

## CAPÍTULO QUINTO

### LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE CONTROL

I. Algunas observaciones .....	275
II. El riesgo de sustitución de la Constitución como parámetro objetivo de control por los libres criterios del órgano de la constitucionalidad como parámetro subjetivo .....	281
III. La función legitimadora de la argumentación en la justicia constitucional .....	295
IV. La plena compatibilidad del método jurídico con el conocimiento de conflictos de sustancia política y con la necesaria valoración de las consecuencias políticas de los fallos .....	302
V. La posición preferencial ( <i>preferred position</i> ) de los derechos fundamentales en la función de control constitucional .....	309

## CAPÍTULO QUINTO

# LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO DE CONTROL

### I. ALGUNAS OBSERVACIONES

Como es sabido, el control de constitucionalidad supone realizar un contraste entre una norma legal y otra constitucional, para determinar si la primera, en cuanto que norma jerárquicamente inferior, es compatible con la segunda o si, por el contrario, la contraría, en cuyo caso el órgano de constitucionalidad habrá, en principio, de declararla inconstitucional e inválida.<sup>494</sup>

La labor desarrollada por medio del control de constitucionalidad no es, pues, una actividad libre, sino vinculada, y *vinculada* precisamente por el texto constitucional pues sólo cuando el juicio de contraste determina que la ley contraría a la Constitución, es posible la declaración de inconstitucionalidad para el órgano de la inconstitucionalidad. Como señala Faller,

la actividad de los Tribunales Constitucionales —también la del Tribunal Constitucional Federal— no consiste en legislar, sino en juzgar. Incluso cuando el pronunciamiento del Tribunal posea fuerza de ley, trátase de un acto de jurisdicción y no de un acto legislativo. De esto surgen límites inmanentes para toda actividad jurisdiccional de ámbito constitucional. Sus decisiones tienen que estar referidas al parámetro de una norma constitucional escrita o no escrita. Con esto se toca el punto neurálgico de la jurisdicción constitucional.<sup>495</sup>

<sup>494</sup> No interesa ahora aludir a otras soluciones intermedias (entre la validez y la nulidad), conocidas en la praxis jurisprudencial de diversos países con justicia constitucional: sentencias interpretativas, admonitorias, de mera inconstitucionalidad, etcétera. Sobre ello, nos remitimos a la sección de este libro, más adelante, en que abordamos esta cuestión.

<sup>495</sup> Faller, Hans Joachim, *op. cit.*, nota 219, p. 55.

Así pues, la norma con la que se pone en contraste la ley impugnada es la Constitución,<sup>496</sup> y todo juicio formulado en la labor jurisdiccional de control de constitucionalidad ha de fundarse necesariamente, para que sea legítimo, en una interpretación razonable o plausible de la Constitución: tanto si se declara constitucional la ley, como si se la declara inconstitucional, es preciso siempre que ese juicio no sea arbitrario o libre, sino imputable al propio texto constitucional, límite absoluto para el intérprete y la labor creativa ínsita a todo proceso de interpretación y aplicación del derecho, y más aún cuando del derecho constitucional se trata.

Pero la utilización de la Constitución como parámetro de control (integral) permite, y exige, distinguir tres o, al menos, dos tipos de vicios de inconstitucionalidad: a) *vicios formales*,<sup>497</sup> que inciden sobre la norma

<sup>496</sup> La cuestión no es tan sencilla ni simple como esto, como pone de relieve el ejemplo de España, donde el propio Tribunal Constitucional, con apoyo en la propia LOTC, ha entendido que para enjuiciar la conformidad de una ley con la Constitución no sólo ha de tenerse presente la Constitución sino también un conjunto de normas interpuestas entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico en cuanto que normas no de desarrollo constitucional sino de concreción necesaria de normas constitucionales, que sin ellas no pueden válidamente interpretarse (el bloque de constitucionalidad). En primer término, y ante todo, se incluyen aquí las normas delimitadoras de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o reguladoras o armonizadoras del ejercicio de las competencias autonómicas; y ello porque la Constitución no dibuja de una manera cerrada el ámbito competencial del Estado y las Comunidades sino que sólo crea un marco general, muy confuso por cierto, dentro del cual habrán de ser ciertas normas —especialmente, los Estatutos de Autonomía en cuanto que norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y las leyes orgánicas— las que precisen para cada Comunidad Autónoma el concreto ámbito de su competencia y el del Estado, siempre dentro del marco constitucional. Pero también se han incluido aquí otras normas, como es el caso de los Reglamentos Parlamentarios. Una cuestión semejante sobre el parámetro de constitucionalidad —o normas de referencia, como lo llaman ellos— se ha planteado en la doctrina francesa. Por lo demás, no puede desconocerse el dato de que el Tribunal Constitucional conoce de hechos a través del amparo y de la cuestión de constitucionalidad, por lo que “el parámetro de enjuiciamiento constitucional difícilmente podrá prescindir de ingredientes de mera legalidad ordinaria” (Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, nota 189, p. 66). Sobre la cuestión referida al derecho portugués, véase el interesante enfoque de Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.*, nota 159, pp. 979 y ss.

<sup>497</sup> En relación a la inconstitucionalidad por vicios de forma ya señalaba Kelsen (*op. cit.*, nota 149, p. 191) que sólo debía ser declarada “cuando los vicios sean particularmente importantes, esenciales”, dejando preferiblemente la valoración de ese carácter al Tribunal constitucional pues no parece adecuado que sea la Constitución la que proceda directamente y con carácter general a la “dificilísima distinción entre vicios esenciales y no esenciales”. Y como Crisafulli ha destacado, el control de la constitución

en cuanto tal, independientemente de su contenido, atendiendo a la forma de su exteriorización: la norma, en su globalidad, está viciada en sus presupuestos, en su procedimiento de formación, en su forma final; b) *vicios materiales o sustanciales*, referidos al contenido de la norma, que contraría las normas o principios constitucionales: el vicio no suele afectar a la norma en su globalidad sino, más bien, a una o varias de sus disposiciones concretas; c) *vicios procedimentales*,<sup>498</sup> que en realidad no

cionalidad formal también puede plantear serios problemas en las relaciones entre el órgano de la constitucionalidad y el Poder Legislativo, si bien la “zona crítica” de esas relaciones es patentemente la de la constitucionalidad material. Crisafulli, Vezio, “Giustizia costituzionale e potere legislativo”, en el colectivo *Aspetti e tendenze...*, vol. 4 (*La garanzie giurisdizionale e non giurisdizionale del Diritto obiettivo*), Giuffrè-Università di Roma, 1977, pp. 135 y ss.

<sup>498</sup> Cfr. Biglino Campos, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; Jiménez Aparicio, Emilio, “Las infracciones del procedimiento legislativo: algunos ejemplos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, mayo-agosto de 1989, pp. 143 y ss. En el control de este tipo de vicios por la jurisprudencia constitucional alemana se observa “una cierta tendencia a evitar al máximo la comprobación de vicios de procedimiento en el *iter legislativo* o a aminorar su significación”, no obstante lo cual “también el procedimiento legislativo es vigilado cuidadosamente, dándose una cierta tolerancia del Tribunal exclusivamente en casos de pequeñas irregularidades”. Schneider, Hans-Peter, *op. cit.*, nota 66, pp. 48 y 50.

La Suprema Corte ha sentado la siguiente tesis jurisprudencial: “Violaciones de carácter formal en el proceso legislativo, son irrelevantes si no trascienden de manera fundamental a la norma. Dentro del procedimiento legislativo pueden darse violaciones de carácter formal que trascienden de manera fundamental a la norma misma, de tal manera que provoquen su invalidez o inconstitucionalidad y violaciones de la misma naturaleza que no trascienden al contenido mismo de la norma y, por ende, no afectan su validez. Lo primero sucede, por ejemplo, cuando una norma se aprueba sin el quórum necesario o sin el número de votos requeridos por la ley, en cuyo caso la violación formal trascendería de modo fundamental, provocando su invalidez. En cambio cuando, por ejemplo, las comisiones no siguieron el trámite para el estudio de las iniciativas, no se hayan remitido los debates que la hubieran provocado, o la iniciativa no fue dictaminada por la comisión a la que le correspondía su estudio, sino por otra, ello carece de relevancia jurídica si se cumple con el fin último buscado por la iniciativa, esto es, que haya sido aprobada por el Pleno del órgano legislativo y publicada oficialmente. En este supuesto los vicios cometidos no trascienden de modo fundamental a la norma con la que culminó el procedimiento legislativo, pues este tipo de requisitos tiende a facilitar el análisis, discusión y aprobación de los proyectos de ley por el Pleno del Congreso, por lo que si éste aprueba la ley, cumpliéndose con las formalidades trascendentales para ello, su determinación no podrá verse alterada por irregularidades de carácter secundario”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XIV, agosto de 2001, p. 438. Acción de inconstitucionalidad 25/2001, Tesis jurisprudencial 94/2001. Similar criterio se sostuvo en las acciones de inconstitucionalidad 2/98, 2/99 y 3/99 y 9/2001.

son más que una variante de los vicios formales: son aquellos vicios que infringen el procedimiento de formación, jurídicamente regulado, de las normas (y que tradicionalmente se han venido considerando vicios formales) y que sólo pueden hacerse valer una vez publicada la norma.<sup>499</sup>

Así, puede concluirse que, al menos en vía de principio, los vicios formales son vicios de la norma; los vicios materiales son vicios de las disposiciones singulares; y los vicios procedimentales son vicios relativos al complejo de actos necesarios para la producción final del acto normativo. Pero, en todos los casos, el parámetro para determinar la existencia o inexistencia de esos vicios es la Constitución.<sup>500</sup>

Como resultará fácil comprender, este valor o función paramétrica de la Constitución, en su doble dimensión: formal y material,<sup>501</sup> sitúa en

<sup>499</sup> “Los actos que integran el procedimiento legislativo constituyen una unidad indisoluble con la norma general emanada de ese procedimiento, de tal forma que no procede impugnar cada acto legislativo individualmente, ya que no puede quedar subsistente o insubsistente aisladamente, sino sólo a través del análisis conjunto de esos actos con motivo de la publicación de la norma; por otra parte, de conformidad con los artículos 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la propia Constitución Federal, el plazo para ejercitarse la acción de inconstitucionalidad es de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional combatidos sean publicados en el medio oficial correspondiente, de lo cual se concluye que la impugnación de los actos que integran el procedimiento legislativo únicamente puede realizarse a partir de que es publicada la norma general, porque es en ese momento cuando los actos adquieren definitividad.” Acción de inconstitucionalidad 23/2003. Tesis jurisprudencial 35/2004.

<sup>500</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.*, nota 159, pp. 1013 y 1014.

<sup>501</sup> A estas dos dimensiones habría que añadir la dimensión temporal, respecto de la cual tiene relevancia la siguiente tesis jurisprudencial de la Suprema Corte, que a nuestro juicio habría, al menos, que matizar:

“Acción de inconstitucionalidad. El estudio de los conceptos de invalidez que se hagan valer debe efectuarse a la luz de las disposiciones de la constitución federal vigentes al momento de resolver. Al ser la acción de inconstitucionalidad un medio de control de la constitucionalidad de normas generales, emitidas por alguno de los órganos que enuncia el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el estudio de los conceptos de invalidez que se hagan valer debe efectuarse a la luz de las disposiciones constitucionales vigentes en el momento de resolver, aun cuando la presentación de la demanda sea anterior a la publicación de reformas o modificaciones a la Norma Fundamental, ya que a nada práctico conduciría examinar la constitucionalidad de la ley impugnada frente a disposiciones que ya dejaron de tener vigencia”. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, tomo XV, febrero de 2002, p. 418, Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Mayoría de siete votos de los señores ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García

primer plano de cualquier ordenamiento constitucional en que se disponga de un control de este tipo a la interpretación constitucional,<sup>502</sup> que presenta ciertas peculiaridades<sup>503</sup> derivadas del propio rango de la Constitución (como norma a interpretar), de su formulación necesariamente genérica, vaga o abierta de principios,<sup>504</sup> de su carga axiológica y política y, en fin, de su función transformadora de la realidad político-social y económica, entre otros posibles factores.

Pero, como resulta obvio, y al margen de alguna alusión puntual realizada en otro momento (y en particular, cuando hablamos de las llamadas “sentencias atípicas”), no vamos aquí a referirnos a la cuestión de la interpretación de la Constitución, que bien daría para un tratamiento monográfico,<sup>505</sup> y que previsiblemente va a convertirse también en México en uno de los más importantes aspectos del derecho y la teoría constitucional. Permítasenos sólo prestar nuestra atención a cuatro aspectos genéricos que pueden justificar y merecer aquí una referen-

Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los once señores ministros. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. Tesis jurisprudencial 12/2002.

<sup>502</sup> Sobre la conexión inescindible entre control de constitucionalidad e interpretación constitucional, puede verse Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, nota 149, p. 29.

<sup>503</sup> Entre una bibliografía abrumadora, conservan todavía hoy todo su interés las reflexiones de Cappelletti, Mauro, *cit.*, nota 40, pp. 138 y ss.

<sup>504</sup> Cappelletti, Mauro, “The Law-Making Power of the Judges and its Limits”, en su libro recopilatorio *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 29.

<sup>505</sup> Entre la abundantísima bibliografía sobre el tema de la interpretación constitucional merecen citarse: con carácter general, García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994, pp. 9 y ss. y Wróblewsky, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. de Arantxa Azurza, revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverria), Madrid, Civitas, 1985; para México, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, nota 114; para España, Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, y Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988.

cia específica de una cierta extensión, y que tienen en común el ser cuestiones inmediatamente conectadas con la Constitución como parámetro de control:

a) En primer lugar, se plantea el conocido problema de determinar si la presencia de elementos decisionistas (*dezisionistischen Elements*)<sup>506</sup> en la jurisprudencia constitucional es de tal grado que puede afirmarse que el parámetro de enjuiciamiento no es realmente la Constitución (parámetro objetivo), sino más bien el libre criterio del órgano de la constitucionalidad. Habrá que determinar en qué medida es así, o hay riesgos de que lo sea.

b) En segundo lugar, será preciso referirse a la necesidad imperiosa de fundamentación clara y exhaustiva de los fallos, como criterio legitimador de la justicia constitucional y medio decisivo para funcionar como un organismo educativo.

c) En tercer lugar, habrá de analizarse si el método jurídico que ha de utilizar la Suprema Corte es compatible con el conocimiento, característico de un órgano de constitucionalidad, de conflictos de sustancia política y con la necesaria valoración de las consecuencias políticas de los fallos.

d) Por último, habrá de aludirse a unas normas que, como veremos, han de tener un juego especialmente destacado en el proceso de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes: las normas relativas a los derechos fundamentales.

Pero antes de entrar a analizar estos aspectos, por así decirlo, genéricos de la acción de inconstitucionalidad, parece necesario subrayar que mientras que en España el parámetro de control viene dado no sólo por la Constitución, sino también por el llamado “bloque de la constitucionalidad”, en el caso de México, según ha destacado Iván Gutiérrez en un trabajo todavía no publicado, la única norma paramétrica es la propia Constitución, ya que, a diferencia de lo que ocurre en España, en México es la propia Constitución la que define y determina de manera acabada cuáles son las competencias que corresponden a cada uno de los Estados sin que sea preciso el concurso del legislador, o la *interpositio* de la Constitución estatal, para determinar dichas competencias. Así pues, en principio, la Corte sólo tiene que llevar a cabo un juicio de contraste entre

<sup>506</sup> Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 183, p. 978.

la norma cuya constitucionalidad se examina y el propio texto constitucional,<sup>507</sup> si bien no es preciso decir que ese examen dista de ser simple, como tampoco lo es su interpretación, que ha de ser necesariamente una interpretación “específicamente” constitucional, esto es, conforme a los criterios específicos que han de presidir siempre la interpretación de una Constitución, aparte de los métodos genéricos propios de toda interpretación de una norma jurídica desde Savigny: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.<sup>508</sup>

## II. EL RIESGO DE SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN COMO PARÁMETRO OBJETIVO DE CONTROL POR LOS LIBRES CRITERIOS DEL ÓRGANO DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO PARÁMETRO SUBJETIVO

El primer problema que plantea la consideración de la Constitución como norma paramétrica de control de la constitucionalidad es un problema de calado práctico. Admitido teóricamente, en efecto, el valor paramétrico de la Constitución —lo que resulta obvio, en cuanto que se trata precisamente de un control *de la constitucionalidad* de la ley—, ocurre en la práctica que también el texto de la Constitución ha de ser necesariamente interpretado, como cualquier otra norma jurídica,<sup>509</sup> e incluso con unas posibilidades creativas para el intérprete manifies-

<sup>507</sup> La cuestión del parámetro de examen en el juicio de la constitucionalidad no ha sido extrañamente objeto de estudio apenas hasta ahora, pese a su enorme relevancia. Una excepción a esta sequía doctrinal la constituye Astudillo Reyes, César I., “Reflexiones sobre los sistemas locales de justicia constitucional en México”, en Carbonell, Miguel (coord.), *op. cit.*, nota 262, pp. 20 y ss. Este autor mantiene una interpretación tendente a la extensión de las normas paramétricas del control de la constitucionalidad. Incluso de ser así, ha de ser lógicamente sobre la base de la supremacía de la Constitución sobre las restantes normas paramétricas, que han de ser conformes a la Constitución.

<sup>508</sup> Würtzberger, Thomas, *op. cit.*, nota 92, pp. 603 ss, también editado en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *La interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, en prensa.

<sup>509</sup> La regla *in claris non fit interpretatio* no es más que una falacia conectada a la idea del juez-autómata. Como le reprochara Kelsen a Schmitt en su célebre polémica, “nunca hasta ahora se hizo una afirmación sobre la jurisdicción que desconozca tan completamente su esencia como ésta: ‘La justicia entera se halla sujeta a normas, y su acción cesa cuando las normas mismas resultan dudosas o discutibles en cuanto a su contenido’” [Schmitt]. Sólo la inversión de este juicio hace volver a la verdad simple y evidente para todos: que generalmente la jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría sólo de disputas sobre hechos y nunca propiamente de disputas sobre el “derecho”, Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 152, p. 23.

tamente más amplias a las que un juez tiene en otros ámbitos del derecho y ello como consecuencia de la estructura misma de la norma constitucional.

De esta forma, cabe dudar si, en la práctica, no es la Constitución, sino la voluntad libre del intérprete la que acaba convirtiéndose realmente en parámetro del enjuiciamiento, debiendo así hablarse más que de la supremacía de la Constitución, de la “supremacía” de los jueces constitucionales,<sup>510</sup> y de los Tribunales Constitucionales como una suerte de comisiones permanentes para la reforma constitucional.<sup>511</sup>

Esa es, precisamente, la objeción tradicionalmente formulada a los tribunales constitucionales, ya desde sus mismos orígenes, objeción por lo demás que tiene la virtud de resurgir periódicamente, “incluso con virulencia”.<sup>512</sup> Se sostiene que, aunque la norma paramétrica en el control de constitucionalidad sea la Constitución, al tener ésta que ser interpretada (como cualquier otra norma), y prevalecer el contenido que a la misma asigne el intérprete supremo —en cuanto que se atribuye a la Constitución misma— nada menos que sobre la propia ley democráti-

<sup>510</sup> Cappelletti, Mauro, “Delimitación del tema: control judicial y control político; control de constitucionalidad y control de legalidad”, *op. cit.*, nota 40, p. 40. Tal supremacía del juez de la Constitución [aunque no, obviamente, en el sentido del texto, como “supremacía arbitraria”] ha sido reconocida de manera abierta por la Sala de lo Constitucional ecuatoriana en su proceso de amparo 53-S-91, en la que se justifica el papel de esa Sala como intérprete supremo de la Constitución aludiendo al hecho de que la Constitución de dicho país “hace coincidir el ápice de la pirámide normativa — la Constitución — con el tribunal situado en la cúspide de la jerarquía judicial, la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de lo Constitucional”.

<sup>511</sup> Tal y como, un tanto en broma, se ha dicho del Tribunal Supremo norteamericano. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política* (trad. de Héctor Fix-Fierro), México, Porrúa-UNAM, 1989, p. 396.

<sup>512</sup> Fernández Segado, Francisco, *cit.*, nota 43, p. 70. La objeción se aplicó ya al Tribunal Supremo americano mucho antes de la consagración jurisprudencial de la doctrina de la *judicial review* y a ella se refirió ya Hamilton: “Carece de valor la afirmación relativa a que los tribunales, so pretexto de incompatibilidad, estarán en libertad de sustituir su capricho por las intenciones constitucionales del Legislativo. Lo mismo podría ocurrir en el caso de dos leyes contradictorias o, similarmente, en todo fallo en que se aplique una sola ley. Los tribunales tienen que declarar el significado de las leyes; y si estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la voluntad en vez del juicio, la consecuencia sería la misma de sustituir la voluntad del cuerpo legislativo por la suya propia” [cito con leve corrección de estilo de la traducción]. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, p. 333. Sobre el carácter irremediablemente permanente de la polémica, Denenberg, R. V., *op. cit.*, nota 80, p. 88.

camente aprobada que contradiga ese contenido, resulta así que la competencia de control concentrado de la constitucionalidad supondría otorgar al órgano de la constitucionalidad un poder formidable e incontrolable. Ello es lo que ha llevado a Bachof a plantearse si no existe el peligro de que la Corte de Constitucionalidad, en lugar de controlar la aplicación de la Constitución, se convierta en la dueña de la Constitución.<sup>513</sup>

Este riesgo se deriva especialmente del hecho de que nos encontramos ante una competencia concentrada en un único órgano, sin que su labor esté sujeta a fiscalización alguna, así como de una doble circunstancia: la eficacia general de sus decisiones y la vaguedad de las normas en que se basan, vaguedad ésta que amplía notablemente el “grado de maniobrabilidad” del intérprete. Es todo este cúmulo de circunstancias el que lleva al riesgo de que el libre criterio del órgano de la constitucionalidad acabe prevaleciendo sobre el “dictado de la mayoría” (“*Diktat der Mehrheit*”),<sup>514</sup> es decir, sobre la ley (parlamentaria) como expresión de la voluntad popular. El dilema se ha condensado, gráfica y sucintamente, en la máxima “*Quis custodiet ipsos custodes?*”<sup>515</sup> y, en otra variante, ha llevado a hablar del “gobierno de los jueces”,<sup>516</sup> si bien podría decirse, y así se ha hecho desde una perspectiva diametralmente opuesta a la anterior, que se trataría en todo caso del (presunto) gobierno de la “rama menos peligrosa” del Estado.<sup>517</sup>

<sup>513</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 33, p. 842.

<sup>514</sup> Stuth, Sabine, *op. cit.*, nota 183, p. 979.

<sup>515</sup> A dicha máxima alude Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 144, p. 36. Y como señala De Vega, este es el gran interrogante que subyace a la obra de Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*. Vega García, Pedro de, “Prólogo” a Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 144, p. 15.

<sup>516</sup> Es el título de la conocida obra de Lambert (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, Marcel Giard & Co., 1921). Como nos dice Cappelletti, el temor a un “gobierno de los jueces” no es más que un “fantasma” que es evocado contra cualquier tipo de control judicial de la constitucionalidad. Cappelletti, Mauro, “Is the European Court of Justice ‘Running Wild’?”, *op. cit.*, nota 504, p. 393.

<sup>517</sup> Son sobradamente conocidas las reflexiones en ese sentido de Hamilton en A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *op. cit.*, carta núm. 78, pp. 330 y ss.: “el [poder] judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución... no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos... es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder”.

Y aunque esta cuestión, así planteada sintéticamente, pueda considerarse hoy una cuestión superada en lo sustancial,<sup>518</sup> no cabe duda que es una objeción que tiene la rara aptitud de resurgir de tiempo en tiempo; estamos, pues, ante una polémica permanentemente abierta.<sup>519</sup> Acaso haya sido Schmitt el más agudo crítico de los tribunales constitucionales, motivo por el que nos referiremos a continuación a muy grandes rasgos a su doctrina sobre este punto, formulada en contraste con la de Kelsen en su célebre y rica polémica.

Aunque, a juicio de Schmitt, “lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de derecho”, se olvida entonces que “con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable sólo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial... la consecuencia no sería una judicialización de la política sino una politización de la Justicia”,<sup>520</sup> con lo que resulta, parafraseando a Guizot, que “la política no tiene nada que ganar y la Justicia puede perderlo todo”.<sup>521</sup> Y es que —sostendrá Schmitt—,

la Ley conflictiva [la Constitución, aquí] no puede ser el fundamento de la decisión sobre su propio contenido... el conflicto sobre el contenido de la decisión normativo-constitucional sobre el fundamento de ella misma no es materia de decisión judicial, sino de decisión política, toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, *realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional*<sup>522</sup> ...en funciones de alta política<sup>523</sup> (cursiva mía).

<sup>518</sup> Como nos dice Simon, “hasta tal extremo ha arraigado la idea de una Jurisdicción Constitucional que ya no es tanto la legitimación de la misma lo que está en primer plano, sino cuáles sean los límites” de los Tribunales Constitucionales. Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 143, p. 847.

<sup>519</sup> Como señala De Vega, “las cuestiones que afectan a la fundamentación, legitimidad y coherencia del sistema político democrático distan mucho todavía de haber logrado una solución definitiva”. Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 144, p. 24.

<sup>520</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 144, p. 57.

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>522</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>523</sup> *Ibidem*, p. 93.

La cuestión que subyace a toda esta problemática es, obviamente, no sólo la indeterminación normativa, de las formulaciones constitucionales —manifestado con especial agudeza en el constitucionalismo de la posguerra—,<sup>524</sup> sino también el alto grado de politicidad inherente a las normas constitucionales,<sup>525</sup> en conexión ambas circunstancias —obviamente— con la superioridad, formal y material, de dichas normas sobre la ley y los efectos *erga omnes* propios de las sentencias constitucionales. Y es todo ello lo que lleva a Schmitt a sostener que

mediante la concentración de todos los litigios constitucionales en un solo Tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda Cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. *Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales.* Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de la toga<sup>526</sup> (cursiva mía).

A la vista de todo esto, la conclusión es clara para Schmitt: “Una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a

<sup>524</sup> Esa vaguedad o ambigüedad de las normas constitucionales modernas es resultado, entre otros factores, de la aparición del sufragio universal frente al censitario, que conlleva una nueva composición sociológica de los poderes constituyentes, en los que va a dejar de haber una homogeneidad social, por lo que es de todo punto indispensable el consenso y éste conduce a las ambigüedades constitucionales (o, en terminología de Schmitt, “compromisos apócrifos”). *Cfr.* Vega García, Pedro de, “Prólogo” a Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 144, p. 22. El concepto de “compromiso apócrifo” a que me refiero puede verse en Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución* (trad. y presentación de Francisco Ayala y epílogo de Manuel García-Pelayo), Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 52 y ss.

<sup>525</sup> En cambio, en el sector del derecho privado nos dice Schmitt, aunque existan conceptos jurídicos indeterminados (con referencia por ejemplo a la buena fe o a las costumbres mercantiles) la existencia de “relaciones (jurídicas) relativamente estables y conceptos sociales fijos” procura “una escala de valores y una sujeción suficientes. También en el sector del derecho público, particularmente en materias administrativas y hasta gubernativas, existe la posibilidad de conceptos imprecisos desde el momento en que la situación que presupone cada norma puede encontrar una regulación suficientemente clara y segura en las opiniones de los jurisconsultos y en la jurisprudencia, aunque no exista decisión expresa de la legislación o del Gobierno”. Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 144, p. 53.

<sup>526</sup> *Ibidem*, p. 245.

juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en los términos”.<sup>527</sup>

Frente a esta objeción, no cabría negar la politicidad ínsita en todo conflicto constitucional, pues ello sería negar la evidencia. Pero sí que puede con Cox recordarse que si bien resulta obvio que el Tribunal Supremo americano<sup>528</sup> —pero ello es predictable respecto de los Tribunales Constitucionales en general—<sup>529</sup> juega un papel político, por medio de

<sup>527</sup> Schmitt, Carl, “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, en su libro recopilatorio *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialen zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958, p. 98, citado por García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 159.

<sup>528</sup> Sobre ello, puede verse el estupendo artículo de Dahl, Robert A., “Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker”, *Journal of Public Law*, núm. 6, pp. 279 y ss., en el que se sostiene abiertamente no es sólo una *legal institution* sino una verdadera *political institution*. Más recientemente, sobre su “cuota significativa de poder político” y su “impacto notable” en el equilibrio de poderes, Garro, Alejandro M., “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 35, mayo-agosto de 1992, p. 86. Y Denenberg, por su parte, nos dice que “la Suprema Corte de los Estados Unidos no es un tribunal, al menos no en el sentido usual del término. Describirla como un simple tribunal es pasar por alto las consecuencias más importantes de su labor pues es, en realidad, una parte del propio proceso político... El quehacer de la Corte suele describirse como “política judicial”... resuelve muchos asuntos importantes de política y destaca otros ante la atención del público. Denenberg, R. V., *op. cit.*, nota 80, p. 87.

Por lo demás, ya Tocqueville (Alexis de Tocqueville, *op. cit.*, nota 123) nos advertía cómo no era posible al juez norteamericano, y menos todavía a su Corte Suprema, sustraerse al “terreno de la política” (p. 109) pues sus atribuciones son “casi enteramente políticas” (p. 146) y sus decisiones afectan a tantos millones de hombres que “asusta a uno” la responsabilidad de esos siete jueces en cuyas manos “descansan incesantemente la paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión” (p. 147).

<sup>529</sup> También Garro considera equiparable funcionalmente, aunque con “una diferencia de grado o matiz”, el Tribunal Supremo americano y los Tribunales Constitucionales de otras democracias occidentales. Garro, Alejandro M., *op. cit.*, pp. 88 y 89. Sobre la función política de los Tribunales Constitucionales, pueden verse, con carácter general, las reflexiones de Mauro Cappelletti, *op. cit.*, nota 184, pp. 11 y ss. y Martínez Sospedra, Manuel, *op. cit.*, nota 47, p. 40; también, Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 152, p. 21: “la función de un Tribunal tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la función de los otros Tribunales”. Para España, véase Fernández Segado, Francisco, “La judicialización del derecho constitucional”, Cuadernos de la Cátedra, Valencia, Fadrique Furió Ceriol, núm. 3, 1993, pp. 50 y 51. Para Alemania, entre una bibliografía inabordable, véase Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 228, p. 59, quien nos dice que el tribunal constituye nada menos que “un factor sobresaliente del proceso político” (“einen herausragenden Faktor im politischen Prozess bildet”); y así puede Hesse comentar (*op. cit.*, nota 225, p. 51) que “nunca se llegó a pensar” en el momento constituyente “que con

la *judicial review*, no lo es menos que está vinculado por el derecho, la Constitución, lo que “es igualmente obvio para cualquiera que comprenda la autodisciplina del método jurídico”<sup>530</sup> y ello por más que las actuales Constituciones —como, ya mucho antes, la americana— sean ricas en formulaciones vagas y genéricas, y sin perjuicio de innegable alto grado de creatividad que caracteriza a las sentencias de los Tribunales Constitucionales.

Ya lo resaltó así Hamilton en unas palabras que no me resisto a reproducir:

No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir la voluntad de sus constituyentes por la suya propia. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad y ello sólo en nombre de la Constitución, cuyo significado o contenido “únicamente a ellos corresponde establecer”.<sup>531</sup>

Es cierto que, en la intervención judicial en ese ámbito tan “politicizado”, cabe imaginar excesos, y acaso siempre haya alguno en todo sistema de justicia constitucional, pues también los jueces constitucionales son hombres, y por consiguiente falibles.<sup>532</sup> Pero, sin negar su valor

las competencias recibidas fuera este Tribunal a cobrar tal influencia, fuera a acumular un poder tal en la vida del Estado”; también Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985. Para Austria, puede consultarse Ermacora, Félix, *op. cit.*, nota 182, p. 271.

<sup>530</sup> Cox, A., *The Role of the Supreme Court in American Government*, Londres, 1976, p. 99, citado por García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 187.

<sup>531</sup> Cito, con una leve corrección de estilo [en la traducción], por Hamilton, A., J. Madison y J. Jay, *El Federalista* (trad. de Gustavo R. Velasco), México, Fondo de Cultura Económica, 1994, carta núm. 78, pp. 332: “[Y] esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última con preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”.

<sup>532</sup> Se comprende así la frase atribuida al juez Jackson de que todo juez ha sido alguna vez acusado de legislar (“every Justice has been accused of legislating”). La misma idea es defendida, con otras palabras, en la doctrina italiana, por Cappelletti,

como elemento crítico de vigencia permanente frente al ejercicio *concreto* del control de la constitucionalidad, creo que la generalización de esa doctrina no es hoy posible.

El más contundente argumento que puede esgrimirse frente a la crítica de Schmitt es, pues, uno de marcado carácter pragmático:<sup>533</sup> la experiencia vivida por los tribunales constitucionales en los últimos tres cuartos de siglo. Experiencia ésta, primero europea y hoy ya mundial, que resulta globalmente muy positiva y que es precisamente la que explica la expansión imparable de estos órganos por todo el mundo y su instauración en tantos y tantos regímenes que inician o reinician seriamente su camino hacia la democracia constitucional.

Experiencia positiva<sup>534</sup> que no es en modo alguna privativa de Austria, sino compartida también por Italia,<sup>535</sup> Alemania,<sup>536</sup> Portugal,

Mauro, *op. cit.*, nota 184, pp. 13 y 16; y en la alemana, Simon ha puesto de relieve cómo es posible que un mismo Tribunal Constitucional se exceda unas veces y otras, en cambio, se retraija equivocadamente (dando lugar a excesos), si bien “la mayor parte de tales sentencias contiene votos particulares”, además de que sobre la valoración de las mismas no suele haber tampoco acuerdo en la propia doctrina, dependiendo con frecuencia dicha valoración de la “ubicación político-jurídica del crítico”. Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 143, pp. 857 y 858. Hay casos en que la doctrina no duda en hablar de una verdadera usurpación legislativa por parte del Tribunal Constitucional, pero es importante notar que se trata siempre de casos excepcionales, aparte de que no faltan nunca autores que lo valoran de otra forma. Habla de *Usurpation der Gesetzgebung*, por ejemplo, Zweigert, Konrad, “Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtbarkeit”, en el colectivo Starck, Christian (dir.), *op. cit.*, nota 167, 1976, t. I, p. 74.

<sup>533</sup> Así lo intuyó, nada menos que en 1934, Rodolfo Reyes, en su conocida obra: “Si esta función jurídico-política puede o no realizarla un Tribunal, lo contestará, más que la doctrina de autores que, como Schmitt, lo niegan, más de un siglo de realización de países tales como los Estados Unidos y Suiza”. La experiencia posterior de los tribunales constitucionales no ha consistido en otra cosa que en una reafirmación rotunda de esa idea. Reyes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 154, p. 151.

<sup>534</sup> “En general, hay que decir que la experiencia europea posterior a la Segunda Guerra Mundial es positiva, sin excepción alguna hasta la fecha”. Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 240, p. 48, nota 46.

<sup>535</sup> Para Austria, Ermacora, Félix, *op. cit.*, nota 182, pp. 525-526 y 530 y ss.; para Italia, Leopoldo Elia, “Constitucionalismo cooperativo”, ‘Racionalidad’ y ‘sentencias aditivas’ en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en López Pina, Antonio (ed.), *op. cit.*, nota 225, p. 80.

<sup>536</sup> Respecto de su país, puede Faller —entre otros— señalar con orgullo que las competencias del Tribunal Constitucional se han evidenciado en estas décadas como plenamente eficaces para remover los trastornos derivados de la propia estructura de un Estado de derecho social, libre y democrático. “En los últimos años, el Tribunal

España, o Francia, así como la mayor parte de los países de la Europa del Este<sup>537</sup> —incluida la propia Rusia—, donde están cumpliendo en términos generales un papel de enorme relevancia en la propia integración del país,<sup>538</sup> o en buena parte de los países latinoamericanos,<sup>539</sup> además de otras naciones africanas y asiáticas que también han instaurado un Tribunal Constitucional.<sup>540</sup> El fenómeno expansivo de los tribunales constitucionales, que se diría que no conoce límites (o tiene cada vez menos), y los efectos positivos que su implantación por doquier irremisiblemente produce, es por sí solo un hecho suficientemente significativo, que no necesita de más comentarios.

En todos estos casos, los tribunales constitucionales han sabido actuar dentro de unos límites materiales, funcionales e institucionales muy precisos; han sabido, en suma, conformar su actividad a la célebre máxima de San Pablo en su II Epístola a los Corintios: “Tened como si no tuviéseis”.<sup>541</sup> En esa sabia regla podría condensarse la necesidad

Constitucional Federal ha hecho desaparecer en muchos casos, con sus pronunciamientos judiciales, cuestiones litigiosas que envenenaban la vida pública. En más de un aspecto, su acción ha sido integradora y pacificadora”, sirviendo un gran servicio a la democracia. Enumera a renglón seguido el autor una larga lista de supuestos en que la intervención del Tribunal ha puesto punto y final a conflictos “que envenenaban la vida pública” (igualdad del hombre y la mujer, y de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, el ámbito de la libertad de expresión y de prensa, la libertad de elección de profesión, la igualdad de oportunidades de los partidos, el derecho de audiencia, el principio del juez natural, etcétera) y se refiere asimismo a ciertos contados casos en que se ha tratado de instrumentalizar políticamente al Tribunal Constitucional de una manera patente, lo cual éste logró evitar con destreza. Faller, Hans Joachim, *cit.*, nota 219, pp. 60-63; *idem*, “Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal Alemán” (trad. de Jaime Nicolás), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 34, enero-abril de 1992, pp. 136 y 137 (artículo éste, escrito en 1992, trece años después del primero, y en el que ratifica su juicio: “Sin exageración, se puede decir que el Tribunal Constitucional Federal ha superado definitivamente la prueba”).

<sup>537</sup> Cfr. Bartole, Sergio, “Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell’Europa centro-orientale”, *Quaderni Costituzionale*, año XVI, núm. 2, agosto de 1996, pp. 229 y ss.

<sup>538</sup> Por ejemplo, sobre el Tribunal Constitucional húngaro, véase Zlinszky, János y Agnes Németh, *op. cit.*, nota 347.

<sup>539</sup> Para Guatemala, por ejemplo, véase Manuel Martínez Sospedra, *op. cit.*, nota 47, p. 61.

<sup>540</sup> Y es que hoy, tal y como Fernández Segado señalaba ya hace más de un lustro, “la justicia constitucional, bien en su modelo europeo, bien en su modelo norteamericano, se ha convertido en un fenómeno quasi-universal”, muy especialmente —añadiríamos por nuestra parte— por lo que al primer modelo se refiere, Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 227, p. 103.

<sup>541</sup> Máxima (*Haben als hätte man nicht*) que Zweigert consideró aplicable a los tribunales constitucionales en su estudio introductorio a unas famosas jornadas. Zweigert,

imperiosa de todo órgano de la constitucionalidad de respetar unos ciertos límites en su actividad pues ninguno de dichos órganos debe olvidar que “su autoridad fáctica proviene precisamente, y no en última instancia, de la observancia de tales límites”.

Cuestión distinta, y mucho más compleja, es la de precisar cuáles son exactamente esos límites, más allá de la formulación de reglas genéricas ligadas a la idea de autolimitación judicial o *self-restraint*. Y aunque hay que reconocer que, en último término, dichas reglas serán en la mayor parte de las ocasiones reglas internas y el grado de respeto a las mismas dependerá de la prudencia o moderación del propio órgano de la constitucionalidad, es lo cierto que en la doctrina alemana algunos autores han tratado de fijar algunos criterios. Uno de los esfuerzos que se han movido en esa línea es el de Schneider,<sup>542</sup> quien, tras rechazar la posibilidad de señalar los límites de la jurisdicción constitucional a partir de la diferenciación entre derecho y política o del criterio de “justiciabilidad”, ha distinguido, según su intensidad, tres modalidades de control en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán: el control de contenido,<sup>543</sup> el de apreciación (*Vertretbarkeitskontrolle*)<sup>544</sup> y el de evidencia<sup>545</sup> y, a su vez, según la densidad de control, se ha refe-

Konrad, *op. cit.*, nota 532, 1976, tomo I, p. 75. La cita bíblica corresponde a [2 Cor. 6, 10].

<sup>542</sup> Schneider, Hans-Peter, *op. cit.*, nota 66, *in toto*. Una propuesta distinta es la de Landfried, Christine, *op. cit.*, nota 33, pp. 121 y 122.

<sup>543</sup> Es el control más intenso, que reduce al máximo los márgenes políticos de actuación y decisión del legislador: es el control ejercido sobre todo en materia de derechos fundamentales, especialmente los protegidos sin ningún tipo de reserva (de limitación).

<sup>544</sup> Este control de apreciación limita en mucha menor medida la libertad de decisión del legislador, bastando con que la misma haya sido adoptada a partir de una ponderación “objetiva” y “defendible” de los elementos de juicio disponibles: es el control llevado a cabo en aquellos supuestos en que se trata de la apreciación de situaciones y regulaciones complejas, predominantemente en el terreno económico o fiscal, para los que el tribunal no es más competente que el Legislativo, o cuando el procedimiento parlamentario ofrece la garantía de una proximidad mayor a la realidad o, simplemente, la posibilidad de un análisis objetivo más profundo que los que pudiera llevar a cabo el tribunal.

<sup>545</sup> Constituye el grado menos intenso de control, limitado a la observancia de los “límites extremos” del derecho constitucional y que es un control que sólo se lleva a cabo en aquellos casos en que la Constitución misma presenta un grado suficiente de indeterminación, como, por ejemplo, en la interpretación de la cláusula de la reunificación, del principio universal de igualdad como interdicción de la arbitrariedad o de los principios generales de la Constitución.

rido al control de comportamiento, al control del procedimiento y al del resultado.

Pero es que, al margen de los límites propios de toda actividad de control de constitucionalidad, cabe señalar que incluso frente a las hipótesis más radicales imaginables —en que el Tribunal Constitucional exceda patentemente de sus competencias y sustituya como parámetro en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes a la Constitución por su libre voluntad— hay un último elemento de control por el pueblo, una garantía de su disposición sobre sí mismo, que constituye al unísono un argumento concluyente frente a los riesgos de que habla Schmitt: nos referimos a la necesaria aquiescencia por el pueblo, y sus legítimos representantes, a toda decisión del órgano de la constitucionalidad.<sup>546</sup>

Y es que no puede olvidarse que el poder de los jueces, también de los jueces constitucionales, es en todo caso el poder de la “rama menos peligrosa de gobierno”, al menos en términos de fuerza bruta. Se trata, utilizando palabras de Bergasse, “de una fuerza tal que, siendo todopoderosa para defender y socorrer, deviene absolutamente nula tan pronto como, cambiando su finalidad, se intentara hacer uso de ella para oprimir”;<sup>547</sup> los tribunales constitucionales son siempre “armas sin filo”.<sup>548</sup> Como ya intuyera Tocqueville con lucidez, “sin ellos

<sup>546</sup> A esto se refiere también Back, Jr., Charles L., “Constitutional Structure and Judicial Review”, en su libro *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1969, p. 71; también, Zagrebelsky, Gustavo, *cit.*, nota 226, p. 174. Como nos dice Denenberg, el poder del Tribunal Supremo, al carecer de todo mecanismo para ejecutar y hacer efectivas sus decisiones, “es el poder de la opinión pública... El mecanismo definitivo de defensa que tiene el pueblo contra una decisión impopular consiste en desoirla”, aludiendo a continuación a cómo, más de veinte años después de que el Tribunal Supremo declarase inconstitucional la segregación escolar, ésta sigue existiendo y, en los estados norteños, los Tribunales que han tratado de imponer la integración efectiva se han encontrado casi siempre con una fuerte oposición popular y violenta resistencia”. Denenberg, R. V., *op. cit.*, nota 80, pp. 91 y 92.

<sup>547</sup> *Cit.* por Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 240, p. 21 (las palabras del diputado constituyente italiano se referían al Poder Judicial). Como añade el citado autor español, “sin duda, en su escasa peligrosidad como instrumento de opresión es donde reside la más convincente justificación del Tribunal Constitucional como institución”.

<sup>548</sup> Tomo la expresión de Bachof, quien, no obstante, la utiliza en otro sentido diverso. Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 45, p. 42.

[los entonces siete jueces del Tribunal Supremo americano] la Constitución es letra muerta;... Su poder es inmenso; pero es un poder de opinión. Son todopoderosos en tanto que el pueblo consienta en obedecer la ley; no pueden nada cuando la desprecia”.<sup>549</sup>

Sin ese acatamiento social, un Tribunal Constitucional “no es nada”, pura y simplemente, en términos de Pérez Royo.<sup>550</sup> Y es que, como nos dice Simon respecto del *Bundesverfassungsgericht*, la posición de éste es más bien inestable y “depende de que sus decisiones sean no sólo —aunque sea a regañadientes— acatadas, sino sobre todo aceptadas esencialmente por las fuerzas sociales”.<sup>551</sup>

Y por otra parte, más allá de ese necesario consentimiento popular —tácito cuando menos— a las decisiones sobre la constitucionalidad, el pueblo siempre tiene abierta la posibilidad de reformar, pura y simplemente, la Constitución como forma de superar de la manera más clara y enérgica cualesquiera decisiones del Tribunal Constitucional en que éste haya llegado, a juicio del pueblo, “a una conclusión inaceptable (o porque se tratase de una consecuencia implícita en la Constitución de que el constituyente no hubiese tenido conciencia clara y que al serle explicitada [el pueblo] no admite, o bien —hipótesis no rechazable como real— porque entendiese que la decisión del Tribunal excede del marco constitucional)”.<sup>552</sup> De este modo, podrá definirse la

<sup>549</sup> Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, nota 143, p. 147. “Ahora bien, el poder de opinión es aquel del que es más difícil hacer uso, porque es imposible decir exactamente donde se hallan sus límites. Es a menudo tan peligroso permanecer más acá de este extremo como sobrepasarlo”, reflexión ésta que conserva aún hoy una sorprendente actualidad. Nos recuerda Loewenstein una anécdota, indicativa de la naturaleza del poder de todo órgano de constitucionalidad (o tribunal de justicia en general) y protagonizada por el presidente norteamericano Jackson cuando, al dictar en 1831 el Tribunal Supremo una sentencia contra sus intereses [*Cherokee Nation vs. Georgia* (5 Pet. 1, 1831)], se atrevió a afirmar: “John Marshall ha dictado el fallo y ahora también tendrá que ejecutarlo”. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución* (trad. de Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, Ariel, 1986, p. 225.

<sup>550</sup> Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, nota 240, p. 48.

<sup>551</sup> Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 143, p. 839.

<sup>552</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 201. Ello es algo distinto de las críticas que determinados sectores, incluso amplios, de la población o, más frecuentemente, del arco parlamentario puedan hacer a determinadas decisiones del órgano de la constitucionalidad, y muy especialmente a las adoptadas con ocasión del proceso de control normativo abstracto. Como nos recuerda Häberle, “el reproche estereotipado (*stereotype Vorwurf*) ‘una vez más el Tribunal Constitucional ha hecho política’ suele ser formulado la mayoría de las veces por aquellos que se consideran en el lado de los perdedores”, Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 228, p. 59. (hoy, en español, en Hesse, Konrad

nueva norma en el sentido que el legislador de reforma constitucional decida, según su libertad, en principio, incondicionada. Y por medio de esta facultad de reforma puede también el pueblo con total libertad privar al Tribunal Constitucional de todas o alguna de sus competencias, sin más que reformar la Constitución, aunque su desaparición sería en la mayor parte de los países una reforma constitucional que afectaría a la estructura básica del sistema político<sup>553</sup> e imaginable sólo en supuestos de absoluto fracaso de la institución, bien sea por faltarle las condiciones políticas y socio-políticas necesarias para ello, bien por la ineptitud del propio tribunal, supuesto que no se ha verificado hasta ahora en ningún país con tribunal constitucional.

Y si bien el mejor destino de esa facultad de reforma, como medio de superar una decisión intolerable del Tribunal Constitucional, es la falta de ejercicio y, en todo caso, su empleo absolutamente excepcional, lo cierto es que tiene una existencia real, y una consiguiente eficacia disuasoria (y eventualmente correctora), en todo sistema constitucional. Y que no es una posibilidad meramente teórica<sup>554</sup> lo prueba el hecho de que en Estados Unidos se ha hecho uso de la misma “justamente en estos términos en cuatro ocasiones, en que se ha usado el *amending power*, el poder de enmienda o de revisión constitucional, para ‘pasar por encima’ (*override*) de otras tantas sentencias del Tribunal Supremo”<sup>555</sup>. Y ciertamente cuatro no son muchas veces, especialmente en un sistema de activismo judicial tan mayúsculo como los Estados Unidos y una historia de más de doscientos años. Y tampoco en Italia, en Alemania o en

y Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 16.) y quizás sea ello algo en sí mismo natural en el terreno político.

<sup>553</sup> La Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político, con ocasión del XXV aniversario del Tribunal Constitucional alemán, entendió que la supresión de este último sería una reforma que afectaría a la Constitución *in seinem Wesen*, en su misma esencia. *Cfr.* Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 143, p. 823.

<sup>554</sup> No obstante, Denenberg considera que esta posibilidad “constituye una proeza inimaginable, salvo en los más insólitos momentos de consenso político”, y precisamente por ello, ha pedido la Corte actuar “libremente, como reformadora social y política, recreando todo el Derecho”. Denenberg, R. V., *op. cit.*, nota 80, p. 91.

<sup>555</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 201. Es ésta, por lo demás, una opinión generalmente aceptada en el ámbito comparado. Así, por ejemplo, para Suiza, puede verse Kälin, Walter, *Verfassungsgerichtbarkeit in der Demokratie (Funktionen der Staatsrechtlichen Beschwerde)*, Stämpfli & Cie. AG. Bern, 1987, p. 84, quien alude también a la experiencia norteamericana de más de dos siglos (p. 85).

España, hasta el día de hoy, se ha hecho necesario el recurso a esa posibilidad, siempre abierta, ni en un solo caso verdaderamente significativo.<sup>556</sup>

En último término,

la justicia constitucional cierra su círculo sobre un sentido final y global de la vida de las sociedades y del Derecho. Su última legitimación se encuentra, en definitiva, “en el Tribunal de la Historia”,<sup>557</sup> en el “plebiscito diario” sobre el que una comunidad se asienta por la comunión en ciertos principios. Más allá de este dato último no parece factible continuar. Los Tribunales constitucionales han demostrado una notable capacidad de extender la integración y el consenso social; ello les ha dado un sexto sentido para que sus propias innovaciones jurisprudenciales se presenten como justas, como inferidas de los valores constitucionales básicos y, por ello, como aptas para ser aceptadas (especialmente por lo que agudamente ha llamado Archibald Cox “la clientela” de estos tribunales: la prensa liberal, las asociaciones de juristas, los profesores y las facultades de derecho,<sup>558</sup> los negros, los pobres o

<sup>556</sup> Favoreu, Louis, *op. cit.*, nota 15, p. 109.

<sup>557</sup> Este argumento histórico ya fue utilizado por Kelsen frente a Schmitt: “Finalmente, un análisis científico-jurídico que se ocupe de la posibilidad de una jurisdicción constitucional no debería pasar por alto el hecho de que existe un Estado —a saber, Austria— en el que desde hace más de un decenio funciona un control de constitucionalidad central perfectamente estructurado. Analizar su real eficacia sería, por cierto, más provechoso que indagar acerca de su compatibilidad con el concepto de Estado legislativo. Carl Schmitt se contenta con poner ‘la solución austriaca’ entre comillas, sin descender de las alturas de su propia abstracción en orden a analizar la importancia y funcionamiento real de tal Tribunal”. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 152, pp. 31 y 32.

<sup>558</sup> En Alemania, destaca Bachof cómo “ya se ha visto muchas veces que la crítica en modo alguno carece de influencia sobre la Corte. Tanto la crítica de la opinión pública como la crítica de la ciencia jurídica han llevado en diversas formas a la Corte a una modificación de su jurisprudencia”. Bachof, Otto, *cit.*, nota 33, p. 850. Pérez Luño ha distinguido tres tipos de control a que está sujeta la interpretación constitucional: *a) Control jurídico*, que se concreta en la necesidad de atenerse a los criterios interpretativos utilizados en las decisiones previas de casos similares, así como en atender a la función orientadora y crítica que desempeña la ciencia jurídica y en lo que aquí interesa la dogmática del derecho constitucional; *b) Control político*, referido a la peculiar vigilancia o supervisión de legitimidad que ejercen los órganos creadores del derecho sobre quienes lo interpretan o aplican; y *c) Control social*, manifestado en la necesidad de que el intérprete pondere los intereses de aquellos a quienes la decisión afecta, sobre la base de una consideración igual de sus personas (John Hart Ely); en la exigencia de que el intérprete respete los *standards* o conceptos morales generales y básicos de la sociedad (Ronald Dworkin); o en la conveniencia de

los grupos políticos y de opinión), para ser ellas mismas objeto de un consenso básico.<sup>559</sup>

Sólo ahí han podido los tribunales constitucionales ser precisamente, unos mecanismos invaluables para hacer del texto constitucional *a living document*, adaptándolo a las variables circunstancias políticas, sociales y económicas de cada momento; de esta forma, en palabras de Frankfurter, *the Court breathes life, feeble or strong, into the inert pages of the Constitution and the statute books*.<sup>560</sup>

### III. LA FUNCIÓN LEGITIMADORA DE LA ARGUMENTACIÓN EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El monarca con el que habla el protagonista del celeberrimo cuento de Antoine de Saint-Exupéry, en uno de los planetas que visita, ante la petición del *petit prince* de que ordene al sol que se ponga, le explica a éste que “la autoridad reposa, en primer término, sobre la razón.

que el resultado de la interpretación goce de un amplio consenso social por cumplir las expectativas de la colectividad (Josef Esser). Pérez Luño, Antonio-Enrique, “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, enero-abril de 1984, p. 95.

<sup>559</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 203. Sobre este tema, si bien referido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede verse Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 504, pp. 386 y 388 y ss. Como dice Bachof, si bien el Tribunal Constitucional no debe dejarse influir en un caso concreto por la opinión pública, no ofrece dudas que “está, sin embargo, como con las partes del proceso, como con los colegas del propio tribunal, como con la pluralidad de todos los tribunales situados al mismo, superior o inferior nivel, *como con el mundo jurídico especializado y con la ciencia, también con el pueblo, con la opinión pública*, en una comunicación constante, en cierto modo en un ‘diálogo duradero’, comunicación que puede ser incluso mayor que la que se alcance en el Parlamento”. Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 248, p. 43.

No obstante, a la opinión pública como criterio condicionador de la jurisprudencia constitucional hay que dar un cierto valor relativo, en cuanto que una de las misiones fundamentales de la jurisdicción constitucional es la de protección de las minorías parlamentarias e incluso de los “insuficientemente representados”, con lo cual desarrolla una misión democrática fundamental, para lo cual a veces está mejor preparada que los órganos legislativos. En este sentido, rotundamente, Denenberg, R. V., *op. cit.*, nota 80, pp. 96 y ss.

<sup>560</sup> Frankfurter, “The Supreme Court in the mirror of Justices”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 105 (1957), p. 793, citado por Dahl, Robert A., *op. cit.*, nota 528, p. 280. Y es que, como nos dicen De Esteban y González Trevijano, *op. cit.*, nota 238, tomo III, p. 237, los tribunales constitucionales no son los “guardianes de un museo”.

Si ordenas a tu pueblo que vaya a arrojarse al mar, hará una revolución. Tengo derecho de exigir obediencia porque mis órdenes son razonables”.<sup>561</sup>

Esta necesidad de razonabilidad es hoy común a todos los ámbitos de poder<sup>562</sup> pero lo es de manera muy especial en las decisiones judiciales en general, y de una manera incluso más acentuada en las decisiones de un tribunal constitucional, a fin de que se haga visible y patente que sus sentencias enjuician las leyes *desde la perspectiva de la Constitución* y que *el parámetro que emplean es la misma Constitución y no el libre criterio de los integrantes del órgano de la constitucionalidad*. Y no se trata sólo de que las sentencias constitucionales sean efectivamente “razonables”, pues con ello sólo no basta, sino que además es preciso que esa razonabilidad se exteriorice, se dé a conocer, se haga explícita, sea —en suma— una razonabilidad razonada, fundamentada.

El órgano de la constitucionalidad no es un legislador negativo que pueda, soberanamente, derogar las leyes sin necesidad de justificarlo, ni la justificación que eventualmente ofrezca es una suerte de exposición de motivos. Nada de ello es así, nada más lejos de la verdadera naturaleza de los modernos tribunales constitucionales, cuya legitimidad y autoridad reposa de manera primordial en la fundamentación clara de sus decisiones, precisamente porque no son, en sentido

<sup>561</sup> Saint-Exupéry, Antoine de, *El Principito*, Madrid, Alianza-Emecé, 1974, p. 49.

<sup>562</sup> Sobre esto, véanse las reflexiones generales de García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, pp. 153-159. De este libro (pp. 154 y 155) tomo parte de la cita a Tomás-Ramón Fernández: “Se necesita siempre una respuesta satisfactoria, una buena respuesta, una respuesta capaz de convencer o, cuando menos, una respuesta razonable, sostenible, susceptible de resistir la comparación con otras respuestas también posibles, de generar, en consecuencia, amén de la adhesión de una parte de los miembros de la comunidad, la neutralidad del resto, de modo que, si existe alguna oposición activa, ésta sea más bien marginal y, por lo tanto, inocua... Este es el cuadro de la sociedad en que vivimos, con toda evidencia, y en este cuadro, en este escenario nos movemos, queramos o no, todos los operadores jurídicos, ya se trate de legisladores, de gobernantes o funcionarios, de jueces, abogados, profesores, etcétera. No hay ningún poder indiscutible ni indiscutido en la sociedad de nuestros días. *Todos valemos, al menos en términos de tendencia*, lo que para los demás valen nuestras razones, y es bueno que así sea, porque la igualdad que resulta de nuestra valoración en función del valor de nuestras propias razones es el fundamento último y la esencia misma de la convivencia democrática”. Véase también Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa-UNAM, 1989, pp. 110 y 111.

estricto, verdaderos legisladores (ni negativos, ni positivos),<sup>563</sup> sino justamente tribunales, que no actúan libre ni soberanamente, sino sólo como comisionados del poder constituyente, encargados de interpretar la Constitución, a la que deben imputarse sus decisiones.<sup>564</sup> Con todo acierto, Cappelletti ha puesto de relieve cómo “subrayar la importancia de la motivación de las sentencias del Tribunal Constitucional significa igualmente acentuar su jurisdiccionalidad”<sup>565</sup> y, con ello, su legitimidad.

En efecto, el único medio por el que los tribunales constitucionales pueden justificar por qué cada una de las concretas decisiones que adoptan puede ser imputada directamente a la misma Constitución —ya que, de ser de otro modo, su decisión carecería de toda legitimidad— es la argumentación jurídica, pues, como subraya Schneider, “sólo cuando se produce la impresión de que los jueces han leído en la Constitución lo que no hay en ella, pierde una sentencia fuerza objetiva de convicción y aparece hacia el exterior como ‘políticamente’ motivada”<sup>566</sup>.

El único modo de evitarlo, y evitar también que el tribunal deje así de “hablar con una influyente voz” (*with a powerful voice*),<sup>567</sup> es precisamente la más rigurosa motivación de los fallos ya que, como nos dice Hesse, “en última instancia la bondad de una sentencia depende de la objetividad, secuencia lógica y persuasividad de su argumentación”<sup>568</sup>. Sólo mediante la fundamentación profunda y persuasiva de sus fallos podrán los tribunales constitucionales obtener o adquirir una legitimidad que no tienen por otras vías, lo que es particularmente necesario si se tiene presente el ámbito sobre el que actúan los tribunales cons-

<sup>563</sup> Ni tampoco meros “destructores de leyes”, como se ha dicho en la doctrina alemana con un juego de palabras: *Gesetzvernichter*, como contraposición a *Gesetzgeber* (legislador, “dador” de leyes).

<sup>564</sup> Weber, Albrecht, *op. cit.*, nota 61, p. 79.

<sup>565</sup> Cappelletti, Mauro, “Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, núm. 52, p. 863.

<sup>566</sup> Schneider, Johann-Peter, “Continencia judicial y estructura normativa abierta del derecho constitucional”, en López Pina, Antonio (ed.), *op. cit.*, nota 225, p. 75.

<sup>567</sup> Rostow, Eugene, “The democratic character of judicial review”, *Harvard Law Review*, núm. 193, vol. 66, diciembre de 1952, p. 208. Hay traducción castellana mía en *Apuntes de derecho*, Lima, año I, núm. 1, octubre de 1996.

<sup>568</sup> Hesse, Konrad, “El texto constitucional como límite de la interpretación”, *op. cit.*, nota 225, p. 185.

tucionales y las consecuencias de gran calado político que pueden derivarse de sus decisiones.

Esto es lo que exige de manera particular a las sentencias constitucionales intensificar la exigencia común de la motivación de todo fallo judicial, la de presentarse como *principled* (como contrapuesto a la decisión de un *naked power organ*, un órgano de poder desnudo), justificada de una manera detallada y explícita en principios que trasciendan la apreciación singular del caso, principios que aquí han de ser precisamente los expresados en la Constitución o deducibles de los mismos con claridad...<sup>569</sup> Sólo así sus sentencias cumplirán la alta función de integración a que están llamadas, sólo así podrán ser aceptadas y obedecidas. En otro caso, si el Tribunal decidiese por resoluciones autoritarias no justificadas en la Constitución, si hiciese gala de un ‘imperialismo judicial’, pondría en riesgo al sistema entero.<sup>570</sup>

Como bien señala García de Enterría,<sup>571</sup> resulta evidente que ni los Parlamentos, ni los partidos políticos, ni el pueblo, en definitiva, aceptarían jamás a un tribunal constitucional que decidiese las graves cuestiones constitucionales que le están sometidas sobre la base de criterios simplemente personales, de simpatía o de opción política de los jueces. El juez constitucional sólo tendrá autoridad, y la conservará, en cuanto pueda presentar sus resoluciones como verdaderas interpretaciones del texto fundamental, y pueda así imputar a éste sus decisiones particulares. Es, justamente, la enorme trascendencia de su función la que fuerza al juez constitucional a renunciar a criterios simplemente políticos para motivar sus sentencias, la que le obliga a buscar en la Constitución como norma jurídica las soluciones de los casos, búsqueda en la que sólo el método jurídico más riguroso garantiza la objetividad y el acierto.

Y esa fundamentación de las decisiones es tanto más necesaria cuanto menos clara sea, respecto del *texto* de la Constitución, la conclusión a que el tribunal llega y cuanto menos consenso exista al respecto en la opinión pública y en la doctrina jurídica. Se trata de hacer radicalmente falsa la apreciación conocida de Schmitt de que “su valor [el de una sentencia de un tribunal constitucional] no radica en una ar-

<sup>569</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 164, p. 234.

<sup>570</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>571</sup> *Ibidem*, pp. 184 y 185.

gumentación aplastante, sino en la autoritaria eliminación de la duda que precisamente resulta de las principales argumentaciones posibles que se contradicen entre sí”.<sup>572</sup>

Justamente se trata, o al menos debe tratarse *tendencialmente*, de todo lo contrario a ese pretendido decisionismo: el tribunal no decide *autoritariamente, por su sola autoridad*, cual si de un legislador se tratara, sino con base en un método y a criterios jurídicos y sus decisiones no son soberanas —como sí lo son, dentro del marco constitucional, las del legislador— sino vinculadas, y vinculadas precisamente a la Constitución,<sup>573</sup> a la que se imputan en último término todas sus decisiones. Y esa imputación al texto constitucional, esa utilización de la Constitución *como parámetro* en la labor de control de constitucionalidad de la ley debe aparecer clara a los ojos de las “clientelas” del tribunal y de toda la opinión pública en general pues, como nos dice Rostow respecto del Tribunal Supremo americano, “el Tribunal Supremo es, entre otras cosas, un cuerpo educativo, y los jueces son inevitablemente profesores en un seminario vital nacional”.<sup>574</sup>

Pocas veces será tan evidente esa imputación al texto constitucional que no precise de explicación o justificación. Por el contrario, siempre habrá de explicitarse con el mayor detalle y claridad posibles, y con el menor oscurantismo imaginable, el proceso hermenéutico que lleva a una determinada decisión, si bien hay que coincidir con Hesse en que los resultados obtenidos por el proceso de interpretación constitucional no tienen

el carácter de lo exactamente demostrable que puede darse en las ciencias de la naturaleza; en el ámbito de la interpretación jurídica ello nunca pasaría de ser la ficción y la perpetua mentira de los juristas tras de la cual, y de una forma implícita e incontrolada, se ocultarían los verdaderos motivos de la decisión o esta última sería sencillamente ocultada. Frente a la pretensión de una absoluta corrección imposible de demostrar y que con frecuencia ni siquiera la *ratio decidendi* hace patente, a través de la corrección relativa que implica reconocer el

<sup>572</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 144, pp. 90 y 91.

<sup>573</sup> Esta idea del texto de la Constitución como límite último de toda interpretación, por mayores que sean las dificultades naturales que existen para determinar “la compatibilidad o incompatibilidad de una interpretación con el texto”, puede verse en Hesse, Konrad, “El texto constitucional como límite de la interpretación”, en López Pina, Antonio (ed.), *op. cit.*, nota 225, p. 185.

<sup>574</sup> Rostow, Eugene, *op. cit.*, nota 567, p. 208.

carácter limitado de su pretensión, pero que, sin embargo, dentro de dicha limitación, resulta explicable, convincente y hasta cierto punto previsible, parece conseguirse algo, y no por cierto un “quantum” de honestidad jurídica, sino también de —limitada— seguridad jurídica.<sup>575</sup>

Y puesto que esa fundamentación resulta tanto más necesaria, como es natural, cuanto más novedosa o innovadora sea la interpretación, no es difícil comprender que la exigencia ordinaria de motivación y argumentación adquiera una especial intensidad en aquellos supuestos en que el tribunal se aparta de su propia doctrina anterior, de sus precedentes, mediante lo que llaman los norteamericanos la técnica del *overruling*. Estos cambios de doctrina son indispensables, ya que, de lo contrario, se condenaría al tribunal al ostracismo y se le impediría llevar a cabo su contribución capital a hacer de la Constitución un texto viviente. Pero estos cambios deben siempre hacerse —en términos de Rodríguez Bereijo en un voto particular a una sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 222/1992, de 11 de diciembre)— “además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada”, ya que “si los cambios u oscilaciones bruscos en toda jurisprudencia son siempre peligrosos, lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata”, siendo por ello particularmente grave que “la sentencia que lo lleva a cabo (el cambio de doctrina) pretenda desconocerlo y, en consecuencia, omita toda explicitación razonada no sólo del cambio de interpretación constitucional”, sino también de los criterios en que se fundamenta.<sup>576</sup>

Para finalizar, no podemos dejar de hacernos eco de un importante fenómeno, cual es el de la publicación en los más recientes y modernos sistemas de justicia constitucional, siguiendo, por lo demás, el precedente norteamericano, de los votos particulares,<sup>577</sup> que —como Häberle ha puesto de relieve—,

<sup>575</sup> Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 90, p. 48.

<sup>576</sup> Resulta del mayor interés la experiencia italiana sobre este punto que relata Bonifacio, Francesco P., “Las motivaciones tras de inflexiones o no alteración en los criterios interpretativos de la jurisprudencia constitucional”, en López Pina, Antonio (coord.), *op. cit.*, nota 225, p. 179.

<sup>577</sup> Entre una bibliografía poco abundante, en castellano, destaca dos libros: Ezquizaga Ganuzas, Francisco Javier, *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990 y Cámara Villar, Gregorio, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.

utilizados prudentemente, son una pieza de la “apertura de la Constitución”, la cual desarrollan. Sirven a la apertura del proceso de interpretación constitucional en el transcurso del tiempo y podrían tener efectos pacificadores en la medida en que “superan” en el sentido hegeliano (es decir, conservan) la opinión de la parte vencida. También sirven para refutar la ideología de una decisión “unilateral”.<sup>578</sup>

Mediante estos votos particulares, uno o más magistrados de la *minoría* señalan y razonan profusamente por qué el tribunal debió haber llegado, a su juicio, a otra solución (votos particulares discrepantes) o al menos realizar una diferente interpretación, aunque el fallo fuera el mismo, de la norma constitucional (votos particulares concurrentes). Y esta saludable práctica de los votos particulares permite a estos tribunales en no pocas ocasiones preparar el camino para la rectificación en el futuro de sus propios criterios,<sup>579</sup> conforme a la máxima —atribuida al juez Holmes, probablemente el más ilustre practicante de las *dissenting opinions* en los Estados Unidos de América— que dice que “los votos particulares de hoy son la jurisprudencia de mañana” y a la concepción de éstos como una apelación a generaciones futuras. En este sentido, Häberle habla del “voto particular como ‘jurisprudencia alternativa’ ”.<sup>580</sup>

Al margen de ello, la mera posibilidad de cualquier ministro o grupo de ellos de formular y hacer públicos estos votos particulares propicia notablemente el debate y el consenso en el seno del tribunal y obliga a que las decisiones sean intensamente motivadas y persuasivamente argumentadas<sup>581</sup> a fin de convencer a la opinión pública en general —y a las “clientelas” del Tribunal Constitucional en particular. Contribuyen asimismo estos votos particulares a evitar que el órgano de la constitucionalidad pueda extralimitarse en el ejercicio de su función.<sup>582</sup> Además,

<sup>578</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 39, p. 236.

<sup>579</sup> También los *obiter dicta* pueden ser, desde otra perspectiva, un cauce de preparación de la futura interpretación constitucional, más allá de la resolución puntual, haciéndose así criticables anticipadamente. Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 326, p. 37, nota 72 (hoy también en su libro recopilatorio *El Estado constitucional*, *cit.*, nota 99.)

<sup>580</sup> Así, Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 39, pp. 172-174; también en Hesse, Konrad, y Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 16.

<sup>581</sup> Esteban, Jorge de y González Trevijano, Pedro J., *op. cit.*, nota 238, p. 215. No obstante, cabría objetar que, en ocasiones, ese consenso se logra justamente a costa de omitir u oscurecer ciertos aspectos de la fundamentación.

<sup>582</sup> La experiencia de los diversos sistemas de justicia constitucional permite constatar, en efecto, cómo los votos particulares han sido una vía utilizada por uno o

como Häberle nuevamente destaca, el voto particular “puede operar pacificadamente, porque la parte derrotada considera que se la ha tomado en serio” y además, “se puede llegar a largo plazo a una ‘conversación jurídica’ abierta en materia constitucional”, aparte de que estos votos particulares permiten que la opinión mayoritaria de los jueces se manifieste de una manera más consecuente, más lógica, más directa, sin compromisos forzados en el seno del Tribunal.<sup>583</sup>

Por todo ello, es digno de alabanza que el artículo 7o. LOPJF establezca: “Siempre que un ministro disintiere de la mayoría podrá formular voto particular, el cual se insertará al final de la ejecutoria respectiva si fuere presentado dentro de los cinco días siguientes a la fecha del acuerdo”. Estoy seguro de que de ahí se desprenderá una práctica positiva, en el sentido indicado.

#### IV. LA PLENA COMPATIBILIDAD DEL MÉTODO JURÍDICO CON EL CONOCIMIENTO DE CONFLICTOS DE SUSTANCIA POLÍTICA Y CON LA NECESARIA VALORACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS POLÍTICAS DE LOS FALLOS

Aunque debiera resultar un tanto obvio, hay que empezar reconociendo —sin recato de ningún tipo— que los tribunales constitucionales, como el propio Tribunal Supremo norteamericano, deciden conflictos políticos. Ello es inevitable puesto que, como dijera Triepel ya en 1928, todo conflicto constitucional es siempre un conflicto político.<sup>584</sup> Si algo

varios magistrados para denunciar lo que entendían una extralimitación de los poderes del tribunal (especialmente por invadir la esfera legislativa), lo que coloca al tribunal en una posición poco cómoda que tratará siempre de evitarse. Estos supuestos no pueden ser, como se comprenderá, demasiado habituales. Se admiten los votos particulares, en Europa, en España, Alemania, Polonia, Bulgaria, Eslovenia y Croacia; no se admiten, en cambio, en Francia ni en Italia, si bien en este último país la prohibición de hacer públicos los votos particulares (sobre cuyas desventajas ha existido un amplio debate doctrinal) ha sido en cierto modo eludida, por no decir burlada, por la práctica de lo que se ha dado en llamar “confesiones razonadas” de los magistrados disidentes en sus entrevistas o artículos.

<sup>583</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 39, pp. 172 y 173; y Hesse, Konrad, y Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 16.

<sup>584</sup> “Verfassungstreitigkeiten sind immer politische Streitigkeiten”. Triepel, Heinrich, “Wessen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *Veröffentlichungen der Verder Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 5, 1928, *cit.* por Carro Fernández Valmayor, José Luis, en su “Prólogo” a Heinrich Triepel, *Derecho público y política*, Madrid, Civitas, 1974, p. 22: “hemos de afirmar, sin embargo, inmediatamente que para nuestro autor la politicidad de los litigios constitucionales no está en modo alguno en contradicción

ponen de relieve los doscientos años de funcionamiento del Tribunal Supremo norteamericano es, precisamente, que por sus salas han desfilado, como nos recuerda Freund, la mayor parte de las fuerzas cuyo conflicto y resolución han constituido los temas de la historia norteamericana: desde la apertura de un continente y los antagonismos locales en los transportes y el comercio, o la esclavitud y la guerra civil, hasta la discriminación racial o el derecho al proceso debido, pasando por la seguridad interior y el servicio militar, o la Iglesia y el Estado, la prensa libre y el orden público.<sup>585</sup> De esta forma, puede concluirse, sin duda, que el Tribunal Supremo ha contribuido patentemente a “forjar”<sup>586</sup> la historia norteamericana y lo ha hecho justamente a partir de la resolución de conflictos políticos de gran importancia.

Así lo percibió y destacó ya Tocqueville, en unas palabras que no nos resistimos a reproducir:

se puede incluso decir que sus atribuciones son casi enteramente políticas, aunque su constitución sea enteramente judicial... Cuando el ujier de estrados, adelantándose en las gradas del Tribunal, llega a pronunciar estas palabras: “El Estado de Nueva York contra el de Ohio”, se siente que no se halla uno en el recinto de una corte de justicia ordinaria. Y cuando se piensa que uno de esos litigantes representa a un millón de hombres, y el otro a dos millones, se asusta uno de la responsabilidad que pesa sobre los siete jueces cuyo fallo va a regocijar o a tristecer a tan gran número de sus conciudadanos.<sup>587</sup>

Pero no basta con decir que los órganos de la constitucionalidad resuelven conflictos políticos, pues entonces faltaría “el rasgo sin el cual un retrato se convierte en caricatura”, sino que es ineludible precisar que lo característico es que lo hacen, que ponen fin a esos conflictos políticos, *conforme a derecho*, “con todos los requisitos y limitaciones que esto supone”.<sup>588</sup> Quiere con ello decirse que no se trata en modo alguno, conforme a la conocida objeción de Schmitt, de una resolución de conflictos políticos con *forma* de sentencia judicial (*Justizförmig*),

con su tratamiento jurídico y, por consiguiente, también con su control por un Tribunal Constitucional”.

<sup>585</sup> Freund, Paul A., “La Suprema Corte”, *Diversos aspectos del derecho de Estados Unidos*, México, Letras, 1965, p. 74.

<sup>586</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>587</sup> Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, nota 123, pp. 146 y 147.

<sup>588</sup> Freund, Paul A., *op. cit.*, p. 75.

pero con arreglo a criterios de naturaleza política, sino que lo característico es que no sólo el método, sino *también los criterios de fondo* utilizados por los órganos de constitucionalidad para resolver estos conflictos de indiscutible sustancia política, son criterios jurídicos,<sup>589</sup> estrictamente.

Como dice Gomes Canotilho, el problema no reside en si se hace política a través del control de la constitucionalidad, sino más bien en apreciar, de acuerdo con los parámetros jurídico-materiales de la Constitución, la constitucionalidad de la política. La jurisdicción constitucional tiene, en buena medida, como objeto apreciar la constitucionalidad de “lo político”, lo que no significa, obviamente, que se transforme en simple “jurisdicción política”, pues tiene que decidir siempre de acuerdo con los parámetros materiales fijados por las normas y principios constitucionales. Consecuentemente, sólo cuando existen parámetros jurídico-constitucionales para el comportamiento político, puede el Tribunal Constitucional apreciar la violación de esos parámetros.<sup>590</sup>

Se comprende, por todo ello, que el poder confiado al Tribunal Supremo americano o a los tribunales constitucionales para anular las leyes es un verdadero poder político,<sup>591</sup> sin perjuicio de que el modo de ejercitarlo haya de ser el método jurídico. Es así fácilmente comprensible que la utilización de métodos y criterios de fondo jurídicos no empece en absoluto a la necesidad, imperiosa, de que el juez constitucional valore y tenga presentes en sus decisiones las consecuencias prácticas, políticas casi siempre, que puedan derivar de sus fallos y de

<sup>589</sup> En palabras de un expresidente del Tribunal Constitucional español, “en el Tribunal no se debaten opciones políticas, se delibera sobre pretensiones jurídicas de las partes enfrentadas en un proceso constitucional, y aunque en el fondo de cada contienda planteada ante nosotros late siempre un problema político (la constitucionalidad de una norma legal, la titularidad de una competencia, el amparo de un derecho fundamental), nuestro único instrumento es la razón jurídica, como vehículo para interpretar la Constitución y para custodiar la permanente distinción entre la objetivación del Poder constituyente plasmado en la Constitución, y la actuación de los poderes constituidos”. Tomás y Valiente, Francisco, “Discurso de despedida pronunciado en el Tribunal Constitucional, el 8 de julio de 1992”, *op. cit.*, nota 128, p. 228.

<sup>590</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *op. cit.*, nota 159, p. 1111.

<sup>591</sup> Como nos dice Landfried, respecto del Tribunal Constitucional alemán, “as long as the judges do not exceed their competences, judicial policy-making has to be accepted as part of the existence of judicial review”, Landfried, Christine, *op. cit.*, nota 33, p. 115.

una eventual declaración de inconstitucionalidad. Y es que como ha dicho Geiger en frase lapidaria que —en lo que al derecho constitucional se refiere— hacemos desde luego nuestra, “el derecho y la política se pueden distinguir, pero no separar” (*Recht und Politik kann man unterscheiden, aber nicht trennen*)<sup>592</sup> o, como nos dice Häberle, “el derecho y la política, en el Estado constitucional democrático, no están uno frente al otro: son aspectos *parciales*, funciones parciales del conjunto de la *res pública*”;<sup>593</sup> “la confrontación entre derecho y política, entre la función jurisprudencial y la función política, la terminología de ‘derecho apolítico’ no puede continuar. Debemos buscar otros criterios para la descripción y valoración de las tareas —y los fallos— del Tribunal Constitucional”.<sup>594</sup> Y es que las modernas constituciones han construido, en efecto, un puente entre lo exclusivamente político y lo exclusivamente jurídico,<sup>595</sup> por lo que no sería posible, en modo alguno, “diseñar analíticamente una frontera entre derecho y política, un límite con dientes, con entradas, con salientes”.<sup>596</sup> Ese límite es, simplemente, la Constitución, y siempre que quepa hacer una censura en nombre de la Constitución, el juez (constitucional) estará actuando dentro de su ámbito constitucional propio.

Ahora bien, la imprescindible<sup>597</sup> valoración de las consecuencias prácticas de las decisiones por un tribunal constitucional no sig-

<sup>592</sup> Geiger, Willi, “Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1985, p. 401.

<sup>593</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 39, p. 240, quien añade: “Muchos hablan de ‘transgresiones de límites’ del Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación con lo político, pero hasta ahora nadie ofrece una clara separación entre derecho y política. Esto no puede sorprender: precisamente no se puede encontrar” y sólo desde una perspectiva cuantitativa, no cualitativa, puede diferenciarse el modo en que un Tribunal Constitucional ejerce política frente al legislador”. Esto es opinión común en la doctrina alemana; puede también verse, por ejemplo, Simon, Helmut, *op. cit.*, nota 143, p. 849, quien reconoce sin empacho que el Tribunal Constitucional hace una verdadera *política* de derechos fundamentales.

<sup>594</sup> Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 228, pp. 59 y 60.

<sup>595</sup> “Zwischen dem Nur-Politischen und dem Nur-Rechtlichen haben zwar die modernen Verfassungen eine Brücke dadurch geschlagen”. Zweigert, Konrad, *op. cit.*, nota 532, 1976, tomo I, p. 72.

<sup>596</sup> García de Enterría, Eduardo, “Los ciudadanos y la administración: nuevas tendencias en derecho español”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, 1989, núm. 89, p. 15.

<sup>597</sup> “Un papel asimismo esencial desempeña en la sentencia —y ello pertenece al acervo de criterios al que se acuerda unánimemente validez— la consideración de sus efectos. En cada caso es necesario analizar las consecuencias de una decisión y

nifica, tal y como ha subrayado García Belaunde, que el control constitucional deba tener siempre como meta

los resultados y obrar en función de éstos. Por el contrario, la tarea interpretadora debe ser apreciada y desarrollada en sí misma, sin interesar los resultados, pero es indudable que no debe ignorarlos, e incorporar previsiones futuras al momento de resolver no como un dato definitivo, sino como uno entre los muchos existentes para llegar a una solución.<sup>598</sup>

Zagrebelsky ha puesto de relieve cómo el tribunal constitucional ha de ejercer una estricta “ética de la responsabilidad”, hasta el punto de negarse a tomar decisiones que defraudan las expectativas (sociales y políticas) o parecen débilmente fundadas, con tal de no crear dificultades al sistema constitucional en su conjunto y al proceso de integración política, al funcionamiento de los órganos públicos en general, al equilibrio del sistema económico, al errático orden impuesto por el poder “privado” en la sociedad. Se podría aquí deducir una nueva regla general que condiciona las categorizaciones de sentido y de valor de los casos por parte del tribunal constitucional: su función no es la de introducir nuevas dificultades en el sistema político-constitucional, económico y social, sino la de allanar las existentes. La justicia constitucional debe facilitar, no obstaculizar el proceso político.<sup>599</sup>

No obstante, la valoración necesaria de las consecuencias, de todo orden, de las decisiones constitucionales, no ha de llevar a una jurisprudencia constitucional consecuencialista sin más, que obre sólo en función de las consecuencias o efectos previsibles de sus decisiones, sino sólo a la valoración “responsable” de esos efectos en todo proceso hermenéutico constitucional.<sup>600</sup> Expresado de otro modo, “un juez constitui-

hacerse una idea lo más clara posible acerca de qué peso puedan tener en la decisión. Eso es lo que cabe decir acerca de la interpretación por el Tribunal. No es mucho; la lectura atenta de las decisiones permite apreciar una serie de puntos de vista y factores no reducibles a un código o catálogo”. Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 225, p. 185.

<sup>598</sup> García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, nota 505, p. 32.

<sup>599</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “La Corte Constitucional y la interpretación...”, en López Pina, Antonio (ed.), *op. cit.*, nota 225, p. 177.

<sup>600</sup> Por lo demás, la valoración de las consecuencias o efectos de sus decisiones es labor cotidiana de todos los tribunales constitucionales, que dictan siempre resoluciones que no encuentran explicación plausible si no es atendiendo precisamente a esa estimación previa de los efectos, por más discutible que pueda parecer en

cional que pretenda cumplir rectamente su cometido deberá apreciar e interpretar las normas constitucionales no sólo con ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, y sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático. Quiere ello decir que debe apreciar la Constitución como un conjunto de significado unitario y que debe tener siempre el sistema implantado por la norma suprema como un conjunto global, cuya preservación debe orientar sus decisiones”.<sup>601</sup>

Conviene también precisar que tal y como puso de relieve un antiguo rector de Tübingen,<sup>602</sup> la situación de intereses que, en relación al principio *summum ius, summa iniuria*, se le plantea al juez constitucional es, en muchas ocasiones, justamente inversa a la que se plantea al juez ordinario: no se trata de optar por una justicia individual frente a la ley, sino entre una ley que satisface la justicia individual pero que amenaza en sus consecuencias con afectar a los valores generales.

Esto es particularmente cierto en relación a las sentencias, como las dictadas como consecuencia de la interposición de una acción de inconstitucionalidad, que se pronuncian sobre la constitucionalidad de una ley y están dotadas de obligatoriedad general. Estas sentencias pueden ocasionar catástrofes no sólo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando estas sentencias son “políticamente inexactas o falsas” (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera. Por ello, el juez constitucional, en

cada caso concreto. Es también cierto que el operador jurídico, o la doctrina jurídico-constitucional, raramente va a encontrar en la propia decisión una explicitación de esas valoraciones salvo, en el mejor de los casos, alguna referencia sumaria, lo que Zagrebelsky [“La Corte Constitucional y la interpretación...”, en López Pina, Antonio (ed.), *op. cit.*, nota 225, p. 177.] juzga no sólo paradójico sino también “una laguna grave”.

<sup>601</sup> Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, nota 227, p. 79.

<sup>602</sup> Nos estamos refiriendo a Bachof, Otto, “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, en Häberle, Peter (comp.), *op. cit.*, nota 228, pp. 285 y ss. Hay traducción castellana en México, con la que no he podido hacerme. No manejo el texto original, sino que sigo la traducción fragmentaria del profesor García de Enterría, *op. cit.*, nota 164, pp. 179 y ss., quien por cierto lo considera un “bello trabajo” de Bachof, formado por páginas “suficientemente expresivas por sí mismas para que necesiten glosa alguna”. A este mismo tema se refiere también Wright, B. F., *The Growth of American Constitutional Law*, Nueva York, 1946, p. 249.

una medida cualitativamente mayor que un juez ordinario, no puede perder de vista las consecuencias, políticas muy frecuentemente, de sus resoluciones.<sup>603</sup>

Entiende Bachof que

allí donde la aplicación estricta de un precepto legal —y especialmente un precepto de forma— amenace conducir a un resultado dañoso para el bien colectivo, debe probarse en primer lugar el camino de una interpretación sistemática, para ver si se encuentran dentro del ordenamiento otras normas de rango o valor superior a través de cuya aplicación ese resultado dañoso se excluya. Esto parece una precisión trivial, pues todo juez debe, evidentemente, valorar las leyes a aplicar y su situación con relación a las otras normas —sean o no de rango superior—. Pero la situación para el juez constitucional es en este punto algo especial, porque para él muchas de las reglas a aplicar no se encuentran en una formulación perfecta y practicable desde el punto de vista de la técnica jurídica, sino que deben desarrollarse a través de los principios jurídicos fundamentales o del complejo relacional conjunto de la Constitución... Ciertamente, un resultado poco satisfactorio de una decisión constitucional da lugar, en cierta medida, a que el juez constitucional busque reglas correctoras o a que desarrolle o profundice la primera. Pero el juez constitucional ni puede ni debe tratar de llegar a una construcción jurídica más o menos consistente partiendo de un resultado preconcebido... El juez constitucional puede y debe enjuiciar —con la mirada fija en los efectos de su decisión— si allí donde el *summum ius* parece conducir a la *summa iniuria* no se trata en verdad solamente de una investigación del *ius* cuya indagación adecuada y completa debe conducir a una corrección de los resultados “injustos”, “dañosos para el bien común”, “falsos políticamente”. No fuera, sino dentro del ordenamiento jurídico debe buscarse la ayuda.<sup>604</sup>

Termina Bachof señalando que

esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta [el juez constitucional] en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias a descubrir el derecho “justo” y a construir interpretaciones jurídicas con una u otra corrección a las que no hubiese llegado si no hubiese

<sup>603</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 228, p. 287. Véase también Giustino D’Orazio, *op. cit.*, nota 321, p. 65.

<sup>604</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 228, pp. 290-292.

tenido a la vista ese resultado. En ese sentido, existe, sin duda, un cierto influjo de las repercusiones políticas de la sentencia sobre la interpretación jurídica. Pero aquí está a la vez el *límite* para la toma en cuenta de tales consideraciones. Contra el derecho, el juez no puede decidir jamás... El juez puede enjuiciar la ley sólo sobre el parámetro de la Constitución, quizá inclusive sobre principios jurídicos fundamentales presupuestados por la Constitución pre o superconstitucionales; en todo caso, sólo sobre el parámetro de un *derecho* de rango superior. Un Tribunal Constitucional no puede rehusar la validez de una ley sólo por las consecuencias políticas implicadas en ella... Hacer esto no es sólo facultad suya, sino también su deber; su doble función como Tribunal y como órgano constitucional se hace clara precisamente aquí y aquí debe confirmarse. En caso de conflicto entre el derecho y la política el juez sólo está vinculado al *derecho*. Sin embargo, puede esperar del legislador que este conflicto le sea en lo posible evitado, no en atención a él, sino en atención al derecho.

## V. LA POSICIÓN PREFERENCIAL (*PREFERRED POSITION*) DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA FUNCIÓN DE CONTROL CONSTITUCIONAL<sup>605</sup>

Como nos dice el que fuera presidente del Tribunal Constitucional alemán, Zeidler, a propósito justamente del parámetro del control de la constitucionalidad, la Constitución no puede ser considerada solamente como la suma de ciertas garantías jurídicas y disposiciones institucionales, sino que también hay que considerarla como una unidad, como un sistema de valores determinados, y muy especialmente como norma garantizadora de los derechos fundamentales,<sup>606</sup> que han de jugar un papel especial como “criterio de referencia” (o parámetro) a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las normas: son en

<sup>605</sup> Sobre otros principios hermenéuticos especiales en materia de derechos fundamentales, puede verse Ehmke, Horst, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, en su libro recopilatorio *Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik*, con prólogo de Häberle, Peter, Athenäum, Königstein, 1981, pp. 354 y ss. Véase también nuestro trabajo “Algunos aspectos de Teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los Estados Unidos”, cit., pp. 271-290. Un libro básico, que ojalá inicie un nuevo planteamiento de la cuestión en México, es el de Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, CND-UNAM, México, 2004; en especial, respecto de su interpretación, véanse las pp. 122 y ss.

<sup>606</sup> Zeidler, Wolfgang, “Cour Constitutionnelle Fédérale allemande”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica-PUAM, III, 1987, pp. 40 y ss.

concreto, “el punto de referencia más importante”<sup>607</sup> para el control de la constitucionalidad.

En dirección análoga, otro expresidente de un Tribunal Constitucional (el italiano, esta vez), ha subrayado cómo “*le costituzioni delle democrazie pluralistiche dei nostri giorni sono, nella loro essenza, ‘costituzioni di valori’*” y, en particular, Constituciones de derechos fundamentales. La tutela de estos últimos constituye “*il senso profundo della giustizia costituzionale*”, que es hoy esencialmente una jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales. De ello resulta una consecuencia de extraordinaria importancia para nosotros ahora mismo, y es que tales derechos fundamentales “son anche *parametri fondamentali* della legittimità dello svolgimento dei poteri pubblici e, in particolare, *dell’azione legislativa del parlamento*”<sup>608</sup> (cursivo mío).

El motivo que subyace a esta hipervaloración en Europa de las normas constitucionales iusfundamentales como criterio de enjuiciamiento material de las normas constitucionales es la recepción del modelo norteamericano de Constitución. Esta concepción no es otra que la de la Constitución como una verdadera norma, no un simple programa y una norma, además, que no se limita a establecer unas reglas procedimentales de juego,<sup>609</sup> sino que, lejos de ello, junto a esas reglas de mero procedimiento, realiza una regulación material por la que se trata

<sup>607</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 45, p. 32.

<sup>608</sup> Baldassarre, Antonio, “Parlamento e Giustizia Costituzionale nel Diritto Comparato”, texto mecanografiado inédito de su conferencia pronunciada el 18 de septiembre de 1996, en Santiago de Compostela, en el marco de las IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, tituladas *Parlamento y Justicia Constitucional*, y patrocinadas por el Parlamento de Galicia y la Fundación Caixa Galicia. Las citas se encuentran en las pp. 8 y 14.

<sup>609</sup> Este contenido material o profundamente valorativo, y no meramente procedimental, de las Constituciones contemporáneas choca con la función que tiene el Tribunal Constitucional en la originaria concepción kelseniana, pues para Kelsen la Constitución es ante todo una norma organizativa cuya misión principal consiste en regular la producción de normas generales, pero sin expresiones valorativas o sustanciales vagas que obliguen al intérprete a trabajar con valores e intereses, que son el vehículo de la subjetividad y la ideología. Hay, así pues, en Kelsen una “repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación constitucional del contenido material de la ley”. Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, nota 227, p. 467. Aparte ya, claro está, del contraste profundo que hay entre la concepción, hoy impuesta, de la Constitución como verdadera norma jurídica, y la Constitución como mero programa en todas aquellas disposiciones no orgánicas, concepción tradicional de toda nuestra historia constitucional decimonónica.

de garantizar a todos los ciudadanos un ámbito básico de libertad, constituido por los derechos fundamentales, que se conciben como núcleo de la Constitución<sup>610</sup> y además, por ello mismo, no se les concibe sólo como derechos subjetivos, sino también como principios objetivos del ordenamiento constitucional.<sup>611</sup>

Esto lleva, entre otras muchas consecuencias,<sup>612</sup> a que la protección o tutela de esos derechos fundamentales constituya el eje central sobre el que gire toda la jurisdicción constitucional, no ya sólo a través

<sup>610</sup> En el caso de la Constitución española ello se manifiesta, entre otras circunstancias: *a)* en la protección específica de tales derechos por medio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y, a través de un procedimiento preferente y sumario ante todos los tribunales ordinarios; *b)* en la exigencia de que el desarrollo directo de tales derechos se haga por Ley Orgánica (que exige una mayoría reforzada), lo que es una garantía de los derechos fundamentales frente al mismo legislador; *c)* en la exigencia constitucional de que el legislador, al regular los derechos fundamentales, respete en todo caso su “contenido esencial”; *d)* y también en la disposición constitucional que establece un procedimiento super agravado de reforma cuando se refiera a las disposiciones relativas a los derechos fundamentales.

<sup>611</sup> Idea ésta que, en Europa, sólo en el siglo pasado se impone, por más que pertenezca, como nos dice Hesse, “desde el comienzo a la tradición de los derechos del hombre”. Hesse, Konrad, “Bedeutung der Grundrechte”, en el colectivo Benda, Ernst, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel (coord.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1994, pp. 135 y ss.

<sup>612</sup> En la doctrina y jurisprudencia alemanas, y por influjo de éstas, en la de otros países europeos (como España), se reconoce la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de los derechos fundamentales, de lo que se han deducido muy importantes consecuencias, como puedan ser la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros —bien que sea una influencia indirecta (*mittelbare Drittirkung*)— o su influjo en la interpretación del derecho privado. Véase Schwabe, J., *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1977, pp. 286 y ss. Cfr. BVerfGE 7, 198 (203 y ss.) y BVerfGE 39, 1 (41). Según esta última: “De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”.

Esta jurisprudencia se inicia con la “Lüth-Urteil” (BVerfE 7, 198), en la que se reconoce eficacia *inter privatos* a la libertad de prensa con respecto a un boicot por una gran editorial de un periódico. En la decisión pionera sobre el derecho al matrimonio (BVerfE 6, 55) se lee: “el artículo 6.1 GG no es sólo ‘derecho fundamental clásico’ para la protección de la específica esfera privada del matrimonio y de la familia así como una garantía institucional, sino que por encima de ello es una norma fundamental, es decir, una decisión valorativa vinculante para todo el derecho público y privado que afecte al ámbito del matrimonio y de la familia”. Cito esta última por Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 39, p. 34. Véase también BVerfE. 25, 256 (263 y ss).

de mecanismos específicos de tutela de esos derechos (como pueda ser el amparo español y latinoamericano o la *Verfassungsbeschwerde* alemana), sino también —y esto es lo que ahora importa— por medio del control normativo (concreto y abstracto) de la constitucionalidad.

En efecto, los derechos fundamentales han de ser, en los procesos de control de la constitucionalidad, el criterio fundamental de referencia a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, y ello no sólo en términos cuantitativos, como, efectiva e inevitablemente, ocurre en todos los países con Tribunal Constitucional, sino también, y sobre todo, en términos cualitativos. Por expresarlo en términos de la jurisprudencia norteamericana: cuando, al enjuiciar la conformidad de una determinada ley a la Constitución, el juicio de contraste se hace entre dicha ley y una norma constitucional referida a un derecho fundamental, la ley, en tal caso, *is to be subjected to more exacting judicial scrutiny*,<sup>613</sup> tiene que estar sujeta a la modalidad más rigurosa de control de la constitucionalidad, es decir, al *strict scrutiny* (frente al *ordinary* o *minimum* y el *intermediate scrutiny*) que hace que la normal presunción de constitucionalidad de las leyes<sup>614</sup> tenga en este ámbito un juego mucho más limitado o, más exactamente, llegue a producirse una inversión de esa presunción, de manera tal que la ley sólo será constitucional cuando se demuestre que la medida restrictiva del derecho fundamental es la alternativa menos restrictiva posible para evitar un “peligro claro e inminente”.

<sup>613</sup> Cf. la nota a pie de página núm. 4 de la opinión del *Justice Stone* en *United States vs. Carolene Products* (1938); Cox, Archibald, *The Court and the Constitution*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1987, pp. 178-179 y 327-328. En Francia, “le Conseil Constitutionnel a donné toute leur portée aux principes qu'il a dégagés en matière de libertés par la grande rigueur dont il a fait preuve dans l'appréciation des dispositions législatives d'y porter atteinte”. Stirn, Bernard, *Les libertés en questions*, París, Montchrestien, 1996, p. 62.

<sup>614</sup> Dice Aubert que lo que permite hablar de presunción de constitucionalidad en los sistemas jurídicos angloamericanos y semejantes es el hecho de que “las condiciones de la constitucionalidad de una ley [restrictiva de los derechos fundamentales], a saber, la legalidad de sus fines, la proporcionalidad de sus medios, la pertinencia de sus criterios, son tratados como puntos de hecho, mientras que en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental se ha considerado que las condiciones de la constitucionalidad de la ley son puntos de derecho, que no son objeto ni de presunciones ni de pruebas, sino que el juez debe establecerlo de oficio. Aubert, Jean François, “Limitation des droits de l'homme: le rôle respectif du législateurs et des tribunaux”, en Armand de Mestral (ed.), *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, Québec, Yron Blais, 1986, p. 213.

También el Tribunal Constitucional Federal alemán, en una conocida sentencia,<sup>615</sup> al referirse al control de los pronósticos del legislador (apreciación de datos no jurídicos en general, ya sean de carácter físico, económico o social: la evaluación de un riesgo para un bien o valor constitucional, por ejemplo), distingue entre un “control de evidencia”, un “control de admisibilidad” y un “control material intensificado”, haciendo así depender la “prerrogativa de evaluación del legislador”, y con ello la competencia de control del Tribunal, entre otras cosas, de la “importancia de los bienes jurídicos que están en juego”.<sup>616</sup> Esta solución ha sido aplaudida por la doctrina, subrayándose que ésa es, efectivamente, la dirección a seguir para resolver el problema del alcance o ámbito del control de constitucionalidad, solución que ha de ser, necesariamente, “una solución diferenciada”.

Y en cuanto a la objeción de que el Tribunal Constitucional pueda así exceder el campo de sus competencias e invadir el ámbito del legislador, nos dice Alexy:

El punto de partida es que los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de derechos del particular frente al legislador, son posiciones que, por definición, fundamentan deberes del legislador y limitan sus competencias. El mero hecho de que un Tribunal Constitucional cuando, por razones iusfundamentales, constata violaciones de deberes y de la competencia del legislador, intervenga necesariamente en el ámbito de la legislación, no basta para fundamentar la objeción de un desplazamiento inconstitucional de la competencia del legislador al Tribunal. Si la Constitución garantiza al individuo derechos

<sup>615</sup> BVerfGE 50, 290 (333). Véase Bothe, Michael, “Limitation des droits de l’homme - Le rôle respectif du législateur et des tribunaux en République Fédérale d’Allemagne”, en Armand de Mestral (ed.), *op. cit.*, nota 614, pp. 146 y ss.

Por lo demás, en Austria Ermacora señala cómo el número de leyes anuladas por el Tribunal Constitucional por violar un derecho fundamental “parece exagerado”, “teniendo presente el estilo circunspecto del Tribunal Constitucional austriaco respecto del legislador”, lo cual parece orientarse en el sentido de un control intensificado de la constitucionalidad en materia de derechos fundamentales. Ermacora, Félix, *cit.*, nota 182, p. 527.

<sup>616</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 527. La *retenue* judicial es mayor en lo que se refiere a la elección de los fines que por lo que concierne a los medios y, en todo caso, si el tribunal acepta un pronóstico del legislador, éste tiene en contrapartida una obligación de corregir la legislación si el pronóstico resulta erróneo.

frente al legislador [por amplios que sean los términos de ese reconocimiento] y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución.

Este criterio del mayor valor de las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales, que —con las peculiaridades precisas— habrá de jugar también en México un importante papel en el desarrollo de los procesos de control abstracto de la constitucionalidad, no sólo no es en modo alguno extraño al derecho constitucional mexicano, sino que se enmarca a la perfección en la larga tradición existente en México de una sensibilidad jurídica particularmente intensa hacia la tutela de los derechos y libertades fundamentales, y se adapta al concepto de Constitución vigente en México ya antes incluso que en Europa.

Por otra parte, de la posición preferencial (*preferred position*), o “mayor valor”, de los derechos fundamentales ha de resultar, asimismo, no sólo la inconstitucionalidad de todos aquellos actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza y rango, que los lesionen —lo que resulta obvio—, “sino también la necesidad de interpretar la Ley en la forma más favorable a la maximalización de su contenido”,<sup>617</sup> de forma que en caso de duda prevalezca siempre la interpretación que dote de mayor viabilidad y vigor al derecho fundamental (principio *favor libertatis*).

Este criterio es importante para cualquier juez o tribunal, pero particularmente lo es para el órgano de la constitucionalidad en lo que al control normativo se refiere, dado que dicho órgano está, en esos casos, llamado ineludiblemente no sólo a determinar si una ley es o no constitucional, sino también a actuar como “intérprete supremo de la Constitución”.<sup>618</sup> El criterio puede tener una especial relevancia en relación a

<sup>617</sup> STC 66/1985, FJ 2o.

<sup>618</sup> La ley española así lo proclama expresamente en su mismo frontispicio. Pero nadie lo discute en ningún país donde funciona regularmente un Tribunal Constitucional. Ese carácter de intérprete supremo de la Constitución es patente en México: ante todo por las competencias que en esta materia le atribuye la Constitución, pero también por lo que establece, con toda claridad, la LR105 en su artículo 43. A todo ello nos referiremos más adelante.

las normas penales,<sup>619</sup> penitenciarias y, en general, restrictivas de derechos, llevando justamente a una interpretación restrictiva de las restricciones,<sup>620</sup> valga la redundancia.

Ahora bien, el principio *favor libertatis* presupone la existencia de alguna *res dubia*, esto es, de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales, pues de lo contrario no se estaría protegiendo el derecho constitucional, sino confiriendo a las leyes un sentido y un alcance que las propias leyes no consienten.<sup>621</sup> Este principio hermenéutico del *favor libertatis* es, como tal, no un simple dogma o teoría, sino un principio que ha encontrado en la jurisprudencia constitucional de los diversos países muchas implicaciones prácticas, por más que haya podido recibir ciertas críticas de algún sector doctrinal.<sup>622</sup>

<sup>619</sup> Por poner un ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha considerado que la interpretación más favorable de las libertades informativas del artículo 20 CE genera unos precisos efectos sobre las normas penales limitadoras de las mismas, que se concretan en el criterio de que el derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, en último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta, por su contenido, pueda revestir significado penal. *Cfr.* STC 159/1986, de 12 de diciembre, FJ 8). Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, p. 225.

<sup>620</sup> Véase BVerfGE 7, 198, 209.

<sup>621</sup> Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 619, p. 224. Un trabajo básico es el de Schneider, Peter, “In dubio pro libertate”, en el colectivo *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe, 1960, t. II, pp. 263 y ss.; en Argentina, véase Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993, p. 398.

<sup>622</sup> Ya tempranamente, Pestalozza, Christian, “Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland”, *Der Staat*, t. 2, núm. 4, 1963, pp. 425 y ss.