

## Hermenéutica y Tribunal Constitucional

*Claudia Storini\**

En este artículo se reflexiona sobre las decisiones del Tribunal Constitucional, que al no disponer de una legitimación popular directa pueden considerarse legítimas tan solo si aparecen como aplicación de Derecho, y no como creación política de normas. Para ello se analiza la relevancia que, en este proceso de legitimación, pueden tener las teorías de la interpretación en consideración de la peculiaridad de los enunciados normativos de la Constitución que evidencian cómo el problema de la objetividad del parámetro de control no puede encontrar su solución desde el punto de vista teórico-normativo, llegando a la conclusión que la misma condición jurídica o política del control de constitucionalidad dependerá de la existencia de criterios de valoración permanentes, esto es, de una teoría de la interpretación elaborada por cada uno de los tribunales constitucionales.

FORO

### INTRODUCCIÓN

El relevante papel que se le atribuye a la interpretación constitucional, en el marco del Estado democrático de Derecho, ha sido resumido por Ignacio de Otto. Según este autor “al decir que la jurisdicción constitucional hace política se está haciendo una afirmación que es al mismo tiempo obvia y falsa. Es obvia en el sentido de que, si bien aplica derecho, lo hace de un modo distinto al de los órganos jurisdiccionales, con una carga mucho mayor de decisión política. Es falsa en la medida en que, a pesar de ello, su actividad no tiene las mismas características que la de los órganos específicamente políticos. Y esta paradoja, que la tesis sea al mismo tiempo obvia y falsa, se debe a un insuficiente análisis de la forma en que el Tribunal Constitucional esté vinculado a las normas jurídicas, se debe en concreto a que no se analiza con detenimiento cuál es la verdadera índole de la relación entre las decisiones del Tribunal Constitucional y las normas jurídicas que en ellas se activan. El proble-

---

\* Investigadora del Programa Juan de la Cierva, Universidad de Valencia (España).

ma del carácter político o no político de la jurisdicción constitucional es en definitiva el problema de la interpretación constitucional”.<sup>1</sup>

La cuestión que este autor plantea tiene, como es sabido, origen en la misma introducción de la jurisdicción constitucional en los diferentes ordenamientos jurídicos, la cual suscitó desde el primer momento una serie de críticas y reservas hacia el órgano encargado de defender la Constitución, todas ellas unidas por un rasgo común: la sospecha de que los tribunales constitucionales puedan ser órganos políticos y no jurídicos, órganos que a través de su poder jurisdiccional puedan hacer algo más que “decidir el Derecho”.

Esta crítica refleja una evidente preocupación por su legitimación democrática, que se sustancia en la necesidad de justificar que si bien el Tribunal Constitucional no dispone de una legitimación popular directa, sus decisiones pueden considerarse legítimas tan solo si aparecen como aplicación de Derecho y no como creación política de normas. Este es el presupuesto que hace que para la jurisdicción constitucional llegue a ser de vital importancia asegurar su carácter jurisdiccional, porque dicho carácter constituye la fuente principal de legitimación de aquellos órganos del Estado llamados a aplicar las leyes y decidir sobre litigios concretos.

Con el fin de analizar la relevancia que, en este proceso de legitimación de la labor del Tribunal Constitucional, pueden tener las teorías de la interpretación, resulta conveniente intentar separar los diferentes elementos que componen este difícil rompecabezas y que, muy a menudo, se confunden entre sí, ya que, por ejemplo, defender la naturaleza política de una decisión no es lo mismo que defender la naturaleza política del órgano encargado de tomarla; del mismo modo, defender el uso de un procedimiento judicial no significa necesariamente excluir el ejercicio de una función política, ni reconocer la jurisprudencia como fuente del Derecho supone admitir la total libertad de interpretación.

Así pues, para poder proceder al mencionado análisis es necesario destacar que tanto la previsión de un órgano encargado de controlar el respeto de la Constitución, como las funciones encomendadas a la justicia constitucional, dependen directamente del significado que en cada contexto histórico adquiere el término “Constitución”.

---

1. “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 1940.

## EL SIGNIFICADO DEL TERMINO “CONSTITUCIÓN” Y SU RELACIÓN CON LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### A) LAS CONSTITUCIONES REVOLUCIONARIAS: ESTADOS UNIDOS VS. FRANCIA

Las Constituciones revolucionarias –norteamericana y francesa– representan el presupuesto teórico de la existencia de un sistema de garantías constitucionales.<sup>2</sup> En este contexto la Constitución asume el significado de norma que instituye y disciplina la vida política, independientemente de las relaciones de fuerzas existentes entre los actores constitucionales. La Constitución se concibe como instrumento jurídico capaz de adaptar a sí misma la vida constitucional; desde este momento ya no serán las relaciones constitucionales materiales las llamadas a constituir la Norma Fundamental, como ocurría en el Antiguo Régimen, sino que, al revés, es la Constitución la que posibilita las relaciones constitucionales materiales.

Se cristalizan desde la vida política una serie de reglas fundamentales que se independizan respecto del desarrollo constitucional concreto y se basan en el consenso entre las fuerzas constitucionales para considerarlas como constitutivas, es decir, substraídas a la variación de las relaciones de poder y a las vicisitudes de la vida política. Las asambleas constituyentes son expresión concreta de esta general disponibilidad de trabajar en común, para concretar e individualizar un ámbito de la vida pública que puede definirse como neutral y someterse a unas reglas estables consagradas en un texto escrito. Sirven de base a esta concepción las doctrinas que reconocen la Constitución como expresión de la soberanía popular o nacional y conciben los poderes constitucionales como poderes constituidos sobre la base de una delegación realizada por la misma Constitución. Una vez que el pueblo o la nación haya ejercido el poder constituyente no pueden existir poderes sin limitaciones. Más allá de las fases constituyentes ya no existen poderes originarios, sino tan solo poderes derivados que encuentran su legitimidad en la Constitución.<sup>3</sup>

Esta concepción de la Constitución posibilita la elaboración teórica de un sistema de control constitucional, en el que un órgano, independiente de las fuerzas constitucionales, sea el encargado de resolver las controversias entre éstas por medio de la aplicación del Derecho constitucional. La Constitución, entendida como fuente que

---

2. R. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial 1994; P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, 1987.

3. M. Galizia, *La teoría della sovranità. Dal Medio Evo alla Rivoluzione francese*, Milán, Giuffrè, pp. 424-455.

disciplina las relaciones entre los órganos constitucionales, requiere un “órgano de la Constitución” que esté llamado a defenderla aplicándola a los casos controvertidos. Existe una conexión lógica entre Constitución escrita y justicia constitucional, una conexión que representa la base de los dos discursos que sientan los cimientos de la justicia constitucional en los Estados Unidos y en Francia: la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803 y la propuesta de Sieyès de 1795.<sup>4</sup>

Para entender las razones del diferente éxito que tuvieron estas propuestas ayuda poner de relieve las diferencias entre dos conceptos de Constitución que en ese momento histórico adquieren una identidad precisa, es decir, el *Agreement of the People* y el *Instrument of Government*, Constitución como documento político y Constitución como documento jurídico, Constitución como contrato y Constitución como acto, la primera como cauce de integración de la sociedad y la segunda como cauce de racionalización del proceso decisonal.<sup>5</sup> Esta doble característica de la Constitución permite diferenciar la experiencia francesa de la norteamericana. Y ello porque, mientras en el constitucionalismo norteamericano prevalece la idea de una Constitución-contrato, sobre cuya base se define la unión por medio de un acuerdo de los individuos sobre los principios morales fundamentales para la propia convivencia, en el constitucionalismo francés prevalece, sin embargo, la idea de Constitución-acto, como decisión respecto de la forma de la existencia política de un pueblo considerado como sujeto de una voluntad colectiva. El constitucionalismo norteamericano desarrolla una función que puede definirse como *nation-building*, ya que no tiene a sus espaldas un Estado que haya forjado una nación, mientras que el francés se sitúa en el plano de un *state-building*, es decir, de la redefinición del orden entre poderes del Estado, porque la nación había ya sido plasmada con anterioridad por el Estado absoluto.<sup>6</sup>

Una segunda diferencia entre los dos modelos revolucionarios, en relación con el concepto de nación, puede ser observada evidenciando que en la Europa del siglo XVIII detrás de la nación se esconde una sociedad en gran medida heterogénea, mucho más heterogénea que la sociedad norteamericana, y el concepto de nación será utilizado como ficción apta para respaldar el poder constituyente, lo cual demuestra

- 
4. Ambas son estudiadas por R. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, pp. 143-160 y 207-238; E. Sieyès, *Scritti e discorsi della rivoluzione*, Turín, Einaudi, pp. 220-268; A. Bradley Thayer, *The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, pp. 1-39.
  5. Tanto en el caso del “*greement of the People* presentado al Alargo Parlamento” en el 1647, como en el del *Instrument of Government*, promulgado por Cromwell en 1653, se trata de constituciones escritas, que afirman su propia superioridad normativa estableciendo la nulidad de los actos y de las leyes del Parlamento que van en contra de ellas. El texto de ambos documentos pueden consultarse en J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, A. Kelley, 1955.
  6. G. Sartori, *Elementi di Teoria politica*, Bolonia, Il Mulino, 1987, pp. 23 y ss.

que, mientras el modelo norteamericano tiene como objetivo la institucionalización de un orden ya existente, el francés pretende instaurar un orden que todavía no existía.<sup>7</sup>

Estas diferentes concepciones de la Constitución tuvieron repercusiones también respecto de las atribuciones del Poder Judicial. Como es sabido, en el constitucionalismo norteamericano la doctrina del juez Marshall constituyó la base del sistema de control jurisdiccional de las leyes, confirmándose de esta manera la idea de la Constitución como garantía,<sup>8</sup> mientras que la propuesta de Sieyès fue rechazada porque la fuerza de la voluntad general, que se traducía en la potenciación de la concepción de la Constitución, como acto de delimitación de un poder en nombre de otro, no podía sino resistirse a la idea de un control de constitucionalidad de las leyes.<sup>9</sup> Las razones del diferente éxito de las dos propuestas no se basan por tanto sobre las premisas teóricas del control judicial de las leyes, que se dio en ambos casos, sino en la premisa material o concreta, que existía en Estados Unidos y no en Francia: la consideración de la Constitución como garantía del pluralismo, un pluralismo institucional (o estatal), social, étnico y religioso,<sup>10</sup> que permitió a la Corte Suprema afirmar su papel de control del respeto del equilibrio entre estas fuerzas, en un ámbito que se reconoció como superior al de las vicisitudes políticas contingentes.

## B) LA CONSTITUCIÓN “OTORGADA”

El carácter jurídico y político de la Constitución de las monarquías constitucionales del siglo XIX es consustancial a la utilización de éstas como instrumento de limitación de la plenitud de poderes del Rey. Como es sabido, la premisa histórica de las monarquías constitucionales fue la asunción por parte del Rey de la plenitud de los poderes que habían caracterizado el período del absolutismo. La Constitución de las monarquías constitucionales del siglo XIX no se limita a reflejar, como las del Antiguo Régimen, puntuales acuerdos pactados, después de períodos de lucha, entre las diferentes fuerzas constitucionales concurrentes (la monarquía, la iglesia, la nobleza

- 
7. Estas divergencias se reflejan también en las diferentes concepciones del poder constituyente: la Revolución Francesa asoció el ejercicio del poder constituyente a la imagen de una originaria unidad política soberana capaz de imponer su voluntad, llamada pueblo o nación, mientras la Revolución Norteamericana asoció el ejercicio de dicho poder al establecimiento de reglas fundamentales que debían imponerse a los mismos poderes constituidos, incluido el legislador. Véase G. Zagrebelsky, “Storia e costituzione”, en VV. AA., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1991, p. 39.
  8. A. Hamilton, *et al.*, *El Federalista; Hamilton, Madison y Jay*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, 2a. ed., pp. 332-333.
  9. G. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Padua, Cedam, p. 146.
  10. A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, vol. I, Milán, Rizzoli, 1982, pp. 77 y ss.

y la burguesía), sino que constituye un nuevo orden para la organización de las funciones del Estado. El elemento más relevante de este orden es la limitación de la plenitud de los poderes del Rey y de su administración, en favor de los ciudadanos-burgueses representados en la asamblea elegida por medio de sistemas electorales censatarios. La Constitución establece formas puntuales de ejercicio del poder monárquico, y, en muchos ámbitos, dicho poder se condiciona al consentimiento del órgano representativo. De esta manera, la Constitución no crea por sí misma el poder político; lo presupone ya existente en el monarca y lo único que hace es someterlo a reglas y limitaciones más allá de las cuales se queda fundamentalmente libre. Esta organización constitucional es expresión de un compromiso ya que el pueblo, representado por la burguesía, no tenía todavía la fuerza suficiente como para asumir la dirección del Estado y llegar a ser el dueño absoluto de la Constitución. No obstante, tenía la fuerza necesaria para condicionar al monarca en el ejercicio de sus funciones. Este compromiso dejaba en el aire la importante cuestión de la atribución de la soberanía al pueblo o al Rey; lo que llevó a definir las monarquías dualistas del siglo pasado como regímenes en los que la soberanía era “indefinible”.<sup>11</sup> Las controversias todavía existentes en relación con la revocabilidad de las cartas constitucionales por parte del Monarca y acerca de su posible modificación demuestran la ambigüedad que conlleva este tipo de orden constitucional.<sup>12</sup> En este contexto, la defensa de la Constitución se traduce en el respeto de la lealtad y se consideran como garantías constitucionales instrumentos de control que no tienen ninguna relación con la justicia constitucional: el juramento de fidelidad a la Constitución por parte del Rey o la responsabilidad de los ministros ante el Parlamento. Estos instrumentos configuran de modo unilateral el problema de las garantías, en concordancia con el significado de la Constitución como límite del poder soberano en favor de la burguesía y de sus representantes. A su vez el Rey podía pretender garantías como el juramento de fidelidad a la Constitución por parte de los diputados o el derecho de sancionar las leyes. Las características de las Constituciones del siglo XIX explican por sí mismas las razones que impedían la instauración de un órgano encargado de resolver imparcialmente las controversias constitucionales. De hecho, en abstracto, en esta situación dual, cada parte del compromiso constitucional podía considerarse como garante de la Constitución con relación a su ámbito, y en la realidad, dependiendo de la posición del intérprete, la defensa de la Constitución se otorgaba bien al Rey, como residuo de su originaria soberanía, autolimitada con la concesión de la Constitución, o bien a la

---

11. Así E. Cortese, “voce Sovranità (storia)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milán, Giuffrè, 1990, p. 385.

12. Este debate ha sido eficazmente ilustrado por A Biral, “Per una storia della sovranità”, *Filosofia Politica*, No. 1, 1991, pp. 5-50.

Cámara, entendiendo la Constitución como limitación del poder del Monarca, con el fin de garantizar la defensa de la autonomía y de la libertad individual.<sup>13</sup>

La evolución sustancial de este orden constitucional, bajo Cartas constitucionales formalmente dualistas, condujo hasta la afirmación del régimen parlamentario, donde la omnipotencia del Parlamento representaba una nueva razón que obstaculizaba la previsión de un defensor de la Constitución. En toda situación de hegemonía incontestada de una fuerza homogénea, la justicia constitucional pierde su valor teórico, antes que práctico, ya que la misma Constitución cambia su naturaleza. La discusión sobre el carácter rígido o flexible de las Cartas constitucionales del siglo XIX no representaba un simple debate teórico sobre una de las características de la Constitución, sino un instrumento para institucionalizar dicha hegemonía, ya que "Constitución rígida" significaba norma jurídica vinculante para los actores políticos, mientras una "Constitución flexible" asumía el significado de norma subordinada a las exigencias de dichas fuerzas que se expresaban en la ley ordinaria. En este contexto no podía imaginarse una Constitución que representase un obstáculo al desarrollo de la vida política, conforme a la voluntad de las fuerzas hegemónicas. A estas fuerzas se les tenía que reconocer el poder de convertir en constitucional, por medio de la ley, lo que, aunque contrastara con la Constitución, fuese necesario al desarrollo de sus fines. Por esto en el Estado liberal, una vez afirmada la tesis del carácter flexible de las Cartas constitucionales, ya no se reconoce una verdadera Constitución sino una ley con contenidos constitucionales, a la que nadie tendrá que defender.<sup>14</sup>

Tan solo pudo afirmarse una justicia constitucional en las organizaciones de los Estados federales, es decir, allí donde la Constitución representa un contrato entre los Estados que deciden unirse. En este tipo de organización política se introduce una nueva instancia, con el fin de decidir acerca de las controversias entre los Estados miembros.

La Constitución adquiere un carácter pluralista –en el sentido de pluralismo estatal– de contrato federal entre varias, partes y la garantía del respeto hacia este contrato es atribuida a un órgano suprapartes, llamado a arbitrar los conflictos constitucionales entre los miembros de la Federación y entre la propia Federación y sus miembros. El pluralismo institucional es el que posibilita la realización de las primeras formas de justicia constitucional en Europa.<sup>15</sup> Este tipo de justicia constitucional

---

13. En este sentido se expresa V. Miceli, "Analisi giuridica della nozione d'incostituzionalità", en *Enciclopedia giuridica italiana*, Milán, SEI, 1901, p. 56.

14. Para un análisis de los términos del debate sobre las características que configuran la "rigidez" de una Constitución, ver el debate entre A. Pace y J. Varela publicado en *La rigidez de las Constituciones escritas*, Cuadernos y debates, No. 58, Madrid, CEC, 1995.

15. En la Confederación helvética desde 1874 existe un Tribunal federal encargado de vigilar la conformidad del

tiene la función de garantizar la ordenada convivencia entre diferentes niveles de poder político existentes en el Estado y se diferencia de aquella que se relaciona con el pluralismo social y que tiene como función la salvaguardia de los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución. No obstante ambas tienen algo en común: la necesidad de garantizar el pluralismo.<sup>16</sup>

### C) LA CONSTITUCIÓN COMO COMPROMISO DE CLASE

En la mayor parte de los países europeos, después de la Primera Guerra Mundial, cuando las masas populares organizadas en partidos y sindicatos empiezan a reivindicar poder político y reformas sociales, la solución constitucional que se intenta perseguir es el compromiso de clase, y es en ese nuevo contexto donde ve la luz un nuevo dualismo que intenta establecer un equilibrio entre dos fuerzas antagónicas: la burguesía y el proletariado. Esta situación llegó a ser codificada en las primeras Constituciones democráticas. El ejemplo más relevante estuvo representado por la Constitución del *Reich* alemán de 1919; es decir, la Constitución de Weimar. Con ella se reconocían una serie de derechos sociales destinados a mejorar las condiciones de vida del pueblo, se abría la posibilidad a la realización de reformas económicas y sociales profundas para proseguir una mayor justicia social y permitir la participación política de todo el pueblo gracias a la previsión del sufragio universal. Como todas las Constituciones dualistas, la Constitución de Weimar era una Constitución sin soberano, es decir, una Constitución que dejaba sin solución, desde el punto de vista sustancial, el problema de cuál era la fuerza predominante, remitiendo al enfrentamiento político y social la solución de tal problema. En estas condiciones, las Constituciones reflejaban la inexistencia de una cláusula de bloqueo de la situación política y social, siendo así neutrales, capaces de adaptarse a todo tipo de transformación.

---

Derecho de los cantones al Derecho federal y a la Constitución. En el Estado monárquico-federal austriaco, desde 1867 fue instituido un Tribunal imperial para solucionar los conflictos entre el *Reich* y los *Länder* y entre los propios *Länder*. En Alemania, con la Constitución de Weimar se introdujo una Corte de Justicia estatal del *Reich* alemán con competencias sobre las controversias entre *Reich* y *Länder*. Los tres modelos son estudiados por, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, (1918-1939), pp. 49 y ss. Madrid, CEC, 1987, y por J. Acosta Sánchez, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 230 y ss. Sobre la Confederación Helvética, A. E. Grisel, "La Jurisdiction constitutionnelle du Tribunal fédéral suisse", en VV. AA., *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1985, pp. 140 y ss.; sobre el sistema austriaco, J. Vernet i Llobet, *El sistema federal austriaco*, Madrid, Marcial Pons, 1977, pp. 17 y ss. la Constitución de Weimar ha sido estudiada por H. Schulze, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933*, Bolonia, Il Mulino, 1987, así como F. Lanchester, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionale tedesco tra il 1900 e il 1918*, Milán, Giuffrè, 1985.

16. G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione* p. 67.



Con este fin, los derechos clásicos de los que depende la estructura fundamental de la sociedad, el derecho de propiedad y el derecho de iniciativa económica, están reconocidos, pero al mismo tiempo se condicionaban a los intereses sociales generales defendidos por medio de la ley. La defensa de esta clase de Constitución evidentemente no podía ser garantizada por medio del poder jurisdiccional, ya que ninguna de las partes enfrentadas confiaba la solución del problema sustancial de la soberanía a un órgano jurisdiccional. Por tanto, la estabilidad de esta situación constitucional solo podía ser garantizada por un poder político.<sup>17</sup> Este poder se manifestaba, o bien en un fuerte partido central capaz de conciliar las tensiones políticas y sociales –como por ejemplo en el caso italiano–,<sup>18</sup> o bien por medio de la acción de un Jefe de Estado, no comprometido con ninguna de las partes –como en el caso alemán ocurrió con Weimar–. Pero, como es sabido, ambos modelos quebraron.<sup>19</sup>

Por otra parte y en este mismo contexto, se desarrolló en Austria, con la Constitución de 1920, el primer modelo orgánico de justicia constitucional, abierto al control de constitucionalidad de las leyes, hasta entonces considerado no realizable. De esta manera, la evolución era completa y la justicia constitucional llegaba, en Europa, a su punto de desarrollo más avanzado: el control del legislador en nombre de la Constitución.<sup>20</sup> Se trataba de un avance que evidentemente ponía en duda la misma soberanía parlamentaria y en el que probablemente influyeron más que en otros lugares los anticipos provenientes de la teoría constitucional, bajo el estímulo de Kel-

- 
17. El silencio constitucional, como es sabido, dará lugar a la polémica doctrinal más importante del período, íntimamente vinculada a la de “quién deba ser el defensor de la Constitución”. A este respecto escribía C. Shmitt: “La Constitución de Weimar presupone el pueblo alemán como unidad que opera por sí misma de mediadora, sin las organizaciones sociales, es capaz de obrar, puede expresar su voluntad y en el momento decisivo, superando las divisiones plurales, debe reunirse e imponerse. La Constitución intenta dar sobre todo al presidente del *Reich* la posibilidad de unirse a la voluntad política general y por tanto de actuar como guardián y defensor de la unidad constitucional y de la totalidad del pueblo”. En *Teoría de la Constitución*, p. 89. Sobre el control de constitucionalidad en la República de Weimar, ver, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., pp. 71 y ss.
18. “Donde la garantía de estabilidad tendrfa que haberse manifestado a través de la acción de un fuerte partido político central, un Apartido de la Constitución” capaz de romper el dualismo destructivo y de actuar como amortiguador de las tensiones políticas y sociales. Ver C. Morandi, *I partiti politici nella storia d'Italia*, Florencia, Felice Lemonní, 1978, pp. 49-73; R. Mondolfo, *Il pensiero politico nel Risorgimento italiano*, Milán, Giuffrè, 1959, pp. 77-84.
19. Para un análisis de las razones que provocaron las crisis de estos sistemas ver, entre otros, R. Vivarelli, *Il fallimento del liberalismo. Studi sulle origini del fascismo*, Bolonia, Il Mulino, 1981; H. Schulze, *La Repubblica di Weimar. La Germania dal 1917 al 1933*, Bolonia, Il Mulino, 1987, pp. 129 y ss.
20. Sobre la jurisdicción constitucional en la Constitución austriaca de 1920 véanse, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, (1918-1939), cit., pp. 232 y ss.; J. Acosta Sánchez, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*, cit., pp. 246 y ss.; T. Öhlinger, “La giurisdizione costituzionale in Austria”, *Quaderni costituzionali*, No. 4, 1982, pp. 537 y ss.; B. Caravita, *Corte Costituzionale Agiudice “a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte costituzionale austriaca*, vol. I, Padua, Cedam, 1985, pp. 38 y ss.

sen.<sup>21</sup> De hecho, la aplicación efectiva del control de constitucionalidad de las leyes en un primer momento fue muy limitada y tan solo, en coincidencia con el cambio de las características de la vida política constitucionalmente garantizada, la justicia constitucional austriaca llegó a desarrollar toda su potencialidad de conformidad con lo que ocurría en todos los demás países en los que se institucionalizó un sistema de justicia constitucional.

#### **D) LA CONSTITUCIÓN PLURALISTA**

Después de la Segunda Guerra Mundial, la Constitución adquiere un nuevo significado. La tarea política de los Estados después de los regímenes dictatoriales y de una guerra es la de construir los pilares sobre los cuales pueda descansar una nueva convivencia, no solo política sino también social. Por tanto, no solo la organización política sino también la social son objeto de disciplina constitucional.

En esta nueva situación, la sociedad necesita una nueva articulación. Todo lo que es general y tiene algo que ver con la vida de todos, tanto en la sociedad como en el Estado, tiene que ser formulado de nuevo ya que no queda nada del pasado.

La Constitución asume una tarea que en ninguna época precedente había tenido, es decir, la de volver a organizar la sociedad sobre la base de valores que pudieran expresar la unión de voluntades. Las Constituciones contemporáneas, por tanto, representan un contrato o un compromiso entre las partes, por medio del cual es posible crear un nuevo orden social y político. Y respecto de este nuevo orden, cada fuerza política representa tan solo un fragmento. Con estas constituciones viene a modificarse, y tal vez se puede decir que muere el concepto de soberanía, entendida como necesaria existencia de una fuerza predominante, concretamente identificable y titular de un poder último.

En la actual fase política la Constitución es un documento pluralista y en ella ya no existe un soberano comparable con el que existía en las constituciones del siglo XIX, ni una lucha por la soberanía, cada sujeto social lucha para mejorar sus posiciones dentro de un contexto caracterizado por la presencia de muchas fuerzas políticas, económicas, sociales y culturales.

Tal número de fuerzas conlleva la imposibilidad de la existencia de una sola de ellas capaz de ejercer un poder soberano, tal y como éste había venido siendo entendido hasta entonces. Decir que la soberanía pertenece al pueblo no hace más que abrir el camino a una multiplicidad de sujetos sociales y a sus acuerdos.<sup>22</sup> En este contex-

---

21. H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

22. M. Luciani, "l'antisovrano e la crisi delle costituzioni", en *Rivista di diritto costituzionale*, No. 1, 1996, p. 155.

to, la necesidad de una justicia constitucional ya no puede explicarse como garantía de un ordenamiento en peligro, faltando la tensión destructora de la lucha por la soberanía, y por tanto el Tribunal Constitucional, de ser considerado como un simple garante de la Norma Suprema, como era defendido por Kelsen, queda configurado, también, como un garante de su propio funcionamiento.<sup>23</sup>

## **LA NECESARIA VINCULACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE VALORACIÓN CONSTANTES PARA DEFENDER LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

### **A) PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

La mutación de las funciones atribuidas a los tribunales constitucionales en los sistemas contemporáneos puede ser puesta de relieve, también, estudiando la relación existente entre soberanía, poder constituyente, reforma de la Norma Fundamental y Tribunal Constitucional.

Forma parte de la lógica del mismo Estado constitucional el que, una vez aprobada la Constitución, el poder constituyente desaparezca, dejando su lugar a la propia norma por él creada. Todos los poderes pasan a ser así poderes constituidos, y la Constitución se configura como Norma Suprema. Se entiende, de esta manera, la definición del poder constituyente como “el canto del cisne de la soberanía”, como un acto extremo de autoafirmación que conlleva su misma limitación.<sup>24</sup> El único poder verdaderamente soberano es el poder constituyente; en el Estado constitucional no existe ningún órgano que ostente un poder ilimitado como para suspender el ordenamiento jurídico existente y crear un nuevo orden normativo, ni siquiera el Estado de excepción puede albergar en su seno un detentador concreto de la soberanía.

La historia del Estado moderno es la historia de un Estado legislativo que progresivamente expropia al legislador sus poderes. Aquel proceso de expropiación que, en primer lugar, se había dirigido en contra de la monarquía acaba por afectar, también, al órgano legislativo; al legislador se le sustituye por un concepto de ley como cosmos de normas impersonales y abstractas, respecto del cual el acto creador del poder

23. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padua, Cedam, 1978, p. 202.

24. M. Dogliani, “Potere costituente e revisione costituzionale”, *Quaderni costituzionali*, No. 1, 1995, p. 223. Se refiere a la soberanía jurídica como soberanía limitada y por tanto como no-soberanía, M. Luciani, “L’antisovranità e la crisi delle costituzioni”, p. 144.

constituyente está destinado a permanecer como algo externo e intangible.<sup>25</sup> Con el tiempo, la atomización de las leyes y la heterogeneidad de sus contenidos convierten a aquéllas en actos imperativos a disposición de intereses particulares y así la Constitución del Estado de derecho liberal demostrará su falta de aptitud para asegurar las garantías de las libertades que constituyen el primer requisito de todo constitucionalismo. En este contexto adquiere siempre más importancia para la definición de la Constitución la problemática de los derechos fundamentales. Como defendió Kelsen, la Constitución no es solo “una regla de procedimiento sino, además, una regla substancial”, es decir, atañe a normas que disciplinan “no solo la formación sino también el contenido de las leyes”. En este sentido, “la Constitución individúa principios, directrices y límites al contenido de las leyes futuras”.<sup>26</sup>

Se afirma así el principio de la supremacía de la Constitución, en un contexto en el que el legislador era el intérprete exclusivo de la voluntad general y la reserva de ley venía a desarrollar un papel preeminente respecto de la garantía de los derechos. No obstante, se llega a la convicción de que la plena protección de esos derechos se puede conseguir tan solo pasando de un universo jurídico que postula la soberanía de la ley, a uno que afirma la soberanía de la Constitución.<sup>27</sup> Así, en un contexto jurídico en el que el legislador asumía la función de intérprete autorizado y exclusivo de la voluntad general, la reserva de ley tenía un papel fundamental respecto de la misma garantía de los derechos fundamentales. No obstante, como es sabido, la plena protección de estos derechos se logrará tan solo con el cambio que implica el tránsito desde un ordenamiento jurídico que postula la soberanía de la ley, a uno que afirma la soberanía de la Constitución, y no en el sentido legalista de la superposición de un legislador extraordinario a uno ordinario, sino en un sentido que, potenciando la faceta material de Derecho y por tanto su dimensión ética, otorga a la Constitución el carácter de marco de reglas, principios y valores sobre los cuales puede y debe realizarse la integración de la sociedad.<sup>28</sup>

---

25. Para G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1997, p. 11, “Sobre el fundamental principio de la soberanía ha sido construido el derecho público del Estado moderno de la Europa continental (...) desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la *persona* soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos (...) el derecho relativo a esta *persona* soberana y a sus *órganos* era el *derecho del Estado*”.

26. H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)”, en *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 146 y ss.

27. P. Portinaro, “Il grande legislatore e il custode della Costituzione”, en VV. AA., *Il futuro della Costituzione*, Turín, Einaudi, 1996, p. 27.

28. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 39.

## B) LA CONSTITUCIÓN COMO COMPROMISO ENTRE CONSERVACIÓN Y RENOVACIÓN: REFORMA CONSTITUCIONAL VS. DERECHO CONSTITUCIONAL JURISPRUDENCIAL

Esta transformación de la concepción de la relación entre poder constituyente y Constitución no podía dejar de tener efectos en el modo de concebir el poder de revisión constitucional. De hecho, la problemática de los límites del poder constituyente se plantea en términos extremos tan solo con las revoluciones modernas. El modelo de constitucionalismo garantista, el británico, se caracteriza por su elevada flexibilidad. Pero mientras el constitucionalismo británico, madurado, a partir de la Edad Media, a través de una evolución constante de las técnicas de garantía de las libertades, llega a ser paradigma de las constituciones flexibles, el constitucionalismo nacido de las revoluciones modernas será paradigma de las constituciones rígidas. Se puede además argumentar que la rigidez es una connotación específica de la Constitución como contrato. Si el orden natural es estable, el orden artificial, aunque creado por una voluntad general, puede ser constantemente puesto en discusión.<sup>29</sup> La fragilidad de los órdenes artificiales hace necesaria la creación de barreras que limiten las posibilidades de cambio, pero estas barreras pueden crear dificultades para la lógica innovación constitucional y llegar a configurarse como una patología de la conservación.<sup>30</sup> Sería de hecho irreal defender que una determinada cristalización jurídi-

---

29. El constitucionalismo del siglo XX aunque dejando de concebir el sistema democrático como una simple lucha entre opiniones diferentes que pueden adquirir fuerza vinculante a través de los procedimientos en los que se sustancia el Estado, no puede interpretarse como un regreso al iusnaturalismo. No hay nada de natural en la forma de Estado que se constitucionaliza. No se trata de un conjunto de principios que son asumidos porque describen el orden racional de la sociedad y del Estado. La forma de Estado social es una elección de las fuerzas que de hecho han prevalecido, se concibe como la afirmación de un proyecto, de un orden, del que se hacen portadores los grupos sociales dominantes. La Constitución encuentra su razón de ser en un acto de voluntad y es garantizada tan solo por la permanencia de dicha voluntad. En este sentido no se puede aceptar la posición de aquellos que consideran el Estado social como expresión de la reviviscencia iusnaturalista, que se expresa en la absolutización de los derechos fundamentales elevados a rango preestatal. Aun siendo cierto que la Constitución delega su realización a la eficacia política que de hecho sus principios logran expresar, no puede llegarse a afirmar que dichos principios sean “naturales”, porque la voluntad que ha elegido el programa establecido por la Constitución debe ser reafirmada continuamente y en este proceso el papel realizado por la Constitución es precisamente el de consentir que dicha voluntad no se exprese solo como voluntad política, sino también como voluntad jurídica. Así M. Dogliani, *Interpretazione della Costituzione*, Milán, Cedam, 1982, pp. 50 y ss.

30. La tensión existente entre la garantía de la Constitución y la capacidad de esta última para adaptarse a los cambios fue felizmente resumida por Tocqueville: “en Francia la Constitución es obra inmutable o se considera como tal, ningún poder la puede cambiar. En Inglaterra se reconoce al Parlamento el derecho de modificar la Constitución. El Parlamento, además de ser un órgano legislativo, es órgano constituyente (...) Una Constitución americana no es considerada inmutable como en Francia, pero tampoco puede ser modificada por los poderes ordinarios como en Inglaterra. Ella constituye una obra aparte que, representando la voluntad del pueblo, es obligatoria para el legislador y para los ciudadanos, pero puede ser cambiada por voluntad del pueblo, según procedimientos establecidos y casos previstos”. Véase, del autor, *La democracia en América*, p. 103.

ca pueda parar la historia, así como sería injusto también edificar sobre la base de una decisión lejana en el tiempo una especie de tiranía inter generacional.<sup>31</sup>

La Constitución llega de esta manera a representar un compromiso entre conservación y renovación, y su continua adaptación a las mutaciones sociales se transforma en una función fundamental a desarrollar por parte de uno de los órganos constituidos.

En esta dinámica de mutaciones constitucionales, el equilibrio entre poder de revisión constitucional y defensor de la Constitución ha sido y sigue siendo un objetivo difícil de alcanzar. Y en la búsqueda de este equilibrio no puede dejarse de evidenciar la escasa atención reservada por parte de la teoría jurídica y política al tema de la revisión constitucional, como cauce ordinario para realizar la adaptación de la Constitución al cambio histórico. Esto deriva, en primer lugar, de la consideración de la reforma constitucional como algo que encierra riesgos para el prestigio y la propia efectividad de la Ley Fundamental,<sup>32</sup> y, en segundo lugar, de la peculiar conformación de las disposiciones previstas en las constituciones modernas, que, como todo resultado de un compromiso, ofrecen la suficiente amplitud y ambigüedad para permitir realizar dentro de su contexto políticas que obedezcan a ideologías distintas. Esta última consideración explica la razón por la que se puede llegar a definir la interpretación constitucional como la otra cara del problema de la adaptación de la Constitución al cambio histórico y por qué los tribunales constitucionales, como intérpretes de la Constitución, han ido asumiendo cada vez más el papel de innovadores y modificadores del ordenamiento.<sup>33</sup> Esta idea lleva a la conclusión de que las Constituciones contemporáneas son rígidas respecto del Poder Legislativo y flexibles respecto del poder político-judicial de las cortes supremas.

Ante la recurrente afirmación de que hoy el constitucionalismo está en las manos de los tribunales constitucionales, desde la que se llega incluso a sustentar la posible recaída en formas de Estados jurisdiccionales,<sup>34</sup> no puede dejarse de plantear la cuestión de si el excesivo crédito atribuido al defensor de la Constitución puede llevar a una Constitución de sus defensores. A este respecto, no se puede negar que el problema de la coordinación entre evolución formal y material del Texto Constitucional de-

---

31. S. Holmes, "Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia", en VV. AA., *Il futuro della Costituzione*, cit., p. 171.

32. En la teoría de la Constitución, es idea generalizada que, para mantener su prestigio, e incluso su eficacia normativa, las Constituciones no deben reformarse con frecuencia. En este sentido, por ejemplo K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1992, p. 74; K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 174. A este respecto, P. De Vega puntualiza: "que políticamente toda reforma encierre riesgos para el prestigio y la propia eficacia normativa de la ley fundamental, no implica en modo alguno que las reformas hayan de ser sistemáticamente eludidas", en *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, p. 92.

33. Conclusiones a las que llega, por ejemplo N. Mateucci, "Costituzionalismo", en VV. AA., *Lo Stato moderno. Lessico e Percorsi*, Bolonia, Il Mulino, 1993, p. 168.

34. Así E. W. Böckenförde, *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 199.

be encontrar necesariamente un cauce para ser solucionado. Si se considera que, por una parte, la utilización del procedimiento de reforma constitucional se convierte, con el paso del tiempo, en un instrumento al servicio de una orientación que puede ser definida como conservadora, y se piensa que, por otro lado, el desarrollo de las sociedades contemporáneas hace que se amplifique la aceleración de los procesos de cambio de la Constitución desde el punto de vista material, tal vez pueda entenderse cómo la conflictividad entre las dos realidades, antes descritas, no puede sino descargar sobre los tribunales constitucionales el problema de la conexión entre una nueva realidad y la defensa del Texto Constitucional.<sup>35</sup>

Por todo ello, los ámbitos de acción del defensor de la Constitución llegan necesariamente a ser dos, es decir, el material y el formal, porque tan solo así se pueden atemperar las razones de la estabilidad con las de la mutación. A través de la interpretación de la Norma Fundamental se puede ir operando su adaptación a las necesidades y urgencias de la realidad, sin necesidad de operar su reforma. No obstante, cuando la velocidad de la mutación social llega a ser demasiado rápida, la noción de defensor de la Constitución puede empezar a plantear problemas porque, en virtud de esta dinámica material, la Constitución, en sentido formal, empieza a perder su efectividad y su capacidad de vincular a la totalidad de los actores, considerándose como instrumento cada día menos apto para disciplinar las actividades de un Estado que, por una parte, adquiere funciones siempre más articuladas en el ámbito social y, por otra, comienza a perder el control de importantes sectores de la convivencia. En la medida en que la Constitución material se impone a la formal, se potencia el papel del los tribunales constitucionales como garantes de la adecuación de la Constitución a las cambiantes cláusulas contractuales en ella contenidas.<sup>36</sup>

### **C) LA CONEXIÓN ENTRE LEGITIMIDAD DEL TC COMO “CONSTITUYENTE PERMANENTE” Y SU VINCULACIÓN CON UNA DETERMINADA METODOLOGÍA HERMENÉUTICA**

En este contexto, las definiciones del órgano de justicia constitucional como “poder constituyente continuo”, “constituyente permanente” o “comisionado del poder

---

35. Es suficiente pensar, por ejemplo, en la Constitución económica, tal y como fue descrita por S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, NEI, 1995, pp. 3-4, donde se ponen en evidencia los diferentes valores que este concepto puede asumir, es decir: a) como fórmula que resume las normas constitucionales que disciplinan las relaciones económicas en sentido formal; b) como expresión sintética de las orientaciones públicas en materia económica que se traducen en la praxis legislativa; c) como fórmula que involucra a todo el “derecho viviente” que concierne a las relaciones económicas y a las empresas.

36. G. Zagrebelsky, “Considerazioni sulla fortuna attuale della dottrina della costituzione in censo materiale”, en *VV. AA., Studi Elia*, vol. II, Milán, Cedam, 1975, pp. 1773 y ss.

constituyente” han sido criticadas con diferentes argumentos. Respecto de la primera definición,<sup>37</sup> se defiende su peculiaridad en relación con el sistema norteamericano de control de constitucionalidad, así como la imposibilidad de trasladarla a Europa de la segunda mitad del siglo XX, dada la atrofia del poder de reforma constitucional en Estados Unidos. Una atrofia que conlleva una sustitución de la base formal del ordenamiento por otra material, generada por la jurisprudencia de más de dos siglos.<sup>38</sup> Dicho argumento puede ser superado demostrando la escasa, si no nula, utilización con este fin de la reforma constitucional en los países europeos, confirmada por el papel que, como ya se ha puesto de relieve, han venido asumiendo los tribunales constitucionales, lo cual demuestra que es posible la aplicación de esta definición a la justicia constitucional europea.

Las críticas a la segunda definición se basan en la defensa del principio democrático, que impide considerar a dichos tribunales como “comisionado del poder constituyente o como constituyentes permanentes”.<sup>39</sup> Asumir dicha definición significa atribuir a este órgano el poder de actuar “como poder constituyente, en su propio nombre, para seguir realizando la labor constituyente”, con el fin de completar la labor que aquel poder dejó inacabado.<sup>40</sup> No obstante, a este respecto, más que defender, como hace el autor de esta definición, que la legitimidad de dicha actuación del órgano encargado de la jurisdicción constitucional reside en que el pueblo –como titular del poder constituyente– cuando entienda que el Tribunal en su función interpretativa llegue a una conclusión inaceptable puede –a través del poder de revisión constitucional– definir una nueva norma,<sup>41</sup> habrá que postular que la legitimación de los tribunales constitucionales tan solo puede descansar en la posibilidad de evaluar jurídicamente sus interpretaciones, es decir, en la capacidad de controlar que dicho

---

37. Esta expresión es utilizada por primera vez para calificar al Tribunal Supremo federal, por W. Wilson en su obra *Congressional Government*, de 1885 (John Hopkins, University Press, Baltimore, 1981) y luego en *Constitutional Government in the United States* (Columbia University Press, Nueva York, 1921). Sobre el pensamiento y la obra de W. Wilson, ver, entre otros, C. Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 281-294.

38. Así, por ejemplo, J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, cit., p. 365.

39. Define al Tribunal Constitucional como “comisionado del poder constituyente” E. García de Enterría, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 94, y en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, p. 197. En sentido parecido, F. Balaguer Callejón, “Tribunal Constitucional, Poder legislativo y Poder constituyente”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, No. 3-4, 1988, pp. 329 y ss., acepta como más acertada la tesis del Tribunal Constitucional como comisionado del poder constituyente, aunque realizando algunos matices al respecto.

40. M. Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 119. Esta calificación tampoco es compartida por M. A. Aparicio Pérez, “Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el Poder Judicial”, *Revista Jurídica de Cataluña*, No. 1, 1983, p. 958.

41. E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 201.



órgano cumpla la necesaria función de adaptación de la Constitución formal a la realidad social, utilizando instrumentos puestos a su alcance por el mismo ordenamiento constitucional.

Por todo ello, para conseguir legitimar la labor del Tribunal Constitucional se torna necesaria la individualización de unos parámetros jurídicos aptos para vincular la labor de este órgano y, por consiguiente, la individuación de una serie de argumentos interpretativos que, a través de la teoría de la interpretación, pueden ascender a la condición de parámetros jurídicos, con los que sería posible evaluar las decisiones del órgano encargado de ser el mediador entre el texto constitucional y la realidad a la que se debe aplicar.

#### **D) LA IRRELEVANCIA DE LA DISCUSIÓN ACERCA DE LA COMPOSICIÓN Y NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL TC**

Como es sabido, las diversas tendencias acerca de la definición de la naturaleza de las decisiones del órgano encargado de la jurisdicción constitucional se deben a las diferencias existentes entre control jurídico y control político.<sup>42</sup>

En la Constitución no se incluye ninguna definición respecto de la naturaleza del Tribunal Constitucional.<sup>43</sup> No obstante, el lenguaje utilizado por los textos legales y

---

42. Una discusión que arranca desde los mismos orígenes de la construcción kelseniana. Baste con pensar que en la descripción de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, este autor, trae inspiración de la misma linealidad del esquema utilizado por representar la politización de la justicia: para conseguir un Tribunal depositario de “la legalidad”, se trata de liberar la razón de su precaria convivencia con la voluntad, con el fin de conseguir que la interpretación de la Constitución pueda ser controlada exclusivamente por la primera. Se trata de extender lo más posible la esfera de dominio de la razón y de reducir al mínimo el ámbito de la voluntad. La función del Tribunal Constitucional es la de conocer y no la de evaluar; no puede imponer su voluntad –ya que en este caso se realizaría un intolerable desplazamiento de poderes desde el Parlamento al juez de la constitucionalidad–; debe tan solo reconducir la voluntad del Parlamento, es decir, la política, dentro de los límites de la razón. Así se explica la calificación de “legislador negativo”. “Legislador” porque anular las leyes significa crear una norma general aunque negativa. En el adjetivo “negativo” se reúnen los elementos más significativos de la teoría kelseniana de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*. El Tribunal no crea normas en positivo; su acción debe limitarse a un *contrarius actus* ya que esta última no puede oponerse al Parlamento en el plano de la voluntad, sino solo en el de la razón, y solo con la fuerza de la razón no es posible extraer de la Constitución, por vía interpretativa, la norma justa. La persecución de la idea de justicia pertenece a la esfera de la política legislativa de la voluntad y de los juicios de valores y, por tanto, a la esfera de competencias reservada al Parlamento. H. Kelsen, “La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)”, pp. 173 y ss. También en *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 256.

43. En la Asamblea Constituyente la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional español fue apenas contestada. Las reservas existentes no fueron más allá de simples objeciones, tan solo en relación con su composición y se concretaron en puras matizaciones no excesivamente importantes respecto de las competencias del mismo. Ver F. Rubio Llorente y J. Jiménez Campo, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 1 y 2.

constitucionales viene a indicar la consideración del juez constitucional como un órgano jurisdiccional. Si nominalmente se habla de Tribunal, jurisdicción, recurso, legitimación, sentencias, y se asegura la independencia e inamovilidad de los miembros en el ejercicio de su mandato, la procedencia de los jueces constitucionales pone de manifiesto una primera cuestión controvertida: la definición del órgano atendiendo a su composición.

El principal argumento que se ha utilizado para defender la naturaleza política del Tribunal Constitucional ha sido, de hecho, el de su composición.<sup>44</sup> Las razones que están en la base de su definición como órgano político, jurisdiccional o mixto, son suficientemente conocidas y, a la luz de estas teorías,<sup>45</sup> parece indiscutible el predominio del criterio político en la elección del Tribunal Constitucional, necesario con el fin de garantizar un equilibrio entre tecnicismo jurídico y sensibilidad política por parte de todos aquellos que han de acceder al Tribunal Constitucional.<sup>46</sup> Por esta razón, el predominio de la vertiente política en la elección de los miembros del Tribunal no puede encontrar su razón de ser en la necesidad de dar a este órgano una legitimación democrática indirecta,<sup>47</sup> porque el significado de la composición del órgano de justicia constitucional no se puede explicar en términos de mayor o menor legitimidad democrática, sino tan solo como el producto de una mediación entre exigencias potencialmente contrapuestas, como puede ser la de resolver jurídicamente los problemas más relevantes de la convivencia social y política.<sup>48</sup> No obstante, reconocer el eminente significado político de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no significa admitir que no se trate de un tribunal y que sus funciones no sean jurisdiccionales.<sup>49</sup>

A este respecto, puede causar confusión la cuestión, que a menudo se plantea acerca del carácter democrático del Tribunal Constitucional, especialmente si se to-

---

44. Para una visión de conjunto de las objeciones más importantes formuladas contra el carácter jurisdiccional de la justicia constitucional, puede verse E. García de Enterría, "Posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en *El Tribunal Constitucional*, pp. 56 y ss.

45. Ver, por ejemplo, J. A. Marín, *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 17 y ss. Para una comparación entre los diferentes modelos de justicia constitucional, ver, M. Capeletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1970.

46. En este sentido baste con comparar las diferentes composiciones de los órganos de garantías constitucionales para poner en evidencia cómo la mayor parte de ellos, aun siendo de composición exclusivamente técnica, son de designación política. Véase, M. Capeletti, *ibidem*, pp. 37 y ss.

47. Por ejemplo, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, destaca la necesidad –en la órbita jurídica y política de Europa continental– de que los tribunales constitucionales tengan una "intensa legitimación democrática" a través de un sistema de elección de sus miembros de carácter fundamentalmente parlamentario, pp. 411 y ss.

48. A. M. Sandulli, "La Corte e la politica", *Diritto e società*, No. 2, 1983, p. 393.

49. H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 242.

ma en consideración, desde el punto de vista de su naturaleza, sin plantearse la distinción entre democracia como tipo de elección y democracia como tipo de función. Si se puede admitir la existencia de órganos democráticamente constituidos que desarrollan funciones no democráticas o, al revés, órganos no democráticamente constituidos que desarrollan funciones importantes para la democracia, no será difícil demostrar que estos últimos son, precisamente, los jueces, en general, y los tribunales constitucionales, en particular.<sup>50</sup> Al Tribunal Constitucional le corresponde garantizar el respeto del límite constitucional ante la democracia mayoritaria. Así se puede llegar, de un lado, hasta defender que este órgano se configura como enemigo de la democracia, siempre a condición de entender la democracia en un sentido que puede ser definido como “jacobino”. O bien, por otro, y en coherencia con el mismo desarrollo del concepto de Constitución, considerarlo como elemento esencial para el respeto de la democracia pluralista.<sup>51</sup>

El segundo problema que se plantea al hilo de la naturaleza del Tribunal Constitucional es el de la naturaleza de sus funciones. Desde el punto de vista funcional se encomienda al Tribunal la jurisdicción constitucional, entendiendo como tal “todo procedimiento judicial de control de constitucionalidad de los actos estatales”.<sup>52</sup>

Las funciones que pueden derivarse del control de la constitucionalidad de los actos estatales son, fundamentalmente, tres: una función que puede ser definida como estrictamente jurisdiccional, la de pronunciarse sobre el reparto de competencias en-

---

50. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, p. 203.

51. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 41. En este sentido, las críticas que a menudo han sido planteadas en relación con la esquemática contraposición kelseniana entre voluntad y razón, pueden replantearse considerando que a través de dicha contraposición, y de su corolario según el cual la técnica jurídica no conduce a la comprensión de la norma “justa”, este autor intuye algo que va más allá de la politización del juez: intuye la disolución del binomio entre razón y justicia. Las preposiciones de la *Stufentheorie*, más allá de su aparente esquematismo, están orientadas a justificar el producto de las inquietudes de la época de la secularización. La descomposición plural del mundo ha liberado energías espirituales, que antes estaban unificadas bajo una égida común, provocando una dispersión pluri direccional de la justicia que no puede ya ser conocida tan solo por la razón. Así las cosas, si puede afirmarse que Kelsen sea iuspositivista, es necesario entender que se trata de un positivismo que ha perdido sus coordinadas teóricas y es consciente de su íntima debilidad. Un positivismo en el que los antiguos lazos entre la razón y la justicia se han convertido en hilos tan sutiles que ya no logran infundirle fuerza y seguridad. En el *iter* parlamentario, del que procede la ley positiva de Kelsen, la quiebra de la idea de justicia vuelve precaria toda idea de conocimiento. La diarquía entre voluntad y razón que conforma el proceso de formación del Derecho puede por tanto convertirse en ciega e irracional dictadura de la voluntad. La salvación de la forma de gobierno parlamentaria se conecta así a la perspectiva de una garantía externa de la supervivencia de la razón. El Tribunal Constitucional kelseniano representa esta garantía.

Sobre la idea kelseniana de la justicia en contraposición con las teorías iusnaturalistas, véase, H. Kelsen, “Che cos’è la giustizia”, en *I fondamenti della democrazia*, Bolonia, Il Mulino, 1970, pp. 391 y ss. Sobre este tema véase también, A. Giovannelli, “Alcune considerazioni sul modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione ‘politica’ della Corte costituzionale”, *Annali della Facoltà di Scienze Politiche dell’Università di Genova*, 1980-1982, pp. 60 y ss.

52. Así, por ejemplo, J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, cit., p. 341.

tre la Constitución y la ley, una función política o de participación en la dirección política del Estado, estableciendo unos límites a la acción de los poderes públicos y regulando la distribución del poder, y una función normativa, participando en la producción tanto de la ley como del Derecho Constitucional.<sup>53</sup>

La naturaleza de la composición del Tribunal Constitucional así como la naturaleza de sus funciones no permiten, por sí mismas, afirmar sin paliativos el carácter absolutamente político del juez constitucional, ya que a este fin viene a ser determinante el tipo de procedimiento utilizado por este órgano en el desarrollo de sus funciones, pues el procedimiento de control llevado a cabo por el Tribunal Constitucional puede adoptar diversas modalidades, es decir, puede ser un control jurídico o bien político.

Como es sabido, el control político se define por su carácter subjetivo y su ejercicio voluntario por el órgano que goza de superioridad jerárquica; por el contrario, el control jurídico se caracteriza por su objetividad, es decir, por estar basado en razones jurídicas, y por ser ejercido por un órgano independiente e imparcial, dotado de competencia para resolver cuestiones de Derecho. No obstante, la frontera entre política y Derecho no puede definirse como la que separa la decisión de la deducción metódica, sino como la que distingue los modos de fundamentación y argumentación de las decisiones. Ambas decisiones, por tanto, son susceptibles de una argumentación racional, pero la racionalidad difiere en cada una de ellas. Lo que identifica una decisión política es que se argumenta y es argumentable desde los fines que persigue, de manera que dicha decisión es defendible a partir de datos empíricos y de las consecuencias que, previsiblemente, puede tener.

No ocurre lo mismo con la decisión jurídica o judicial, que solo puede alcanzar legitimación si se basa en unas premisas que, a su vez, gocen de aceptación, porque del juez se exige que resuelva todos los casos iguales del mismo modo, imparcialmente, y que justifique cualquier tratamiento diferenciado. Esta exigencia de fundamentación en criterios de aceptación general se cumple por medio de una regla estable de aplicación de las disposiciones normativas, es decir, por medio del criterio que utiliza el juez para justificar su decisión, en el marco de las posibilidades que el texto permite.<sup>54</sup> De esta forma, la decisión jurídica encuentra su legitimidad si la adop-

---

53. *Ibidem*, p. 343.

54. I. de Otto, "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", en AA. VV., *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 1946, condiciona el cumplimiento de la exigencia de fundamentación en criterios de aceptación general, también en la sumisión del juez a la norma como legitimación en la que pone el acento la formulación clásica y que ve el acto del juez como el simple producto de una operación silogística y al juez mismo como la boca por la que habla la ley. No obstante, esta fuente de legitimación, como el propio autor admite, ha sido relativizada por la hermenéutica moderna.

ción de la misma no obedece al criterio particular del juez, sino a reglas generales de aplicación, es decir, a reglas aceptadas por la sociedad y consideradas jurídicamente como válidas.<sup>55</sup>

#### **E) LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL JURÍDICO:**

##### **CARÁCTER OBJETIVO DEL PARÁMETRO DE CONTROL Y DEL CANON DE VALORACIÓN DEL PARÁMETRO. LA IMPOSIBLE OBJETIVACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES**

Para establecer si el control realizado por el Tribunal Constitucional es un control jurídico o no, es necesario, en consecuencia, estudiar si se cumplen las características de dicho control: en primer lugar, el carácter objetivo del parámetro de control, y, en segundo lugar, el carácter objetivado del canon de valoración del propio parámetro.

Se dice que una de las dos características del control jurídico es que el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano que ejerce dicho control, el cual se limita a aplicarlas en cada caso. Para establecer la jurisdiccionalidad del control realizado por el Tribunal será, por tanto, necesario, en primer lugar, saber si es posible o no objetivar el peculiar parámetro constituido por las normas constitucionales.

La objetivación del parámetro constitucional consiste en individuar las características de los enunciados que constituyen la Norma Fundamental y diferenciar los efectos que cada uno de ellos puede tener en el proceso de aplicación de esta última.

Aunque el objeto de esta exposición no es estudiar la problemática y todavía debatida distinción entre reglas, principios, valores y normas programáticas, resulta necesaria una breve referencia a ella para clarificar en qué sentido se utilizan dichos términos.<sup>56</sup>

Hay que destacar, en primer lugar, que en algunas ocasiones el término “norma” se utiliza como sinónimo de “regla”.<sup>57</sup> Esta equiparación debe, probablemente, po-

---

55. Sobre la naturaleza del control jurisdiccional, y en particular sobre el deslinde entre “decisión” y “justificación”, véase, por ejemplo, J. Igartua Salaverría, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 75 y ss.

56. La literatura sobre el modo de entender la diferencia entre reglas, principios y valores es muy extensa y constituye por sí misma la demostración elocuente del carácter problemático de esta distinción.

57. L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1993, p. 87, diferencia entre normas y principios en lugar de hacerlo entre regla y principios, A. Ollero Tassara, “La Constitución, entre normativismo y axiología”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987, p. 397, también habla de normas, principios y valores. E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 68, explícitamente afirma que no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significa-

nerse en relación con la duda existente respecto de la idoneidad de las normas de principio y de los valores para operar como verdaderas normas jurídicas.<sup>58</sup>

No obstante, aunque formulada con el fin de defender el carácter normativo de todas las disposiciones constitucionales, dicha equiparación ha de rechazarse.

En segundo lugar, es necesario hacer mención a la diferencia entre principios y valores. Sin entrar a fondo en la cuestión, puede decirse que los criterios de distinción que han sido utilizados por la doctrina se mueven en ámbitos muy heterogéneos. Si, por una parte, se diferencia entre el carácter axiológico o teleológico de los valores y el carácter deontológico de los principios, es decir, lo que en un modelo de valores es lo mejor o más recomendable, en el modelo de los principios es lo debido,<sup>59</sup> o se distingue entre la eficacia puramente interpretativa de los valores y la proyección normativa de los principios,<sup>60</sup> por otra parte, o se evidencia el contenido político de los principios frente al ético de los valores,<sup>61</sup> o se ordenan en virtud de su menor o mayor concreción, de tal manera que los valores serían normas de segundo grado respecto de los principios y de tercer grado respecto de las reglas.<sup>62</sup>

Esta falta de homogeneidad en la individuación doctrinal de los elementos diferenciadores de las normas constitucionales y la dificultad para llegar a formular una distinción tajante entre principios y valores, demuestra que la naturaleza de estos

---

ción normativa, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas (...) sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación”.

58. A este respecto, el debate teórico más importante es el que tuvo lugar cuando se crearon las primeras formas de jurisdicción constitucional en Europa y luego en la época de las nuevas Constituciones de la Segunda Posguerra Mundial en relación con lo que había que entender como “Derecho constitucional auténtico”. El debate sobre la naturaleza de las normas constitucionales se desarrolló en casi todas las asambleas constituyentes, como manifestación del contraste entre el positivismo jurídico y el nuevo contexto constitucional. El entendimiento de que las nuevas Constituciones no quieren restaurar o emancipar ningún orden social es común en todas las experiencias europeas; en Francia, Alemania e Italia la Constitución representa antes que todo la tentativa de fundar un ordenamiento político capaz de conquistar *ex novo* su legitimación a través del programa en el que se substancia y ya no solo mediante la instauración de un sistema procedimental neutro y abierto a todos los posibles desarrollos de la lucha política. En este contexto, la necesidad de la efectividad de todas las normas constitucionales se identifica con la negación de su utopía, es decir, con el reconocimiento de una concreta posibilidad –prevista y aceptada por todas las fuerzas constitucionales– de edificar un ordenamiento institucional diferente en una diferente sociedad. Así G. Peces-Barba, “Los valores superiores”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987, pp. 373 y ss.

59. El carácter axiológico de los valores es defendido por R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 147 y ss.; el teleológico por J. Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 328 y ss. Entre las dos parece más acertada la definición utilizada por Hábermas ya que la axiología debería ser entendida como “teoría de los valores”.

60. Así M. Aragón, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 92 y 93.

61. R. Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, CEC, 1988, pp. 158 y 159.

62. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 291 y 292.

conceptos no es cualitativamente distinta y que, por tanto, puede utilizarse el término “principio” en un sentido amplio y comprensivo de ambos.

Finalmente, hay que hacer mención a las que se definen como normas constitucionales programáticas. Estas normas se suelen distinguir de los principios –aunque las líneas de demarcación no sean tan claras ya que cada principio tiene una eficacia que puede definirse, genéricamente, como programática– porque su aplicación implica un determinado desarrollo del ordenamiento, del mismo modo que, por otra parte, cada programa implica la asunción de un determinado criterio como principio de acción.<sup>63</sup> Por esto, hablar de normas programáticas o directrices políticas sería, de alguna manera, como hacer referencia a normas que pueden entenderse como principios o como valores. Buena prueba de ello es, por una parte, el hecho de que generalmente en la doctrina se habla al mismo tiempo de valores y normas programáticas y, por otra, que la distinción entre normas programáticas y de principio se puede reducir a una distinción interna dentro de estos últimos, entre las directrices que marcan objetivos o metas –“principios programáticos”– y los principios “estricto *sensu*”, que tienen un sentido relacionado con la justicia, la equidad o la moral positiva.<sup>64</sup>

La fuerza normativa de la Constitución debe ser evaluada en relación con las diferentes categorías en las que se pueden dividir las normas constitucionales. Si bien todas pueden ser entendidas como normas vinculantes o preceptivas, respecto de su eficacia negativa, más allá de este aspecto negativo la distinción entre normas de eficacia directa y eficacia indirecta es válida, porque es consecuencia de una diferente calidad normativa.<sup>65</sup> En particular, las normas con eficacia directa son todas aquellas que son idóneas por sí mismas para regular determinados casos; en cambio, las normas con eficacia indirecta son aquellas que necesitan ser concretadas por medio de una ulterior actividad normativa.

63. Holmes, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 93.

64. Así G. R. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 52; L. Prieto Sanchís, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Jueces para la democracia*, No. 26, julio 1996, pp. 43-44. En el mismo sentido R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86, habla de “mandatos de optimización”.

65. G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Turín, EGEC, 1984, p. 104. A NIETO, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, No. 100-102, vol. I, 1983; definiendo a este respecto que: “La tesis de que la Constitución es una norma es importante, desde luego; pero con tal afirmación nos quedamos a la mitad del camino, ya que todavía resulta necesario precisar las peculiaridades de su naturaleza y efectos. La Constitución es algo más que una norma jurídica ordinaria, o si se quiere, es una norma muy peculiar (...). En el complejo normativo que forman los diversos preceptos de la Constitución hay normas “completas” y normas “incompletas”, normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas de reenvío a otras normas del ordenamiento, y, por supuesto, principios expresos, o no expresos pero que cabe inferir. Y ello porque “la Constitución es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide kelseniana) es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho”. Respectivamente pp. 395 y 399.

Allí donde la disposición constitucional disciplina concretamente un determinado supuesto como para poder valer como regla, con el fin de solucionar casos concretos, dicha norma se puede utilizar directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico. La Constitución, por tanto, es fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todos los tipos de relaciones en los que aquellos pueden entrar.

A diferencia de las Constituciones del siglo XIX que, al no aspirar a la realización por medio del Derecho de un particular modelo de la sociedad, se basaban en el reconocimiento de la sociedad burguesa como presupuesto de la propia Constitución, las Constituciones vigentes en la actualidad, así como el ordenamiento jurídico en general, intervienen directamente en las relaciones sociales para estructurarlas. Las Constituciones liberales del siglo XIX garantizaban un ámbito de libertad individual respecto del Estado o del poder público y operaban, por tanto, como limitación de este último frente a la libertad de la sociedad civil. Por esto, los verdaderos destinatarios de las normas constitucionales eran los poderes del Estado y los derechos constitucionales se entendían como autolimitación del Estado respecto de los ciudadanos.

Hoy la Constitución se dirige directamente a las relaciones entre los particulares y a las relaciones sociales, ya no opera tan solo verticalmente en la relación “libertad-autoridad”, sino también horizontalmente en la relación entre sujetos sociales. Las normas constitucionales, por tanto, allí donde sea posible, es decir, allí donde se configuren como reglas, pueden ser invocadas directamente.<sup>66</sup>

En la categoría de las normas constitucionales de eficacia indirecta se incluyen todas aquellas que cuentan con una estructura incompleta o no suficientemente completa como para regular casos concretos. Estas normas suelen ser identificadas como normas de eficacia diferida, normas constitucionales de principio, normas programáticas, o valores.

En la categoría de las normas de eficacia diferida entran todas aquellas normas de organización que necesitan, para ser efectivas, una ulterior disciplina normativa. Es el caso, por ejemplo, en el ordenamiento español, del art. 165 CE, en relación con el Tribunal Constitucional, o del art. 107 CE, relativo al Consejo de Estado. La eficacia de las prescripciones constitucionales en estos casos quedará diferida al momen-

---

66. Las diferentes articulaciones técnicas del valor normativo directo y general reconocido a las normas constitucionales han sido analizadas, entre otros, por E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 65 y ss. Sobre el principio de la eficacia directa de la Constitución en las relaciones sociales, véase, L. Elia, “I diritti umani nella politica. Una politica per i diritti umani”, en VV. AA., *Diritti umani e politica*, Padua, Cedam, 1983, pp. 109 y ss.



to en el que se apruebe la normativa de desarrollo. La actuación de la organización constitucional resulta, por tanto, remitida a las fuentes previstas por ella.<sup>67</sup>

Muchas normas constitucionales contienen principios jurídicos. La distinción entre reglas y principios resulta relevante con el fin de comprender la diferente función que unas y otros tienen en ellas. Mientras las reglas establecen lo que es obligatorio hacer o no hacer en una concreta situación jurídica determinada por ellas mismas, los principios establecen orientaciones generales que deben ser atendidas en una serie indefinida de aplicaciones que pueden verificarse sin estar predeterminadas por el principio.<sup>68</sup>

El principio goza, por tanto, de una capacidad expansiva mayor que la regla, pero, a diferencia de ésta, necesita de una ulterior actividad de concreción que lo ponga en relación con los casos específicos. El principio en estos supuestos sirve para unificar las diferentes elecciones legislativas particulares, desarrollando una función sistemática. Esta actividad de concreción es, en primer lugar, una tarea del legislador que debe desarrollar la potencialidad del principio en relación con casos específicos.<sup>69</sup> No obstante, esta afirmación no excluye que la concreción del principio pueda ser realizada directamente por el intérprete, es decir, el juez y en particular el juez constitucional. La sustitución del legislador por el juez puede ser admitida en todos

---

67. Contrariamente a esta opinión E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 79, defiende la aplicación directa de toda la parte orgánica de la Constitución aunque admitiendo que “Los órganos constitucionales son los construidos o definidos por la Constitución. Muchos de ellos no precisan de desarrollo normativo ulterior sobre la regulación constitucional; otros sí requieren ese desarrollo para su plena efectividad y para su funcionamiento; a veces, en fin, hay una simple previsión genérica de un órgano y de su misión y la remisión íntegra de su organización y funcionamiento a una Ley Orgánica”.

68. Los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios son numerosos. El de generalidad es el que más frecuentemente se utiliza. Como otros criterios de distinción se discuten la “determinabilidad de los casos de aplicación”; la distinción entre normas “creadas” y “desarrolladas”; el carácter explícito del contenido valorativo; según que sean fundamentos de reglas o reglas ellos mismos, o según se trate de normas de argumentación o de comportamiento. Sobre la base de estos criterios se han formulado tesis totalmente diferentes en torno a la distinción entre reglas y principios. En primer lugar, la que rechaza todo tipo de diferenciación en relación con la pluralidad de criterios de distinción existentes; en segundo lugar, la que considera que las normas pueden dividirse tan solo entre reglas y principios siendo, no obstante, esta distinción únicamente *de grado*, y por último, la que defiende que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre ellos existe no solo una diferencia gradual sino cualitativa. Esta última es la tesis defendida, entre otros, por R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 82 y ss. Según G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, p. 111, a las reglas “se obedece” mientras a los principios “se le presta atención”, véanse también, R. Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 93 y ss.; L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas*, pp. 141 y ss.; M. Atienza y J. Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 10, 1991, pp. 101-120.

69. Según R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86, “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...) En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no”.

aquellos casos en los que el desarrollo del principio conduce a resultados obligados, en un contexto operativo ya definido –por ejemplo en el ámbito procesal penal– y regulado por la legislación vigente en esta materia. Puede ocurrir que en el cumplimiento de determinadas actividades procesales se descuiden algunos aspectos del derecho de defensa; dicha laguna puede ser subsanada gracias a la concreción directa del principio constitucional, estableciendo por vía judicial lo que resulte necesario para su efectividad.

En todos estos casos las normas constitucionales de principio pueden y deben tener eficacia directa.<sup>70</sup> No obstante, en algunos casos, a falta de una ley, no existe un contexto suficientemente definido en el que el principio pueda hacerse valer, ya que la concreción del mismo requiere, antes que nada, su determinación en sede legislativa, como expresión de determinadas elecciones en el amplio ámbito de las que son discrecionalmente posibles. La interpretación en estos casos sustituirá la labor del legislador, traicionando su función. A pesar de esto, la línea de demarcación entre estas dos hipótesis no siempre resulta bien definida y allí donde no se mantiene este criterio de repartición de funciones entre Poder Legislativo y Poder Jurisdiccional, se abre la posibilidad de atribución al intérprete de una función de libre creación del Derecho que llega a borrar la distinción entre función creadora y función interpretativa del Derecho.

La problemática de llevar a la práctica esta distinción demuestra cómo la existencia de normas constitucionales de principios, que deben ser consideradas como normas para todos los efectos y que, por tanto, deben tener una eficacia directa sobre los casos concretos, ha venido alterando y ampliando la función, en primer lugar, de los jueces en relación con la ley, porque la “sumisión al imperio de la ley” asume un diferente significado respecto del que tenía en el pasado, cuando las normas constitucionales se consideraban dirigidas esencialmente al legislador y la actividad de los jueces estaba vinculada a la ley y no a los principios constitucionales de justicia material. Y, en segundo lugar, se ha alterado y ampliado la función del Tribunal Constitucional, que no tiene solo que garantizar que el desarrollo legislativo de la Constitución no sea contrario a esta última sino que, además, como intérprete supremo de la Constitución tiene la función de explicitar y justificar, en última instancia, el alcance de los principios constitucionales por medio de los cuales se realiza la adaptación de la Constitución a las realidades cambiantes.<sup>71</sup>

---

70. Véase, E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 63 y ss.

71. En este sentido, el propio Kelsen ofreció dos versiones opuestas del Tribunal Constitucional. De un lado, el Tribunal depositario de la racionalidad jurídica al que se le confía una tarea de puro conocimiento; del otro, un Tribunal, el de la réplica a Schmitt, que aun manteniendo su posición de independencia formal respecto de los contendientes y actuando de forma contenciosa –todo lo cual lo convierte en una instancia más fiable en relación

La peculiaridad de las normas de principio conlleva una ulterior característica, que no es otra sino la necesidad de un recíproco ensamblaje entre las mismas. De hecho, si el conflicto entre reglas se concreta en una antinomia, es decir, en una situación de incompatibilidad que puede ser solucionada o bien declarando inválida una de las dos reglas, o bien introduciendo en una de ella una cláusula de excepción, los conflictos de principios deben ser solucionados de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en conflicto, ha de haber uno que ceda en beneficio del otro; lo cual no significa declarar la invalidez del principio que queda desplazado, ni que en este último se haya de introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede en estos casos es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios se antepone al otro, sin perjuicio de que, en otros supuestos, la cuestión de precedencia pueda ser solucionada de manera inversa.<sup>72</sup>

En dichas circunstancias, la objetivación del parámetro resulta muy compleja. Tanto es así que se ha llegado a defender que el concepto de ponderación no constituye un método que permita un control racional de la utilización del mismo, pues nunca podría hablarse de ponderación correcta o falsa. Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación y, por tanto, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de los intérpretes.<sup>73</sup> Estas objeciones son válidas tan solo si se defiende que la ponderación no es un procedimiento que conduce en cada caso a un mismo resultado, pero dejan de serlo si son utilizadas para afirmar que la ponderación no es un procedimiento racional. Si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de determinación de una regla respecto a otra, sin seguir criterios uniformes, se trataría de un procedimiento irracional, ya que quien pondera seguiría exclusivamente sus concepciones subjetivas prescindiendo de todo tipo de parámetros fijos. No obstante, al modelo de decisión pura y simple hay que contraponerle el modelo de fundamentación o argumentación, es decir, de justificación de la ponderación realizada, a la que el juez está vinculado.

---

con el garante “decisionista”–, actúa como mediador de conflictos político-sociales, es decir, como juez de la oportunidad y no como juez de la legitimidad de las leyes. Todo viene a depender de la extensión del dominio constitucional: a un ámbito material amplio corresponde una acentuación del carácter político del control de constitucionalidad, carácter que puede volverse absorbente en el caso de principios y valores constitucionales no jerarquizados o en el de una extensa utilización de conceptos indeterminados. A un ámbito más restringido corresponde, al contrario, un aumento del nivel positivo y una relativa prevalencia del carácter de neutralidad. Neutralidad relativa porque el dominio de la técnica jurídica, también en la hipótesis de comprensión máxima de la materia constitucional, no puede nunca ser absoluto y existirá siempre un margen para la actividad “creadora” del Tribunal Constitucional. Así en H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución*, cit., pp. 259 y ss.

72. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 87 y ss.

73. La crítica más articulada a las normas programáticas ha sido planteada por E. Forsthoft, en la recopilación de sus ensayos *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 29 y ss., y 287 y ss.

Una ponderación es racional cuando el enunciado de preferencia al que conduce puede ser fundamentado racionalmente. El procedimiento de ponderación puede, por tanto, ser racional pero a pesar de esto no es un procedimiento que en cada supuesto conduzca a una solución unívoca sino a una solución razonable, es decir, justificada en Derecho. En este sentido, la ponderación es un procedimiento abierto que conduce también a una apertura del sistema normativo determinado por la Constitución; no obstante, debe no implicar el libre arbitrio del intérprete.<sup>74</sup>

Todo lo cual indica que el valor concreto de los principios constitucionales es una entidad que no puede llegar a ser definida; la Constitución establece tan solo las líneas esenciales, dejando al libre proceso político espacios para afirmar jerarquías de valores que pueden ser renovadas en cada momento.<sup>75</sup> En un contexto tan flexible como el que hasta aquí se ha descrito, la decisión del juez encuentra su justificación última únicamente en la racionalidad del discurso jurídico que está en la base de la fijación y alcance de estos principios de índole valorativa y meta jurídica; es decir, un discurso que no entre en contradicción con la letra de la Constitución y que se fundamente en criterios interpretativos estables.

Las peculiaridades de los enunciados normativos de la Constitución evidencian cómo el problema de la objetivación del parámetro de control no puede encontrar su solución desde el punto de vista teórico-normativo.

La Constitución se concreta por medio de la interpretación; por este motivo se ve potenciada la importancia de la motivación de la decisión del Tribunal Constitucional, porque, en cuanto relación entre argumentación y decisión, será el único instrumento que permita establecer si el parámetro de control es o no objetivable en la medida en que esta concreción lo sea. Por tanto, la misma condición jurídica o política del control de constitucionalidad dependerá tan solo de la existencia de criterios de valoración predeterminados a los que quede sometida la interpretación de este conjunto de normas con características tan peculiares.<sup>76</sup>

---

74. F. Tomás y Valiente, "La resistencia constitucional y los valores", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 15-16, p. 642, puso de relieve que la recta utilización de los valores favorece la resistencia constitucional en cuanto adaptabilidad o apertura a nuevas exigencias éticas concretas; de esta manera la Constitución puede alcanzar vigencia efectiva y duración prolongada, sin necesidad de reformas agravadas.

75. R. Canosa Usera, *Interpretación constitucional y fórmula política*, cit., pp. 11-112.

76. E. Pérez Luño, "La interpretación de la Constitución", en *Revista de las Cortes Generales*, No. 1, 1984, p. 95.