontológica, es decir, por no estar la norma totalmente contenida en el texto de la ley o en el programa de la norma, todo el proceso hermenéutico o la interpretación de la norma es siempre un proceso de construcción de la norma del caso concreto, sometándose, por lo tanto, a un continuo control de constitucionalidad difuso de la norma.

La *applicatio* es la síntesis hermenéutica de la comprensión. El control de constitucionalidad difuso de la norma es un proceso hermenéutico de *applicatio*, mediante el cual la jurisdicción constitucional ordinaria, a partir de la pre-comprensión acerca del sistema constitucional, comprende los sentidos de la Constitución (parámetro de control) y de la ley (objeto de control) para interpretarlos o explicitarlos según la tradición constitucional democrática de su tiempo. La comprensión y la interpretación en la *applicatio* es siempre un suceder histórico y, por lo tanto, único. Así, si la comprensión es un fenómeno histórico, no sólo es un proceso reproductivo del primer sentido, sino también y siempre un proceso productivo de un nuevo sentido, porque cuando se comprende, siempre se comprende de un modo diferente bajo los efectos de la historia.

En el *nivel de racionalidad II* o epistemológico, de naturaleza prescriptiva, nos hemos aproximado a la necesidad de una *hermenéutica normativa estructurante concretizadora* de la Constitución, así como hemos identificado y conceptuado los *principios de concreción de la norma constitucional*. Además de la diferencia ontológica mencionada anteriormente, también ha sido posible concluir que la norma no está construida exclusivamente a partir del texto de la ley o del programa normativo sino incluso a partir del ámbito normativo en el cual está insertado el caso concreto.

Es decir, la norma o el sentido de la norma, además de no identificarse con su texto – diferencia ontológica – es el resultado de una construcción hermenéutica a partir del programa normativo y del ámbito normativo – caso concreto - lo que permite afirmar que tanto la norma se aplica al caso concreto, como el caso se aplica a la norma. En esta concepción de normatividad estructurante se supera la idea de aplicación de la ley mediante los métodos silogísticos lógico-deductivos típicos de la interpretación jurídica tradicional y del positivismo jurídico, en virtud del carácter constitutivo o *concretizante* de la *applicatio*.

Tanto el programa normativo como el ámbito normativo y, por lo tanto, la norma jurídica, sólo pueden producirse en el caso concreto, teniendo en cuenta que la norma no existe antes del caso concreto, razón por la cual la concreción de la norma es, en efecto, una construcción de la *norma del caso concreto*, porque tanto el texto de la ley como el caso concreto proporcionan de modo distinto y complementario los elementos para la construcción de la norma. Esta concepción específica de norma estructurante, incluyendo no sólo el programa normativo sino también el ámbito normativo (caso concreto), es un presupuesto fundamental para el reconocimiento del control *difuso* – o concreto – de la norma en el ámbito del sistema de justicia constitucional español.

(2) Una vez definido lo que se entiende por *norma* en esta investigación, principalmente desde los principios de concreción de la norma constitucional, en especial, el principio de la supremacía normativa de la Constitución, se construyó un concepto de *jurisdicción constitucional ordinaria* responsable de realizar el control de constitucionalidad difuso de la norma. Debido a la fuerza normativa de la Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico, lo que promueve una constitucionalización de la legislación infraconstitucional, toda la jurisdicción, antes de ser ordinaria, es en primer lugar constitucional, puesto que ya no es posible la interpretación y la aplicación de la ley sin antes someterla a un previo control de constitucionalidad formal y material, ya que en una democracia constitucional solamente la *ley constitucional* es ley.

(3) El concepto de control de constitucionalidad difuso de la norma es inseparable de la idea del poder hermenéutico o de la hermenéutica constitucional, ya que el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma se produce mediante la hermenéutica constitucional, confiriendo al intérprete un poder hermenéutico. Este poder no se restringe a una inaplicación de la ley inconstitucional al caso concreto sino que incluye toda la construcción de la norma del caso concreto en consonancia con la Constitución. Por lo tanto, tenemos que este control de constitucionalidad se da de forma difusa, en el curso de cualquier proceso ordinario en tramitación ante la jurisdicción ordinaria, cuando el juez del caso, de oficio o a petición de las partes, decide sobre la constitucionalidad de una norma, al construir la norma del caso concreto, en cuanto cuestión previa o anterior a la cuestión principal; es decir, el mérito de la pretensión propiamente dicha.

La *diferencia ontológica* entre el *ente* y el *ser* es el fundamento de la distinción entre el texto de la ley, en cuanto objeto de interpretación y la norma, producto del proceso hermenéutico. Solamente a partir de esta

diferencia ontológica entre el texto de la ley y la norma que es posible admitir la existencia del control de constitucionalidad difuso de la norma (del sentido de la norma), a pesar de que el sistema constitucional de España sea reconocido por la *communis opinio doctorum* como un sistema de control de constitucionalidad concentrado.

(4) El control de constitucionalidad difuso de la norma a cargo de la jurisdicción constitucional ordinaria está legitimado por la Constitución de 1978. En primer lugar, a partir de una *legitimidad orgánica* o institucional fundada en la intangibilidad de los derechos fundamentales y en la independencia del poder judicial. El Estado constitucional, al constitucionalizar los derechos humanos, retira del legislador ordinario la libertad y, por lo tanto, el poder político de disponer sobre los derechos fundamentales. Esta intangibilidad de los derechos fundamentales o la superioridad normativa de los derechos fundamentales sobre la ley es la primera fuente de legitimidad del poder judicial.

En segundo lugar, el control de constitucionalidad difuso de la norma se legitima mediante el actuar jurisdiccional; es decir, por la *legitimidad jurisdiccional* o de la *decisión judicial*, fundada, esencialmente, en la *participación directa de las partes* en el proceso judicial, en la fundamentación de las decisiones judiciales y en la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales. El control de constitucionalidad difuso refuerza la idea de democracia constitucional participativa esbozada por la Constitución de 1978, mediante la *participación directa de las partes* en el proceso hermenéutico de construcción de la norma del caso concreto. Además de esta participación, la *motivación de las decisiones* se presenta, por un lado, como un deber constitucional de la jurisdicción y, por otro, como un derecho fundamental para una decisión judicial legítimamente motivada o para una decisión conforme a la Constitución. Finalmente, la legitimidad de la jurisdicción constitucional ordinaria es

proporcional a la *efectividad de la tutela de los derechos fundamentales*. La efectividad de la Constitución o la fuerza normativa transformadora de la realidad en el Estado social y democrático de Derecho actúa como parámetro de legitimidad de la propia organización política, razón por la cual la jurisdicción constitucional ordinaria, al realizar la interpretación y aplicación de la Constitución, debe llevar a cabo los principios hermenéuticos de concreción de las normas constitucionales, entre ellos, principalmente, el principio de la máxima efectividad de la Constitución.

(5) Y como último de los objetivos específicos propuestos al principio, apuntamos cuatro situaciones hermenéuticas en las cuales el control de constitucionalidad difuso de la norma realizado por la jurisdicción constitucional ordinaria se revela con toda su evidencia; es decir, en la interpretación conforme a la Constitución, en la fase previa de la cuestión de inconstitucionalidad, ante la inconstitucionalidad sobrevenida y, también, en las disposiciones normativas sin fuerza de ley (reglamentos ejecutivos e independientes y decreto legislativo *ultra vires*).

Aunque sea posible que lleguemos a estas conclusiones en una Tesis Doctoral, como hemos visto a lo largo de esta investigación, permeada de reflexiones y discursos con consistencia filosófica, parece existir entre la academia y la praxis judicial una falta de diálogo o incluso una cierta dificultad por parte de la academia de hacerse entender o de compartir sus hallazgos con los actores involucrados en el sistema de justicia constitucional, mundo en el cual desarrollamos nuestra profesión y, por falta de una adecuada pre-comprensión de una teoría constitucional, también sufrimos las consecuencias del déficit de constitucionalidad del ordenamiento jurídico.

En este sentido, tan importante cuanto profundizar la reflexión sobre el control de constitucionalidad difuso de la norma en el sistema constitucional español, lo que hemos pretendido realizar en este estudio,

es abrir caminos por los cuales sea posible compartir con los actores de la justicia los hallazgos de la filosofía hermenéutica, de la hermenéutica filosófica y de filosofía constitucional para que no se queden enclaustrados en el ámbito de la academia.

En la actualidad, posiblemente uno de los mayores retos sea el de romper con el sentido común predominante entre los operadores de la Administración de justicia, los cuales, en el ejercicio de sus funciones institucionales, continúan reflejando concepciones de otro tiempo, como si el Derecho hubiera quedado inmune o alejado del alcance de una mirada crítica de la filosofía hermenéutica (Heidegger) y de la hermenéutica filosófica (Gadamer). Así, mientras que en el campo de la filosofía, muchas cuestiones se dan por vencidas, en la ciencia del Derecho están siendo promocionadas como verdaderos dogmas inmunes a cualquier tipo de crítica. En este sentido, como un ejemplo de esta paradoja, cabe apuntar que, para el sentido común predominante entre los actores de la justicia, el intérprete continua (1) interpretando la ley como si el Derecho y la realidad estuviesen separados, es decir, como si la norma jurídica hubiera sido dada de antemano, como si preexistiera al hecho que va a ser regulado por la misma; (2) identificando el texto de la ley con la norma, como si la norma estuviese desde siempre contenida en el texto de la ley como una especie de esencia ontológica a la espera de la revelación por medio de actos de puro conocimiento, lo que sólo vuelve a reforzar el dogma voluntarista de la voluntad subjetiva del legislador (*legislatoris voluntas*) y de la voluntad objetiva de la norma (*legis voluntas*); (3) creyendo en la aplicación de la ley por medio del método lógico-deductivo-subsuntivo a través de la inferencia silogística con la ayuda de los cánones de interpretación (Savigny); y (4) comportándose como un sujeto separado del objeto, es decir, presentándose como un sujeto observador ante el mundo, neutral y objetivamente a partir de su *cogito*. En una sola expresión, para resumir, nos estamos refiriendo a lo

que hemos llamado en este estudio como una hermenéutica normativo estructurante concretizadora, condición de posibilidad de una hermenéutica constitucional y de un efectivo control de constitucionalidad difuso de la norma.

En el ámbito del Estado social y democrático de Derecho ya no hay lugar para jueces indiferentes con las consecuencias de su actividad jurisdiccional. Dado que, si la efectividad de la Constitución es un criterio de legitimidad de la organización política actual, la jurisdicción debe tomar en consideración este criterio con ocasión del proceso hermenéutico, so pena de que la jurisdicción responda políticamente por la pérdida de legitimidad del ordenamiento jurídico.

Con respecto a la evidente responsabilidad política del juez dentro de una democracia constitucional garantizada por la jurisdicción, lo que verificamos en la realidad de España es un déficit de comprensión sobre el sistema de justicia constitucional y, principalmente, de la jurisdicción constitucional ordinaria o, en otras palabras, de una ausencia de pre-comprensión adecuada de una democracia constitucional o, incluso, del mantenimiento de una pre-comprensión de otro tiempo, que no contempla la existencia de una hermenéutica normativo estructurante concretizadora concebida como condición de posibilidad de una hermenéutica constitucional capaz de proporcionar las condiciones necesarias y suficientes para el desarrollo de un control de constitucionalidad difuso de la norma.

La pre-comprensión se presenta como la primera condición de posibilidad de comprensión del fenómeno jurídico. Es decir, los posibles sentidos de la norma que va a ser comprendida, interpretada y aplicada al caso concreto, en una palabra, *applicatio*, están limitadas a las

posibilidades de sentido permitidas por la pre-comprensión del intérprete – horizonte hermenéutico – razón por la cual Konrad Hesse afirmará que la pre-comprensión es una cuestión de la teoría constitucional.

Planteada la cuestión en estos términos, tenemos que la pre-comprensión del juez, en cuanto teoría adecuada de democracia constitucional, es la condición primera e indispensable para la realización del proyecto constitucional plasmado en la Constitución de 1978. La transformación de este proyecto (*deber ser*), en realidad palpable y accesible al ciudadano en su día a día (*ser*), es una misión esencial de la jurisdicción constitucional ordinaria, responsable del 99,90% de los procesos en tramitación en el Poder Judicial de España, que se instrumentaliza mediante el control de constitucionalidad difuso de la norma y de la tutela de los derechos fundamentales.

Así, apenas para ilustrar la dificultad de este diálogo o de incompreensión entre la academia y la praxis judicial es suficiente dar una rápida ojeada en la forma con que están planificadas y organizadas las oposiciones para la carrera de juez y fiscal en España (2015). Pues bien, a partir de una simple lectura de las bases de la convocatoria para el proceso de selección, verificamos que de las 100 cuestiones objetivas del primer ejercicio solamente 10 están destinadas al Derecho Constitucional – y sólo 1 al Derecho Procesal Constitucional –, mientras que 40 son dedicadas al Derecho Civil, 30 al Derecho Penal y otras 20 al Derecho Procesal (Civil y Penal). Y, además, como si este dato cuantitativo ya no fuera suficiente para revelar el déficit de contenido constitucional del concurso, de los 10 temas que se deben de abordar oralmente en el segundo y tercer ejercicios, sólo uno se refiere al Derecho

Constitucional⁸⁵². Por lo tanto, a partir de un análisis puramente estadístico, la disciplina de Derecho Constitucional corresponde precisamente al 10% del contenido exigido en los tres ejercicios, lo que revela que se trata de un proceso selectivo dirigido y preocupado por el conocimiento más de los códigos que de la Constitución. Parece que lo que realmente es importante y sienta la diferencia para la función jurisdiccional es el conocimiento del Derecho codificado, dentro de una concepción del ordenamiento jurídico en el cual los códigos valen más que la Constitución o, incluso, dicho de otra manera, la Constitución debe ser leída a partir de los códigos.

Además de esta reducida presencia cuantitativa de la disciplina de Derecho Constitucional en el examen de selección, a partir de una breve lectura de las 10 cuestiones realizadas acerca del Derecho Constitucional, se constata que todas las preguntas y respuestas, sin ninguna excepción, poseen un claro carácter dogmático, no exigiendo, por lo tanto, más que un lector dotado de una buena capacidad de memorización del texto de la Constitución para resolver las cuestiones. En otras palabras, además del reducido número de cuestiones relacionadas con el Derecho Constitucional, las preguntas que son relevantes y podrían aportar alguna diferencia para el sistema de justicia constitucional español, es decir, las que deberían haber sido realizadas para traer a la luz el verdadero conocimiento y dominio del candidato acerca de la teoría constitucional plasmada en la Constitución de 1978, simplemente han sido silenciadas por los órganos responsables de realizar el proceso selectivo⁸⁵³.

⁸⁵² Cfr. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-Carrera-Judicial--Jueces-y-Fiscales/Convocatorias-en-curso/Acceso-a-la-carrera-judicial--Juez---Fiscal-2015--Bases-de-las-convocatoria--B-O-E--de-30-01-2015->, Consultado el 19/06/2015.

⁸⁵³ Cfr. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-Carrera-Judicial--Jueces-y-Fiscales/Convocatorias-en-curso/Acceso-a-la-carrera-judicial--Juez---Fiscal->

Por último, una vez más, analizando los datos estadísticos de los jueces en práctica correspondiente a la 66ª Promoción del Curso 2014/2016, es posible constatar que de los candidatos aprobados y seleccionados en la oposición el 56% nunca trabajaron, y que el 28% ya trabajaron, pero no en el área jurídica. Es decir, del total de candidatos aprobados, el 84% nunca trabajaron en el área jurídica. Y, para concluir, otro dato interesante más, es de estos candidatos aprobados, el 42% no consultan, ni tampoco saben consultar una base de datos jurídica⁸⁵⁴.

Ante esta constatación, es decir, que el Derecho Constitucional, a pesar de su relevancia académica y práctica desde la segunda posguerra, no tiene un peso mayor que el 10% de las informaciones dogmáticas aprehendidas por el aspirante al cargo de juez o fiscal, volvemos a la pre-comprensión y a la necesidad de una adecuada teoría constitucional. En cuanto, por un lado, la academia manifiesta por doquier la aparición de un nuevo paradigma constitucional a partir de la segunda posguerra – por lo tanto, ya no es tan nuevo, puesto que tiene más de 60 años – por otro, las instituciones responsables de los procesos selectivos para las carreras jurídicas continúan repercutiendo y reproduciendo un paradigma de otro tiempo en el cual se creía que el Derecho estaba contenido en los códigos y la Constitución no pasaba de ser una proclamación política de buenas intenciones. El mensaje subliminar transmitido por las instituciones a quienes que aspiran al cargo de juez y fiscal está clara y es una sola: estudien los códigos – estadísticamente es posible aprobar sin estudiar el Derecho Constitucional. En estas circunstancias, después de este punto de partida equivocado, podríamos afirmar, sin miedo a errar, que los

[2015--Desarrollo-de-las-pruebas---Preguntas-que-conformaron-el-primer-ejercicio-de-la-oposicion,](#)

Consultado el 19/06/2015.

⁸⁵⁴ Cfr. [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Formacion-Judicial/Formacion-inicial/Estadisticas/Datos-Estadisticos-66-Promocion-Curso-2014-2016,](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Formacion-Judicial/Formacion-inicial/Estadisticas/Datos-Estadisticos-66-Promocion-Curso-2014-2016)

Consultado el 19/06/2015.

cursos de la Escuela Judicial o del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia llegan tarde en el proceso de selección – porque llegan a la práctica después de la selección ya concluida – y con un enorme desafío hacia adelante, intentando demostrar un valor o una importancia por algo que el proceso selectivo no ha sido capaz de realizar.

La forma de selección de los futuros jueces en la que la comprensión sobre una teoría adecuada de Constitución es un tema absolutamente irrelevante, repercute directamente sobre todo el sistema de garantía jurisdiccional de la Constitución y, por consiguiente, en la actuación de la jurisdicción constitucional ordinaria y, concretamente, en la efectividad del control de constitucionalidad difuso de la norma.

Como hemos tenido la oportunidad de ver, el control de constitucionalidad difuso de la norma, mediante la interpretación conforme a la Constitución, se da en el ejercicio de las funciones constitucionales de la jurisdicción constitucional ordinaria en su forma positiva, siempre que sea posible construir al menos una norma constitucional a partir del programa normativo sometido al control. En la situación hermenéutica en la que no es posible ni siquiera la construcción de una norma constitucional, otra alternativa será inevitablemente la necesaria instauración de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Así, tomando en consideración que la utilización legítima del principio hermenéutico de interpretación conforme a la Constitución está limitada por las posibilidades semánticas del programa normativo, el proceso constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad pasa a ser el único instrumento procesal en esos casos.

Por lo tanto, teniendo en cuenta, por un lado, la elevada cantidad de procesos en trámite en el Poder Judicial de España y, también, las inherentes restricciones del uso legítimo de la interpretación conforme a la

Constitución, siempre presente en todo y cualquier proceso, y, por otro lado, el reducido número de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los jueces y los tribunales (IV.2.2.2), constatamos la existencia de un déficit de control de constitucionalidad difuso de la norma en la actuación de la jurisdicción constitucional ordinaria, lo que termina por reflejar la adecuación o inadecuación de las decisiones judiciales ante la Constitución. Dicho de otra forma, el déficit de control de constitucionalidad difuso de la norma empieza desde el proceso de selección de los jueces, que no da al Derecho Constitucional su debido valor e importancia en la selección y formación de los futuros jueces, lo que explica, en buena medida, la casi inexistencia del uso de la cuestión de inconstitucionalidad como proceso constitucional de defensa de la Constitución y depuración del ordenamiento jurídico de posibles inconstitucionalidades.

Una vez comprobada la inoperancia del control de constitucionalidad difuso de la norma en el sistema de justicia constitucional español, con respecto a las herramientas puestas a disposición del intérprete, observamos que el elemento decisivo acerca de una mayor o menor eficiencia del sistema de garantía jurisdiccional no está tanto en el sistema en sí y su instrumental puesto a disposición, sino en la pre-comprensión del intérprete acerca de este mismo sistema, lo que puede llevarnos a otra conclusión.

Es decir, en efecto poca o ninguna importancia existe si en el sistema de justicia constitucional – pensando siempre en las democracias constitucionales de Europa y Latino-América – prevalecen los instrumentos procesales típicos de un sistema concentrado de control de constitucionalidad o de un sistema difuso o, incluso, si estamos ante un sistema mixto en el cual ambos elementos se presentan entrelazados. La cuestión de fondo y que realmente parece marcar toda la diferencia ante

la efectividad del sistema de garantía jurisdiccional está en la comprensión constitucional que los intérpretes de estos sistemas tienen sobre la función jurisdiccional. Y ello porque, aunque el sistema pueda ser pródigo en instrumentos procesales de control de constitucionalidad y de defensa de los derechos fundamentales, no servirá de nada si no son activados por el intérprete, lo que solamente sucederá en el caso de que este intérprete tenga un previo compromiso constitucional o un deber constitucional, mediante el cual, en primer lugar, asuma la tarea propuesta por la Constitución como propia, en detrimento de todas las fuerzas contrarias, incluyendo la propia conciencia y, en segundo lugar, asuma el deber de concretar la respuesta (la norma) conforme a la Constitución, mediante una decisión adecuadamente fundamentada. Pues bien, volvemos al principio, es decir, a la pre-comprensión y a la necesidad de una teoría constitucional.

Si bien es posible afirmar la existencia de este déficit de control de constitucionalidad difuso de la norma en el sistema de justicia constitucional de España, tal constatación no implica, asimismo, negar la incidencia de muchas decisiones judiciales arbitrarias y discrecionales o marcadas por el activismo judicial en la acepción negativa de la palabra propuesta por Dworkin, adoptada en esta investigación, puesto que es siempre bueno recordar que la discrecionalidad es un elemento integrante de la estructura del positivismo jurídico.

Por lo tanto, es posible comprobar que la relación entre un mayor control de constitucionalidad difuso de la norma, derivado de una Constitución garantizada por la jurisdicción, y el fenómeno del activismo judicial es sólo contingente y no necesario, ya que a pesar del inexistente control de constitucionalidad difuso de la norma en el ámbito de la jurisdicción ordinaria en España, el activismo judicial se presenta con fuerza en las decisiones de los jueces y tribunales. Como ya hemos

constatado, la discrecionalidad judicial, presente tanto en la elección de la mejor respuesta a partir de la propia conciencia del intérprete, como en la vulneración de los límites semánticos del programa normativo o, también, en la búsqueda de las mejores respuestas fuera del Derecho, no son características intrínsecas al control de constitucionalidad difuso de la norma propuesto en esta investigación, ya que el ejercicio del control de constitucionalidad difuso de la norma, una vez respetadas la integridad y la coherencia del Derecho (Dworkin), así como la tradición auténtica de una dada democracia constitucional (Gadamer), no potencia la discrecionalidad judicial, porque la integridad con la tradición auténtica actúan como criterio de control del poder hermenéutico, alejando o, al menos, reduciendo considerablemente el relativismo hermenéutico, convirtiendo en sin sentido toda la polémica sobre el hecho de que los jueces descubran o creen el Derecho. Y, también, porque la idea de la integridad del Derecho sugiere que los jueces hacen las dos cosas y ninguna de ellas al mismo tiempo y que el Derecho es al mismo tiempo producto de la interpretación y también fuente de inspiración.

Dado que, como ya sentamos en la líneas anteriormente, escoger la mejor respuesta conforme a la conciencia del intérprete no es lo mismo que decidir de acuerdo con la Constitución, esto porque el adecuado uso del principio hermenéutico de la interpretación conforme a la Constitución, para que no incida en una actuación ilegítima y, por tanto, antidemocrática, precisa, necesariamente, mantenerse dentro de los límites semánticos del programa la norma; es decir, el mismo deber constitucional que justifica y acciona el control de constitucionalidad en nombre de la Constitución, también exige la autorrestricción hermenéutica en nombre de la democracia. Por consiguiente, decidir conforme a la Constitución dentro de estos límites constitucionales, presupone la construcción de una decisión fundamentada y adecuada a la Constitución.

La cuestión central, finalmente, no está tanto sobre quién deba controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, si un tribunal *ad hoc* o si los jueces y los tribunales, sino en cómo se controla o en cómo las decisiones judiciales deben ser adoptadas en una democracia constitucional garantizada por la jurisdicción. En este sentido, conviene siempre recordar que, si por un lado, el juez está obligado a motivar o justificar de forma fundamentada sus decisiones, por otro significa que el ciudadano es el titular de un derecho fundamental con respecto a una decisión judicial legítimamente motivada o a una decisión conforme a la Constitución. Por lo tanto, la motivación judicial es más que simplemente la aclaración de cualquier motivación, es la concreción de un derecho fundamental.

La legitimidad de ejercicio de la jurisdicción constitucional ordinaria se da en la aclaración de la fundamentación de la decisión judicial, mediante argumentos jurídicos que protegen la integridad del Derecho en una determinada tradición constitucional. Como hemos indicado, si existe, por un lado, el deber constitucional del juez de explicitar la fundamentación de la decisión judicial, por otro, resulta que existe, también, el derecho fundamental con respecto a una decisión constitucionalmente adecuada o conforme a la Constitución.

Para concluir, es preciso llevar el Derecho Procesal Constitucional en serio. Puesto que, de lo contrario estaremos perjudicando la fuerza transformadora de la Constitución. En tiempos de crisis y de severos ataques al Estado social y democrático de Derecho, la supremacía normativa de la Constitución y el control de constitucionalidad difuso de la norma deben servir de instrumentos de resistencia constitucional tanto para la preservación de los derechos fundamentales, como para dar continuidad a la concreción del proyecto constitucional de Estado y sociedad plasmado en la Constitución de 1978.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEGISLACIÓN

Alemania

Constitución de Weimar de 1919
Ley Fundamental de Bonn de 1949

Austria

Constitución de la Austria de 1867
Constitución de la Austria de 1920

España

Constitución de España de 1931
Constitución de España de 1978
Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1933
Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979
Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985

Francia

Constitución de Francia de 1791
Constitución de Francia de 1793
Constitución de Francia de 1795
Constitución de Francia de 1958
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789
Declaración de los Derechos del Hombre de 1793
Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1795

Italia

Constitución de Italia de 1947

Ley constitucional nº 1/1948

Ley constitucional nº 1/1953

Ley nº 87/1953

Suiza

Constitución de Suiza de 1874

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (España)

Auto 60/1981, Sección Segunda Del TC, 17/06/1981.

Auto 69/1983, Pleno Del TC, decisión de 17/02/1983.

Auto 875/1985, Pleno Del TC, BOE 5/12/1985.

Auto 145/1993, Pleno Del TC, BOE 04/05/1993.

Sentencia 4/1981, Pleno Del TC, BOE 24/02/1981.

Sentencia 5/1981, Pleno Del TC, BOE 24/02/1981.

Sentencia 11/1981, Pleno Del TC, BOE de 25/04/1981.

Sentencia 14/1981, Pleno Del TC, 29/04/1981.

Sentencia 17/1981, Pleno Del TC, BOE 16/06/1981.

Sentencia 18/1981, Sala Primera Del TC, BOE 16/06/1981.

Sentencia 21/1981, Sala Primera Del TC, BOE 07/07/1981.

Sentencia 25/1981, Pleno Del TC, BOE 13/08/1981.

Sentencia 34/1981, Pleno Del TC, BOE de 19/11/1981.

Sentencia 12/1982, Pleno Del TC, BOE 21/04/1982.

Sentencia 18/1982, Pleno de TC, decisión de 04/05/1982.

Sentencia 19/1982, Sala Segunda Del TC, BOE 18/05/1982.

Sentencia 27/1982, Sala Segunda Del TC, BOE 09/06/1982.

Sentencia 35/1982, Pleno Del TC, decisión de 14/06/1982.

Sentencia 56/1982, Sala Segunda Del TC, BOE 18/08/1982.

Sentencia 62/1982, Sala Primera Del TC, BOE 17/11/1982.

Sentencia 5/1983, Pleno Del TC, BOE 09/03/1983.

Sentencia 8/1983, Sala Segunda Del TC, BOE 23/03/1983.

Sentencia 19/1983, Sala Primera Del TC, BOE de 12/04/1983.
Sentencia 122/1983, Sala Primera Del TC, BOE 11/01/1984.
Sentencia 18/1984, Sala Primera Del TC, BOE 09/03/1984.
Sentencia 22/1984, Sala Segunda Del TC, BOE 09/03/1984.
Sentencia 47/1984, Sala Primera Del TC, BOE 25/04/1984.
Sentencia 50/1984, Sala Segunda Del TC, BOE de 25/04/1984.
Sentencia 83/1984, Pleno Del TC, BOE 24/08/1984.
Sentencia 126/1984, Sala Primera Del TC, BOE de 11/01/1985.
Sentencia 21/1985, Pleno Del TC, BOE 05/03/1985.
Sentencia 22/1985, Sala Segunda Del TC, BOE de 05/03/1985.
Sentencia 53/1985, Pleno Del TC, BOE 18/05/1985.
Sentencia 77/1985, Pleno Del TC, BOE 17/07/1985.
Sentencia 90/1985, Sala Primera Del TC, BOE 14/08/1985.
Sentencia 94/1986, Pleno Del TC, BOE 22/07/1986.
Sentencia 108/1986, Pleno Del TC, decisión de 29/07/1986.
Sentencia 148/1986, Pleno Del TC, BOE 10/12/1986.
Sentencia 35/1987, Sala Primera Del TC, BOE 14/04/1987.
Sentencia 196/1987, Pleno Del TC, BOE 08/01/1988.
Sentencia 23/1988, Sala Primera Del TC, BOE 18/03/1988.
Sentencia 67/1988, Sala Primera Del TC, BOE 05/05/1988.
Sentencia 105/1988, Pleno Del TC, BOE 25/06/1988.
Sentencia 253/1988, Sala Segunda Del TC, BOE de 13/01/1989.
Sentencia 45/1989, Pleno Del TC, BOE 02/03/1989.
Sentencia 88/1989, Pleno Del TC, decisión de 11/05/1989.
Sentencia 59/1990, Sala Primera Del TC, BOE 04/05/1990.
Sentencia 78/1990, Sala Primera Del TC, BOE de 30/05/1990.
Sentencia 103/1990, Sala Segunda Del TC, BOE de 05/07/1990.
Sentencia 142/1990, Pleno Del TC, BOE 23/10/1990.
Sentencia 157/1990, Pleno Del TC, BOE 08/11/1990.
Sentencia 64/1991, Sala Primera Del TC, BOE 24/04/1991.
Sentencia 76/1992, Pleno Del TC, BOE 16/06/1992.
Sentencia 222/1992, Pleno Del TC, BOE de 19/01/1993.
Sentencia 341/1993, Pleno Del TC, BOE de 10/12/1993.
Sentencia 66/1995, Sala Segunda Del TC, BOE 13/06/1995.
Sentencia 55/1996, Pleno Del TC, BOE 27/04/1996.
Sentencia 76/1996, Pleno Del TC, BOE 31/05/1996.
Sentencia 58/2004, Sala Segunda Del TC, BOE 18/05/2004.
Sentencia 194/2006, Sala Segunda Del TC, BOE 20/07/2006.

Sentencia 78/2010, Pleno Del TC, BOE 18/11/2010.

Sentencia 27/2013, Sala Primera Del TC, BOE 12/03/2013.

Sentencia 185/2014, Pleno Del TC, BOE 04/12/2014.

Tribunal de Estado del Reich (Alemania)

Sentencia de 15 de octubre de 1927.

Sentencia de 17 de noviembre de 1927.

Sentencia de 25 de octubre de 1932.

Tribunal del Reich (Alemania)

Sentencia de 4 de noviembre de 1925.

Supremo Tribunal Federal (Brasil)

Representación 1417, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Moreira Alves, Pleno, decisión de 09/12/1987.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Asunto C-283/81, Cilfit y Lanificio di Gavardo SPA contra Ministero della Sanità, Sentencia Del Tribunal de Justicia de 6/10/1982.

Asunto C-314/85, Foto-Frost contra Hauptzollamt Lübeck-Ost, Sentencia Del Tribunal de Justicia de 22/10/1987.

Tribunal Supremo (España)

STS 2745/1992.

STS 4647/1996.

STS 5260/1996.

STS 6084/1997.

STS 3754/2002.

STS 2345/2004.

STS 6137/2005.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU DALARI, Dalmo de, *A Constituição na vida dos povos, Da Idade Média ao século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2010.

ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.

AJA, Eliseo y GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, "Conclusiones generales", en AJA, Eliseo (Ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 257-291.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 1947.

ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", trad. Manuel Atienza, en *Doxa* nº 5, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, pp. 139-151.

_____, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 2004.

_____, *Constitucionalismo Discursivo*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, livraria Do Advogado, 2007.

_____, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.

ALMAGRO NOSETE, José, "Hermenéutica constitucional", en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, T. VI, FERRER MAC-

GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.), México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2008, pp. 3-19.

ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, a Política e a História*, Lisboa, Editora Presença, imp. 1977.

AMASA WALKER, Francis, *The Making of a Nation 1783-1817*, New York, Scribner, 1895.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, "El juez del Título Preliminar (La justicia del "Estado de Derecho" en la crisis del "Estado social")", en *Jornadas de Estudio sobre El Título Preliminar de la Constitución*, Vol. I, Madrid, Centro de Publicaciones, 1988, pp. 635-650.

_____, "Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria", LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Alemania, Francia, España e Italia, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense y Civitas, 1991, pp. 147-153.

_____, "Garantía judicial de los derechos humanos", en *Claves de razón práctica*, nº 90, Madrid, marzo/1999, pp. 10-17.

_____, "Prólogo", en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías; La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, pp. 9-13.

ANTÓN, Joan, "El liberalismo", en CAMINAL BADIAL, Miquel (Ed.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 1999.

ANTONIO SEOANE, José, y RIVAS, Pedro, *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, Comares, Granada, 2005.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel, "La aplicación de la Constitución por los Jueces y la determinación del objeto de amparo constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 3, mayo-agosto/1989, pp. 47-85.

ARA PINILLA, Ignacio, *El fundamento de los límites al poder en la teoría del Derecho de León Duguit*, Madrid, Dykinson, 2006.

_____, "Positivismo jurídico y Constitución", en ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel y BRAVO DE LAGUNA, Juan Hernández (Coords.), *Estudios sobre la Constitución Española, Libro Homenaje a Gumersindo Trujillo Fernández*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 55-82.

ARAGÓN REYES, Manuel, "La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, enero-abril/1981, pp. 185-205.

_____, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, Madrid, enero-abril/1987, pp. 15-52.

_____, "La función legislativa de los parlamentos y sus problemas actuales", en GARRORENA MORALES, Ángel (Ed.), *El parlamento y sus transformaciones actuales; Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 129-143.

_____ et al, "Constitución y Derechos fundamentales", en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, vol. 1, Murcia, Universidad de Murcia, 1997, pp. 91-107.

_____ et al, "El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad", en *La vinculación del juez a la ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 1, Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado 1997, pp. 179-202.

_____ et al, "La democracia constitucional", en *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 95-124.

_____, "La democracia constitucional", en *Constitución y constitucionalismo hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pp. 93-124.

_____, "La constitución como paradigma", en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 29-40.

_____, "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en HÄBERLE, Peter y GARCÍA BELAUDE, Domingo (Coords.), *El control del poder, Homenaje a Diego Valadés*, T. II, México, Universidad Autónoma de México - UNAM, 2011, pp. 217-251.

ARBOS, Xavier, "La crisis de la regulación estatal", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 71, enero-marzo/1991, pp. 259-280.

ARISTÓTELES, Politics, III, Project Gutenberg EBook of Politics, http://www.gutenberg.org/files/6762/6762-h/6762-h.htm#link2H_4_0031, Consultado el 23/05/2015.

ARNAUD, André-Jean, "Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)", en *Doxa* nº 15-16, Alicante, Universidad de Alicante, 1994, pp. 993-1012.

Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana, Selección e introducción de Ignacio Sánchez-Cuenca y Pablo Lledó, Madrid, Alianza, 2002.

ASÍS ROIG, Rafael, "Sobre la interpretación de la Constitución", en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.), México, Universidad Autónoma de México - UNAM, 2008, pp. 211-230.

ATIENZA, Manuel, "Los límites de la interpretación constitucional", en *Isonomía*, nº 6, Alicante, Universidad de Alicante, abril/1997, pp. 7-28;

_____, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Tecnos, 1997.

AVILA SANTAMARÍA, Ramiro, *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*, Ecuador, Universidad Andina Simón Bolívar – Digital, 2012.

AYRES BRITTO, Carlos, *O Humanismo como categoría constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1985.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "El Estado social y democrático de Derecho: significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social", en MONEREO PÉREZ, José Luis *et al* (Dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España* Granada, Comares, 2002, pp. 89-113.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.

BARATTA, Alessandro, "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", en *Sistema*, nsº 17-18, Madrid, abril/1977, pp. 11-23.

BARCELLONA, Pietro, "Los sujetos y las normas: El concepto de Estado social", en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 29-47.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, *El control democrático del poder judicial en España*, Curitiba/Brasil, Moinho do Verbo, 1999.

_____, “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”, en Rodilla González; Miguel Ángel; José Antonio. Ramos Pascua (Coordinadores) *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en Homenaje a J. Delgado Pinto. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2006, pp.781-802.

_____, “Temi di Teoria Giuridica: l'interpretazione della Costituzione e dei diritti fondamentali”, en *Annali del Seminario Giuridico*, Università degli Studi di Catania, Vol. V (2005-2006), Milano, Giuffré Editore, 2007, pp.17-86.

_____, “Algunos dilemas sobre la jurisdicción constitucional”, en *Revista do Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul*, nº 34, Santa Cruz do Sul, julio-diciembre/2010, pp. 134-154, disponible en: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1812>.

_____, “De la interpretación jurídica a la hermeneútica constitucional: el criterio de la interpretación evolutiva del Tribunal constitucional español”, en *Revista Jurídica do Cesuca*, Vol. 2, nº 3, Porto Alegre, Faculdade de Cesuca, julio/2014, pp. 23-43, disponible en: <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica>.

_____, “El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad” en *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Vol. 59, nº 1, Curitiba, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014, pp. 145-178, disponible en: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/36352>.

_____, “De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales: reflexiones a la luz de algunas sentencias”, en BELLOSO MARTÍN, Nuria, TARSO RODRIGUES, Saulo y LOBATO, Anderson (Orgs.), *Democracia, Justiça Constitucional e novos direitos. Algumas reflexões desde o direito comparado*, Rio Grande, Editora Universidade Federal de Rio Grande, 2015, no prelo.

_____, “Las posibilidades de un diálogo entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Especial referencia al neoconstitucionalismo judicial” presentada en el *II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, “DERECHO CONSTITUCIONAL JUDICIAL, actualidad y perspectiva”*. Homenaje al Dr. Germán Bidart Campos, celebrado en la Universidad del Salvador (USAL) –Buenos Aires – Argentina, entre los días 25 al 28 de agosto de 2015. (Cedido gentilmente antes de su publicación).

BELLVER CAPELLA, Vicente, "La dimensión prestacional de los derechos fundamentales en el estado social de derecho", en *Revista General de Derecho*, nº 642, Valencia, marzo/1998, pp. 1881-1899.

BENDA, Ernesto *et al*, "El Estado social de Derecho", en *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, pp. 487-559.

BERGER, Raoul, *Congress v. The Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1969.

BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1988.

BIDART CAMPOS, German *et al*, "La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho)", en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, T. II, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM) y Servicio Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense de Madrid), 2001, pp. 703-734.

BILBAO UBILLOS, Juan María, "En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?", en WOLFGANG SARLET, Ingo (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 299-338.

BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, T. II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

_____, Carlos, *Justiça Constitucional, Garantia da Constituição e Controlo da constitucionalidade*, T. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

BLANCO VALDÉS, Roberto L., "La ley y el legislador", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XIII, 1996, pp. 57-63.

_____, *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.

BOBBIO, Norberto, "Sul positivismo giuridico", en *Rivista di filosofia*, LII, 1961, pp. 14-34.

_____, *Locke e il diritto naturale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1963.

_____, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza & Janés, 1985.

_____, “La razón en el Derecho”, en *Doxa*, nº 2, Alicante, Universidad de Alicante, 1985, pp. 17-26.

_____, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.

BODIN DE MORAES, Maria Celina, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, en WOLFGANG SARLET, Ingo (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, pp.105-147.

BODIN, Jean (1576), *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 1985.

BOLLES, Albert, *The Financial History of the United States from 1774 to 1789*, Augustus M. Kelley, New York, 1969.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis e RIBAS DO NASCIMENTO, Valéria, *Constitucionalismo e cidadania por uma jurisdição constitucional democrática*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____, *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*, 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____ e LOPES SALDANHA, Jânia Maria, “A “justiça” da cosmopolitização e a cosmopolitização da Justiça”, en BOLZAN DE MORAIS, José Luis e MAGALHÃES BARROS, Flaviane (Coords.), *Novo constitucionalismo latino-americano, O debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014, pp. 77-99.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

_____, *Do Estado liberal ao Estado social*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOUZA-BREY, Luis, “El poder y los sistemas políticos”, en CAMINAL BADIAL, Miquel (Ed.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 1999.

C. VILE, M. J., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

CAAMAÑO, Francisco, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, “El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 88, Madrid, enero-abril/2010, pp. 39-81.

CABO MARTÍN, Carlos, *sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.

CALSAMIGLIA, Albert, “Postpositivismo”, *Doxa* nº 21, Vol. I, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, pp. 209-220.

CALVO GARCÍA, Manuel, “Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 3, 1986, pp. 101-131.

CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

_____, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, en *Ius Et Praxis*, año 4, nº 1, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad de Talca, 1998, pp.11-45.

_____, “La interpretación constitucional como modalidad del control del poder”, en HÄBERLE, Peter y GARCÍA BELAUDE, Domingo (Coords.), *El control del poder, Homenaje a Diego Valadés*, T. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM, 2011, pp. 235-258.

CAPELLA, Juan-Ramón, “La crisis del “Estado del Bienestar” en la crisis de la civilización”, en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 177-198.

CAPPELLETTI, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘Justicia Constitucional’”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, Madrid, mayo-agosto/1986, pp. 29-46.

_____, “El control de la constitucionalidad de las leyes: su expansión mundial y legitimidad democrática”, en *Ius et Praxis*, nº 24, Lima, Universidad de Lima, diciembre/1994, pp. 184-191.

_____, y GARTH, Bryant, *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., trad. Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARBONELL, Miguel, "El neoconstitucionalismo en su laberinto", CARBONELL, en Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 9-12.

CARBONELL, Miguel, "Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina", en *Precedente Revista Jurídica*, Cali, Universidad ICESI, 2010, pp. 207-225, disponible en:

<http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1449>, Consultado el 22/05/2015.

CARDUCI, Michele, *Por um Direito constitucional altruísta*, Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2003.

CARLÓN RUIZ, Matilde, *La cuestión de la ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Madrid, Civitas, 2005.

CARPIO MARCOS, Edgar, "Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)", en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, pp. 155-174.

CARPISO, Enrique, "Reflexiones en torno a la interpretación actual de la Constitución", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 11, enero-junio/2009, pp. 125-147.

CARRILLO, Marc, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

_____, "La aplicación judicial de la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 71, mayo-agosto/2004, pp. 73-102.

CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis y GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael, "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", en *Revista de Documentación Administrativa*, nº 188, Instituto Nacional de Administración Pública, 1980, pp. 183-232.

CASCAJO CASTRO, José Luis, "La lucha por el Estado de Derecho", en *Sistema*, nsº 17-18, Madrid, abril/1977, pp. 159-173.

_____, “La voz “Estado social y democrático de Derecho”: materiales para un léxico constitucional español”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 12, mayo-agosto/1992, pp. 9-23.

_____, “El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, pp. 115-138.

_____, “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. VI, *Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.), México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2008, pp. 197-210.

CASTANHEIRA NEVES, A., “Fontes do Direito”, en *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. II, Lisboa, 1984, pp. 1511-1578.

_____, *Metodologia Jurídica, Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

COLOM i PASTOR, Bartoloméu, “Reglamentos independientes y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nsº 40-41, 1984, pp. 239-248.

COMANDUCCI, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa*, nº 21, vol. II, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, pp. 89-104.

_____, “Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. Miguel Carbonell, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 75-98.

_____, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 41-67.

CONSTANT, Benjamín, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

CORTINA, Adela, “Democracia; El dogma de nuestro tiempo”, en *Claves de razón práctica*, nº 29, Madrid, enero-febrero/1993, pp. 25-32.

_____, “Del Estado de bienestar al Estado de justicia”, en *Claves de razón práctica*, nº 41, Madrid, abril/1994, pp. 12-20.

CORZO SOSA, Edgar, "Relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en España", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 78, septiembre-diciembre/1983.

_____, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

DANTAS, Ivo, *Novo processo constitucional brasileiro*, Curitiba, Juruá, 2010.

DE LA QUADRA, Tomás, "La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica", en LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.), *División de poderes e interpretación, Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 132-145.

DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban, "El principio de primacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales: su cuestionamiento por la sala primera del Tribunal Supremo", en PÉREZ TREMP, Pablo (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 633-670.

_____, "La responsabilidad del juez por la aplicación de la ley", en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (Coord.), *El poder judicial, VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2009, pp. 441-474.

DÍAS, Elías, "El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978", en *Sistema*, nº 41, Madrid, 1981, pp. 41-86.

_____, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1986.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____, "Tipologías y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español", en PÉREZ TREMP, Pablo, *La Reforma del Tribunal Constitucional actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 149-176.

DÍEZ-PICAZO, Luis, "Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad", en *Revista Española de Derechos Constitucional*, nº 13, enero-abril/1985, pp. 147-156.

_____, "Constitución, ley, juez", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, Madrid, septiembre-diciembre/1985, pp. 9-23.

_____, "Constitucionalidad, derecho comunitario europeo y jurisdicción ordinaria", en *División de poderes e interpretación*, LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.), Madrid, Tecnos, 1987, pp. 82-89.

DORADO PORRAS, Javier, *La lucha por la Constitución, Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. J. G. Acuña, Francisco Beltrán, Madrid, 1921.

_____, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. Pablo Pérez Trepms, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.

_____, *O império do direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

EISENMANN, Charles, *l'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*, Paris, Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1933.

ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

_____, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

FALCÓN Y TELLA, María José *et al*, "Constitución Española de 1978 y Estado social y democrático de Derecho", en *El Estado de Derecho en la España de hoy. Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Actas, 1996, pp. 169-235.

FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho 3, Siglos XIX y XX*, Madrid, Pirámide, 1996, pp. 15-27.

FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994.

FERNANDES CAMPILONGO, Celso, *Direito e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 1997.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria, Atelier, Barcelona, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución”, *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 8, nº 2, 1999, pp. 97-120;

_____, “La obsolescencia de la bipolaridad “modelo americano – modelo europeo kelseniano” como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa”, en *Parlamento y Constitución*, nº 6, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Catilla-La Mancha, 2002, pp. 9-73.

_____, “Algunos aspectos de la reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España”, en HÄBERLE, Peter y GARCÍA BELAUDE, Domingo (Coords.), *El control del poder, Homenaje a Diego Valadés*, T. II, México, Universidade Autónoma do México - UNAM, 2011, pp. 217-251.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado social”, en *Revista Española de Derecho constitucional*, nº 69, Madrid, septiembre/diciembre, 2003, pp. 139-180.

FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Geraldo (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

_____, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 2ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001.

_____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, DE CABO, Antonio y PISARELLO, Geraldo (Eds.), Madrid, Trotta, 2001.

_____, “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”, en _____ *et al* (Org.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo, um debate com Luigi Ferrajoli*, trad. André Karam Trindade, Porto Alegre, livraria Do Advogado editora, 2012, pp. 8-68.

FERRARIS, Maurizio, *História de la hermenêutica*, trad. Jorge Pérez de Tudela, Madrid, Akal, 2000.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Pensar o Direito, Do realismo clássico à análise mítica*, T. I, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

_____, *Teoria da Constituição, Mitos memórias, conceitos*, T. I, Lisboa, Verbo, 2002.

_____, "Princípios-Tópicos de Hermenêutica Constitucional", en *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Vol. 4, Belo Horizonte, Editora Forum, outubro-dezembro/2007, pp. 153-175.

_____, *Direito Constitucional Anotado*, Lisboa, Quid Juris? – Sociedade Editora Ltda., 2008.

_____, *Geografia Constitucional, Sistemas juspolíticos e globalização*, Lisboa, Quid Juris? – Sociedade Editora Ltda, 2009.

_____, "Do Direito Natural ao Direito Fraternal", en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 1, nº 1, São Leopoldo, Unisinos, janeiro-junho/2009, pp. 78-86, disponible en: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5138>, Consultado el 11/06/2015.

_____, "Hermenêutica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo", en QUARESMA, Regina, PAULA OLIVEIRA, Maria Lúcia de, RICCIO DE OLIVEIRA, Farlei Martins (Orgs.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Ed. Gen – Forense, 2009, pp. 615-630, disponible en: <http://works.bepress.com/pfc/55/>, Consultado el 11/06/2015.

_____, "Do constitucionalismo global", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional, Constituição e Integração*, nº 15, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional, janeiro-junho/2010, pp. 245-255.

_____, "Do Neoconstitucionalismo. Entre Práticas e Teorias", en JOÃO ANTUNES, Maria et al (Eds.), *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 1125-1140, disponible en: <http://works.bepress.com/pfc/221>.

FERREIRA MENDES, Gilmar, *Jurisdição constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

FERRELES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 40 y 45.

_____, "Una defensa de la rigidez constitucional", en CARBONELL, Miguel (Comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de os Derechos Humanos, 2002, pp. 65-87;

FIGUEIREDO DANTAS, Paulo Roberto, *Direito Processual Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, De la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal de amparo*, México, Universidade Autónoma do México - UNAM, 1955.

FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FRIEDRICH, Carl J., *La democracia como forma política e como forma de vida*, 2ª ed., trad. Santiago Martínez Haba y G. Wasserziehr de Martínez, Madrid, Tecnos, 1966.

FULLER, L.L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1991.

GALLEGO MÉNDEZ, Maria Tereza, "Estado social y crisis del Estado", en DE ÁGUILA, Rafael (Ed.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 107-138.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal constitucional", en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 3, 1999, pp. 121-156.

_____, "Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 7, 2007, pp. 139-147.

GARCÍA CUADRADO, Antonio Maria, "El control de constitucionalidad de los reglamentos", en *Actualidad Administrativa*, nº 14, 1986, pp. 809-824.

_____, *El ordenamiento constitucional. Un enfoque histórico y formal de la teoría de la constitución y de las fuentes del Derecho*, Alicante, Editorial Club Universitario, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983.

_____, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. Arnaldo Setti, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

_____, “La democracia y el lugar de la ley”, en La vinculación del juez a la ley, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1*, 1997, pp. 79-95.

_____, *La lengua de los derechos, la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 2001.

_____, *Legislación Delegada, Potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª ed., Madrid, Civitas y Thomson Reuters, 2013.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 159-186.

GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, “Poder Judicial y Estado social: Legalidad y resistencia constitucional”, en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (Ed.), *Corrupción y Estado de Derecho, El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 59-84.

GARCÍA INDA, Andrés, “Cinco apuntes sobre Derecho y postmodernidad”, en *Doxa* nº 24, Alicante, Universidad de Alicante, 2001, pp. 235-248.

GARCÍA ROCA, Javier, “Del principio de la división de poderes”, en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (Dir.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*, T. II, Madrid, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México) y Servicio de Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense de Madrid), 2001, pp. 1087-1127.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1985.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

GARRORENA MORALES, Ángel, “La ley orgánica 6/2007 y la reforma del tribunal constitucional. Notas para una crítica”, en CARRILLO, Marc (Coord.), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Valencia, tirant lo balch, 2008, pp. 215-260.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Optimismo y pesimismo en la democracia”, en *Claves de razón práctica*, nº 131, Madrid, abril/2003, pp. 24-32.

GOMES CANOTILHO, J. J., "Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade", en José Pedro Fernandes (Dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. IV, Lisboa, 1991, pp. 363-376.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J., "Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, Madrid, septiembre-diciembre/1990, pp. 93-126.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia, "La lealtad constitucional. La Constitución como orden de valores o como procedimiento", en *Revista de estudios políticos*, nº 120, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 329-350.

_____, "A propósito del control de constitucionalidad de la designación por parte de la Iglesia de los profesores de religión en la escuela pública: dos oportunidades perdidas", en *Revista general de derecho constitucional*, nº 6, 2008, p. 3.

_____, "Un supuesto de utilización de la cuestión de inconstitucionalidad para eludir la jurisprudencia legal: la otra historia de los profesores de religión", en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (Coord.), *El poder judicial, VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2009, pp. 727-754.

_____ y RUIZ-RISUEÑO MONTROYA, Francisco M., "El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)", en *Revista española de derecho europeo*, nº 54, 2015, pp. 155-183.

GUASTINI, Riccardo, "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-73.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Introdução ao direito processual constitucional*, Porto Alegre, Síntese, 1999.

_____, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 5ª ed., São Paulo, RCS Editora, 2007.

HÄBERLE, Peter, "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales (Alemania, España, Francia e Italia)*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 328-341.

_____, “Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria”, LÓPEZ PINA, Antonio (Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Alemania, Francia, España e Italia, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense y Civitas, 1991, pp. 276-277.

_____, *Le Libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. Alessandro Fusillo y Romolo W. Rossi, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993;

_____, *Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. Gilmar Ferrera Mendes, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

_____, Peter, “O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional”, en *sub iudice*, nsº 20/21, Lisboa, enero/junio/2001, pp. 33-64.

_____, *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002.

_____, “El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional Concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Rosário/Argentina, janeiro-junho/2004, pp. 15-44.

HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.

_____, “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, trad. F. J. Laporta, L. Hierro y J. R. de Parámo, *Sistema*, nº 36, mayo/1990, pp. 3-19.

_____, *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, 2000.

HEGEL, G. W. F. J., *Filosofía de la historia*, Buenos Aires, Claridad, 1976.

_____, *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1993.

HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, 15ª ed., trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback, Rio de Janeiro, Editora Vozes, 2005.

HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de la Cultura Económica, 1992.

HENNIG LEAL, Mônica Clarissa, “A noção de *status activis procesualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta”, en RENATO DOS REIS, Jorge Renato y GESTA LEAL, Rogério (Coords.), *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, T. 7, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2007, pp. 2092-2120.

HERNANDEZ MARTIN, Valeriano, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, Civitas, 1991.

HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, trad. Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____, “El texto constitucional como límite de la interpretación”, en LÓPEZ PINA, Antonio (Ed.), *División de poderes e interpretación, Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 184-185.

_____, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____, “Significado de los derechos fundamentales”, en HESSE, Konrad *et al*, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, pp. 83-115.

HOBBS, Thomas (1651), *Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 2002.

JÁUREGUI, Gurutz, “Globalización y democracia”, en *Claves de razón práctica*, nº 99, Madrid, enero-febrero/2000, pp. 12-19.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos”, en *Revista de Derecho Político*, nº 10, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1981, pp. 77-105.

_____, “El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, en RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

_____, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

K. PREUSS, Ulrich, “El concepto de los derechos y el Estado del Bienestar”, en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 65-89.

KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Madrid, Dykinson, 2005.

KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid, Alianza, 2002.

KARL VON SAVIGNY, Friedrich, *Metodología Jurídica*, trad. Hebe A. M. Caletti Marenco, Campinas, Edicamp, 2001.

KAUFFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. Gregorio Robles, Madrid, Editorial Debate, 1992.

_____, *Hermenéutica y Derecho*, OLLERO, Andrés y ANTONIO SANTOS, José, (Ed.), Granada, Editorial Comares, 2007.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, 1982.

_____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª ed., trad. Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1999.

_____, *Teoría general del Estado*, Granada, Comares, 2002.

KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*, trad. Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980.

KUHLEN, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. Nuria Pastor Muñoz, Presentación Jesús-María Silva Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2012.

LAFUENTE BALLE, José Maria, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Madrid, Colex, 2000.

LAPORTA, Francisco J., "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la Ley", en *Doxa*, nº 22, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, pp. 321-330.

_____, "El cansancio de la democracia", en *Claves de razón práctica*, nº 99, Madrid, enero-febrero/2000, pp. 20-25.

_____, "El ámbito de la Constitución", en *Doxa*, nº 24, Alicante, Universidad de Alicante, 2001, pp. 459-484.

_____, *el imperio de la ley, una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona-Caracas-México, Editorial Ariel [1980?].

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Madrid, Alianza, 1998.

LÓPEZ GUERRA, Luis, "Las dimensiones del Estado Social de Derecho", en *Sistema*, nsº 38-39, octubre/1980, pp. 171-191.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del real Colegio de España, 1975.

_____, *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1977.

_____, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural, significado, función y finalidad de una teoría de la Constitución*, San Martín de Porres (Perú), Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la USMP, 1997.

LUIZ STRECK, Lenio y BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre, livraria Do Advogado, 2000.

_____, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 3ª ed., Porto Alegre, livraria Do Advogado editora, 2001.

_____, *Verdade e Consenso*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009.

_____, *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, 2ª ed., Porto Alegre, livraria Do Advogado, 2010.

_____, "Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy", em *Revista Direito e Práxis*, Vol. 4, nº 7, 2013, pp. 343-367.

_____, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, 2014.

_____, "O ativismo e a judicialização: de como os números podem velar o fenómeno", en BOLZAN DE MORAIS, José Luis e MAGALHÃES BARROS, Flaviane (Coords.), *Novo constitucionalismo latino-americano, O debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014, pp. 144-155.

MAC-GREGOR FERRER, Eduardo, *Derecho procesal constitucional, Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

MACHADO, Jónatas, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

MAIHOFER, Werner *et al*, "Principios de una democracia en libertad", en *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, pp. 218-323.

MARCILLA, Gema, "Sobre Contribución a una teoría de la legislación de Manuel Atienza", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 11, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México – ITAM, octubre/1999, pp. 177-193.

MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., "La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del derecho comunitario (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 72, septiembre-diciembre/2004, pp. 315-346.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. "Derecho e Incertidumbres". En *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2012, pp.99-112.

MARTÍNEZ MERCADER, Juana, "La definitiva configuración territorial de Suiza en la vigente Constitución de 1874", en *Anales de Historia Contemporánea*, nº 20, Murcia, Universidad de Murcia, 2004, pp. 463-485.

MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, Consuelo *et al*, "La conculcación del Estado de Derecho: Legalidad versus Legitimidad", en *El Estado de Derecho en la España de hoy: Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Actas, 1996, pp. 237-262.

MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad*, trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1998.

MCDONALD, Forrest, *The Formation of the American Republic 1776-1790*, Cambridge, Penguin Books, 1965.

MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.

MERLIN CLÈVE, Clemerson, "Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de interação", em *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, nº 25, México, Universidade Autônoma do México - UNAM, julho-dezembro/2006, pp.

312-313 (305-316) disponible en:
<http://www.journals.unam.mx/index.php/rcj/article/view/16755>, Consultado el 11/06/2015.

MIGUEL HERRERA, Carlos, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 86, octubre-diciembre/1994, pp. 195-227.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, en *La vinculación del juez a la ley, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1*, 1997, pp. 297-326.

MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

_____, *Manual de Direito Constitucional*, T. VI, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MIRETE NAVARRO, José Luis *et al*, “La justicia social como correctora de la justicia protectora”, en *Estudios de Derecho Constitucional: Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Vol. I, Murcia, Universidad de Murcia, 1997, pp. 563-567.

MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. Mercedes Blásquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998.

MORCILLO MORENO, Juana, “El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?”, en *Revista de Administración Pública*, nº 185, Madrid, mayo-agosto/2011, pp. 227-262.

MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, 3ª ed. revista e ampliada, trad. Peter Naumann, Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

_____, *Metodologia do Direito Constitucional*, 4ª ed., trad. Peter Naumann, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____, *Teoria Estruturante do Direito*, Vol. I, 3ª ed. revista e atualizada, trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, *O Novo Paradigma do Direito, Introdução à teoria e metódica estruturante*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, trad. Ana Paula Barbosa-Fohrmann *et al*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español", en *Revista de Administración Pública*, nº 77, mayo-agosto/1975, pp. 139-180.

NOZICK, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1991.

OLIVAS, ENRIQUE, "Problemas de legitimación en el Estado social", en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 11-28.

OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de, *Direito Processual Constitucional. Aspectos contemporâneos*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2008.

ONU, Peter, *The Origins of the Federal Republic*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1983.

PACE, Alessandro, "Constituciones rígidas y constituciones flexibles", en CARBONELL, Miguel Carbonell (Comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, pp. 45-64.

PALOMAR MALDONADO, Evaristo *et al*, "La construcción del Estado de Derecho en España", en *El Estado de Derecho en la España de hoy; Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Actas, 1996, pp. 97-137.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida", en *Revista de Administración Pública*, nº 94, enero-abril/1981, pp. 201-223.

PASCUAL MEDRANO, Amelia, "La ley y el reglamento en el Derecho Constitucional francés", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 6, octubre-diciembre/1999, pp. 179-229.

PASCUCCI, Enrico *et al*, "La aparición del Estado de Derecho: limitaciones del poder y separación de poderes", en *El Estado de Derecho en la España de hoy: Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, Actas, 1996, pp.81-96.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, com colaboraçã de PRIETO SANCHÍS, Luis, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Valencia, Fernando Torres editor, 1981.

_____, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983.

_____, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

_____, *La elaboración de la constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

_____, “Los valores superiores”, en *Jornadas de Estudio sobre El Título Preliminar de la Constitución*, Vol. 1, Madrid, Centro de Publicaciones, 1988, pp. 19-42.

PEÑA GARRIDO, Manuel de la, “Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y Reglamento independiente en la Constitución de 1978)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 71, 1991, pp. 449-453.

PERALTA, Ramon, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del estado*, Madrid, Universidad Complutense, 1994.

PEREZ GALLEGO, Roberto, “Constitución, derecho y poder judicial en la República de Weimar (1919-1933). (A propósito del 80º aniversario de la Constitución de Weimar)”, en *Jueces para la democracia*, nº 37, 2000, pp. 56-67.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, “Sobre el estado de derecho y su significación constitucional”, en *Sistema*, nº 57, Madrid, noviembre/1983, pp. 51-76.

_____, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.

_____, “Soberanía popular y Estado de Derecho”, J. LAPORTA, Francisco (Ed.), en *Constitución: problemas filosófico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 45-74.

_____, “La teoría del Derecho en la concepción de Friedrich Müller” en González-Tablas Sastre, Rafael (Coord.), *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica, Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2009, pp.605-608.

PÉREZ ROYO, Javier, *Las Fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984.

PÉREZ TREMPES, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

_____, “La Justicia Constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 1, janeiro-junho/2003, pp. 29-39.

_____, “La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”, en *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, Universidad de Talca, 2005, pp. 127-148.

PIÇARRA, Nuno, *A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, en *Doxa*, nº 21, Vol. II, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, pp. 339-353.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Editora Debate, 1990.

_____, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, Madrid, mayo-agosto/1991, pp. 175-198;

_____, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1993.

_____, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998.

_____, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

_____, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 123-158.

_____, “El constitucionalismo de los derechos”, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 213-235.

_____, “El juicio de ponderación constitucional”, en CARBONELL, Miguel (Coord.), *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad*, Quito, editora jurídica, 2014, pp. 107-151.

_____, “La teoría de la interpretación en el origen de la justicia constitucional”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (Coord.), *Argumentación Jurídica*, Valencia, tirant lo blanch, 2014, pp. 41- 71.

RAMOS DUARTE, Écio Oto, “Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico”, en RAMOS DUARTE, Écio Oto y POZZOLO, Susanna, *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, São Paulo, Landy Editora, 2006, pp. 16-73.

RAMOS PASCUA, José Antonio, *La ética interna del Derecho: democracia, derechos humano sy principio de justicia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2007.

RAÚL ZAFFARONI, Eugénio, *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*, trad. Juarez Tavares, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, 2ª ed., trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, 1985.

REBOLLO PUIG, Manuel, "Juridicidad, legalidad y reserva da ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", en *Revista de Administración Pública*, nº 125, mayo-agosto/1991, pp. 7-173.

REQUEJO COLL, Ferran, *Las Democracias; Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar*, Barcelona, Ariel, 1990.

ROBERTO BARROSO, Luís, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

ROBERTO GRAU, Eros, *o direito posto e o direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 2003.

ROBLES, Gregorio, *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Debate, 2003.

RODRÍGUEZ ÁLVARES, José Luis, "Las primeras controversias sobre el control judicial de la constitucionalidad en Alemania: La cuestión del "Richterliches Prüfungsrecht" durante el siglo XIX", en *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 1503-1533.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrato Social*, trad. Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Biblioteca Neuva, 2003.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 4, enero-abril/1982, pp. 35-67.

_____, "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, Madrid, enero-abril/1988, pp. 9-51.

_____, "Problemas de la Interpretación Constitucional", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 3-4, Toledo, 1988, pp. 35-46.

_____, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____, "El principio de legalidade", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, septiembre-diciembre/1993, pp. 9-42.

_____, "Divide et obtempera?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 67, Madrid, enero-abril/2003, p. 54.

RUIZ DE LA CUESTA, Antonio, en PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique *et all*, en *Teoría del Derecho, Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 2004.

RUIZ RUIZ, Juan José, "Leyes inconstitucionales y autocontrol parlamentario en la Constitución de 1812", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 96, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre/2012, pp. 187-212.

S. CORWIN, Edward, *The Doctrine of Judicial Review. Its legal and historical basis and other essays*, Massachussetts, Peter Smith, 1963.

S. WOOD, Gordon, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, New York, Scribner, 1969.

SÁINZ MORENO, Fernando, "Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 20, 1979, pp. 124-128.

SANCHEZ AGESTA, Luis, "Sobre la Constitución de Cádiz", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, Madrid, septiembre-diciembre/1990, pp. 9-26.

SANTAMARÍA IBEAS, José Javier, *Los Valores Superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Libertad, Justicia, igualdad y pluralismo político*, Madrid, Dykinson, 1997.

SANTIAGO NINO, Carlos, en *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2005.

SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, 2 Vol., trad. Santiago Sánchez González, Madrid, Alianza, 1988.

SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2ª ed., trad. Manuel Sanchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998.

SCIACCA, Enzo, *Interpretación de la democracia*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas y Editorial de la Universidad Complutense, 1994.

SERRA, Francisco, "El futuro del Estado social", en OLIVAS, Enrique (Ed.), *Problemas de legitimación en el Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 165-176.

SEVILLA, Sergio, "Introducción. Rousseau y la política del sujeto", en ROUSSEAU, J. J., *Contrato Social*, trad. Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, pp. 13-38.

SIEYES, Emmanuel, *Escritos y Discursos de la Revolución*, trad. Ramón Máiz, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 236.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, São Paulo, Cortez, 1997.

STARCK, Christian, "Derechos fundamentales y derecho privado", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, Madrid, 2002, pp. 65-90.

STORINI, Claudia y ESCUDERO SOLIZ, Jhoel, "El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 9, Madrid, Portalderecho, 2011, pp. 1-34.

TARSO RODRIGUES, Saulo, BONAVIDES, Paulo, BELLOSO MARTÍN, Nuria, FERNANDES SILVA, Alexandre, *Teoria da decisão judicial e Teoria da justiça, Jusfilosofia e Novos Paradigmas Constitucionais*, Prólogo de Jorge Miranda, Curitiba, Juruá, 2015.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Vol. I, Madrid, Alianza, 2002, p. 71.

_____, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Istmo, 2004.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael, "Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial", en *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, Consultor Jurídico, 2012, <http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>, Consultado el 08/06/2015.

TOURAINÉ, Alain, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.

VALLESPÍN, Fernando, "La democracia como proyecto inacabado", en *Claves de razón práctica*, nº 13, Madrid, junio/1991, pp. 44-48.

_____, *et al*, “El futuro de la democracia”, en *Claves de razón práctica*, nº 97, Madrid, noviembre/1999, pp. 4-6.

VARELA, Santiago y SATRÚSTEGUI, Miguel, “Constitución nueva y leyes viejas”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, nº 4, Universidad Nacional de Educación a Distancia, otoño/1979, pp. 59-79.

VERGARA, Francisco, *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*, Madrid, Alianza, 1999.

VICIANO PASTOR, Roberto e MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Ágora, Revista de Ciencias Sociales*, nº 13, Valencia, Centro de Estudios Políticos y Sociales, 2005, pp. 55-68.

_____, “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, en *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, nº 25, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2010, pp. 7-29.

_____, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina, Memorias del encuentro internacional El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pp. 9-43, disponible en: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>, Consultado el 16/05/2015.

_____, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 9, Madrid, Portalderecho, 2011, pp. 1-24.

_____, “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, en *Revista El Otro Derecho, Debates constitucionales en nuestra América*, nº 48, Bogotá, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, 2014, pp. 63-84, disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotdr048/2.pdf>, Consultado el 12/05/2015.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, nº 25, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2010, pp. 49-76.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, "Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 18, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, enero-abril/2003, pp. 241-258.

VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e Interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, trad. Ana Ceberia et al, Madrid, Dykinson, 2007.

VOVELLE, Michel, *Introducción a la Revolución francesa*, trad. Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Crítica, 2000.

WEBER, Albrecht, "Alemania", en AJA, Eliseo (Ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 53-88.

WILHELM CANARIS, Claus, "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado em Alemanha", en WOLFGANG SARLET, Ingo (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 223-243.

WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

WOLFGANG SARLET, Ingo, "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en _____ (Org.), *A constituição concretizada*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2000, pp. 107-165.

YTURBE, Corina, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, México, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2001.

ZACCARIA, Giuseppe, "Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 10, Ministerio de Justicia, BOE y Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 1993, pp. 291-323.

_____, "Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica", en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 35, 1996, pp. 227-264.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La crucifixión y la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996.

_____, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2003.

_____, “Jueces constitucionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Série, ano XXXIX, septiembre-diciembre/2006, pp. 1135-1151.

_____, “El juez constitucional en el siglo XXI”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº10, julio-diciembre/2008, pp. 249-267.

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio, “De la jurisprudencia a la legislación”, en *Doxa*, nº 15-16, Alicante, Universidad de Alicante, 1994, pp. 769-789.

PÁGINAS ELETRÓNICAS

<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf> - Consultado el 12/05/2015.

<http://revistas.unisinis.br/index.php/RECHTD/article/view/5138> - Consultado el 11/06/2015.

<http://works.bepress.com/pfc/55/> - Consultado el 11/06/2015.

<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial> - Consultado el 08/06/2015.

http://www.gutenberg.org/files/6762/6762-h/6762-h.htm#link2H_4_0031 Consultado el 23/05/2015.

<http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1449>- Consultado el 22/05/2015.

<http://www.journals.unam.mx/index.php/rcj/article/view/16755> - Consultado el 11/06/2015.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-Carrera-Judicial--Jueces-y-Fiscales/Convocatorias-en-curso/Acceso-a-la-carrera-judicial--Juez---Fiscal-2015--Desarrollo-de-las-pruebas---Preguntas-que-conformaron-el-primer-ejercicio-de-la-oposicion> - Consultado el 19/06/2015.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-Carrera-Judicial--Jueces-y-Fiscales/Convocatorias-en-curso/Acceso-a-la-carrera-judicial--Juez---Fiscal-2015--Bases-de-las-convocatoria--B-O-E--de-30-01-2015-> - Consultado el 16/05/2015.

http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/La_Justicia_dato_a_dato/La_justicia_dato_a_dato_año_2013 - Consultado el 06/11/2014.

<http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Formacion-Judicial/Formacion-inicial/Estadisticas/Datos-Estadisticos-66-Promocion-Curso-2014-2016> - Consultado el 19/06/2015.

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2013.aspx> - Consultado el 19/06/2015.

<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011> - Consultado el 16/05/2015