

# CONSTITUCIÓN Y PARLAMENTO

*Luís Prieto Sanchís*

*Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad de Castilla-La Mancha*

## SUMARIO

- 1. Presentación*
- 2. Supremacía constitucional y democracia*
- 3. La discutida legitimidad de la justicia constitucional*

### *1.- Presentación*

No pretendo enmendar el criterio de la Revista que tan generosamente me acoge, sino tan sólo evitar confusiones con el título que le sirve de cabecera. Por otro lado, si con toda seguridad, *Parlamento y Constitución* no ha querido con el orden dado a estos sustantivos sugerir una jerarquía en la dignidad o importancia política de las instituciones que designan, así tampoco *Constitución y Parlamento* encierra una rotunda o excluyente toma de posición en favor de una u otra, en favor de la democracia representativa o del texto pretendidamente fundacional que organiza y limita su ejercicio. De hecho, parece que ambas instituciones se alimentan de una misma filosofía política, que es la filosofía de los derechos y de la democracia. Esto no significa, sin embargo, que su convivencia resulte pacífica. Como es bien sabido, y no podría ser de otra forma, entre el criterio democrático, según el cual las decisiones colectivas han de adoptarse por mayoría, y el criterio constitucional, que excluye determinadas cuestiones de esa esfera colectiva y que condiciona cómo y, a veces también, qué puede o debe decidirse por mayoría, se advierte una lógica tensión. Desde luego, resultaría pretencioso intentar aquí cancelar esa tensión, y ni siquiera se ha de procurar exponer y debatir todos los argumentos que, desde antiguo, se han desarrollado en favor de cada una de las opciones<sup>1</sup>. El objetivo de estas reflexiones será tan sólo mostrar algunas implicaciones que, a mi juicio, no siempre aparecen explícitas en la crítica al constitucionalismo, discutiendo también algunas de sus razones.

En particular, en el epígrafe primero se discutirá la llamada dificultad contramayoritaria u objeción democrática frente al modelo constitucional. Aun cuando caben distintas interpretaciones tanto de la democracia como de la Constitución, intentaré sostener que dicha dificultad o crítica tiene su origen en una asunción, siquiera implícita, de los viejos atributos de la soberanía como poder absoluto, ilimitado e inagotable; pero que asimismo esta forma de pensar en realidad no debe poner en cuestión la supremacía constitucional, sino su rigidez. El objetivo no será, por tanto, argumentar en favor de la supremacía constitucional, que, dicho sea apresuradamente, creo que puede justificarse en la necesidad de preservar los derechos fundamentales, el conocido “coto vedado”

1. Por limitarnos a la literatura en castellano, contamos para ello con dos buenos trabajos, el de R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996; y el de V. Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997. Además el reciente de G.P. Lopera, “La problemática legitimidad de la Justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001 (en prensa).

del que habla Garzón Valdés<sup>2</sup>, así como de asegurar la propia formación democrática de las decisiones políticas<sup>3</sup>; más modestamente, el objetivo será sostener que la crítica democrática no está del todo bien planteada cuando pretende impugnar la supremacía constitucional porque, en sentido estricto, lo que recomienda es una mayor flexibilidad de las Constituciones.

En el segundo epígrafe se procura dar cuenta de algunos argumentos que muchas veces aparecen conectados a la anterior objeción democrática, pero que son conceptualmente diferentes. Suponiendo que aceptemos la idea de supremacía, se trata de discutir si la justicia constitucional, esto es, en sentido amplio, la garantía de la Constitución a través de los jueces y tribunales representa una exigencia insoslayable o, por el contrario, un accidente -para algunos un lamentable accidente- que se puede o debe evitar. En pocas palabras, ¿son los jueces y qué tipo de jueces y mediante qué procedimientos, los sujetos idóneos para asegurar el respeto a esa norma suprema?. En general, aquí se ofrecerá una respuesta afirmativa, pero, sobre todo, se tratará de defender que, si bien el control abstracto de leyes puede verse como una intromisión inaceptable en la esfera legislativa, el control difuso que ejercen los jueces ordinarios resulta de todo punto indispensable en presencia de Constituciones dotadas de un denso contenido material. O lo que es lo mismo, que la garantía judicial de los derechos y, por tanto, la fiscalización difusa de la ley, no constituye un elemento adjetivo del que se pueda prescindir, sino un rasgo conceptual, al menos un rasgo conceptual del tipo de Constitución hoy vigente en España.

## **2.- *Supremacía constitucional y democracia.***

Tal vez la objeción más básica y fundamental que puede hacerse a la Constitución en nombre de la democracia se resume en estas preguntas: ¿por qué o con qué legitimidad las generaciones pasadas pueden imponer sus decisiones sobre las futuras?, ¿qué justificación existe para que quienes hicieron una

2. Vid. E. Garzón Valdés, "Representación y democracia" (1989), en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 631 y ss.

3. Muchos piensan que la función de la Constitución y de la interpretación constitucional en un Estado democrático no consiste tanto en proteger ciertos valores sustantivos frente a las decisiones del gobierno, sino más bien en asegurar la formación democrática de la ley, es decir, el respeto a valores adjetivos o procedimentales. En este sentido la conocida posición de J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980. No podemos detenernos en esta cuestión, pero a mi juicio el problema reside en llegar a un acuerdo acerca de qué es sustantivo y qué adjetivo; en particular, ¿qué derechos (sustantivos) han de reconocerse para considerar que el acceso de todo ciudadano al debate democrático es igualitario y libre de coacción?.

Constitución hace treinta o doscientos años limiten o condicionen lo que los hombres de nuestro tiempo quieran acordar?, ¿no equivale esto a dar preferencia al mundo de los muertos sobre el de los vivos?; y más aún, prescindiendo de las generaciones que se suceden en el tiempo, ¿tiene algún sentido que nosotros mismos nos autoimpongamos obligaciones?, ¿qué alcance puede reconocerse a los compromisos que un sujeto, el poder constituyente, se hace ante sí mismo?. Lo cierto es que la preocupación que encierran estos interrogantes no es nueva, sino que fue sentida desde los albores del movimiento constitucional y revolucionario que dió vida al Estado liberal: “los derechos del Hombre - decía ya Paine- son los derechos de todas las generaciones de los hombres, y nadie puede monopolizarlos. Lo que merece continuar, continuará por su propio mérito, y en ello reside su seguridad, y no en condición alguna con la que se pretenda revestirlo. Cuando un hombre deja sus propiedades a sus herederos, no los vincula con una obligación de que hayan de aceptarlos. ¿Por qué, pues, hemos de hacer lo contrario por lo que respecta a las constituciones?. Las mejores constituciones que cabría idear hoy en día de forma coherente con las circunstancias del momento actual pueden quedar muy lejos de la excelencia que puede brindar el transcurso de unos años”<sup>4</sup>. Y seguramente por eso en el pimer constitucionalismo fue corriente establecer plazos precisos para acometer de modo preceptivo la reforma constitucional, como si de esa manera la generación constituyente quisiera confesar desde el principio su falta de legitimidad para atar las manos de los ciudadanos del futuro. Por ejemplo, el Proyecto de Constitución girondina de 1793 establecía veinte años de vigencia, pasados los cuales habría de iniciarse un nuevo periodo constituyente (Título X, artículo 4); o bien, alternativamente, se permitía una intervención directa de las asambleas populares en relación con los proyectos de ley, como hizo el artículo 59 de la Constitución jacobina de 1793. Un género de provisiones democráticas que parecen haber caído en el olvido, también por cierto entre los críticos del constitucionalismo.

El origen de esta objeción o dificultad “contramayoritaria”<sup>5</sup>, de esta crítica a la pretensión de extender las cadenas de Ulises al futuro de las comunidades políticas<sup>6</sup>, creo que se encuentra en una mimética traslación de los atributos de

4. Th. Paine, *Derechos del Hombre* (1791), edición de F. Santos Fontela, Alianza, Madrid, 1984, pág. 217 y s.

5. Parece que la expresión es utilizada por vez primera en A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962.

6. Es corriente comparar metafóricamente el acto constituyente por el que una colectividad se impone a sí misma adoptar en el futuro ciertas decisiones -las prohibidas por la Constitución- con la imagen de Ulises encadenado para no caer seducido por el canto de las sirenas. Vid. J. Elster, *Ulises y las*

la vieja soberanía absoluta, *legibus solutus*, a la nueva noción de soberanía popular<sup>7</sup>: si la soberanía monárquica se había postulado siempre como un poder absoluto, ilimitado e inagotable, así había de ser el poder constituyente del pueblo. Con la consecuencia de que si el soberano ostentaba la cualidad de *legibus solutus*, esto es, la cualidad de no venir sometido o condicionado por las leyes civiles que él mismo había dictado, otro tanto debía suceder con el pueblo; ninguna Constitución es capaz de vincular a su propio autor, el pueblo.

El postulado absolutista de que un poder ilimitado es consustancial a las sociedades políticas y de que no ha de representar en sí mismo ninguna amenaza para los individuos, se trasmite al despotismo ilustrado. En el racionalismo del siglo XVIII algunos creyeron, en efecto, que la justicia del Derecho dependía, no tanto del respeto a unos inmutables principios sustantivos, no tanto de la limitación del poder soberano desde una instancia externa, cuanto más bien de las cualidades intrínsecas del propio sujeto legislador; o quizás, más exactamente, creyeron que el respeto a los principios de justicia, que debería hacer del Derecho positivo el paraíso mundano del Derecho natural, vendría garantizado por un legislador justo y omnisciente. En suma, no era su carácter absoluto e ilimitado lo que hacía peligroso el poder, sino su ejercicio por un sujeto malicioso o incompetente. Me parece que algunos teóricos del despotismo ilustrado pensaron más o menos así: la ignorancia, y no el absolutismo, es la causa principal de las desgracias de los hombres y, por eso, cuando sus nieblas se disipan, “la legislación positiva deberá ser tan sólo declarativa de las leyes naturales... no deseará ni podrá desear leyes positivas perjudiciales para la sociedad o para el soberano”. Por tanto, “la razón esclarecida por el conocimiento evidente de las leyes naturales, constituye la regla del mejor gobierno posible”<sup>8</sup>. Nada, pues, de unas leyes fundamentales que vinculen o limiten al legislador soberano; basta con que su voluntad se vea iluminada por las luces de la razón.

Pero, naturalmente, la confianza en las cualidades racionales del monarca despótico resultaba un tanto ingenua y tal vez insostenible en las postrimerías

*sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad* (1979), trad. de J.J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México, 1989; del mismo autor *Ulises revisitado. Compromisos previos y constitucionalismo*, Análisis Político, 35, Bogotá, 1998, pág.70 y ss.

7. Vid. esta interpretación en S. Holmes, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia* (1988), trad. de G. Silvestrini, en *Il futuro della Costituzione*, a cura de G. Zagrebelsky y otros, Einaudi, Torino, 1996, pág.182 y ss.

8. F. Quesnay, “Derecho natural”, en *Escritos fisiocráticos*, edición de J.E. Candela, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 15. El subrayado es mío.

del siglo XVIII, de modo singular y evidente en América; el difícil equilibrio entre la razón y los tronos absolutistas podía inclinarse eventualmente en favor de la primera, pero con más facilidad podía hacerlo en favor de las prerrogativas de los segundos. Así que otra posibilidad, impulsada por el pensamiento pero propiciada también por la historia, consistía en prescindir de los tronos y construir un nuevo sujeto titular de la soberanía. Y no cabe duda que el pueblo era el mejor candidato, pues “cuando todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo” su voluntad se llama general y nada hay que temer; “no hay ya que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general... ni si la ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto consigo mismo; ni cómo se puede ser libre y estar sometido a las leyes, puesto que no son éstas sino registros de nuestra voluntad”<sup>9</sup>.

De este modo, el nuevo sujeto titular de la soberanía viene a heredar, más que a transformar, las cualidades del poder absoluto y perpetuo que desde Bodino se predicaba de la vieja soberanía. Al menos en Europa, parece que no podía ser de otro modo; lo que preocupa a los revolucionarios franceses es quién legisla y con qué programa político lo hace, antes que determinar los límites a su poder<sup>10</sup>. El nuevo modelo de legitimidad requiere que legisle el pueblo, pero su poder no ha de ser inferior o distinto al que ostentaron los príncipes, y si éstos no se hallaban vinculados por sus propias leyes, tampoco habría de estarlo el pueblo. Puede parecer sorprendente, pero los dos grandes teóricos del absolutismo y de la democracia, Hobbes y Rousseau, están de acuerdo en dos aspectos esenciales: que debemos obedecer las leyes como si fueran expresión de nuestra propia voluntad, y que el poder absoluto no tiene límites. Es preciso “observar todas las leyes civiles en virtud de la ley natural que prohíbe violar los pactos”, decía Hobbes<sup>11</sup>, adelantándose a la idea rousseauiana de que “el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos”<sup>12</sup>. Nadie puede obligarse consigo mismo y “de ahí que el Estado no esté obligado por las leyes civiles, por ser las leyes civiles las leyes del Estado”<sup>13</sup> o, lo que es lo mismo, resul-

9. J.J. Rousseau, *El Contrato Social* (1762), en *Escritos de Combate*, trad. de G. Masó, Alfaguara, Madrid, 1979, Libro II, Cap.VI, pág. 431 y ss.

10. Sobre las diferencias entre las revoluciones francesa y americana me parece esclarecedor M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, pág. 55 y ss.; del mismo autor *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, pág.100 y ss.

11. Th. Hobbes, *Del Ciudadano* (1642), trad. de A. Catrysse, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966, cap. XIV, 10,pág. 223.

12. J.J. Rousseau, *El Contrato Social*, cit. Libro II, Cap.IV, pág. 425.

13. T. Hobbes, *Del Ciudadano*, citado, cap.VI,14, pág.134.

ta “contrario a la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no puede infringir... por donde vemos que no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el conjunto del pueblo, ni siquiera el contrato social”<sup>14</sup>. El poder del pueblo, que al menos en esta versión rousseauniana tanto predicamento legitimador habría de alcanzar, se diferencia del viejo soberano sólo en el sujeto titular, pero no en sus atributos. Este es el déficit constitucional de la revolución francesa, que, más tarde y por motivos ya muy diferentes a la pervivencia de la voluntad general, se prolongaría en el modelo europeo de Estado de Derecho.

Ahora bien, esta forma de argumentar no tiene las mismas consecuencias cualquiera que sea el titular de la soberanía. El poder absoluto del monarca era ilimitado, pero también inagotable; el poder absoluto del pueblo se postula también como ilimitado, pero en la práctica su ejercicio no puede ser inagotable. La ilusión jacobina no tardó en desvanecerse y desde el momento en que el poder constituyente “decide” constituirse, el suyo aún pretenderá presentarse como ilimitado, pero obviamente ya no podrá ejercerse de modo permanente o inagotable. En realidad, cuando el sujeto soberano enmudece se abre una alternativa: o bien dejar el gobierno en manos de representantes, que no son, pero que vienen a ocupar el lugar del soberano, y este es el ideal que pudiéramos llamar de la supremacía de la Ley<sup>15</sup>; o bien reservarse una cuota de poder intangible para los representantes, cuota que cristaliza en un texto constitucional inmune frente a quienes ejercen el gobierno ordinario. Ante esta segunda alternativa, que sería la acogida desde el principio en norteamérica y sólo mucho más tarde en Europa, se alza la objeción contramayoritaria que veíamos al principio: ¿cómo justificar que unas generaciones gocen de un poder absoluto y otras no?, ¿por qué los representantes del actual pueblo soberano han de rendir obediencia a un pueblo que ya no existe?. Si no me equivoco, aquí late el mismo esquema de pensamiento que animó a los teóricos de la soberanía: la soberanía es un poder absoluto, perpetuo y de ejercicio permanente que, por definición, no puede imponerse límites a sí mismo.

Dejando a un lado que la idea de “generación” es cualquier cosa menos un concepto claro, conviene observar que todo el régimen constitucional y parla-

14. J.J. Rousseau, *El Contrato Social*, citado, Libro I, cap. VII, pág. 413.

15. Y también, por cierto, una de las razones de la crítica marxista a la democracia representativa (bien que basada en el sufragio censitario), donde la dualidad entre representantes y representados conduce a la separación del Estado respecto de la sociedad civil, con la consecuencia de que aquél deja de ser un siervo de esta última para convertirse en su dueño. Vid., por ejemplo, el Prólogo de F. Engels a C. Marx, *La guerra civil en Francia* (1891), trad. de I.M-L., Ed. de Cultura Popular, Barcelona, 1968, pág. 27 y ss.

mentario reposa en una ficción o, mejor dicho, en varias ficciones<sup>16</sup> que presentan, sin embargo, una indudable transcendencia práctica. Existe una primera ficción en suponer que la Constitución es la expresión de la voz del pueblo soberano. Aunque en todo hay grados y cabe registrar algunos momentos históricos en que la “emoción constituyente” se ha mostrado con mayor intensidad que en otros, lo cierto es que la Constitución puede haber sido elaborada en un marco democrático ordinario no muy distinto al que preside el debate de las leyes<sup>17</sup>, del mismo modo que nada impide que estas últimas sean sometidas a referendium del pueblo y ostenten, por tanto, mayor legitimidad democrática. No hay propósito de censura. Sencillamente, se trata de constatar que es una ficción suponer que en algún momento histórico el pueblo, reunido en una suerte de situación ideal de diálogo a lo Habermas, haya producido un texto constitucional; éste no tiene por qué ser necesariamente más democrático que la ley. Y, sin embargo, puede ser una ficción necesaria si se desea mantener la fuerza normativa irresistible de la Constitución, esto es, si se quiere afirmar algo así como que los poderes constituidos -que son los poderes de verdad- vienen obligados a su respeto; obligados en el sentido común del término, en el mismo sentido que un ciudadano se considera obligado a pagar sus impuestos<sup>18</sup>. Abandonada la ficción, si entendemos que la Constitución es obra de los propios órganos del Estado que se autolimitan graciosamente, el vigor de todo el edificio constitucional se resiente de modo muy notable, que es lo que sucedió a lo largo de buena parte de la historia europea durante el siglo XIX.

Constatada la ficción, parece que gana fuerza la objeción democrática. Si resulta que ni siquiera el pueblo del pasado acordó su Constitución, ¿cómo pretende imponerse al pueblo del presente y del futuro?. El problema es que también esa objeción contramayoritaria reposa en una ficción no menos llamativa, que me parece que algunas veces resulta obviada en las críticas al constitucionalismo en un ejercicio de cierta asimetría, dado que se censura la

16. Sobre el juego de las ficciones en el pensamiento jurídico y político puede verse J.I. Martínez García, *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid, 1992.

17. Vid., con una interesante propuesta normativa, J. Elster, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en *La democracia deliberativa* (1998), J. Elster (comp.), trad. de J.M. Lebrón, Gedisa, Barcelona, 2001, pág.129 y ss.

18. Como escribe F. Rubio, sólo “si se parte de la idea de soberanía popular o, si se quiere, de la idea de poder constituyente... la incardinación en la Constitución de los derechos ciudadanos, y de los deberes del poder, o lo que es lo mismo, la afirmación de la Constitución como fuente del Derecho, adquiere una firmeza granítica”, “La Constitución como fuente del Derecho” (1979), en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 85.



realidad constitucional desde el ideal democrático<sup>19</sup>. Bien es verdad que en la defensa del constitucionalismo a veces ocurre a la inversa: se parte del ideal de la Constitución como expresión del poder constituyente del pueblo para luego limitar la realidad de la siempre insatisfactoria democracia representativa, despojada ésta de los atributos legitimadores de la voluntad general.

Esta última ficción de la voluntad popular, que pudiéramos llamar también la ficción de la santidad de la ley, fue muy bien expresada por Kant. Al igual que en Rousseau, “el poder legislativo sólo puede corresponder al pueblo”, que “no ha de poder actuar injustamente con nadie mediante la ley. Pues si alguien decreta algo respecto de otro, siempre es posible que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquello que decida sobre sí mismo (en efecto, *volenti non fit iniuria*)”<sup>20</sup>. Con independencia de que estas palabras puedan valer para el “contrafáctico” reino de los fines, lo cierto es que sirvieron para rodear con una aureola de santidad a cuanto naciese de la voluntad del legislador: el consentimiento del “pueblo unido” queda como una exigencia de la razón que no tiene por qué cumplir la ley empírica, aun cuando, eso sí, ésta deberá ser considerada y obedecida “como si” procediese de la soberanía popular<sup>21</sup>. La consecuencia es la que cabía esperar: la ley es sagrada, inviolable y debe ser obedecida sin condiciones, incluso cuando resulte insoportablemente injusta<sup>22</sup>, con lo que a la postre se termina postulando la supremacía indiscutible de la ley empírica mediante los mejores argumentos del Derecho racional.

Así pues, los ciudadanos deben obedecer las leyes como si fueran expresión de la voluntad general, pero de hecho son obra del legislador. A veces, la objeción contramayoritaria parece pasar por alto todo esto, sosteniendo que ninguna Constitución puede limitar al gobierno mayoritario, pero justamente porque se

19. Incluso un autor como R. Gargarella, que es muy consciente de que los órganos políticos “distan de funcionar de modo aceptable, como distan de representar adecuadamente a la ciudadanía”, se pregunta, sin embargo, por qué las decisiones judiciales (de los jueces de verdad, no del juez Hércules) “pueden prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular” (no sobre la voluntad de esa representación política que dista “de funcionar de modo aceptable”); o afirma que “fue sin duda en Francia donde los principios de confianza en el pueblo adquirieron una mejor articulación” (de confianza en el pueblo, no en la Asamblea). Todo ello en las páginas 13, 11 y 94 de su, por otra parte, esclarecedor trabajo, *La justicia frente al gobierno*, citado.

20. I. Kant, *La Metafísica de las costumbres* (1797), edición de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 46, pág. 143.

21. Vid. la consideración del contrato social que obliga a cada súbdito “como si” hubiera prestado su acuerdo, aunque de hecho pueda prescindirse del mismo, I. Kant, “En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve en la práctica” (1793), en *Teoría y Práctica*, edición de M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 37.

22. Vid. I. Kant, *La Metafísica de las costumbres*, citado, pág. 49, pág. 150 y ss.

sugiere o se supone que ese gobierno es el pueblo, cuya soberanía se postula de nuevo como inagotable; cuando se habla de las generaciones del presente y del futuro cuyo poder de decisión aparece atado por las generaciones del pasado se trata en realidad de los gobiernos del presente y del futuro; y hay las mismas razones para pensar que esos gobiernos son el pueblo como para sostener que la Constitución es también obra del pueblo.

No cabe duda que las razones del argumento rousseauniano, que suelen estar detrás de toda objeción democrática, resultan persuasivas, pero, a mi juicio, el debate debe recuperar la simetría: o asumimos la ficción parlamentaria según la cual la ley es expresión de la voluntad general, pero entonces creo que debemos hacer lo propio con la ficción del poder constituyente del pueblo; o ponemos en duda este último postulado, pero entonces procede abandonar también la ficción de la voluntad general en favor de la ley. El primer camino significa que, aceptando el carácter ficticio de la construcción, optemos por la ficción más fecunda desde el punto de vista práctico o, incluso, por ambas si suponemos que son compatibles; pues de eso se trata cuando somos conscientes de que las hipótesis no pueden pretender su verificación mediante un criterio de correspondencia con la realidad: ni es cierto que en la Constitución cristalice de verdad el poder constituyente del pueblo, ni es cierto tampoco que los gobiernos o las mayoría parlamentarias sean sin más equivalentes a la soberanía de ese pueblo a quien se quiere reconocer como inagotable fuente del Derecho. Pero no hay obstáculo para operar en el marco del sistema jurídico “como si” las cosas fueran de ese modo, postulando el respeto de todos los órganos estatales a la norma suprema que encarna la voluntad del titular de la soberanía, y, a su vez, justificando la legitimidad de la ley en razones análogas, esto es, en que el legislador representa fielmente esa misma voluntad. El segundo camino consiste simplemente en prescindir de toda ficción.

Esta última posibilidad puede que sea un homenaje al realismo político, pero, además de presentar algunas interesantes consecuencias deslegitimadoras para el conjunto del sistema, bloquea o desactiva muy notablemente la crítica contramayoritaria. Aquí pierde sentido la idea misma de Constitución: no hay ninguna razón para que los parlamentarios actuales rindan respeto y obediencia a los de hace veinte o treinta años, que no eran necesariamente ni más democráticos ni más transparentes<sup>23</sup>. Pero debe perder sentido también la ilusión democrática de concebir la ley como expresión de la voluntad general y cesar también su preten-

23. Pensando en la Constitución española creo que podemos prescindir ahora de su refrendo por el pueblo, elemento que no es esencial al concepto de Constitución y que, por lo demás, tampoco sería en sí mismo suficiente para reformar el Texto de 1978.

sión de legitimidad incondicionada; la ley es sólo expresión de un órgano del Estado, que representa (mejor o peor, esta es otra cuestión), pero que no es el titular de la soberanía popular. Nadie que no sea soberano puede pretender un poder ilimitado. De manera que si desde el legalismo o el parlamentarismo se puede objetar que la Constitución no es la encarnación de aquel poder ilimitado, absoluto e inagotable que el pueblo heredó de los soberanos absolutos, otro tanto puede decirse de la propia ley, que pretende, sin embargo, recabar su justificación precisamente de las mismas fuentes, esto es, que pretende ser la voz de la generación viva del pueblo. Me parece que tan sólo queda en pie un argumento temporal en favor de la ley, dado que se trata de una decisión más reciente que la Constitución, pero no cualitativamente más legítima. Sobre esto volveremos luego, pero en todo caso esa razón temporal no significa, desde la perspectiva en que ahora nos encontramos, que alguna norma haya de gozar de los atributos del poder soberano del pueblo; es decir, que alguna norma haya de ser suprema.

Sin embargo, no hay por qué prescindir de las ficciones. Ya sabemos cuál es la transcendencia política que puede esperarse de los modelos constitucional y parlamentario. Pero creo que tampoco hay razones que obliguen a optar de forma excluyente entre uno u otro. Más bien al contrario, la experiencia histórica indica que Constitución y democracia representativa se alimentan de una misma filosofía política, de una nueva ficción si se quiere. Y ésta no es otra que la idea del contrato social que se divulga a partir de los siglos XVII y XVIII y que evoca por igual el fundamento democrático del poder político y su limitación por los derechos naturales. La primera consecuencia del contrato es, en efecto, la concepción artificial, individualista e instrumental de las instituciones: el poder político deja de ser una realidad natural o la obra de algún designio divino para convertirse en un artificio, en una decisión de individuos iguales, en suma, en una construcción cuyo único fundamento es precisamente un ejercicio de democracia. Pero, a su vez, este acto hipotético fundamental no es, y no tiene sentido que sea sólo, la instauración de un procedimiento formal para el futuro, sino que ha de apoyarse en razones sustanciales<sup>24</sup>, más concretamente en la defensa de los derechos<sup>25</sup>. Este es, si no me equivoco, el programa constitucional que se deduce, por ejemplo, de la obra

24. Vid. J.C. Bayón, "Diritti, democrazia, costituzione", en *Ragion Pratica*, 10, 1998, pág. 58.

25. Cuáles sean estos derechos es algo que puede someterse a debate, como también, por cierto, las características del procedimiento formal de decisión, es decir, de la propia democracia.

de Locke<sup>26</sup>, donde la legitimidad de las instituciones descansa tanto en su origen consensual como en el respeto a unos límites sustanciales que son inescindibles del propio procedimiento constituyente. Como escribe Ferrajoli, “la idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia en sus dos dimensiones: de la democracia política o formal, dado que la legitimación del poder público viene con ella fundada sobre el consenso de los contratantes; del Estado de Derecho y de la democracia sustancial, dado que este consenso aparece condicionado al respeto de los derechos naturales positivamente convenidos para la tutela de todos<sup>27</sup>”.

El modelo que acabamos de presentar justifica la supremacía constitucional o, lo que es lo mismo, el deber que pesa sobre las instituciones de respetar los límites formales y sustanciales que la Constitución establece<sup>28</sup>. Que la Constitución es una norma suprema significa sólo, y no es poco, que la Constitución no puede ser violada por los poderes públicos. No dice nada, en cambio, acerca de cuándo y cómo puede o debe reformarse. El argumento temporal al que antes nos referíamos al preguntar por qué una decisión democrática más antigua debe prevalecer sobre otra más moderna tiene que ver con este último aspecto y es una objeción importante a la rigidez, pero no a la superioridad constitucional. Sin embargo, existe una idea bastante arraigada que tiende a confundir ambos aspectos, atacando la supremacía constitucional en nombre o por causa de su rigidez: “no hay supremacía sin rigidez”, dice Bayón, y añade, comentando las tesis de Waldron, que el constitucionalismo lesiona el valor esencial del principio de mayorías al establecer reglas especiales para la revisión constitucional<sup>29</sup>.

26. Sucede que siendo “los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otro sin que medie su propio consentimiento”, *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (Segundo Ensayo de 1690), trad. de A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid, 1969, pág. 73. Pero esto no es lo más importante. Lo más importante es que desde ese punto de partida ideal o hipotético se deduce cómo debe ser realmente el Estado: “el Estado es una sociedad de hombres instituida con la única mira del establecimiento, conservación y desenvolvimiento de sus intereses civiles. Llamo intereses civiles la vida, la libertad, la salud del cuerpo, la posesión de bienes exteriores...”, “Carta sobre la tolerancia” (1689), en *Escritos sobre la tolerancia*, edición de L. Prieto y J. Betegón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 112.

27. L. Ferrajoli, “Democrazia e costituzione”, en *Il futuro della costituzione*, citado, pág. 323.

28. La conveniencia de contar con una norma suprema puede apoyarse en otras razones de utilidad distintas a la metáfora del contrato social, pero, como advertimos en la Presentación, nuestro propósito no es tanto justificar por qué es bueno que exista una norma suprema, cuanto mostrar que el argumento democrático no es una razón que haga inviable el concepto de supremacía.

29. J.C. Bayón, *Diritti, democrazia, costituzione*, citado, pág. 48. De hecho, si he entendido bien, el constitucionalismo débil que propone este autor siguiendo las experiencias de Canadá y Suecia no debilita la supremacía constitucional, sino su rigidez.

No cabe duda que la rigidez constitucional, es decir, las mayores o menores dificultades que se establecen para que los poderes constituidos, y en especial el legislador, puedan acometer la reforma del texto, representa una cuestión importante desde múltiples perspectivas, pero una Constitución flexible sigue siendo o puede seguir siendo- una norma suprema que debe ser respetada<sup>30</sup>. Una cosa es violar la Constitución y otra reformarla<sup>30bis</sup>. Y esto es algo que parecían tener claro los autores de *El Federalista*, cuyos comentarios a propósito del artículo V de la Constitución, relativo a la reforma, plantean siempre el problema de si es más o menos conveniente facilitar la futura enmienda del texto, pero sin poner nunca en cuestión el tema de la superioridad. Cuando Hamilton habla de este último aspecto en el capítulo 78 alude también al problema de la reforma, pero no en términos de rigidez o dificultad, sino de solemnidad: “todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante”. Ello no significa desconocer “el principio fundamental del gobierno republicano, que reconoce el derecho del pueblo a alterar o abolir la Constitución en vigor... sin embargo, no sería legítimo deducir de este principio que los representantes del pueblo estarían autorizados por esta circunstancia para violar las previsiones de la Constitución vigente... Mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente”<sup>31</sup>.

Con ello creo que se desactivan algunas críticas usuales al constitucionalismo: no es conceptualmente cierto que la Constitución impida a una decisión democrática ulterior modificar lo establecido por otra precedente; es más, ¿por qué no se reclama -que yo sepa- la reforma preceptiva de la Constitución cada cierto tiempo?, ¿no daría ello satisfacción a la objeción contramayoritaria y a su preocupación por el cambio generacional?. Lo que sí es conceptualmente cierto es que la Constitución en cuanto norma superior no puede ser violada. La diferencia reside en el carácter expreso y solemne del acto de reforma. Y puede parecer una diferencia de matiz, pero es política y jurídicamente importante: lo primero porque la

30. Como advierte I. de Otto, “una Constitución flexible... es también una norma superior si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de forma expresa”, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 62.

30 bis. Vid. R. Guastini, “La Constitución como límite a la legislación”, en *Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, M. Carbonell (comp.), Ed. Porrúa, UNAM, México, 2000, p. 239 y ss.

31. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, cap.78, págs. 332 y 334.

reforma implica asumir una carga de deliberación, transparencia y generalidad que obviamente no tiene la violación más o menos inadvertida; si el Parlamento puede sencillamente desconocer la Constitución, ni siquiera estará llamado a justificar las decisiones que se aparten de la misma, pudiendo presentarlas incluso como su mejor interpretación en un acto de homenaje al fuerte valor simbólico de la tradición constitucionalista; y lo segundo, y aquí más importante, porque mientras no medie ese acto expreso y solemne, la Constitución será norma vinculante para los poderes públicos que dependen de la mayoría. Por eso, deben separarse cuidadosamente las críticas a la rigidez constitucional de las críticas a la superioridad o, lo que es lo mismo, a la justicia constitucional, que es, a mi juicio, su corolario. La supremacía constitucional, que no su rigidez, es desde esta perspectiva una exigencia que deriva de la idea de Estado de Derecho, esto es, de la idea según la cual los poderes deben actuar con arreglo a unas normas previas y conocidas<sup>32</sup>.

En resumen, si se quiere compartir la ficción del poder constituyente en el que descansa la fuerza normativa de la Constitución<sup>33</sup>, no sólo no procede rechazar, sino que incluso cabe estimular la reforma constitucional, al ser ésta la mejor prueba del carácter inagotable de la soberanía popular. Lo que el recurso al poder constituyente postula sin condiciones es la supremacía constitucional, la exigencia de respeto por parte de los poderes constituidos. Pero, a su vez, si se prescindiese de ficciones y se opta por ver en la Constitución y en la Ley dos expresiones democráticas de análoga legitimidad, lo que triunfa es un criterio temporal o cronológico, pero no de supremacía, pues, desde esta óptica, la ley no cuenta con mejores razones que la Constitución para presentarse como la encarnación de ese poder supremo e ilimitado que se predica de la soberanía. Una vez más, en este segundo caso, lo que cabe propiciar es un sistema flexible, pero explícito, de reforma constitucional; no, pura y simplemente, su violación. Si hay buenas y numerosas razones en favor de la Constitución, el argumento democrático no milita en contra de su existencia, en contra de la existencia de normas superiores que limiten el poder de los órganos del Estado, sino en contra de la existencia de normas inmodificables por la mayoría.

Aunque no procede analizar aquí el problema de la rigidez o flexibilidad de

32. En realidad, se trata aquí del contenido mínimo del Estado de Derecho, noción que comprende otras implicaciones o consecuencias más ambiciosas. Sobre ello vid. E. Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, Madrid, 1998.

33. “La pregunta por el poder constituyente, escribe E.W. Böckenförde, contiene en sí misma la cuestión del origen y la razón de la validez de la Constitución”, “El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional”(1986), en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, edición de R. de Agapito, Trotta, Madrid, 2000, pág.160.

la reforma constitucional, cabe preguntarse, siquiera sea incidentalmente, qué tipo de exigencias proyecta el principio democrático sobre este importante capítulo, así como también, desde una perspectiva distinta, cuál es el contenido mínimo de rigidez que expresa la idea de Constitución. A mi juicio, el sistema constitucional no deja de serlo porque el texto pueda ser reformado con facilidad en vía parlamentaria, como tampoco por el hecho de que se estableciera incluso la revisión obligatoria de la Constitución cada cierto tiempo; tan sólo cabría exigir -aunque sólo fuera por consideraciones de racionalidad y buena técnica legislativa- que la decisión se tomase de forma expresa y solemne, es decir, que adoptase la forma de “ley constitucional”<sup>34</sup>. El recurso a la consulta popular puede ser también conveniente allí donde la primitiva Constitución se aprobó mediante referéndum, pero no es obviamente lo que pudiéramos llamar un requisito conceptual. Otra cosa es que pueda juzgarse como una previsión coherente con el propio fundamento de la objeción democrática: si el Parlamento pretende actuar apelando a la generación viva frente a las generaciones del pasado, seguramente no estaría de más que para la aprobación de la norma suprema consultase a esa generación de los vivos.

### ***3.- La discutida legitimidad de la justicia constitucional.***

Se ha identificado la superioridad con la justicia constitucional: la existencia de una Constitución como norma suprema reclama como corolario indispensable la presencia de una garantía jurisdiccional. Pero ésta no es una opinión pacífica y algunos sugieren que es perfectamente viable una Constitución sin justicia constitucional. De hecho, no faltan experiencias que así lo indican, bien porque falte todo sistema de control, bien porque éste se encomiende o articule a través de órganos políticos. No procede discutir sobre las “esencias conceptuales” del término Constitución; como escribe Cruz Villalón, la supremacía constitucional “puede ser una realidad sustentada en la opinión pública, en el ejercicio de las libertades públicas, en la conciencia de la legitimidad...”, pero “no cabe menos que subrayar el salto cualitativo, e incluso la mutación operada en la Constitución... como consecuencia de la acumulación de dos factores: el paso de la Constitución ‘orgánica’ a la Constitución ‘material’ y el paso de la ‘garantía política’ a la ‘garantía juris-

34. En España, al menos mientras se requiera mayoría absoluta para la aprobación de las leyes orgánicas, por otra parte un singular hallazgo de la Constitución de 1978, parece lógico que habría de exigirse la misma mayoría para la reforma constitucional.

diccional<sup>35</sup>. Si la Constitución es una norma jurídica que impone derechos y obligaciones, parece del todo indispensable un sistema efectivo de tutela jurisdiccional, de modo no muy distinto a como nos parece indispensable en relación con el resto de las leyes. Así como la rigidez no parece ser una condición de la supremacía, sino de la perdurabilidad, la justicia constitucional se muestra como una exigencia inexorable o, cuando menos, como un elemento cualificador de la Constitución, no ya como norma suprema, sino sencillamente como norma.

Esta es una idea presente en los orígenes mismos del movimiento constitucional. Aunque en Europa fracasase por motivos que no procede comentar, la conciencia de que el diseño constitucional no quedaba completo sin alguna forma de garantía aparece ya en testimonios de la época revolucionaria. Así, Condorcet escribe que es preciso que los derechos del hombre queden expuestos “con claridad, en modo detallado, publicar esta declaración con solemnidad, estableciendo que el poder legislativo no podrá, cualquiera que fuera su forma, ordenar nada que viole estos artículos”<sup>36</sup>. Bien es verdad que el Proyecto de Constitución girondina, obra del propio Condorcet, no llegó a arbitrar una fórmula de control judicial, pero sí un alambicado procedimiento de censura popular y de referendun que ponía de relieve una preocupación real por la defensa de la Constitución y por las posibles extralimitaciones del legislador. Preocupación que se muestra con mayor claridad en Sièyes: “Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código... Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer”<sup>37</sup>; el proyecto fracasado de un *jury* o de una *jurie constitutionnaire* es tal vez lo más parecido a un Tribunal Constitucional que nos ofrece la revolución francesa.

Pero será en Estados Unidos donde se ofrezca una más sencilla y contundente justificación tanto de la supremacía constitucional como de su garantía jurisdiccional. Las peculiaridades del proceso de independencia norteamericano<sup>38</sup>

35. P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pág. 27.

36. Condorcet, *Idées sur le despotisme*, citado por G. Magrin, *Condorcet: un costituzionalismo democratico*, F. Angeli, Milano, 2001, pág. 99.

37. E. Sièyes, “Opinión sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional” (1795), en *Escritos y discursos de la Revolución*, edición de R. Máiz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 276.

38. Vid. M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia constitucional*, citado, pág.75 y ss.



explican que allí no se buscara la figura de un legislador virtuoso y omnipotente llamado a emprender la transformación social, sino al contrario, un legislador limitado que no reincidiese en el desconocimiento de los derechos. Había sido la omnipotencia del Parlamento inglés el origen de todos los agravios al violar los derechos históricos. La restauración de estos últimos, ahora en forma de derechos naturales, encuentra así en el legislador su principal foco de desconfianza, no el instrumento para su realización. Los derechos están ahora -y sólo pueden estar- en la Constitución, es decir, en el pacto que concluye el poder constituyente del pueblo y que se postula como una decisión superior frente a los poderes delegados. Nada, pues, de un gobierno revolucionario portador de la soberanía popular, sino un gobierno limitado por la Constitución y por los garantes naturales de ésta, los jueces.

Conviene advertir, sin embargo, que la figura del juez aparece dibujada en *El Federalista* en unos términos que evocan el célebre modelo descrito por Montesquieu, a quien expresamente se cita. El poder judicial, formado por magistrados independientes y permanentes, es el más débil de los tres poderes, hasta el punto de que “puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento”. A él corresponde la tarea de “declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución”. Hay en estos fragmentos dos precisiones importantes que, desde la perspectiva actual, merecen subrayarse: la primera es que la actividad judicial es discernimiento y no voluntad, lo cual supone aceptar como mínimo que la Constitución es inteligible y que cualquier sujeto medianamente culto puede discernir cuál es su interpretación “verdadera”; la segunda es que la declaración de nulidad sólo procede cuando la ley resulte contraria al “sentido evidente” de la Constitución<sup>39</sup>, lo que parece sugerir, utilizando una terminología de nuestros días, que la misma está formada por reglas y no por principios o, si se prefiere, que el juicio de constitucionalidad se basa en la subsunción y no en la ponderación<sup>40</sup>.

Sin embargo, advirtiendo tempranamente una objeción que luego sería reiterada a toda justicia constitucional, Hamilton se pregunta si este modelo no habría de conducir a la supremacía del poder judicial sobre el legislativo. Su respuesta es una oportunidad para fijar con mayor precisión los fundamentos del control judicial. Ante todo, por vía de exclusión, sería inadmisible que la Constitución hubiese autorizado al legislador para imponer su voluntad sobre la del pueblo.

39. *El Federalista*, citado, cap.78, pág.331.

40. Un juicio semejante a propósito de la etapa inicial de la judicial review en Ch. Wolfe, *Las transformaciones de la interpretación constitucional* (1986), trad. de M.G. Rubio de Casas y S. Valcárcel, Civitas, Madrid, 1991, pág. 16 y parte primera.

“Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislativo, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad”<sup>41</sup>. En suma, la interpretación de las leyes es una competencia propia de los tribunales y, al fin y al cabo, la Constitución no deja de ser una ley, aunque fundamental. Ciertamente, aún subsiste el riesgo de que los jueces “estuviesen dispuestos a poner en ejercicio la voluntad en vez del juicio... Pero si algo prueba esta observación, sería que no debiera haber jueces independientes de ese cuerpo (legislativo)”<sup>42</sup>; y lógicamente, si los jueces dependiesen de aquel sujeto que ha de ser controlado, serían juez y parte.

Este planteamiento, que tan juicioso pudiera parecer a primera vista, ha sido objeto de varias críticas. A mi juicio, la más relevante puede resumirse en estos términos: ¿por qué han de ser los jueces, unos funcionarios no elegidos democráticamente, quienes decidan de forma discrecional el significado de cuestiones especialmente controvertidas, pronunciando la última palabra incluso frente al legislador?. La existencia de un catálogo de derechos fundamentales y la decisión de que sean defendidos por un Tribunal Constitucional, viene a decir Waldron, no significa propiamente que desde la Constitución se impongan límites sustanciales a la acción del legislador democrático, sino que más bien significa que en la determinación de los derechos se sustituye un procedimiento por otro, el legislativo por el jurisdiccional; en lugar de ser la mayoría del Parlamento quien acuerda qué derechos tenemos, es la mayoría del Tribunal quien lo hace. En otras palabras, la restricción al legislador no viene dada por la Constitución, sino por el Tribunal Constitucional; con la particularidad además de que el alto grado de indeterminación semántica de las normas constitucionales hace de la interpretación constitucional una tarea especialmente discrecional<sup>43</sup>. Esto es lo que Gargarella ha llamado la “brecha interpretativa”, que se traduce en que, al final, los jueces usurpan la posición que debería corresponder a la voluntad popular<sup>44</sup>, y que Bayón, siguiendo a Waldron, resume muy expresivamente: la supremacía constitucional no significa que la mayoría decide mientras no vulnere los derechos fundamentales; lo que significa es que decide siem-

41. *El Federalista*, citado, cap.78, pág. .332.

42. *Ibidem*, pág. 333.

43. Vid. J. Waldron, “Freeman`s Defense of Judicial Review”, en *Law and Philosophy*, 13, 1994, pág.27 y ss.; y “Vagueness in Law and Language”, en *California Law Review*, vol.82, 1994, pág. 509 y ss. Vid. también del mismo autor *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

44. R. Gargarella, *La Justicia frente al gobierno*, citado, pág. 59.

pre que no se vulnere aquello que los jueces constitucionales consideran es el contenido de los derechos fundamentales<sup>45</sup>.

Aquí parece haber varias cuestiones involucradas, si bien la primera de ellas, relativa a la falta de legitimidad democrática de los jueces, depende o está muy conectada con la segunda. Porque, de entrada, cabría replicar que no hay ninguna razón para que los jueces no sean elegidos, y de hecho resulta que en España tanto los magistrados del Tribunal Constitucional como los del Tribunal Supremo son designados por órganos directa o indirectamente mayoritarios y de base parlamentaria, con lo cual puede afirmarse que ostentan una legitimidad democrática de segundo grado. Pero esto no es lo importante. Si la primera objeción depende de la segunda es porque, cualquiera que sea la fórmula de designación de los jueces, si se entendiese que éstos aplican fiel y rectamente la Constitución, nada habría que criticar; del mismo modo que a nadie se le ocurre censurar que los jefes de negociado de la Administración no sean elegidos por el pueblo -a pesar de que aplican normas jurídicas- así tampoco tendría sentido oponerse, desde esta perspectiva, a que los jueces obtengan su plaza por oposición, sorteo o compraventa, si efectivamente se limitasen a la ejecución mecánica de la Constitución. Así que la primera dificultad nos conduce a la segunda: porque se supone que los jueces crean Derecho es por lo que cabe formular el reproche de la falta de legitimidad democrática.

En las críticas al constitucionalismo la tesis de la discrecionalidad suele presentar una fuerte tendencia a desembocar en un realismo extremo, de manera que la Constitución viene a ser poco más que un trozo de papel sin significado, una norma vacía, un dúctil instrumento que sirve para casi todo, repleto de preceptos vagos, porosos, contradictorios y que permiten los más arriesgados juegos de malabarismo interpretativo; y esto como premisa indispensable para poder afirmar seguidamente que la Constitución es lo que los jueces-insisto, no democráticos- dicen que es. Y dicho sea incidentalmente, la verdad es que tras algunos años agobiados por la hercúlea búsqueda de la unidad de solución correcta y empeñados en exquisitas disquisiciones hermeneúicas orientadas a sostener que los jueces no crean Derecho, resulta hasta saludable este homenaje al escepticismo. No creo que sea necesario llevar las cosas tan lejos, regresando sin transición de Dworkin al Derecho libre. Pero, en cualquier caso, hay algo en esta crítica que me parece inconsecuente. Porque si

45. J.C. Bayón, "Diritti, democrazia, costituzione", citado, pág. 45.

resulta que los jueces no aplican sino que producen la Constitución, es lícito pensar que algo parecido harán con las leyes. Alguien podría replicar que no es lo mismo, que las leyes son reglas, mientras que las normas constitucionales son principios, pero esto es cuando menos muy discutible: primero, porque la incorporación de estándares morales no es un monopolio constitucional, sino que siempre, y tal vez ahora más que nunca, las leyes presentan muchas veces la misma fisonomía que los preceptos de la Constitución; y segundo, porque si desapareciese esta última -como se propone- cabe esperar que en algún sitio tendrían que reconocerse cosas tales como los principios explícitos o los derechos fundamentales, y habrían de reconocerse además en unos términos semejantes a los que hoy conocemos. De manera que la preocupación por la naturaleza antidemocrática de la interpretación constitucional debe prolongarse en la interpretación legal; si los jueces inventan la Constitución, ¿por qué no han de inventar también la ley?. Y la única manera de conjurar esa preocupación me parece que es reivindicar una especie de “recurso al legislativo”, al estilo del que fue arbitrado en la revolución francesa: si la Constitución no dice nada, es como si no existiese, y entonces, si no existe o los jueces actúan como si no existiese, la situación es la misma, y el respeto al legislador democrático reclama un mecanismo de control parlamentario de la tendencialmente antidemocrática actividad jurisdiccional. Como es natural, nada de esto proponen las críticas al constitucionalismo. Pero adviértase que, vistas así las cosas, el peligro para la democracia no proviene de la Constitución, sino de unos jueces dispuestos a hacer triunfar sus concepciones sobre las del legislador, pero ello tanto con Constitución como sin ella.

Lo cierto es que esta preocupación por el activismo judicial se encuentra presente en los que pudiéramos llamar “documentos fundacionales” de la Justicia constitucional. Ya hemos citado el comentario de Hamilton en *El Federalista*: el juez no posee, es decir, no debe poseer fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y la declaración de nulidad de la ley sólo ha de proceder cuando la misma resulte contraria al “sentido evidente” de la Constitución. Dicho en un lenguaje más moderno, y por lo demás no del todo exacto, el juez constitucional ha de subsumir reglas y no ponderar principios. Y, aunque partiendo de una concepción muy diferente de la tarea interpretativa, Kelsen venía a sostener lo mismo: en el Tribunal que él proponía “está ausente casi por completo... la libre creación que caracteriza a la legislación. Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes... la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción

constitucional, está por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución... se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación de Derecho<sup>46</sup>.

Es más, en el diseño kelseniano no sólo se halla presente una preocupación genérica por el activismo judicial, sino que cabe decir que todas sus peculiaridades responden a un propósito claro de asegurar la primacía del Parlamento y de la democracia, precisamente en un momento en que los jueces de la República de Weimar comenzaban a ensayar el control de la ley, animados entre otras cosas por el Derecho libre<sup>47</sup>. Porque, de entrada, la existencia de una selecta jurisdicción concentrada y la atribución a la misma de una competencia de enjuiciamiento bastante limitada, garantizaba sin duda un cierto control de constitucionalidad, pero garantizaba sobre todo que no fueran los jueces ordinarios quienes de manera difusa y en todo tipo de procesos ejercieran ese control. De ahí el empeño por calificar al Tribunal como legislador negativo: las relaciones entre la Constitución y la ley habían de dirimirse en el seno del legislativo, separadamente al resto del sistema jurídico aplicado por los jueces y presidido por la ley. Pero, además, a fin de que el Tribunal, pese a su carácter legislativo, fuese sin embargo ese poder nulo en el que, como quería Hamilton, predominase el discernimiento sobre la voluntad, a fin de que pudiera recibir el nombre de “depósito de la lógica jurídica”, Kelsen tiene perfectamente claro cómo habría de ser la propia Constitución: estrictamente formal, procedimental y con el mínimo contenido material posible, pues si incorpora apelaciones sustantivas a la equidad, la justicia, la libertad o la igualdad “no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta... Pero, en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable... Para evitar un desplazamiento semejante... del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena... la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo tipo de fraseología...”<sup>48</sup>.

46. H. Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pág. 131.

47. He tratado más ampliamente este tema en “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, citado, pág. 312 y ss.

48. H. Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, citado, pág. 142. Con razón escribe Rubio que hay en Kelsen “una repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación del contenido material de la ley”, “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional” (1982), en *La forma del poder*, citado, pág. 467.

Ciertamente, ni el planteamiento de *El Federalista* ni el de Kelsen parecen hoy viables. El primero porque reposa en una teoría de la interpretación difícil de compartir. Y el segundo porque ha quedado desmentido por el desarrollo histórico del constitucionalismo y de la justicia constitucional: las Constituciones formales y procedimentales han cedido paso a las Constituciones “rematerializadas”, llenas de valores, principios y directrices<sup>49</sup>, es decir, de todo aquello que Kelsen no quería ver en una Constitución a fin de evitar el activismo judicial. Y, a su vez, todo parece indicar que los actuales Tribunales Constitucionales de justicia “concentrada” conservan del modelo kelseniano sólo eso, el ser “concentrados”, pues en su actuación se aproximan cada vez más al modelo de la *judicial review*<sup>50</sup>. Mejor dicho, no es sólo que los Tribunales “concentrados” se aproximen al modelo norteamericano porque hayan asumido competencias inviables en el modelo kelseniano, como el recurso de amparo o la cuestión de inconstitucionalidad en los términos en que ésta aparece regulada; es que el sistema en su conjunto se aproxima al de la *judicial review* en la medida en que la aplicación judicial de la Constitución ha dejado de ser un monopolio del Tribunal Constitucional para abrirse al conjunto de los jueces; y esto es también lo que pretendía evitar el modelo kelseniano.

Esto último es lo más decisivo y sólo se explica a partir de una profunda transformación del concepto mismo de Constitución, no ya porque se haya “rematerializado”, sino ante todo porque se ha convertido simplemente en una norma, en una ley como otra cualquiera que los jueces aplican y que no pueden dejar de aplicar. La Constitución kelseniana era sin duda una norma, pero una norma “interna” a la vida del Estado, que regulaba las relaciones entre los poderes supremos y que, en cierto modo, estaba “secuestrada” por éstos, entre ellos el legislador negativo; pero que en modo alguno podía ser aplicada frente a la ley por unos jueces que se definían estrictamente como siervos de la ley. Pero hoy la Constitución es una norma que forma parte (que preside) el orden jurídico en su conjunto y cuya virtualidad no puede divorciarse ni sustantiva ni procedimentalmente del resto del orden jurídico. Si unimos ambas cosas, fuerza normativa irresistible y denso contenido material, las consecuencias son de primera magnitud y no pueden dejar de considerarse a la hora de perfilar la

49. He tratado últimamente este tema en “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho* de la Universidad Autónoma de Madrid, 2001 (en prensa).

50. Vid. E. García de Enterría, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 1981, pág. 46; y, más matizadamente, F. Rubio, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *La forma del poder*, citado, pág. 495 y ss.

posición de los jueces en relación con la Constitución. Ésta es hoy una norma omnipresente<sup>51</sup>, que no vincula a los jueces a través de la ley, sino con independencia de ella; es más, como dice Ferrajoli, “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”<sup>52</sup>. Por ello, es importante subrayar que cuando se sugiere una limitación de la acción de los jueces o una reformulación de su papel en relación con la Constitución, cuando no sencillamente la eliminación de sus facultades de enjuiciamiento desde parámetros constitucionales, no se está proponiendo sólo un nuevo equilibrio entre los poderes del Estado, que sería lo de menos; lo que se está proponiendo en el fondo es un nuevo (mejor dicho, viejo) concepto de Constitución: aquella Constitución cuya virtualidad se dirimía sólo en la esfera interna de los órganos estatales y cuya proyección sobre los ciudadanos había de contar necesariamente con la mediación legal.

Nos hallamos ante un indudable desafío: no es preciso comulgar con ningún realismo externo para reconocer que los jueces no son una boca muda que pronuncia las palabras de la Constitución o de la ley, es decir, para reconocer que ejercen un cierto grado de discrecionalidad valorativa o subjetiva, muy especialmente en la aplicación de normas como puedan ser los principios explícitos o los derechos que la Constitución reconoce. Pero, al mismo tiempo, parece también que la garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales representa una exigencia insoslayable derivada del principio de supremacía y del concepto de Constitución que acabamos de exponer. En la medida en que aceptemos lo primero, ha de reconocerse un grado de ilegitimidad democrática en el control de constitucionalidad de las leyes; pero en la medida en que reconocamos lo segundo, hemos de conceder un espacio a la actuación de unos jueces que son, no ya los garantes de las libertades en abstracto, sino necesariamente -en el esquema institucional del Estado de Derecho- los únicos garantes de nuestros derechos en concreto. Veamos cada uno de estos problemas por separado.

El control abstracto, esto es, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una disposición legislativa con efectos *erga omnes* representa, como ya

51. En el sentido de que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación y, lo que es más preocupante, en ocasiones distintas orientaciones en el texto constitucional. Es lo que se ha llamado a veces el efecto impregnación o irradiación; la Constitución no sólo preside el sistema, sino que lo impregna en su conjunto.

52. L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Introducción de P. Andrés, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pág. 26.

hemos dicho, un acto de legislación negativa propio del sistema europeo o concentrado, y es tarea que desempeña en exclusiva el Tribunal Constitucional<sup>53</sup>. Éste, en el caso español, se ha mostrado bastante cauto a la hora de dictar sentencias de inconstitucionalidad por violación de preceptos sustantivos y, por si fuera poco, la doctrina recomienda aún mayor cautela<sup>54</sup>. Pero, pese a las restricciones que se imponga el Tribunal, no cabe duda que en una Constitución como la española la “lógica” del Tribunal ha de sustituir en ocasiones a la “lógica” del legislador; sustituir no en el caso concreto, sino en abstracto, operando sobre el ordenamiento del mismo modo que lo hace el legislador, bien anulando una decisión, bien creando directamente Derecho. Piénsese, por ejemplo, en el juego del principio de igualdad: de un lado, determinar que una ley es irrazonable o arbitraria por discriminadora requiere hacer uso de un criterio material que es sencillamente adoptado por el juez a partir de fuentes extraconstitucionales<sup>55</sup>; de otro lado, en ocasiones el juicio de igualdad no se traduce en la anulación de un precepto, sino en una “manipulación” textual que implica que el Tribunal legisla, pero positivamente<sup>56</sup>.

Por eso, a mi juicio, el sistema de fiscalización abstracta de las leyes podría incluso desaparecer sin que el modelo de garantías sufriese un deterioro irreparable y, de paso, con alguna ganancia, si se quiere simbólica, para la dignidad democrática de la ley y del Parlamento. Lo primero porque ya hemos dicho que las declaraciones de inconstitucionalidad por violación de normas sustantivas (principios explícitos y derechos) no son frecuentes y, sobre todo, porque sirven

53. Con razón aprecia F. Rubio un paralelismo entre el recurso directo y el procedimiento legislativo, “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, citado, pág. 468. En particular, debe subrayarse ese paralelismo en materia de iniciativa legislativa y jurisdiccional: son casi los mismos sujetos o, en todo caso, sujetos políticos muy cualificados quienes pueden poner en marcha tanto el procedimiento parlamentario como el recuso directo. De ese modo, con frecuencia sucede que el recurso ante el Tribunal aparece como la verdadera culminación de la actividad legislativa, al menos en los casos más controvertidos; y resulta bastante decepcionante, al menos desde la óptica del Derecho, que también a veces las minorías “amenecen” con interponer el recurso si no se accede a sus pretensiones (que pueden tener incluso un objeto diferente al texto de la ley que se debate) u ofrezcan un pacto sobre cuestiones más o menos heterogéneas a cambio de no interponerlo.

54. Así, J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 80.

55. Sobre el principio de igualdad he tratado más ampliamente en “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 81 y ss.

56. Vid. M. Gascón, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 1994, pág. 70 y ss; también la reciente monografía de F.J. Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.



a un objetivo estimable, la depuración del sistema jurídico y el logro de la seguridad o certeza, pero no indispensable para el ciudadano, que reclama y es acreedor a la salvaguarda de sus derechos en el caso concreto, algo que obviamente no se consigue mediante el recurso abstracto. Y lo segundo porque, dado que hemos de reconocer que en toda decisión interpretativa (máxime si no es un caso claro) existe un residuo de discrecionalidad, en la medida en que dicha decisión opere directamente sobre la ley, anulándola o creándola, es posible apreciar una cierta falta de legitimidad democrática. Que ello pueda o no ser compensado por la elección parlamentaria y, por tanto, por el origen democrático indirecto que ostenta el Tribunal, es cuestión que no procede discutir ahora.

En este sentido, aunque merezca reconocimiento la labor depuradora que ha desempeñado el Tribunal Constitucional español en las últimas décadas, el modelo de jurisdicción concentrada al que responde no deja de ser un cuerpo extraño en el constitucionalismo de nuestros días, un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios, justamente por considerar que la Constitución no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes. La fiscalización abstracta propia de este modelo representa un exponente de una idea y de una realidad constitucional que ya no son las nuestras, de la Constitución como norma organizativa de las instituciones del Estado, separada del resto del sistema jurídico, y, por tanto, controlable sólo por órganos especiales que, en realidad, forman parte del legislativo y no del poder judicial, aun cuando actúen según formalidades jurídicas; es más, como ya se ha dicho, la propia interposición del recurso directo sigue siendo un monopolio de ciertos sujetos políticos, en definitiva, de órganos estatales. Lo que ocurre es que, al haber superpuesto ese modelo antiguo sobre el esquema por completo diferente de una Constitución material, las dudas sobre la legitimidad de unas sentencias que ya no sólo determinan quién y cómo puede hacer la ley, sino también en gran medida qué puede o debe decirse en la ley, se incrementan de modo notable<sup>57</sup>.

57. Tal vez por eso Habermas, tras afirmar rotundamente que “lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto) pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador”, añade que “una concepción procedimental del Derecho obligaría (al Tribunal Constitucional) a un papel más bien restrictivo”; en concreto, siguiendo aquí a Ely, su competencia debería circunscribirse a garantizar “la condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes, empezando por las estructuras de comunicación... siguiendo por las efectivas oportunidades de que pueden hacerse oír las voces desviantes y de que se puede hacer uso concreto y efectivo de los derechos de participación...”. Dicho de forma más alambicada, esto es aproximadamente lo que pensaba Kelsen de la Constitución y del Tribunal Constitucional. Parece, pues, que en el pensamiento de ambos autores la ilegitimidad de la justicia cons-

No se pretende abogar en favor de la supresión del Tribunal Constitucional o del recurso abstracto. Tan sólo quiero indicar que si de algo fuera necesario abdicar en aras de la democracia política, sin abandonar nuestro concepto de Constitución, ese algo sólo podría ser la jurisdicción concentrada y no la difusa. Si en Europa se comenzó ganando la primera y sólo luego costosamente la segunda, ahora es esta última la que resulta imprescindible. Porque la justicia constitucional verdaderamente indispensable no es la del Tribunal Constitucional, sino la de la jurisdicción ordinaria; y esto incluso en términos cuantitativos evidentes, pues ¿cuántas sentencias de inconstitucionalidad se pronuncian y, de ellas, cuántas responden a la violación de preceptos sustantivos?, ¿cuántos recursos de amparo son siquiera admitidos a trámite?<sup>58</sup>. Pero no es una cuestión de cifras, que tan sólo nos muestran que la mayor parte de los asuntos constitucionales, es decir, de los problemas jurídicos en que se hace presente la Constitución, discurren fuera del Tribunal Constitucional, como por otra parte no podía ser de otra forma. Lo decisivo es que una Constitución con un denso contenido material que impregna todo el orden jurídico y que además se pretende garantizada, sólo puede ser hecha valer a través de los procedimientos ordinarios para la defensa de los derechos e intereses; y los jueces necesariamente han de tomarla en consideración en todos los procesos, junto a la ley, pero con preferencia a la ley. Es más, lo primero que han de hacer es comprobar si la solución legal se adecúa a la constitucional.

De entrada, la justicia constitucional llevada a cabo de modo difuso por el conjunto de los jueces tiene una indudable ventaja desde la perspectiva del problema que nos ocupa, y es que en ningún caso desemboca en una declaración formal de nulidad de la ley, con lo que no sólo se salvaguarda el principio mayoritario, la dignidad del Parlamento y la intangibilidad de la ley, sino que ésta sigue vigente para la eventual regulación de otros casos. Es verdad que en

titucional responde al tipo de Constitución que ha de ser aplicada, cuyas normas materiales pretenden condicionar no sólo cómo han de adoptarse las decisiones, sino también qué decisiones pueden o incluso deben adoptarse. Una de las dificultades de este enfoque -no la única- es que seguramente no existe acuerdo acerca de los requisitos exigibles a la democracia: ciertos requisitos que para unos serán imprescindibles para garantizar la pureza del propio procedimiento y, en consecuencia, tendrán naturaleza formal, otros podrán considerarlos de carácter sustantivo y propios por tanto de la decisión política. Sobre ello llamó la atención C.S. Nino, "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 1989, pág. 87. Las citas de Habermas corresponden a su *Facticidad y validez*, Introducción y trad. de la cuarta edición revisada de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp.314, 525 y 338.

58. Según la Memoria del Tribunal Constitucional correspondiente al año 2000 se dictaron trece sentencias en recursos de inconstitucionalidad y 280 en recursos de amparo, de las que 161 fueron estimatorias. Per, a su vez, el número de asuntos inadmitidos se elevó a 6.187.

Estados Unidos se alcanza un resultado análogo al de la nulidad mediante el juego conjunto del principio *stare decisis* y del criterio de jerarquía y unidad jurisdiccional, pero, al margen de que en el sistema continental la fuerza del precedente es incuestionablemente menor<sup>59</sup>, existe una diferencia fundamental y es que la sentencia del juez ordinario opera siempre sobre una determinada interpretación de la norma a la luz del caso que examina, y nunca sobre una disposición normativa<sup>60</sup>. De este modo, cuando una ley sea clara y manifiestamente inconstitucional en toda circunstancia, su desaplicación terminará siendo equivalente a la nulidad, pero, en general y en línea de principio, lo que el juez declara es que una ley resulta inadecuada para disciplinar un caso a la vista de que el resultado de su aplicación se muestra contrario a la Constitución, pero sin que ello prejuzgue que en otro caso diferente la misma ley no pueda ser perfectamente válida y aplicable.

Si no me equivoco, esta última característica representa casi un rasgo definicional de lo que hoy suele llamarse ponderación, que es un tipo de razonamiento destinado a la resolución de problemas constitucionales en el curso de la aplicación ordinaria del Derecho. Aun cuando la ponderación es a veces invocada también en el juicio abstracto de normas, lo cierto es que su mayor virtualidad se muestra en el conocimiento de casos concretos donde concurren distintos principios o derechos constitucionales tendencialmente contradictorios, que pueden convivir sin dificultad en el plano normativo abstracto de la Constitución, pero que propician o alientan soluciones dispares. Piénsese, por ejemplo, en el derecho al honor y la libertad de expresión, en la libertad ideológica o de reunión y la cláusula limitativa del orden público, en la igualdad jurídica o formal y la igualdad sustancial, etc. En todos estos supuestos pueden entrar en juego, y de hecho lo hacen, preceptos legales que responde o encuentran cobertura en alguno de esos principios y que, en el caso concreto, pueden quedar postergados en virtud de la mayor fuerza del principio en pugna. Esto conduce ya hoy, sin necesidad de ninguna reforma, al desarrollo de una técnica desaplicadora; sencillamente, no se aplica una ley relevante al caso, sin necesidad tampoco de suscitar la cuestión de inconstitucionalidad, porque en el caso enjuiciado -pero sólo en él y en todos los que presenten las mismas propiedades relevantes- se entiende que debe triunfar el principio constitucional que milita en contra. Para decir-

59. Hasta el punto de que no cabe hablar de “fuerza vinculante” en sentido estricto. El juez sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y si respeta la doctrina del Tribunal Supremo es, al margen de por las buenas razones que la avalen, simplemente por no ver revocada su sentencia.

60. Dejamos a un lado el procedimiento, excepcional y extraño al modelo norteamericano, que permite al Tribunal Supremo la declaración general de inconstitucionalidad de una ley y que representa la fórmula más cercana a nuestro control abstracto.

lo más claramente, el juez puede considerar que en el supuesto examinado se produjo en verdad una alteración del orden público o una lesión del honor ajeno y, sin embargo, no aplicar ni la norma sancionadora, ni fijar responsabilidad penal o civil (o modular esta última, cuestión que no es del caso discutir) por vulneración del honor; simplemente porque considere que, en esas circunstancias, debe predominar la libertad de manifestación o de expresión. Lo cual no significa que los preceptos legales esta vez postergados resulten inconstitucionales en abstracto y no puedan, en consecuencia, ser aplicados en casos que presenten propiedades distintas.

Ciertamente, el juicio de ponderación presenta numerosas dificultades que aquí no pueden ser examinadas<sup>61</sup>. Lo que importa subrayar es que opera en nuestro sistema de un modo semejante a la judicial review: no conduce comunmente a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición normativa -aunque en la práctica puede hacerlo cuando es usado por el Tribunal Constitucional en el recurso abstracto- sino a la desaplicación de una ley que en el caso concreto ofrece una solución inadecuada desde el punto de vista constitucional. Sin duda, cuando la ley se muestre contraria a la Constitución en todos los supuestos imaginables en que pudiera resultar relevante, la consecuencia será análoga a la nulidad: razonablemente, los jueces se negarán una y otra vez a su aplicación y finalmente el Tribunal Supremo pronunciará una doctrina legal con el alcance (escaso) que ya conocemos. Pero, de todas formas, la ley seguirá siendo formalmente vigente; la autonomía parlamentaria y la regla de la mayoría quedarán formalmente a salvo y además la norma en cuestión aún podrá ser aplicada en otras circunstancias.

Desde luego, la ponderación no elimina la discrecionalidad presente en toda actividad interpretativa, aunque tampoco puedan compartirse opiniones, como la de Habermas, que ven en ella una especie de mercadeo de valores que convierte al juez en una instancia autoritaria<sup>62</sup>. Más bien al contrario, el modelo de la ponderación representa un esfuerzo por someter a racionalización la aplicación de unos principios y derechos constitucionales que son tendencialmente conflictivos, y sin necesidad de cuestionar en abstracto la validez de las leyes. Por otra parte, es importante indicar que, en un sentido amplio, el legislador también pondera, participando así en la tarea de concreción de las normas materiales de la Constitución; ponderación legislativa que, si es constitucionalmente legítima, vincula al juez y hace supérflua su ponderación respecto de aquellas circunstancias o propiedades descritas en la ley, por más que esta última no podrá zanjar

61. Lo he intentado en mi ya citado trabajo "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en prensa.

62. Vid. J. Habermas, *Facticidad y validez*, citado, pág. 332.

nunca definitivamente la tensión entre las normas constitucionales, pues ello equivaldría a un caso de reforma constitucional. Finalmente, tampoco conviene olvidar que, en presencia de una ley, uno de los principios que siempre ha de ser ponderado es el principio democrático que, cuando menos, “procura una relativa independencia del derecho legislativo ordinario”<sup>63</sup> y que debe procurar también un “diálogo” institucional, una comunicación, sin duda no exenta de tensiones, entre Constitución y democracia, entre juez y legislador. Porque, en los asuntos de relevancia constitucional, la ley representa una primera ponderación, una toma de postura sobre el orden de principios o derechos en pugna en relación a determinadas circunstancias, cuyo cuestionamiento requiere un esfuerzo o una carga de argumentación judicial que contribuye a la racionalización del Derecho; y, a su vez, esta última argumentación, reiterada, matizada y aún impugnada por diferentes jueces, constituye un llamamiento al desarrollo de una buena técnica legislativa y a la reconsideración de decisiones acaso apresuradas, es decir, de nuevo a una mayor racionalidad.

Hay que reconocer que el esquema propuesto no fortalece probablemente la seguridad jurídica, por cuanto distintos jueces podrán considerar las cosas de manera diferente. Desaparecido el recurso abstracto<sup>64</sup>, sólo el Tribunal Supremo (o, en su caso, los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas) estarán en condiciones de ofrecer cierta uniformidad. No estoy seguro de que ésta sea hoy la solución más plausible. Lo que sí creo es que, sin abdicar del concepto de Constitución que aquí se ha presentado, este es el máximo homenaje o expresión de respeto que cabe hacer al sistema de democracia representativa y al Parlamento; un Parlamento que, por otra parte, debería mejorar muy notablemente su técnica legislativa a fin de poder “dialogar” con el razonamiento judicial. Y es también la máxima concesión porque una Constitución que se concibe como norma material y garantizada aún puede renunciar a la depuración del sistema jurídico, que es lo que hace el control abstracto; a lo que no puede renunciar es a la concreta protección de los derechos fundamentales, unos derechos que están en la Constitución, que sólo a partir de ella pueden interpretarse y cuya tutela corresponde al conjunto de los jueces.

63. R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 169.

64. Nada se ha dicho del recurso de amparo porque hemos querido centrar el debate en la dualidad control abstracto/control concreto, sin mezclar cuestiones institucionales. No obstante, aunque desde una perspectiva que no es la nuestra, Habermas es partidario de suprimir el amparo ante el Tribunal Constitucional para confiar esa tarea a un Tribunal concebido más bien como la cúspide de la justicia ordinaria, que se encarga de la “unificación y coherentización del derecho”, *Facticidad y validez*, citado, pág. 313.