

# LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

**Enrique Alonso García**

Profesor titular de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense

## I. INTRODUCCION

El presente trabajo ha sido elaborado para su discusión en el Simposio Hispano-Norteamericano acerca de cuestiones y tendencias de actualidad en los sistemas constitucionales de España y Estados Unidos<sup>1</sup>, por lo que se hace necesario aclarar previamente qué entendemos por jurisprudencia constitucional, dada la falta de similitud entre los citados sistemas en cuanto a la determinación de los intérpretes de la Constitución.

A estos efectos debe partirse de que en España los poderes constitucionales llamados a hacer una interpretación razonada y sujeta a principios de la Constitución son dos: el Tribunal Constitucional (regulado en el Título IX de la Constitución —arts. 159 a 165—) y los Tribunales Ordinarios (regulados en el Título VI, «Del Poder Judicial», de la Constitución —arts. 117 a 127—).

El primero, Tribunal Constitucional, no tiene jurisdicción universal para interpretar la Constitución, ya que carece totalmente de ella en los casos y controversias en los que la aplicación de la misma está en juego. Su jurisdicción, por el contrario, está limitada a aquellos supuestos en que el constituyente previó su intervención y que se reducen a aquéllos en los que se impugne por inconstitucional una norma con rango de Ley —recurso de inconstitucionalidad<sup>2</sup> y

<sup>1</sup> Simposio organizado por el Centro de Estudios Constitucionales durante los días 13 a 15 de junio de 1988.

<sup>2</sup> Se impugna directamente el texto de la norma con rango de Ley (o del tratado internacional o Reglamento de la Cámara) en un plazo de tres meses a contar desde su publicación. Sólo están legitimados para demandar ante el Tribunal Constitucional el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores. También lo están las Asambleas y/o Ejecutivos Colegiados de las Comunidades Autónomas si, como dice el artículo 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la Ley impugnada puede afectar «a su propio ámbito de autonomía», lo que introduce un límite a interpretar caso por caso en la legítima-

cuestión de inconstitucionalidad<sup>3</sup>—, supuestos en los que la intervención del Tribunal Constitucional es de naturaleza abstracta, no enjuiciando el caso o controversia salvo en el supuesto de la cuestión de inconstitucionalidad en que puede darse una mínima intervención indirecta del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>. También puede intervenir el Tri-

ción de dichas Comunidades Autónomas dudosamente constitucional, al restringir el tenor de esta legitimación de las Comunidades Autónomas si se compara con el artículo 162.1.a) de la Constitución. Respecto del recurso presentado por los parlamentarios, es indiferente la orientación del voto que hubieran emitido en la Cámara acerca de la Ley. Véase M. SÁNCHEZ MORÓN, «La legitimación activa en los procesos constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 9 y ss. De todas formas, véase, últimamente, la STC 199/1987, de 16 de diciembre, *BOE* de 8 de enero de 1988. En cualquier caso, pese a su nombre, no es un recurso, sino una acción en la que el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción originaria.

<sup>3</sup> Como señala el artículo 163 de la Constitución, «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión de constitucionalidad en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos». Por consiguiente, si el Juez Ordinario que enjuicia el caso o controversia cree que la Ley es constitucional no tiene por qué plantear la cuestión. Puede negarse a plantearla aunque la insten las partes (arts. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), sin que ello suponga infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (véase, por todas, la STC 133/1987, de 21 de julio, *BOE* de 11 de agosto); aunque, como he dicho en otro lugar, si el fundamento de la negativa consiste en negar abiertamente el valor de la Constitución como norma (se aprecia la contradicción entre la Ley y la Constitución, pero se niega que esta última tenga valor normativo), si se viola ese derecho de la persona a la tutela judicial efectiva, al situarse el Juez fuera del sistema constitucional de fuentes del Derecho y, por tanto, decidir arbitrariamente una cuestión de fondo. Véase Enrique ALONSO GARCÍA, «El control del sistema de fuentes del Derecho a través del recurso de amparo», de próxima publicación en la *Revista Española de Derecho Constitucional*. En cualquier caso, «procederá el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional» (art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que recoge el principio de interpretación de la Ley conforme a la Constitución, a que haremos referencia más adelante). Por consiguiente, el Juez Ordinario no puede inaplicar una norma con rango de Ley, por muy inconstitucional que sea (STC 23/1988, de 22 de febrero, *BOE* de 18 de marzo), salvo que se trate de determinar si ha sido derogada o no por otra norma con rango de Ley o si carece de aplicación al caso por efecto de otros principios tradicionales de interpretación (*lex posterior, lex specialis*, etc.). Por ello, el Juez Ordinario sí puede inaplicar la Ley preconstitucional (efecto derogatorio de la Disposición Derogatoria Tercera, 3, de la Constitución, aunque desde la STC de 2 de febrero de 1981 el Tribunal Constitucional permite que el Juez opte entre plantear la cuestión ante él o inaplicarla). Por eso también, parece que el Juez Ordinario puede inaplicar la Ley contraria a un tratado internacional (parece deducirse así de la STC 49/1988, de 22 de marzo, *BOE* de 13 de abril, fundamento 14). También puede el Juez Ordinario inaplicar una Ley contraria al Derecho de las Comunidades Europeas (véase, respecto de esto último, mi trabajo «La Ley Orgánica...», en *Tratado de Derecho Europeo*, vol. I, Ed. Civitas, 1986).

<sup>4</sup> El Juez Ordinario sólo puede cuestionar la norma con rango de Ley si realmente es, como se vio, «aplicable al caso» (art. 163 de la Constitución). El Tribunal Constitucional puede entender que la Ley no es aplicable al caso y negarse, en consecuencia, a examinar su constitucionalidad (véase, por ejemplo, la STC de 1 de junio de 1981), aunque se presume que la estimación del Juez Ordinario acer-

bunal Constitucional en la solución de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas<sup>5</sup> o entre órganos constitucionales<sup>6</sup>. Sin embargo, su jurisdicción más amplia es la que entra en juego cuando se está ante una presunta violación de alguno de los artículos 14 a 29 ó 30.2 de la Constitución española, recurso de amparo, en el que, al contrario de lo que ocurre en los supuestos anteriores, sí que tiene que haber expresamente un caso o controversia cuyo examen es llevado en su totalidad ante el Tribunal Constitucional<sup>7</sup>.

Este sistema de jurisdicción limitada del Tribunal Constitucional implica, en consecuencia, que el Poder Judicial Ordinario tiene siempre la última palabra en el examen de actos o normas de poderes públicos sin rango de ley a los que se impute haber violado la Constitución (arts. 1 a 13 y 30 a 168, más las disposiciones adicionales, provisionales y transitorias), con la excepción de los conflictos entre órganos constitucionales o entre comunidades autónomas entre sí o con el Estado a que ya se ha hecho referencia en que sí puede examinar el Tribunal Constitucional normas o actos sin valor de Ley.

Es más, aun tratándose de los artículos 14 a 29, más el párrafo 2 del artículo 30 (a los que a partir de ahora denominaremos genéricamente «derechos fundamentales y libertades públicas»), si los tribunales inferiores a los que necesariamente hay que recurrir previamente<sup>8</sup> (con la pequeña excepción que suponen algunos actos parlamentarios)<sup>9</sup> hacen una interpretación de la Constitución favorable al derecho individual o libertad pública de que se trate, en principio tampoco existe posibilidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca del tema, toda vez que el recurso de amparo que motiva la apertura de la jurisdicción ante el Tribunal Constitucional para examinar el caso o controversia concreto, sólo cabe frente a violaciones de los derechos fundamentales *no amparadas* previamente ante los jueces ordinarios<sup>10</sup>.

ca de la aplicabilidad es correcta (pues, si no, el propio Tribunal Constitucional estaría enjuiciando el caso concreto, lo que le está vedado constitucionalmente). Acerca de la relevancia del juicio hecho por el Juez Ordinario que ha decidido plantear la cuestión, véanse las STC 116/1987, de 7 de julio, BOE de 29 de julio; 126/1987 y 127/1987, ambas de 16 de julio, BOE de 11 de agosto.

<sup>5</sup> Artículos 161.1.c) de la Constitución y 60 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>6</sup> El artículo 161.1.d) de la Constitución permite a las Cortes aumentar las competencias del Tribunal Constitucional por Ley Orgánica. El Capítulo III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (arts. 73 a 75) regula los «conflictos entre órganos constitucionales del Estado».

<sup>7</sup> Véase el artículo 53.2 de la Constitución.

<sup>8</sup> Id. Se trata, pues, de un auténtico *recurso* de amparo y no de jurisdicción originaria.

<sup>9</sup> Véase el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sólo es necesario agotar la vía previa si el acto del Parlamento contrario a los artículos 14 a 29 ó 30.2 es revisable ante los Jueces Ordinarios porque los Reglamentos de las Cámaras así lo hayan establecido.

<sup>10</sup> Hay quien ha defendido que, tratándose de estos «derechos fundamentales y libertades públicas», el Tribunal Constitucional debería ejercer una función parecida a la casación. Véase P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judi-*

Si la violación viniere producida por una norma con rango de ley, el Tribunal está obligado a articular dos litigios distintos, el del caso o controversia concreto para examinar si existe o no una violación de los derechos fundamentales y libertades públicas y el posterior y abstracto acerca de la constitucionalidad misma de la ley que viola la Constitución, cuyos trámites son prácticamente equivalentes a los del recurso abstracto contra leyes<sup>11</sup>.

En suma, el Tribunal Constitucional actúa como última instancia judicial en prácticamente todos los supuestos donde hay violación de los derechos fundamentales y libertades públicas, pero también puede intervenir como última voz judicial en aquellos supuestos en que la violación de cualquier otro precepto constitucional (tanto se trate de derechos fundamentales o libertades públicas como de cualquiera otra norma incluida en la Constitución) se haya producido (según un juez u otro órgano legitimado para interponer un recurso de inconstitucionalidad) por una norma con rango de ley<sup>12</sup>.

Podría decirse, pues, que a diferencia de lo que ocurre con el sistema judicial norteamericano, donde por las distintas vías, especialmente apelación y *certiorari*, el Tribunal Supremo puede reservarse la última voz en cualquier asunto donde esté en juego la aplicación de la Constitución<sup>13</sup>, en España existe una dualidad constitucional, fruto del sistema de jurisdicción concentrada típica del constitucionalismo europeo continental en la cual el que el Tribunal Constitucional pueda tener la última voz en materia de interpretación de la norma fundamental depende del precepto concreto de la Constitución en juego, así como del poder público que, como productor del derecho a través de actos o normas, infrinja la Constitución.

Sin embargo, esta dualidad institucional, a la hora de la verdad, no es tan atenuada por otro hecho elemental: sólo el Tribunal Constitucional tiene jurídicamente la cualidad de *intérprete supremo* de la Constitución<sup>14</sup>, de manera que en aquellos supuestos donde los tri-

*cial* (Centro de Estudios Constitucionales, 1985). De hecho, el Tribunal Constitucional ha operado así algunas veces. Véase Enrique ALONSO GARCÍA, «Comentario a la STC 136/1987», en M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social* (tomo V, Ed. Civitas, 1987).

<sup>11</sup> Véase, en general, I. BORRAJO INIESTA, «Amparo frente a leyes», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98, 1982, pp. 167 y ss.

<sup>12</sup> Se habla de normas con rango de Ley porque en el sistema constitucional español no sólo la Ley —Orgánica u Ordinaria— de las Cortes o las Leyes de las Comunidades Autónomas tienen ese rango, sino que también lo tienen los Decretos-Leyes (art. 86 de la Constitución) y los Decretos Legislativos (arts. 82 y ss.). Los tratados y los Reglamentos de las Cámaras tienen valor similar a estos efectos, y la Constitución prevé otros numerosos actos parlamentarios con fuerza de Ley.

<sup>13</sup> Sin perjuicio de que existan técnicas internas de naturaleza semijurisdiccional para no entrar a enjuiciar alguna cuestión (*mootness, ripeness, standing*, etc.) y sin perjuicio de la naturaleza discrecional del *writ of certiorari*. Véase, en general, la bibliografía y jurisprudencia citada en Enrique ALONSO GARCÍA, «La intervención judicial en la administración cotidiana de instituciones públicas como consecuencia de las sentencias constitucionales: el ejemplo norteamericano», en *Homenaje al Profesor Jaime Guasp* (Ed. Comares, 1984), pp. 108 y ss.

<sup>14</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

bunales ordinarios tengan necesariamente la última voz (infracción de la Constitución por actos o normas con rango inferior a ley no lesivos de los derechos fundamentales y libertades públicas) el valor de la jurisprudencia creada por los mismos no tiene la misma fuerza, ni sociológica ni jurídica, que la ostentada por las decisiones del Tribunal Constitucional. Efectivamente, aunque conforme al sistema tradicional español y en general europeo, el Tribunal Supremo, como cúspide de los Tribunales Ordinarios<sup>15</sup>, crea jurisprudencia<sup>16</sup>, el constituyente español, y especialmente el legislador, en interpretación de esa voluntad constituyente, ha querido dar un especial valor a lo que se denomina la «doctrina» sentada por el Tribunal Constitucional, dado que según las leyes que establecen los principios básicos del funcionamiento de los Tribunales Ordinarios, éstos se encuentran totalmente vinculados a la interpretación que de la Constitución haga el Tribunal Constitucional<sup>17</sup>. Sin embargo, la ausencia de mecanismos de recursos para acceder al Tribunal Constitucional en el caso de que los Tribunales Ordinarios se nieguen a seguir no explícitamente (lo que supondría una cierta revolución), sino implícitamente la doctrina del Tribunal Constitucional hace que este principio de la supremacía de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en materia de interpretación de la Norma Fundamental sea más teórico que real<sup>18</sup>. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que la creación de jurisprudencia constitucional por el propio Tribunal Constitucional se hace en sentencias que o bien analizan abstractamente la ley o bien el caso concreto (para los derechos fundamentales y libertades públicas), pero que en cualquier caso no queda sentada en «fórmulas magistrales» comprendidas en el fallo de la sentencia. Es cierto que el fallo de la sentencia que anula una ley garantiza la absoluta seguridad jurídica al tener eficacia expresa *erga omnes*<sup>19</sup> y vincular por tanto a todos los poderes públicos, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, donde formalmente las leyes pueden seguir los boletines oficiales<sup>20</sup>, pero no lo es menos que la motivación misma, es

<sup>15</sup> Artículo 123 de la Constitución.

<sup>16</sup> Artículo 1.6 del Código Civil. De todas formas, en España, la futura creación de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas forzosa-mente generará que sean ellos los que creen la jurisprudencia en materia de Derecho autonómico.

<sup>17</sup> Artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>18</sup> Hay quien ha defendido que la inaplicación por el Juez Ordinario de la «doctrina» del Tribunal Constitucional supone o bien una infracción del principio de igualdad, o bien una respuesta no fundada en Derecho, recurrible, por tanto, ante el Tribunal Constitucional por infracción o bien del artículo 14 —principio de igualdad—, o bien del 24 —derecho a la tutela judicial efectiva—. Hasta la fecha, desde luego, no se ha visto realmente una sentencia de amparo que conteste abiertamente a esta posibilidad.

<sup>19</sup> Artículo 164 de la Constitución.

<sup>20</sup> Y ello aunque se invalide la Ley *on its face*. Véase Enrique ALONSO GARCÍA, «Los efectos formales de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema constitucional norteamericano», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 6, 1982.

decir, el juicio expresado en forma razonada y acorde con principios jurídicos, que lleva a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley constituye en sí mismo doctrina<sup>21</sup>. En el supuesto de los recursos de amparo, ello es mucho más importante debido a que la doctrina constitucional no se establece en el fallo que sólo tiende a restablecer la situación jurídica en la que se encontraba el individuo antes de la violación de su derecho fundamental o libertad pública<sup>22</sup>, sino en los principios jurídicos aplicados por el Tribunal Constitucional de forma razonada a ese caso o controversia concreto. Pues bien, los Tribunales Ordinarios españoles no gozaban ni gozan de tradición en el ejercicio de la función de lógica jurídica, consistente en «extraer» la doctrina y los principios a partir de los razonamientos utilizados por el Tribunal Constitucional para llegar al juicio positivo o negativo de la constitucionalidad de las normas con rango de ley y, ni mucho menos, existe tradición jurídica suficiente para «extraer» esa doctrina a partir de la distinción de los hechos y de un análisis reflexivo de los principios aplicados a esos hechos que supone la jurisprudencia creada en los recursos de amparo por el Tribunal Constitucional<sup>22 bis</sup> (todo ello a diferencia del sistema norteamericano que, basado en el *common law* inglés y potenciado por la creación jurisprudencial de la doctrina constitucional por el Tribunal Supremo a partir siempre de casos o controversias<sup>23</sup>, sabe perfectamente qué constituye o no doctrina). Esta falta de tradición motiva que siga existiendo en España una absoluta confusión entre lo que debe ser considerado realmente doctrina, es decir, jurisprudencia constitucional de valor vinculante para los Tribunales Ordinarios conforme al artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la simple repetición mecánica por los Tribunales Ordinarios de frases, sin análisis de los hechos, ni de su auténtico valor normativo, sobre la base de extraer puras citas literales del contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional que, por su absoluta desconexión lógica tanto con los hechos como con el conjunto del razonamiento, se constituyen en una especie de leyes abstractas sin sentido alguno<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Véase, en general, Raúl BOCANEGRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional* (1982).

<sup>22</sup> Véase el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Más adelante se comentará el uso que de este artículo está haciendo el Tribunal Constitucional.

<sup>22 bis</sup> Todavía hace pocos días, en la STC 95/1988, de 26 de mayo, BOE de 15 de junio, el Magistrado don Fernando García-Mon señalaba, en un voto particular, que las sentencias de amparo no fijan doctrina constitucional, al ser decididas por Salas. Sin embargo, resulta obvio que tanto la Sala como el Pleno son «el Tribunal Constitucional». Olvida, desde luego, el citado voto particular, ni lo cita, que el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye el valor de doctrina vinculante para los Jueces a «las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

<sup>23</sup> Véase el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos.

<sup>24</sup> Son numerosos los ejemplos en los que quedan estereotipados fragmentos de razonamientos de sentencias del Tribunal Constitucional que los Tribunales Ordinarios repiten mecánicamente en sus sentencias, sin que los mismos se molesten

En cualquier caso, el porqué de esta dualidad jurisdiccional, cuya raíz en España es doble al provenir tanto de los principios básicos de la Revolución Francesa sobre los que se fundamenta el constitucionalismo continental europeo<sup>25</sup> como de nuestra historia pasada más reciente<sup>26</sup> podría ser en la actualidad sometido a discusión, pero ello nos alejaría en extremo del objeto principal de este trabajo. Lo que desde luego sí debe resaltarse es que la atribución de fuerza normativa a la Constitución, al conceptuar a la misma como norma jurídica, obliga a su aplicación por todos los jueces, con lo que la judicialización de la vida política pública española es un hecho absolutamente irreversible, lo cual, a su vez, es un postulado probablemente derivado de la existencia misma del constitucionalismo no por otra razón que la elemental de que constituye, a su vez, una nota clásica del concepto de Derecho mismo. Si se quiere que la Constitución sea Derecho es elemental que se producirá un proceso obvio de aplicación al fenómeno constitucional de las mismas características que definen al fenómeno jurídico en general.

No quiere con ello decirse que el Tribunal Constitucional sea el único intérprete de la Constitución, toda vez que, al igual que ocurre en Estados Unidos<sup>27</sup>, el resto de los poderes constitucionales generan prácticas y convenciones a veces de trascendencia mucho mayor en la interpretación y aplicación de la Constitución que la que pueda fijar

en leer y analizar críticamente el contexto y los hechos del caso en relación con los cuales fueron formulados por el Tribunal Constitucional. A veces me he preguntado hasta qué punto el dato psicológico elemental de no registrar la jurisprudencia con nombres propios, sino mediante mera numeración y constancia de la fecha, coadyuva decisivamente a ese aislamiento total entre la frase mágica que se toma literalmente por la doctrina o jurisprudencia y los hechos y el contexto en el que fueron emitidas.

<sup>25</sup> La Revolución Francesa supone, al igual que la inglesa, la absoluta supremacía del legislador sobre el juez. El principio de que la Constitución es suprema y se impone a la ley no se vio reflejado en la creación constitucional de estructuras para asegurarlo. La supremacía parlamentaria no sólo era de la ley, sino en general de todo acto del Parlamento y/o sus miembros, y sólo la racionalización del sistema norteamericano y la profunda meditación acerca de ello en la Europa de los años veinte y treinta llevó a la creación de un órgano judicial encargado de actuar el valor normativo de la Constitución. Véanse, en general, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Ed. Cívitas, 1982); P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (Centro de Estudios Constitucionales, 1987).

<sup>26</sup> Se trató de una cierta desconfianza hacia los Jueces Ordinarios del franquismo. Véase Pablo PÉREZ TREMPs, *op. cit.*, pp. 107 a 109.

<sup>27</sup> Véanse, como ejemplo de rechazo a la idea de que la doctrina constitucional la crea sólo el Tribunal Supremo, JONES, «The Brooding Omnipresence of Constitutional Law», 4 *Vt. L. Rev.* (1979); GREY, «Constitutionalism: An Analytic Framework», en *Nomos XX, Constitutionalism* (1979), pp. 189 y ss., y MILLER, «The Elusive Search for Values in Constitutional Interpretation», 6 *Hast. C. L. Q.* 487, 490-496 (1979). El propio Tribunal Supremo norteamericano tuvo que esperar hasta 1958 para atreverse a afirmar que él es el intérprete supremo de la Constitución. En *Cooper v. Aaron*, 358 U. S. 1, 17 (1958), por fin, señaló que «el poder judicial federal es supremo en la exposición del derecho constitucional». Gran parte de la doctrina lo considera un *obiter dictum*. Véase, por ejemplo, GUNTHER, *Constitutional Cases and Materials* (Foundation Press, 10.<sup>a</sup> ed., 1980), p. 32.

el Tribunal Constitucional. Es cierto que el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de declarar inconstitucionales pretensiones del legislador de definir, con valor vinculante para los jueces ordinarios y el resto de los operadores jurídicos, una interpretación concreta de la Constitución<sup>28</sup>. Sin embargo, ello no alcanza, ni mucho menos, a los actos de otros poderes constitucionales no dirigidos exclusivamente a dar fuerza normativa a una interpretación de la Constitución, sino que pretenden otros fines distintos, dentro de su legítimo ámbito de competencias, para el desarrollo de los cuales es necesario, como medida instrumental, tener una concepción previa acerca del contenido de la Constitución —en una palabra, interpretar la Constitución—, actividad que en último extremo supone una manera de entender la Constitución que puede resultar de mayor trascendencia que lo que se define en las sentencias judiciales.

Sin embargo, es perfectamente lógico que, al igual que ocurre en todos aquellos países donde los tribunales constitucionales o con competencias constitucionales pueden sobreponer *de facto* y *de iure* sus decisiones a las del resto de los poderes constitucionales, es perfectamente lógico que a efectos didácticos, descriptores o expositivos, el contenido de la Constitución sea asimilado al contenido de la doctrina constitucional fijado por el intérprete supremo.

Ello lleva a que en este trabajo, cuando se habla de jurisprudencia constitucional, tengamos en cuenta que nos estamos refiriendo a, básicamente, al fenómeno de la fijación de la doctrina constitucional más allá del texto de la propia norma fundamental por, especialmente, quien tiene el carácter de intérprete supremo de la misma.

Desde este punto de vista la jurisprudencia constitucional en España, si se compara con la de los Estados Unidos, tiene unos rasgos a veces prácticamente idénticos y rasgos diferenciadores de la misma, adicionales a los institucionales recién expuestos.

Se trata, pues, de expresar en qué medida el fenómeno de creación jurisprudencial o sus resultados son o no parecidos o equivalentes a los que tienen lugar al otro lado del Atlántico, dado que no otra puede ser la finalidad de intercambio cultural a que obedece el Simposio que motiva este trabajo.

## II. EL FENOMENO UNIVERSAL DE LAS TECNICAS DE INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Tanto el orador que me ha precedido, el ilustre profesor David Richards, como en general otros constitucionalistas norteamericanos, cuando se dirigen a los europeos a los efectos de exponer el fenómeno de la interpretación constitucional, suelen partir de una premisa radicalmente errónea. A su juicio, el fenómeno de la interpretación constitucional en Estados Unidos tiene unas características tan particu-

<sup>28</sup> STC 76/1983, de 5 de agosto, BOE de 18 de agosto, fundamento jurídico 4.



lares que hacen del mismo uno «típicamente *made in USA*» o por utilizar terminología bastante extendida, extremadamente *parrochial*.

Es cierto que, como veremos más adelante, existen diferencias esenciales en la creación de jurisprudencia constitucional por parte del Tribunal Supremo norteamericano si se compara con los tribunales con jurisdicción constitucional en general europeos y, en concreto, también con el español. Quizá el hecho distintivo básico, el de la continua remisión originalista a la idea que acerca de la Constitución tenían los padres constituyentes, sea ciertamente un rasgo distintivo pero, sin embargo, la comprensión real de esa apelación originalista, entender el porqué los norteamericanos no pueden escabullirse de la misma, puede llevar a comprender, tanto a los europeos como a los norteamericanos, que existen otros sucedáneos de «padres fundadores» cuya funcionalidad es equivalente.

Pero de momento, en este apartado, lo que pretendemos examinar no son las diferencias, sino las similitudes en la medida en que existen y hacen de la creación de jurisprudencia constitucional un fenómeno absolutamente universal.

Fijémonos, en concreto, en los aspectos relacionados con las técnicas básicas de interpretación constitucional a los efectos de llevar a cabo un examen contrastado de la existencia o no de las mismas técnicas y de su uso a ambos lados del Atlántico.

En primer lugar, suele ser una afirmación absolutamente extendida en el constitucionalismo norteamericano el que la jurisprudencia constitucional, para ser realmente tal, tiene que obedecer a principios, debe ser *principled*.

Pues bien, ello es una consecuencia lógica de la exigencia de motivación de toda decisión judicial, exigencia que en España se alcanza en un período muy tardío de la historia del Derecho<sup>29</sup>. La idea del origen no popular del poder tiende a buscar una legitimidad más allá de la razonabilidad misma de las decisiones del poder. La exigencia de motivación sólo se explica por la plena conciencia de que el poder tiene un origen democrático y, en lo que a su ejercicio por los órganos judiciales toca, su legitimidad exige en todo caso, dada la ausencia de representación en los órganos que la componen, una explicación al estar en juego el derecho de los ciudadanos de acceso a los tribunales<sup>30</sup>. Debe resaltarse, además, que en el plano de la jurisprudencia constitucional, dada la función de intérprete supremo de los Tribu-

<sup>29</sup> En España se impone definitivamente la obligación de motivar las sentencias por el artículo 372.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. La *Novísima Recopilación* fijaba precisamente la regla contraria, la de prohibición de motivación. Véase Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución* (Centro de Estudios Constitucionales, 1984), p. 74, nota 201.

<sup>30</sup> La necesidad de motivación de las sentencias no sólo está recogida expresamente en la Constitución al regular el Poder Judicial (art. 120.3), sino que, además, su ausencia supone la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado por el artículo 24 de la Constitución.

nales Supremo norteamericano y Constitucional español, así como en general de los constitucionales europeos, la función «didáctica» respecto del resto de los poderes públicos y ciudadanos que cumple dicha jurisprudencia tiende a hacer de la motivación conforme a principios una exigencia mucho más importante.

En España el Tribunal Constitucional ha impuesto expresamente como obligación de los jueces no ya la motivación, sino la motivación conforme a Derecho, lo que implica, al decir de la sentencia 66/1987<sup>31</sup>, que la jurisprudencia de los tribunales ordinarios debe responder a principios en el sentido de distinguir perfectamente cuáles eran los criterios interpretativos del derecho vigente que regían con anterioridad y cuáles son, y por qué los aplicados en el caso concreto que se resuelve. Resulta curioso cómo esta exigencia objetiva de la motivación de las sentencias es considerada por el Tribunal Constitucional, en el caso de su violación por los Tribunales Ordinarios, como un supuesto de violación del artículo 14 de la Constitución, de aplicación desigual de la ley por parte de los jueces al no tener en cuenta los principios previos y al resolver un caso conforme al voluntarismo de las circunstancias concretas y no conforme a principios razonables a los que le sea inherente la clara voluntad de aplicar la misma jurisprudencia a otros casos; en una palabra, la trascendencia general de los principios conforme a los que se toman las decisiones.

Ahora bien, el debate acerca de los principios neutrales en Estados Unidos generado a partir de 1959 con la propuesta de Herbert Wechsler<sup>32</sup> ha parecido querer indicar que cuando en Estados Unidos se critica una sentencia por no obedecer a principios, a lo que se está haciendo referencia es a la corrección o no de los *criterios de fondo* utilizados para la decisión de la sentencia. Sin embargo, el citado debate puso de relieve cómo el afirmar la necesidad de que una sentencia del Tribunal Supremo obedezca a principios neutrales no dice nada en cuanto a la sustancia o contenido de las decisiones, sino que hace referencia tan sólo a un requisito mínimo pero formal de trato igual en todos los casos<sup>33</sup>. Esta forma de entender la necesidad de que las sentencias obedezcan a principios en el sentido de que se trata

<sup>31</sup> BOE de 9 de junio de 1987.

<sup>32</sup> Véase Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, cit., pp. 32 a 76.

<sup>33</sup> Como tuve ocasión de exponer en mi análisis del debate norteamericano acerca de la exigencia de que las resoluciones del Tribunal Supremo respondan a *neutral principles*, concuerdo plenamente con la interpretación de Richards en el sentido de que «la idea de enjuiciamiento conforme a principios neutrales es... completamente formal... Cualquiera que sea el contenido sustantivo de los principios aplicables, esos principios tienen que ser aplicables imparcialmente a todas las personas a quienes hipotéticamente debe aplicarse la regla; casos iguales deben ser tratados igual... Para justificar o incluso para explicar la institución de la supremacía judicial debemos movernos más allá... de Wechsler hasta temas sustantivos, no de justicia meramente formal». RICHARDS, «Rules, Policies and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication», 111 *Harv. L. Rev.* 1069, 1103 (1977), citado en Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 59.

de una exigencia meramente formal es precisamente la manifestada por el Tribunal Constitucional en su imposición al resto de los jueces, en su tarea de enjuiciamiento y aplicación no de la Constitución, sino de cualquier norma jurídica, del requisito de que obedezca a principios toda vez que el Tribunal Constitucional con ello lo único que impone es el que los tribunales examinen su propia jurisprudencia anterior y hagan una prospección de hipotéticas aplicaciones futuras en las líneas y principios jurisprudenciales de nueva creación.

Por consiguiente, si se estima exigible por parte del Tribunal Constitucional el que la jurisprudencia obedezca a principios, no cabe duda que el mismo criterio le es aplicable a sus propias decisiones. Basta, sin embargo, un simple examen superficial de las resoluciones que suelen elaborar los Tribunales Constitucionales para constatar cómo cumplen más que suficientemente la exigencia de motivación y de motivación razonada, habiéndose generado la costumbre constitucional de que, en general, todos los Tribunales Constitucionales suelen motivar extensamente la interpretación de la Constitución.

Desde luego, lo que sí es cierto es que en España el Tribunal Constitucional no ha convertido la exigencia de que las sentencias que fijan la interpretación de la Constitución respondan a principios en el sentido dado a esa exigencia por R. Bork; es decir, en el sentido de rehusar enjuiciar aquellos supuestos en los que no hay posibilidad de emitir una decisión conforme a principios porque los padres constituyentes, cuando elaboraron la Constitución, no se plantearon los supuestos de hecho enjuiciados en el caso de que se trate<sup>34</sup>.

El Tribunal Constitucional español (y el resto de los tribunales europeos) parten de la naturaleza abstracta de los conceptos y valores constitucionales y admiten plenamente su concretización a los supuestos de hecho actuales incluso a los impensables por el constituyente. Es más, se admite como un principio básico el que en el momento constitutivo del Estado se dejaran expresamente los mandatos de forma ambigua por no querer solucionar en aquel entonces cuestiones que aparecerían como polémicas, remitiendo irremisiblemente su solución al ulterior proceso político pero, a la vez, admitiendo de plano el posible riesgo que ello implicaba de que la misma viniera dada por el Tribunal Constitucional en la interpretación de los conceptos deliberadamente ambiguos. El caso prototípico en España es la decisión del aborto donde, siendo una de las cuestiones constitucionales claves como problema, no se incluyó expresamente remitiéndose la decisión, como no había otro remedio, a la opinión ulterior del legislador y del Tribunal Constitucional como revisor de la actuación del anterior sobre la base de parámetros tan ambiguos como el «todos» en vez del «todas las personas» a que se refiere el artículo 15 de la Constitución para reconocerles el derecho a la vida<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Véase R. BORK, «Neutral Principles and Some First Amendment Problems», 47 *Ind. L. J.* 1 (1971), comentado en Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, op. cit., pp. 52 y ss.

<sup>35</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, *BOE* de 18 de mayo.

y sin que nadie haya objetado en lo más mínimo a la creación por parte del Tribunal Constitucional, también en la interpretación de los delicados problemas constitucionales que plantea la legalización o penalización del aborto, de un supuesto de objeción de conciencia que no aparece tampoco mencionado para nada en el artículo 16, la objeción de conciencia del médico y del resto del personal sanitario —incluidos los de la sanidad pública— a la práctica del aborto<sup>36</sup>.

Es todavía pronto, de todas formas, para que el problema alcance gravedad, toda vez que en un período de diez años es difícil que surja un cambio social tan acelerado como para motivar la necesidad de respuesta constitucional a problemas *absolutamente impensables* en 1978. Lo más normal es que o aquellos problemas se pensaron y decidieron o eran perceptibles como tales problemas aunque no se decidieran expresamente. En cualquier caso lo que sí parece claro es que la no decisión expresa de un problema en el texto de la Constitución no impide que el mismo sea interpretado a la luz de los mandatos abstractos acerca de cuya naturaleza como conceptos en el sentido de Ronald Dworkin<sup>37</sup> nadie duda. Ello no evita ni mucho menos que en cierto modo no surja en España un problema parecido al que el debate de las decisiones conforme a principios y en torno al originalismo ha tenido lugar en Estados Unidos desde el año 1959 y se ha exacerbado en la campaña a favor o en contra de la nominación de Bork como magistrado del Tribunal Supremo. Efectivamente, si todos los mandatos abstractos que se contienen en la Constitución española son susceptibles de ser desarrollados conforme a principios jurídicos o conforme al sistema de contrapeso y juego de valores que en último término anula la discrecionalidad alternativa del juez para someterla a Derecho<sup>38</sup>, sobraría todo el proceso político, puesto que siempre es perfectamente pensable un desarrollo «más ajustado a la Constitución» de forma razonada, haciendo inútiles, por tanto, las alternativas políticas toda vez que doce magistrados (o nueve de Estados Unidos) pueden perfectamente desarrollar de forma razonada el esquema de gobierno que más se ajuste a la Constitución. Ahora bien, el hecho de que se reconozca que esto es posible no alarma en abso-

<sup>36</sup> STC citada nota anterior. Es curioso cómo el Tribunal Constitucional se ha negado a incluir en la libertad de ideología del artículo 16.1 la objeción de conciencia al servicio militar, que expresamente aparece en el artículo 30.2, y, sin embargo, ha incluido dentro del artículo 16.1, casi sin motivación alguna, la objeción de conciencia del personal sanitario a la práctica del aborto. Compárese la STC 53/1985, citada *supra*, nota anterior, fundamento 14, con la STC 160/1987, de 27 de octubre, *BOE* de 12 de noviembre. La inclusión o no de los diversos tipos de objeción de conciencia como contenido del artículo 16.1 resulta trascendente, ya que como derecho fundamental y libertad pública está mucho más protegido, como se verá más adelante.

<sup>37</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1978).

<sup>38</sup> Acerca de cómo la filosofía de R. Dworkin, en último extremo, justifica como plenamente jurídica una decisión judicial que obedezca a principios, aunque en la elaboración de la decisión haya alternativas, véase R. DWORKIN, *op. cit.*; en España, véase J. L. VILLAR PALASÍ, *La interpretación jurídica y los apotegmas jurídico-lógicos* (1975), pp. 11 y ss.

luto a la mentalidad constitucional europeo porque los tribunales constitucionales son los primeros en señalar que el principio y valor jurídico del pluralismo es el límite y parámetro de constitucionalidad principal para el control de la corrección de sus sentencias<sup>39</sup>, principio que, de verse anulado en su contenido más o menos esencial, generaría una clara violación de la Constitución.

Por consiguiente, no se trata —como defendería Robert Bork— de que no existen conceptos abstractos en la Constitución sino meras concepciones más allá de las cuales se produciría una usurpación de poder, sino que se admite que toda la Constitución está llena de valores y conceptos pero, a su vez, esos valores y conceptos no pueden anular el principal de ellos, el principio del pluralismo, ya que si el constitucionalismo es en sí mismo el contrapeso a los excesos de la democracia, la democracia es el contrapeso a los excesos del constitucionalismo. Lo que los norteamericanos llaman una República que, en palabras del Senador José Prats, no es sino lo que en España se denomina Estado de Derecho, resume precisamente el contrapeso entre ambas ideas: *pluralismo* —que debe permitir que en cada momento el grupo mayoritario imponga su punto de vista— y conceptos constitucionales abstractos susceptibles de desarrollo jurídico que dejan en manos del intérprete supremo de la norma fundamental, y no de la mayoría, la decisión del contenido de la Constitución. Este contrapeso se logra no mediante la negación de la naturaleza abstracta de los conceptos y por tanto de su susceptibilidad para ser aplicados y desarrollados jurídicamente por el Tribunal Constitucional, de forma que, al negar ese carácter, se dejaría un espacioso campo al pluralismo político y a las decisiones de la mayoría. Por el contrario, el contrapeso consiste en afirmar dicho carácter de las normas, pero, a su vez, en entenderlo limitado en una constantísima referencia al pluralismo como valor (en el caso concreto español) o, aplicando esquemas europeos, a las necesidades de una sociedad *democrática*<sup>40</sup>.

Desde un punto de vista jurídico formal, debe también ponerse de relieve cómo, en último extremo, el Tribunal Constitucional español, hoy por hoy, ha adoptado una política de inaplicación de la técnica del *overruling*, cuya existencia aparece explícitamente recogida en el artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hasta la fecha inaplicado formalmente. Ello no obsta para que el Tribunal Constitucional implícitamente haya llevado a cabo tales derogaciones de su propia doctrina, si bien lo ha hecho intentando salvar su coherencia con principios formulados en líneas jurisprudenciales anteriores al interpretar el cambio en la jurisprudencia como un supuesto específico que a su vez excepciona el principio general o sus excepciones. A mi juicio esta forma de rehuir el cambio *expreso* de

<sup>39</sup> Véanse las sentencias citadas en Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, op. cit., pp. 26 y ss.

<sup>40</sup> «Lo necesario en una sociedad democrática» es el reiterado límite que el Convenio Europeo de Derechos Humanos impone a los derechos fundamentales.

doctrina obedece a una idea similar a la que existe en España en cuanto a la no conveniencia de variar el texto mismo de la Constitución. Nuestra historia constitucional nos muestra que las constituciones han decaído allí donde no se ha dotado a su contenido de una rigidez formal por ser expresión, la constante reforma constitucional, de una variación o ruptura del *consensus* constitutivo de la forma de Estado. Efectivamente, mientras la historia constitucional norteamericana muestra que las reformas constitucionales, aun por muy importantes que sean, derivan todas ellas del momento histórico constituyente de la Revolución, en España las reformas constitucionales se han asimilado siempre a una variación del pacto constituyente mismo; de ahí que sean eludidas como sistema más o menos ordinario de cambio. Probablemente eso es lo que ha llevado también al Tribunal Constitucional a no expresar claramente los cambios en las líneas jurisprudenciales en un intento de salvaguardar formalmente, al menos durante una primera época, el contenido perenne de la Constitución<sup>41</sup>.

Por lo demás, el hecho de que no haya un solo Tribunal, sino dos Tribunales Constitucionales, especialmente en lo que se refiere a la creación de jurisprudencia constitucional relativa a derechos fundamentales y libertades públicas<sup>42</sup> acentúa esta posibilidad al permitir la existencia de dos líneas jurisprudenciales contrapuestas defendidas por cada una de las Salas<sup>43</sup>.

Sabido es que la interpretación constitucional por sí misma obliga a la creación de técnicas especiales desconocidas en la aplicación de la interpretación de la legalidad ordinaria, para las cuales los criterios jurídicos clásicos europeos continentales de interpretación son totalmente ineficaces. La naturaleza abstracta y ambigua de muchos de los mandatos obliga a conectar o a hacer coherentes varios de ellos mediante la creación de principios superiores<sup>44</sup>, la aceptación de o la concretización de los más ambiguos o generales en otros de alcance más concreto, pero a la vez más operativo.

Además, este modo de proceder normalmente la interpretación constitucional da lugar a la utilización de técnicas concretas de uso universalizado por todos los Tribunales Constitucionales.

<sup>41</sup> Véase, como reconocimiento de que se cambia la doctrina, aunque sin invocar el artículo 13 y sin reconocerlo expresamente (es más, manteniendo que el Tribunal Constitucional es coherente), la STC 199/1987, de 16 de diciembre, *BOE* de 8 de enero de 1988, fundamento 1, a propósito de la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer recurso de inconstitucionalidad.

<sup>42</sup> El recurso de amparo lo deciden las Salas (seis Magistrados), salvo que el Pleno recabe la competencia a propuesta del Presidente o de los Magistrados (artículos 48 y 10.k de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo, el análisis de las dos líneas diferentes acerca del problema de la aplicación retroactiva de la Constitución en Enrique ALONSO GARCÍA, «¿Es retroactiva la Constitución?», en *Homenaje al Profesor García-Trevijano* (CUNEF, IEAL, 1983).

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, la creación del principio de unidad económica nacional por la STC 1/1982, de 28 de enero, *BOE* de 26 de febrero, a partir de los artículos 1, 2, 128, 131.1 y 138.1 de la Constitución.

Estos principios<sup>45</sup>, que sólo se aplican o han sido creados en el proceso de interpretación constitucional al ser necesario «concretizar» la aplicación de normas absolutamente ambiguas o abstractas, a hechos reales concretos<sup>46</sup> son universales en el sentido de que se aplican siempre que es una Constitución el objeto a interpretar.

En concreto, merece la pena constatar la existencia de los siguientes datos básicos:

A) *Negación del absolutismo*

Uno de los criterios claros de interpretación es el rechazo a considerar que los textos de la Constitución son absolutos en el sentido de que todo lo que hay que hacer es atenerse a su tenor literal. Sabido es que esta posición, siempre minoritaria en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en concreto del magistrado Hugo L. Black, tenía más bien la función de política judicial de sobrevalorar los derechos respecto de los cuales se predicaba el absolutismo en contra de opiniones más disolventes de los mismos como las de J. Frankfurter<sup>47</sup>. Nuestro Tribunal Constitucional ha sido tajante en la afirmación de que ningún derecho es absoluto<sup>48</sup>, ni siquiera el derecho a la vida, que es el paradigma de derecho absoluto<sup>49</sup>. La idea de que la interpretación de la Constitución requiere algo más que el clásico apego a la letra de la ley<sup>50</sup>, idea que calla mucho más de lo que dice acerca de la trascendencia de la Constitución como norma, está, pues, universalmente admitida, no siendo una excepción nuestro Tribunal Constitucional.

B) *La contemplación de la historia desde el punto de vista valorativo*

Otro de los fenómenos claves en la interpretación constitucional es el de la desvinculación de la norma a interpretar respecto del

<sup>45</sup> Véase la conversión del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 en el de confianza en la actuación del poder público en la STC 6/1983, de 4 de febrero, BOE de 9 de marzo, voto particular de R. Gómez Ferrer, que luego, aunque aplicada a otros hechos, ha pasado a ser mayoritaria. Véase la STC 65/1987, de 21 de mayo, BOE de 9 de junio.

<sup>46</sup> Véase, por todos, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (11.ª ed., 1978).

<sup>47</sup> Véanse B. SCHWARTZ, *Los diez mejores Jueces de la historia norteamericana* (Ed. Cívitas, 1981), pp. 72 y ss.; Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, cit., pp. 131 y ss.

<sup>48</sup> STC de 8 de abril de 1981, BOE de 25 de abril, fundamento jurídico 9.

<sup>49</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, BOE de 18 de mayo.

<sup>50</sup> Me refiero al *dictum* del Juez Marshall en *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat 316 (1819), en el sentido de que «no debemos olvidarnos de que es una Constitución lo que estamos interpretando», frase considerada por J. Frankfurter como la más importante jamás pronunciada acerca del proceso de interpretación constitucional. Véase FRANKFURTER, «John Marshall and the Judicial Function», 69 *Harv. L. Rev.* 217, 218 (1955).

momento en el que es aplicada. Los antecedentes históricos dejan de tener el valor que usualmente tienen en la interpretación de la ley, búsqueda de la intención de la concepción concreta del legislador, para servir tan sólo como expresión de un sistema de valores con el que la actual aplicación de la Constitución tiene que ser coherente. Ni siquiera en las cláusulas de la Constitución que apelan directamente al contenido de derechos históricos, como ocurre con el reconocimiento, en el marco de la Constitución y Estatutos de Autonomía, de los derechos históricos de los territorios forales de Navarra, Guipúzcoa, Vizcaya y Alava, es determinante el examen histórico<sup>50 bis</sup> pero, a su vez, a la correcta valoración de la historia constitucional resulta de uso absolutamente inevitable y primordial en la interpretación constitucional<sup>51</sup>.

### C) *La racionalidad como parámetro de constitucionalidad*

Uno de los parámetros más útiles para dar la medida de la constitucionalidad de cualquier norma o acto es el del juicio de la racionalidad de la norma. Sólo lo racional es constitucional debido a que la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos<sup>52</sup>, lo que convierte al principio en una técnica muy útil de especificación de cláusulas más ambiguas o genéricas. Sabido es que en Estados Unidos el *test* de racionalidad de las normas, que tiene su origen a lo largo de la cláusula de salvaguardia de la moralidad, seguridad u orden público típica de la legislación del siglo XIX<sup>53</sup> se convierte en el parámetro básico de la medida de la constitucionalidad de las normas en la revolución constitucional posterior al *New Deal*. Basta con que la medida de los poderes públicos (federales o de los Estados o municipalidades) sea racional para estimar su constitucionalidad. En la práctica ello equivalió a un *test* deferencial hacia la legislación socioeconómica adoptada por los poderes públicos en contra de una visión extremadamente protectora de la propiedad privada de libertad y autonomía de la voluntad contractual que ni siquiera tenía suficiente base legal en el texto de la Constitución misma<sup>54</sup>. La racionalidad, como expresión de la adecuación entre los medios restrictivos previstos por el legislador y los fines de interés público a lograr por la legislación

<sup>50 bis</sup> Véase la STC 76/1988, de 26 de abril, *BOE* de 25 de mayo, fundamento 6, párrafo 6.

<sup>51</sup> Véase Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, pp. 153 y ss.

<sup>52</sup> Artículo 9.3 de la Constitución.

<sup>53</sup> La cláusula sirvió de justificación para anular la regulación socioeconómica desde *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877), pero, al exigir la razonabilidad como control de la legislación, puso las bases para la justificación de su validez (del *police power* de los Estados). Véanse BICE, «Rationality Analysis in Constitutional Law», 65 *Minn. L. Rev.* 2 (1980); PERRY, «Abortion, Public Morals, and the Police Power: the Ethical Function of Substantive Due Process», 23 *UCLA L. Rev.* 689 (1976).

<sup>54</sup> Véase Enrique ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 203 y ss.



se convierte así en un parámetro de la constitucionalidad de la misma. Pues bien, el Tribunal Constitucional español también recurre al *test* de la racionalidad como técnica operativa de la interpretación de muchos artículos de la Constitución. Así, por ejemplo, en la aplicación de la cláusula de igualdad la racionalidad se constituye en el criterio básico para determinar la existencia o no de una discriminación<sup>55</sup> y en la del derecho a la tutela judicial efectiva como criterio de control de un formalismo exacerbado que niega el acceso de los ciudadanos al proceso judicial<sup>56</sup> o, incluso, se convierte en la técnica objetiva de control de la urgencia política de el uso por el poder ejecutivo de la potestad legislativa<sup>57</sup>.

Es cierto, sin embargo, que en Europa el parámetro de constitucionalidad normalmente no lo constituye la racionalidad de la norma, sino su razonabilidad. La propia doctrina constitucional norteamericana ha puesto de relieve cómo en último extremo el *test* de racionalidad de las normas no implica un juicio objetivo de adecuación entre medios y fines toda vez que la averiguación de los fines y su calificación como legítimos e ilegítimos desde el punto de vista constitucional es lo que predetermina el resultado del juicio de racionalidad<sup>58</sup>. Pues bien, tanto en España como en general en Europa, la interpretación de la Constitución se lleva a cabo haciendo uso del juicio de razonabilidad —no racionalidad—, juicio en el cual aparece más explícito el contrapeso de valores constitucionales y la respectiva valoración de los fines constitucionalmente legítimos seguidos por el legislador. El examen de las normas no se lleva a cabo en un estricto análisis supuestamente objetivo de la racionalidad de la relación medios-fines, sino admitiendo explícitamente que esos fines pueden tener más o menos relevancia constitucional y que, por consiguiente, los límites impuestos a los derechos o preceptos constitucionales para la consecución de los mismos pueden, a su vez, ser más o menos relevantes por relación a ese fin. La idea misma de la extensión del juicio de proporcionalidad en la aplicación de la razonabilidad (la proporción con que se grava al derecho constitucional para la consecución de los fines constitucionalmente relevantes) da idea de esa visión más explícita del contrapeso de valores. Tanto en España como en Europa, en general, no existe lo que se llaman en Estados Unidos niveles estricto, intermedio y meramente racional de control de la constitucionalidad de la ley. Efectivamente, el juicio de la *racionalidad* que se aplica en Estados Unidos sólo allí donde no hay en juego algunos valores constitucionales de peso específico realmente importante. Si se trata de una simple desigualdad, por ejemplo, que no obedezca a razones de discriminación por razón de raza o que no afecte a ningún derecho fundamental, el juicio a aplicar es el de racionalidad. Por el contrario,

<sup>55</sup> Véase la STC de 2 de julio de 1981, *BOE* de 20 de julio.

<sup>56</sup> Véase la STC 3/1983, de 25 de enero, *BOE* de 17 de febrero.

<sup>57</sup> Véase la STC 29/1982, de 31 de mayo.

<sup>58</sup> Véase Enrique ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 212 y ss.

si la discriminación lo es por razón de raza o está en juego algún interés fundamental como el de voto, libertad de movimiento interestatal o acceso a la justicia, el *test* a aplicar no es el de la racionalidad de la ley, sino el del examen *estricto* de la naturaleza del interés perseguido por la norma que discrimina (debe perseguir un interés constitucional realmente relevante). En otro tipo de situaciones, como cuando la discriminación es por razón de sexo, tampoco se aplica el juicio de racionalidad, sino que se aplica un *test intermedio*, puesto que los intereses alegables por el estado son más que aquellos que puede alegar para discriminar por razón de raza.

Todo ello carece de sentido desde el punto de vista literal en España y en Europa, puesto que *en los tres casos se trata de un juicio de razonabilidad*. Naturalmente, lo que ocurre es que, pese a ello, los resultados pueden ser y son similares recurriendo a otras técnicas tales como la mención específica de que el fin perseguido por el Estado en la legislación que trata desigualmente tiene que tener una relevancia constitucional mayor si la discriminación lo es por razón de raza, sexo, opinión religiosa, etc., a la vez que la carga dialéctica de la prueba de la discriminación se impone a aquel que presuntamente discrimina en vez de al discriminando, alterando el uso de la genérica presunción de constitucionalidad de toda ley. En una palabra, lo que puede ser razonable para discriminar por cualquier otra condición o circunstancia personal o social puede no serlo para discriminar por razón de sexo, de libertad ideológica, nacimiento o raza. Por consiguiente, estamos a una pura cuestión terminológica, puesto que el tipo de método de interpretación constitucional es idéntico.

Si ello ocurre en España, lo mismo es predicable del derecho europeo, sobre todo si se tiene en cuenta que en el Convenio Europeo de Derechos Humanos aplicable a España a través del artículo 10.2, los posibles límites a los derechos de la persona aparecen explícitamente mencionados en la descripción literal de cada uno de los derechos utilizando la misma cláusula de salvaguardia de la moral, la salud y el orden público que dio lugar al surgimiento del *police power* y del *test* de la racionalidad en los Estados Unidos de América<sup>59</sup>.

Por consiguiente, son comunes a ambos sistemas el *test* de racionalidad y sus modulaciones que cambian el juego de la presunción genérica de constitucionalidad de la ley para ponerla en duda no sólo en los casos de error claro<sup>60</sup>, sino también en aquellos donde el sistema valorativo de la Constitución se ha ocupado de valorar especialmente algunos derechos.

<sup>59</sup> Véase M. PERRY, *op. cit. supra*, nota 53.

<sup>60</sup> Véase THAYER, «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», 7 *Harv. L. Rev.* 129 (1983).

D) *La Constitución como sistema de valores*

La interpretación de la Constitución en Europa conlleva en general el abierto reconocimiento de que los preceptos constitucionales no son sólo normas en el sentido clásico de la palabra (consecuencias jurídicas anudadas a supuestos de hecho), sino que contienen principios jurídicos e incluso valores. La aplicación de la jurisprudencia de los valores, aunque ha sido ciertamente debatida por la posible subjetividad que implica<sup>61</sup>, supuesta subjetividad que también se achaca al mero hecho de existencia de normas generales en la Constitución<sup>62</sup>, sin embargo ha acabado imponiéndose a través, a su vez, de mecanismos o técnicas concretas de interpretación.

Así, son de destacar, en España, *la teoría de los bienes constitucionalmente protegidos* como posibles límites al absolutismo de los derechos<sup>63</sup>; la diferenciación entre las *distintas cláusulas de igualdad*, resultando más protegidas las mencionadas específicamente que la igualdad generada ante la ley<sup>64</sup>; o la utilización de principios como medidas justificadoras de la finalidad de las leyes a los efectos de la aplicación del *test* de la razonabilidad o de la racionalidad<sup>65</sup>.

Especial mención merece la progresiva creación de una teoría de las *libertades especialmente protegidas*, equivalente a la norteamericana de las *preferred freedoms*, al extraer de datos meramente textuales de la Constitución una valoración superior de determinadas normas. La Constitución española atribuye a determinados derechos, los que antes hemos denominado genéricamente derechos fundamentales y libertades públicas, una especial protección a través de tres mecanismos formales concretos: 1) Su accionabilidad judicial (art. 53.2) se lleva a cabo en el seno de un proceso sumario y de tramitación preferente. Este proceso está todavía hoy regulado por la Ley (preconstitucional) de Protección jurisdiccional de los Derechos de la Persona<sup>66</sup>, que abarca los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo, no existiendo un proceso sumario y preferente en el orden laboral<sup>67</sup>

<sup>61</sup> Véase, por todos, A. BLECKMANN, *Algemeine Grundrechtslehre* (1979).

<sup>62</sup> Véase, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo español de 29 de noviembre de 1979 (Sala Tercera). Recientemente, la primera sentencia que condena por delito ecológico (la Constitución —art. 45— impone que el legislador proteja penalmente el medio ambiente), de la Audiencia Provincial de Barcelona, ha vuelto a decir que interpretar el artículo 1902 del Código Civil a la luz del derecho de la comunidad a la restauración del medio ambiente —art. 45 de la Constitución— es tan genérico que haría de la decisión judicial algo «totalmente subjetivo». El miedo de los Tribunales españoles a operar directamente con el Derecho constitucional y con principios no recogidos en leyes o reglamentos sigue, pues, siendo atroz.

<sup>63</sup> STC de 8 de abril de 1981.

<sup>64</sup> STC 34/1984, de 9 de marzo, *BOE* de 3 de abril. Véase M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, vol. II (1984), pp. 82-83.

<sup>65</sup> Véase, por ejemplo, la STC de 2 de julio de 1981, *BOE* de 25 de julio.

<sup>66</sup> Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

<sup>67</sup> La Ley de Procedimiento Laboral (Ley procesal ordinaria de este orden) cons-

ni un proceso de las mismas características frente a la violación de estos derechos por los propios jueces ordinarios —infracción de derechos procesales constitucionales— donde lo que hay que hacer es agotar todas las vías procesales existentes en la legislación que regula el proceso donde se produce la infracción<sup>68</sup>. Lo principal consiste, además, en que una vez ultimadas estas vías cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que analiza íntegramente el caso o controversia. Hay recurso de amparo directo contra actos de los parlamentos<sup>69</sup>. Si la violación la produce una ley —puesto que el acto o reglamento que infringe el derecho fundamental y que da lugar al caso y controversia se limita ineludiblemente a aplicar la ley— el juez ordinario no puede, aunque se trate de estos derechos, anular la ley debiendo suspender el proceso y plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional. Este también debe montar una cuestión interna en estos casos, dado que los amparos se resuelven por las Salas y las leyes sólo pueden anularlas el Pleno<sup>70</sup>. 2) Sólo mediante Ley Orgánica (art. 81) pueden regularse estos derechos fundamentales y libertades públicas. Se exige, pues, un mayor consenso parlamentario (mayoría absoluta de ambas cámaras) y, en principio, no pueden legislar en estas materias las Comunidades Autónomas<sup>71</sup>. 3) Su rigidez es mucho mayor al ser necesario el procedimiento especial de reforma constitucional de estos derechos (ampliación, modificación o supresión de los mismos), según el artículo 168.

Pues bien, a estos tres datos formales el Tribunal Constitucional, en su labor jurisprudencial de intérprete supremo, ha añadido más consecuencias hasta el punto de que los derechos fundamentales y libertades públicas pueden considerarse técnicamente como *preferred freedoms*: 1) Son accionables siempre pese a la falta de desarrollo legislativo (el Tribunal Constitucional recomienda a los jueces incluso «inventar» procedimientos como ocurrió con las prácticas antisindicales<sup>72</sup>, con los mandatos judiciales para que la Administración no po-

tituye la vía preferente y sumaria en declaración forzada del Tribunal Constitucional. Véase la STC 67/1982, de 15 de noviembre, *BOE* de 10 de diciembre. El olvido de esta vía preferente en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se debe a que toda ella parte del error-ficción de no admitir que puede haber derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, por lo que no existe sino infracción del Juez que no revisa, en su orden jurisdiccional, la acción del sujeto particular. Se volverá más adelante sobre este problema.

<sup>68</sup> Artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>69</sup> Salvo que los Reglamentos de las Cámaras permitan la revisabilidad de la decisión de sus órganos ante los Jueces, en cuyo caso hay que agotar la vía previa judicial. Artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>70</sup> Artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>71</sup> La STC 137/1986, de 6 de noviembre, *BOE* del 18, no deja muy claro si las Comunidades Autónomas pueden o no legislar en la materia si tienen competencias. Véase A. JIMÉNEZ BLANCO, «De nuevo en torno a las Leyes Orgánicas, las bases y las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 53, pp. 117 y ss.

<sup>72</sup> STC 55/1983, de 22 de junio, *BOE* de 15 de julio.

licial entre en los domicilios<sup>73</sup>, con la primera jurisprudencia relativa a la objeción de conciencia al servicio militar<sup>74</sup>. Sólo en el caso de la televisión<sup>75</sup> el Tribunal Constitucional no respetó esta regla general). 2) Se aplican incluso a situaciones nacidas antes de la entrada en vigor de la Constitución si esta aplicación retroactiva no perjudica intereses de terceros<sup>76</sup>. 3) Se consideran razonables muchos menos intereses públicos a la hora de justificar limitaciones a los citados derechos, aunque también dentro de estos derechos superprotegidos existe jerarquía en función de distinto valor de las distintas cláusulas (por ejemplo, especialmente, en las distintas razones que pueden dar lugar a la prohibición de discriminaciones). 4) Constituye por excelencia el Orden Público Constitucional a los efectos de la inaplicación del derecho extranjero (art. 12 del Código Civil), etc.<sup>76 bis</sup>.

En una palabra, estos derechos gozan no sólo de las preferencias formales a que antes hacía alusión, sino que, por su especialísima valoración, dan lugar a una aplicación preferente de los mismos hasta el extremo de que puede decirse que existe más diferencia entre estos derechos fundamentales y el resto de los derechos de la persona reconocidos en el Título I de la Constitución española que entre los restantes derechos del Título I y, en general, los derechos esparcidos a lo largo del resto de los preceptos constitucionales.

Genéricamente, puede decirse que estos derechos superprotegidos son los más típicamente calificables como derechos innatos de la persona humana (frente a los derechos de tipo patrimonial o ligados a la ciudadanía) por lo que puede genéricamente —y como mera aproximación— señalarse que en general sí es aplicable en España, salvo matizaciones, el principio de que los derechos de tipo patrimonial tienen menos valor que los derechos de tipo personal<sup>77</sup>.

Mención especial merece también lo que algunos han denominado la pieza clave del Estado Social de Derecho: el principio de participación e igualdad reales. El artículo 9.2 obliga a los poderes públicos a

<sup>73</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero, *BOE* de 9 de marzo.

<sup>74</sup> STC 15/1982, de 23 de abril, *BOE* de 18 de mayo.

<sup>75</sup> STC 12/1982, de 31 de marzo, *BOE* de 21 de abril.

<sup>76</sup> Véase Enrique ALONSO GARCÍA, *op. cit. supra*, nota 43. Como estudio concreto de la libertad de expresión como *preferred freedom*, véase la STC 159/1986, de 10 de diciembre, *BOE* del 31. Como reconocimiento expreso de que los derechos personales tienen más valor que los patrimoniales, véase la STC 19/1988, de 16 de febrero, *BOE* de 1 de marzo, fundamento 5. Como reconocimiento general de que los derechos fundamentales tienen «un mayor valor», véase la STC 115/1987, de 17 de julio, *BOE* del 29, fundamento 4, párrafo antepenúltimo.

<sup>76 bis</sup> Véase la STC 43/1986, de 15 de abril, *BOE* de 29 de abril, que señala, literalmente, que «el Orden Público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución». Con mención expresa de que el artículo 12 del Código Civil prohíbe aplicar en España la legislación extranjera contraria al artículo 24 de la Constitución, por contraria al Orden Público, véase la STC 199/1987, de 16 de diciembre, *BOE* de 8 de enero de 1988, fundamento 5.

<sup>77</sup> Ello se acentúa si se cae en la cuenta de que España se niega a ratificar el Protocolo I del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el derecho al goce pacífico de la propiedad.

remover los obstáculos que la realidad socioeconómica pueda suponer para la igualdad real de las personas, consideradas individualmente o en grupo. Dicho principio resulta trascendental porque legitima constitucionalmente toda distinción de trato favorable para los socioeconómicamente débiles a nivel tanto individual como por su pertenencia a un colectivo.

La consecución de la igualdad real de los individuos o grupos es, pues, motivo suficientemente razonable para establecer desigualdades formales habiendo sido utilizado, por ejemplo, por el legislador y el Tribunal Constitucional para justificar la supresión de regímenes de Seguridad Social voluntaria sustitutorios de la Seguridad Social obligatoria y generalizada para todos los ciudadanos<sup>78</sup> o para justificar la supresión de regímenes privilegiados de pensiones<sup>79</sup>, sobreponiéndose la igualdad real a estos derechos adquiridos a los que el Tribunal Constitucional niega la cualidad de derechos de propiedad<sup>80</sup>.

Sin embargo, muy dudosamente pueden configurarse estos derechos a la igualdad real del artículo 9.2 como un auténtico derecho subjetivo público. Se trata, más bien, de un principio legitimador de acciones que necesariamente deben ser entendidas por el legislador, siendo dudoso que pueda utilizarlo la Administración Pública para tratar desfavorablemente a los ciudadanos sin previa habilitación legal. El principio del pluralismo parece, pues, suponer un importante límite a este derecho. Desde luego, no parece que los jueces ordinarios puedan reconocer automáticamente acciones de igualdad real, aunque sí deben tener presente el principio como valor informador de la legislación infraconstitucional.

El resultado práctico, con todo, consiste en una generalizada presunción de validez de los programas de acción afirmativa en favor de grupos o colectivos desfavorecidos.

Mención aparte merece la inaplicación de este principio en el ámbito laboral por lo que probablemente es una interpretación incorrecta de la reiteración de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito específicamente laboral, interpretación errónea que ha llevado a la práctica inconstitucionalidad de todos los programas de acción afirmativa en favor de la incorporación de la mujer al mercado laboral<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> STC 65/1987, de 21 de mayo, *BOE* de 9 de junio.

<sup>79</sup> STC de 20 de julio de 1981.

<sup>80</sup> Resulta curioso cómo para el Tribunal Constitucional español estos derechos a pensiones no son ni nada tienen que ver con el derecho de propiedad del artículo 33 de la Constitución —trata estos temas desde la única y errónea perspectiva de la prohibición de retroactividad de las normas del artículo 9.3—, mientras que para la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del Protocolo I, no ratificado por España, sí existe esa conexión general, aunque a nivel de resultado entienden estos últimos que esa intervención pública en la propiedad (mediante reformas de los sistemas de pensiones) casi siempre está justificada. Véase, en general, P. VAN DER BROEK, «The Protection of Property Rights under the European Convention of Human Rights», en *Legal Issues of European Integration*, pp. 52 y ss.

<sup>81</sup> El artículo 35 (derecho al trabajo) reitera la prohibición de discriminación por

La jurisprudencia de los valores se manifiesta también claramente en la admisión de que el enjuiciamiento constitucional necesariamente tiene que pasar, en determinados casos, por un contrapeso entre valores constitucionales. El propio Tribunal Constitucional así lo ha expresado con toda claridad, tanto a la hora de contrapesar valores genéricamente para determinar hasta qué punto una ley, norma o acto, que limita excesivamente un valor en defecto de otro, es inconstitucional<sup>82</sup>, como para fijar guías futuras en la aplicación *ad hoc* de los propios valores constitucionales señalando que lo que hay que hacer en cada caso concreto es precisamente ese contrapeso entre valores<sup>83</sup>.

En suma, la ineludible utilización de los preceptos constitucionales como valores ha generado un sistema de enjuiciamiento desconocido en gran parte hasta la fecha y rehuído por los jueces que prefieren atenerse a una ley o reglamento más específico y concreto que haga esos juicios de valor en lugar de tener que hacerlo ellos, y que unifica las formas de interpretación y actuación del Derecho en todos aquellos países donde existe la jurisprudencia constitucional.

Naturalmente, pese a que las situaciones fácticas pueden ser similares en los países, e incluso, si se quiere, aunque las cláusulas constitucionales tiendan en muchos supuestos también a repetirse, la percepción distinta de los valores por cada una de las Comunidades Políticas hace que los resultados de la jurisprudencia constitucional puedan variar.

En una palabra, pudiendo ser la situación fáctica y el texto de la constitución similares, a la apreciación de una mayor o menor pretensión de normatividad de esos valores puede llevar a resultados diferentes en función de la apreciación de los mismos llevada a cabo en el proceso de interpretación constitucional.

Bastaría con resaltar la minusvaloración que en general se da en Estados Unidos a la función social del derecho de propiedad, los derechos sociales en general, el control de la actividad gubernamental

razón de sexo, que aparece, en general, en el artículo 14. A juicio del Tribunal Constitucional, ello implica, como dice el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que quedan prohibidas tanto las discriminaciones favorables como las desfavorables. A mi juicio, la repetición del artículo 35 tiene un significado distinto, equivalente al 119 del Tratado de Roma, constitutivo de la CEE: reconocer el hecho sociológico de la discriminación laboral de la mujer, por lo que más bien potencia el trato desigual favorable a la mujer. El artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, al prohibir la discriminación favorable a la mujer, sería inconstitucional. Sólo le salva el que se limita a prohibir que dicho trato favorable lo otorguen reglamentos administrativos, convenios colectivos o contratos individuales, pudiendo entenderse que se trata, pues, de una reserva de ley para el establecimiento de los programas favorables a la mujer. Véase M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo I (1983), pp. 235-236.

<sup>82</sup> Véase, por todas, la STC 53/1985, de 11 de abril, *BOE* de 18 de mayo.

<sup>83</sup> Véanse las guías que da, para el contrapeso entre el valor de protección del medio ambiente —art. 45— y el valor de maximalización de la riqueza nacional —art. 128—, la STC 64/1982, de 4 de noviembre, *BOE* de 10 de diciembre.

en política exterior, o la minusvaloración en los derechos de la persona humana considerada no individualmente, sino como perteneciente a un grupo, coherente en cierto modo con los valores constatables en la sociedad norteamericana, como ejemplos de que los derechos con ellos conectados normalmente serán apreciados como ostentadores de una menor pretensión de normatividad y por tanto tendrán un menor alcance que sus correlativos contrarios, contraste con lo que puede ocurrir, y normalmente ocurre, en los países europeos.

Naturalmente, hay que tener en cuenta que el constitucionalismo europeo y sobre todo el español, añade un dato esencial. Al tener una *base textual mucho más amplia*, como se verá más adelante, no sólo se multiplica el número de preceptos, sino igualmente el número de principios y valores a poner en juego en el proceso de interpretación constitucional. Ello introduce más legitimidad en la función del Tribunal, que no necesita crear valores por *consensus* o cualquiera de las otras fórmulas que generan mayor controversia en cuanto al fenómeno de la interpretación constitucional en Estados Unidos<sup>84</sup>. La constatación expresa de todos esos valores o principios en el texto de la Constitución pacifica en cierto modo esa función del Tribunal al poder apoyar en el propio texto normativo (y por tanto suprimir la polémica) la invocación y utilización de esos valores.

Así, las dificultades con que puede encontrarse en los Estados Unidos la creación de valores fundamentales tales como el acceso a la justicia<sup>85</sup>, el derecho de voto<sup>86</sup>, la libertad de movimiento interestatal<sup>87</sup>, la educación<sup>88</sup>, o los derechos sociales estatales como la estabilidad en el empleo, vivienda, o genéricamente prestaciones de la seguridad social<sup>89</sup>, desaparecen si nos encontramos ante un supuesto como el español que consagra esos valores como valores constitucionales y por tanto permite su invocación a los efectos de la aplicación de otras cláusulas constitucionales entre las que destaca, desde luego, el principio de igualdad.

Desde este punto de vista lo que resulta ciertamente innovador y es desconocido no sólo en el ámbito norteamericano, sino en general en el constitucionalismo europeo, es el expreso reconocimiento de que determinados preceptos constitucionales *sólo tienen precisamente la característica jurídica de ser valores*, es decir, el *reconocimiento tex-*

<sup>84</sup> Véase, para este debate, Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, cit., pp. 315-340.

<sup>85</sup> Véanse *Griffin v. Illinois*, 351 U. S. 12 (1956), y *Douglas v. California*, 372 U. S. 353 (1963).

<sup>86</sup> Véase *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U. S. 663 (1966).

<sup>87</sup> Véase *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618 (1969).

<sup>88</sup> Véase Enrique ALONSO GARCÍA, «Notas acerca del derecho a la educación como derecho fundamental en la jurisprudencia constitucional norteamericana», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, pp. 399 y ss.

<sup>89</sup> Véase Enrique ALONSO GARCÍA, «Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos patrimoniales del "Welfare State" en Norteamérica», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, y la bibliografía y jurisprudencia que allí se citan.



*tual en la Constitución de que determinados preceptos no son preceptos en el sentido clásico del término, sino que se limitan a consagrar y especificar valores constitucionales.* Esto es lo que ha hecho la Constitución española en uno de los artículos cuya redacción ha generado más confusión en cuanto a su significado.

Una de las grandes innovaciones de la Constitución de 1978 reside en la introducción en su texto de «derechos» que, o bien, aparecían en otras constituciones como derechos sociales, pero acerca de cuya efectividad como tales derechos se dudaba (derecho a la vivienda, a la Seguridad Social, a la protección de la salud, a la protección de la familia, etc.), o bien, pura y simplemente, no eran incluidos en los textos fundamentales (derecho de la colectividad a la recuperación de la plusvalía generada por la acción urbanística, acceso a la cultura, al medio ambiente adecuado, al pleno empleo, a la calidad de vida en la tercera edad, a la educación física y práctica del deporte, a la tutela de los emigrantes, al desarrollo de la juventud, a la defensa de los consumidores, etc.).

Todos ellos aparecen recogidos en el discutido Capítulo III del Título I (arts. 39 a 52, «De los Principios Rectores de la Política Social y Económica»), cuyo valor viene establecido por el artículo 53.3 de la Constitución que determina que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», pero que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen».

La imposibilidad de que puedan ser invocados directamente como auténticos derechos (aunque literalmente se hable en muchos de ellos de «derecho a...») lleva a que no se puedan igualar al resto de los derechos constitucionales (y, desde luego, no se pueden igualar a los que resultan superprotegidos). Pero su valor «informador» tiene un contenido jurídico realmente novedoso e importante que, como mínimo, implica las siguientes consecuencias típicas de la jurisprudencia de los valores:

1) Son lo que en técnica constitucional se denominan «garantías institucionales». Por tanto, la ausencia de un instituto público garante de la existencia de la acción pública de realización de alguno de esos valores es en sí misma inconstitucional. Ello lleva a la necesidad de definir las líneas básicas que hacen reconocible el derecho a un instituto particular, lo cual implica, a su vez, mínimos que no son suprimibles por los poderes constituidos, incluido el legislador. Así, por ejemplo, aunque el artículo 41, pese a su tenor literal, no garantiza que las prestaciones de la Seguridad Social alcancen a todos los ciudadanos, sin embargo, cualquiera puede impugnar la norma o acto que implique la inexistencia de un tal sistema de Seguridad Social o de algunas de las notas tan características y consustanciales

a lo que debe entenderse por sistema de Seguridad Social que, de no existir, no podría hablarse del mismo<sup>90</sup>.

2) Presuponen fines objetivos que la legislación y los reglamentos pueden y deben perseguir, luego toda acción tendente a la ejecución de uno de esos fines puede legitimar diferencias de trato (en conexión con el principio de igualdad del artículo 14) de los socioeconómicamente más favorecidos, sin que exista discriminación. Por este mismo motivo hacen razonables los límites que los poderes públicos pueden establecer a los derechos individuales más clásicos<sup>91</sup>.

3) Como valores constitucionales que son, pueden contraponerse a otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, llegando a imponerse a los mismos en casos concretos.

4) Por el hecho de estar incluidos en el Título I («De los Derechos y Deberes Fundamentales»), el Estado puede, a través del artículo 149.1.1, imponer estándares mínimos para todos los españoles al regular las «condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos... constitucionales». Así ha ocurrido, por ejemplo, con el sistema nacional de salud<sup>92</sup> y con la existencia de programas de asistencia social dirigidos a marginales<sup>93</sup>. También podría utilizarse para establecer un estatuto nacional del reparto equitativo de beneficios y cargas del planeamiento urbanístico, con el fomento de programas culturales o con programas de vivienda, por ejemplo el artículo 149.1.1, que debe revitalizarse, debe cumplir el mismo papel que las cláusulas del *spending power* y de comercio cumplen en Estados Unidos.

5) Naturalmente, su fuerza «informadora» permite y obliga a que los jueces los utilicen cotidianamente para solucionar las dudas en la interpretación y aplicación de la legislación infraconstitucional, generándose así una mayor socialización en las técnicas clásicas de interpretación (a mi juicio, el Capítulo III da guías objetivas y concretas para la utilización del criterio de interpretación de las normas conforme a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas a que se refiere el artículo 3 del Código Civil).

6) Finalmente, su conexión con otros derechos lleva a consecuencias en cierto modo impensables en el constitucionalismo clásico por

<sup>90</sup> Véase J. APARICIO TOVAR, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, pendiente de publicación.

<sup>91</sup> Como ejemplo prototípico, véase la STC 209/1987, de 22 de diciembre, *BOE* de 8 de enero de 1988, donde se sienta la doctrina de que allí donde una Ley de desarrollo de los artículos 41 y 50 (la Ley General de Seguridad Social) no ha hecho distinciones a efectos de determinar los titulares de derecho a pensión, el Reglamento del Gobierno (RD 625/1985, art. 7.3) no puede introducirlas, incluso aunque la desigualdad de trato sea razonable en sí misma (lo que ni siquiera se analiza). La discriminación —infracción del art. 14— no se produce porque la distinción sea irrazonable, sino porque es irrazonable (por limitación excesiva de los artículos 41 y/o 50) que la Administración Pública distinga donde la Ley no ha distinguido.

<sup>92</sup> STC 32/1983, de 28 de abril, *BOE* de 17 de mayo, fundamento 2.

<sup>93</sup> STC 146/1986, de 25 de noviembre, *BOE* de 10 de diciembre, aunque no confiesa estar aplicándolo.

la riqueza que produce el aumento de variables que debe tenerse en cuenta para equilibrar correctamente todos los bienes y valores constitucionalmente protegidos. Así, a mi juicio, no cabe duda de que la combinación del artículo 45 con los artículos 105 y 132 de la Constitución implica la existencia de un derecho subjetivo de las asociaciones de protección del medio ambiente al acceso directo a los archivos y registros públicos donde obran los expedientes relacionados con el otorgamiento de licencias industriales, así como a participar en los procedimientos administrativos para la toma de cualquier decisión que pueda tener impacto ambiental. De su conexión con el artículo 24 se deriva que se produciría una violación de un derecho público subjetivo a la tutela judicial efectiva si se negase legitimación a esas asociaciones, representantes de intereses difusos de la colectividad, bien para impugnar ante los tribunales contencioso-administrativos actos o reglamentos con impacto ambiental o para ejercer ante los tribunales penales o civiles acciones de responsabilidad penal o civil para la restauración de un patrimonio colectivo<sup>94</sup>.

En suma, puede apreciarse cómo el valor «informador» de estos preceptos constitucionales ha introducido e introduce múltiples posibilidades de creación jurisprudencial que, aun sin significar la aplicación directa de la Constitución, implica una progresiva transustanciación de todas las normas en esos valores, transustanciación que, por consiguiente, no sólo se produce respecto de los valores más clásicos del constitucionalismo, como son los reconocidos en los artículos de la Constitución que son técnicamente preceptos.

Quiere con ello decirse que esta aplicación «informadora» de los preceptos constitucionales, aunque para los Principios Rectores de Política Económica y Social son prácticamente su uso exclusivo y la única posibilidad de utilización, para el resto de los preceptos constitucionales es una aplicación alternativa más a la de su propia aplicación como precepto. Así, por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución puede tener valor como precepto, generando la inmediata nulidad de aquella norma que anule el derecho a la vida, o puede tener también valor informador generando una interpretación de otras normas que, en principio, no tienen conexión directa con el derecho a la vida. Por ejemplo, la actuación de un servicio público que suponga puesta en peligro de la vida no es indemnizable en virtud de lo dispuesto en el artículo 15, puesto que no se produce la lesión directa de ese bien jurídico. Sin embargo, sí puede interpretarse la norma jurídica que crea la acción judicial, es decir, la norma reguladora de las indemnizaciones por acciones del poder público, en el sentido más favorable a la protección del derecho a la vida, obligando al Estado a pagar

<sup>94</sup> Véase Enrique ALONSO GARCÍA, *The Participation of Individuals in the Taking of Decisions Affecting the Environment in Spain*, pendiente de publicación por el Instituto Internacional de Derechos Humanos, Trieste; la traducción española está a punto de ser publicada en la *Revista Española de Derecho Administrativo*.

indemnizaciones mayores por aquellos servicios cuya utilización anormal o normal sea susceptible de generar riesgo de daño a la vida, aunque el daño en sí mismo no se produzca. El artículo 15 no se aplica en este caso como un derecho o precepto clásico (no se ha negado el derecho a la vida), sino como valor «informador» de otros preceptos (los que rigen la indemnización por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos), interpretación que antes de la entrada en vigor de la Constitución era difícil se produjera automáticamente al carecer el juez ordinario de valores como punto de referencia<sup>95</sup>.

Ello genera en su conjunto una nueva metodología jurídica y un nuevo modo de aplicar el Derecho que acerca hasta grados inusitados hasta la fecha la forma de entender el Derecho en las distintas comunidades políticas.

A nivel europeo, este *modus operandi* con sus características propias está dando lugar al surgimiento de un *ius commune* desaparecido en la historia con el nacimiento de los Estados nacionales. A nivel del constitucionalismo mundial, ello genera una forma de entender el Estado de Derecho mucho más común de lo que la interpretación positivista, sin referencia a los valores del constitucionalismo, implica.

#### E) *El progreso a través de los marginados*

Otra característica probablemente común consiste en que el desarrollo de las variedades de concretización del texto constitucional normalmente es producto de actuaciones de marginales. En Estados Unidos es de sobra conocido cómo en gran medida las acciones de concretización de la Constitución, que hacen de la misma algo realmente vivo, son el producto de pretensiones de individuos o grupos populares. En Europa no podría ser de otra forma por la sencilla razón de que la persona considerada «normal» estadísticamente pocas veces puede tener problemas serios en un Estado de Derecho. Paradójicamente, sin embargo, son los marginales los que hacen progresar para el conjunto de las personas los mecanismos jurídicos de protección que les otorga la Constitución. Tanto a nivel español como en general europeo, pueden encontrarse numerosos ejemplos de esta raíz común que, a su vez, es utilizada como arma arrojada frontal contra el constitucionalismo desde posiciones de defensa de la política mayoritaria<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Véase Enrique ALONSO GARCÍA, «En torno al artículo 15 de la Constitución: sobre el reintegro de gastos de Medicina privada por la Seguridad Social en caso de error de diagnóstico», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 31, 1987.

<sup>96</sup> Los casos admitidos por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la parte célebre por lo excéntrico del demandante. Véase, en general, F. RUBIO LLORENTE, «Constitución y derechos fundamentales», comentario al libro de Robert ALEXI, *Theorie der Grundrechte* (Nomos v., Baden-Baden, 1985), en *Saber Leer* (Fund. Juan March), núm. 16, 1988.

### III. PECULIARIDADES DE CADA SISTEMA CONSTITUCIONAL

Junto a datos que pueden considerarse de interés común como no cabe olvidar que cada sistema tiene sus peculiaridades, lo cual afecta obviamente al proceso de interpretación constitucional.

Dejando de momento de lado la cuestión de originalismo, es decir, de la ausencia de santificación en el constitucionalismo europeo continental, de los padres fundadores como fuente de inspiración constante de la interpretación, problema que se aborda en el apartado siguiente, no pueden dejar de pasarse por alto las siguientes características.

#### 1. *Separación entre legalidad ordinaria y legalidad constitucional*

La inexistencia de una clara discrecionalidad por parte del Tribunal Constitucional en la elección de los casos a decidir, al contrario de lo que ocurre en Estados Unidos con la técnica del *writ of certiorari*, configura a la jurisdicción constitucional, especialmente en los supuestos en los que los Tribunales Constitucionales intervienen enjuiciando casos y controversias, cómo una jurisdicción real les lleva a tener que justificar la no aceptación de todos los casos. Para ello traza una línea entre legalidad ordinaria e infraconstitucional y legalidad constitucional a efectos de poder afirmar que el Tribunal Constitucional sólo puede ocuparse de esta última. Junto a la sobrecarga de trabajo como explicación de este fácil recurso como justificación para no entrar en los casos, está el que los tribunales a los que se les reconoce el carácter de intérprete supremo en Europa, los Tribunales Constitucionales, no tienen jurisdicción para examinar la aplicación de la Constitución en general, a diferencia de lo que suele ocurrir con los sistemas de jurisdicción difusa como el norteamericano o el mejicano. Si el intérprete supremo de la Constitución pudiera examinar por vía de recurso cualquier cuestión interpretativa de la Constitución que se planteara en un caso ante los Tribunales Ordinarios, tras el correspondiente análisis llevado a cabo por éstos, no estarían obligados a deslindar constantemente entre lo que es mera cuestión de legalidad ordinaria y legalidad constitucional, puesto que bastaría que estuviera en juego cualquier interpretación de la Constitución (incluso el valor «informador» de la Constitución en la aplicación de una norma o derecho claramente infraconstitucional), para que el Tribunal Constitucional pudiera enjuiciar la simple interpretación o no del Derecho infraconstitucional conforme a la Constitución.

Es más, el problema es más grave, puesto que no sólo la legalidad ordinaria, sino también la legalidad constitucional misma (salvo en lo que afecta a los derechos superprotegidos, derechos fundamentales y libertades públicas, es un ámbito ajeno al Tribunal Constitucional si no hay norma con rango de ley. Ello le obliga constantemente a

tener que rehusar la interpretación de la Constitución en temas ajenos a los derechos superprotegidos y, respecto del valor a veces meramente informador de éstos, a señalar que el artículo que constitucionaliza el derecho superprotegido de que se trate, «nada tiene que ver» con ese supuesto de aplicación de la legislación infraconstitucional. La aplicación de la Constitución como sistema de valores, como hemos visto, implica la absoluta permeabilidad entre la Constitución y todo el resto del ordenamiento infraconstitucional, por lo que no existe prácticamente una sola norma jurídica infraconstitucional que no tenga conexión, incluso aunque sea a los meros efectos interpretativos, con los valores constitucionales, toda vez que ello implicaría caer de nuevo en la ficción de que los jueces son, desde el punto de vista valorativo, neutrales, ficción en la que una sociedad moderna no puede caer.

Ello ha llevado al Tribunal Constitucional a señalar que en muchos casos hay cuestiones que *nada tienen que ver* con derechos fundamentales cuando esa conexión realmente existe, y otra cosa es que no se haya producido una violación de esa norma o precepto constitucional, sino simplemente una interpretación de la legalidad infraconstitucional ordinaria que podría haber sido otra, que además está mejor ajustada al sistema de valores, pero que, al tratarse de una interpretación posible entre muchas y no de gravedad suficiente, no genera ciertamente una violación flagrante del precepto constitucional. En estos supuestos para justificar la inadmisión del caso, suele el Tribunal Constitucional señalar que la legislación infraconstitucional nada tiene que ver con el derecho constitucional en juego, produciendo una disociación que, desde luego, en Estados Unidos, es impensable. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha señalado que las cuestiones públicas no son derecho de reunión ni libertad de expresión ni de asociación <sup>96 bis</sup>; que la diferenciación en la gama de salarios por motivos que no obedecen a una causa de discriminación de las específicamente prohibidas es una cuestión de mera legalidad ordinaria que nada tiene que ver con el principio de igualdad constitucional <sup>97</sup>; que la creación por los tribunales en su interpretación del Código Penal de nuevas figuras delictivas —como el delito continuado— no previstas por la ley es una cuestión de legalidad ordinaria que nada tiene que ver con el principio constitucional de necesaria tipificación legal de los delitos y faltas, etc. <sup>98</sup>.

Una cosa es afirmar que existe o no violación de ese derecho (puesto que la respuesta o el resultado podría ser el mismo) y otra cosa es fundamentarlo sobre la base de que no existe conexión alguna entre el derecho constitucional y la situación enjuiciada que queda dejada al campo de la legalidad ordinaria. Resulta obvio que existe

<sup>96 bis</sup> Véase la STC 85/1988, de 28 de abril, *BOE* de 28 de mayo.

<sup>97</sup> STC 34/1984, de 9 de marzo, *BOE* de 3 de abril. Véase, también, el comentario de M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo II (1984), pp. 80 y ss.

<sup>98</sup> STC 89/1983, de 2 de noviembre, *BOE* de 2 de diciembre.

una conexión elemental entre los derechos de libertad de expresión y reunión y los derechos a hacer cuestaciones públicas, por lo que mal puede decirse que este segundo aspecto quede fuera de la cuestión constitucional; o existe ciertamente una conexión elemental entre el derecho a pedir el resarcimiento de gastos de la Seguridad Social por error de diagnóstico de los órganos sanitarios que pone en riesgo la integridad corporal y el derecho a la vida y propia integridad corporal del artículo 15, y existe ciertamente una conexión elemental entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a que el contenido de una indemnización se ajuste realmente al daño sufrido. Otra cosa es que se produzca o no una violación por considerar que esos límites son razonables u obedecen a otra justificación de otro tipo, pero negar toda conexión entre los mismos y la Constitución supone desconocer la necesaria permeabilidad que la Constitución como sistema de valores debe implicar para su auténtica y efectiva aplicación y vivencia<sup>99</sup>.

## 2. Mecanismos procesales

Son desconocidos en gran parte en Europa aquellos mecanismos que en último término llevan a lo que en Norteamérica se conoce como *institutional litigation*. La inexistencia de mecanismos procesales tales como los *advisory judgements* o las *class actions* hace que el proceso constitucional, en cierta medida, quede cojo al plantearse siempre como un litigio individualizado. Unido a la inexistencia de mecanismos procesales concretos de intervención como la figura del *amicus curiae*, se genera el que el proceso tiene carácter más bien cerrado y el que, a su vez, los problemas se plantean desde una órbita procesal excesivamente individualista, contemplando el proceso como un mero litigio entre dos partes individuales, cuando nos encontramos ante cuestiones ciertamente de relevancia constitucional para el conjunto del cuerpo social<sup>100</sup>.

La figura del Defensor del Pueblo con sus características especiales en España que lo diferencia del resto de los *Ombudsman*<sup>101</sup>, ha permitido en parte dotar a diversos grupos de un mecanismo institucional de participación procesal, facilitando incluso la impugnación directa de la ley sin que haya caso o controversia, de gran utilidad para el constitucionalismo español. La fijación de los límites a la actuación de los poderes públicos respecto de los extranjeros, presos, sindicatos anarquistas y por tanto sin ningún tipo de representación

<sup>99</sup> Véase, en general, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho* (Ed. Civitas, 1984).

<sup>100</sup> Algunas sentencias se han hecho eco del ataque doctrinal a la separación tajante entre legalidad constitucional y ordinaria. Véase, a estos efectos, la STC 50/1984, de 5 de abril, BOE de 25 de abril.

<sup>101</sup> En especial, su legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad directamente contra la Ley (art. 162.1.a de la Constitución).

parlamentaria, etc., sólo ha sido posible a través de esta figura institucional.

Aun así, España se encuentra a años luz de lo que en Norteamérica constituye la *public law litigation* <sup>102</sup>.

### 3. *El factor de la efectividad del remedio constitucional*

Tradicionalmente los jueces españoles, como en general los europeos, no han gozado de tantos poderes directos de coacción ni sobre los individuos o personas jurídicas privadas, ni sobre los funcionarios o los poderes públicos. En este aspecto el juez constitucional norteamericano ha recibido toda la herencia del derecho procesal anglosajón ampliada por una legislación procesal potenciadora de la efectividad de la tutela que otorgan los jueces. No nos referimos sólo al problema clásico de la inexistencia de *contempts*, *injunctions* o técnicas clásicas del *common law*, sino a la poca tradición de la utilización por parte de los jueces europeos de las cláusulas generales que los legisladores suelen poner en sus manos al promulgar las leyes procesales conscientes de que, de ser tomadas en su auténtica extensión, el juez infringiría el principio de separación de poderes. Así, aunque las leyes procesales permiten, por ejemplo, en medidas cautelares, adoptar cualquiera que se estime necesaria, a ningún juez realmente se le ocurriría inventar una medida cautelar estrictamente necesaria que no hubiera venido pensada, creada, especificada y regulada totalmente por la ley procesal. En el ámbito de la litigación pública ello es mucho más grave, puesto que las fórmulas de ejecución de sentencias y de adopción de medidas cautelares frente a los poderes públicos son hereditarias de un derecho francés donde la función judicial de control tiene prácticamente una aplicación meramente declarativa. Sabido es cómo en Estados Unidos la jurisprudencia que con más efectividad ha logrado aplicar la Constitución, a la vez que más debates ha generado acerca de la forma de entender la propia Constitución americana, ha sido la dictada por las medidas adoptadas por los tribunales federales (siempre bajo la supervisión del Tribunal Supremo) para lograr la creación y aplicación de remedios que lleven a la efectividad de la Constitución contra viento y marea <sup>103</sup>. Este aspecto es desconocido en el constitucionalismo europeo, donde la tradición se limita a resoluciones judiciales de eficacia declarativa, pero cuyo cumplimiento efectivo se confía sea asumido, por instancia propia y cortesía constitucional, por el poder constitucional que goza realmente del poder de coacción o de su habilitación (el ejecutivo y el legislativo).

<sup>102</sup> Véanse, por todos, CHAYES, «The Role of the Judge in Public Law Litigation», 89 *Harv. L. Rev.* 1281 (1976), y EISENBERG y YEAZELL, «The Ordinary and Extraordinary in Institutional Litigation», 93 *Harv. L. Rev.* 465 (1980).

<sup>103</sup> Véase ENRIQUE ALONSO GARCÍA, «La intervención judicial en la administración cotidiana de instituciones públicas como consecuencia de las sentencias constitucionales: el ejemplo norteamericano», en *Homenaje al Profesor Jaime Guasp* (Ed. Comares, 1984).



Así, por ejemplo, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos es absolutamente deficiente en su concepción, puesto que el único remedio real a la violación de los derechos fundamentales consiste en la indemnización equitativa que, además, tampoco suele ser especialmente generosa pese a las tendencias de cambio que se observan en los años recientes <sup>104</sup>.

No otra cosa puede decirse del artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, donde las medidas que restablezcan la situación en general brillan por su ausencia (así, habiéndose declarado la violación del derecho de un ciudadano a presentarse como candidato en las elecciones, no se anulan éstas; habiéndose declarado la dilación indebida o una violación de los derechos procesales, el Tribunal Constitucional declara que el reconocer el derecho a la indemnización en abstracto o en concreto no forma parte del contenido posible de la sentencia de amparo, etc.) <sup>105</sup>.

El caso llega a ser todavía más llamativo cuando el Tribunal Constitucional, aun reconociendo la violación de un derecho, señala que, al haber varias alternativas posibles de solución, la efectividad del mismo corresponde al legislador, y sabido es que, conforme al Ordenamiento Jurídico, nadie puede obligar al legislador a adoptar una ley, salvo que éste se vea forzado ante una situación *de facto* que debiera ser creada por el tribunal (caso de la televisión o de la amnistía de militares republicanos) <sup>106</sup>. Con este argumento utilizado por el Tribunal Constitucional habría sido bien fácil eliminar aspectos remediales como el de *Busing*, puesto que, ciertamente, los recorridos que los autobuses a lo largo de la ciudad ofrecen varias alternativas; o habría sido imposible la jurisprudencia del *reapportionement* al ser posibles distintos dibujos de las líneas de los distritos electorales; ni en general habrían sido posibles muchas de las normas de derechos civiles que posibilitan la sujeción de instituciones públicas a la Constitución mediante la actuación de remedios judiciales administradores bajo la autoridad del juez <sup>107</sup>.

Mucho más graves son aquellos supuestos en que el Tribunal Constitucional «sugiere» al legislador que cambie su legislación, pero sin declararla inconstitucional. El caso más escandaloso, al conocerse que en realidad implicaba un juicio negativo de constitucionalidad mucho después y sin que el propio legislador se diera mínimamente por aludido, es el de la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Poder Judicial al regular los componentes del Consejo General del Poder Judicial <sup>108</sup>. Aunque, por desgracia, también hay otros ejemplos entre

<sup>104</sup> Véase el trabajo, no publicado todavía, de R. E. PIZA ROCAFORT, *Responsabilidad del Estado y derechos humanos* (1987).

<sup>105</sup> Véase I. BORRAJO INIESTA, «Indemnización constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 103, 1984, pp. 209 y ss.

<sup>106</sup> Véase ENRIQUE ALONSO GARCÍA, «Los ámbitos de poder del Gobierno exentos de control jurisdiccional», en *El Gobierno* (Diputación de Barcelona, 1983).

<sup>107</sup> Véase *op. cit. supra*, nota 103.

<sup>108</sup> STC 108/1986, de 29 de julio, *BOE* de 13 de agosto, donde el Tribunal Cons-

los cuales se encuentra la actual polémica de la declaración como constitucional de leyes que privan de derechos adquiridos susceptibles constitucionalmente de indemnización, pero que no prevén la misma cuando el único mecanismo real y elemental para forzar la indemnización es pura y simplemente declarar la ley inconstitucional mientras no contenga la correspondiente partida indemnizatoria <sup>109</sup>.

#### 4. *Las relaciones entre particulares*

Otra diferencia ciertamente esencial en la interpretación constitucional es la desigual concepción que se tiene acerca del ámbito de los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos particulares. El constitucionalismo norteamericano tuvo que enfrentarse con dos problemas graves desde sus orígenes, la limitación de gran parte del contenido de la Constitución, todo el *Bill of Rights*, al gobierno federal exclusivamente y, por derivación, la clara conciencia de que la Constitución no regula relaciones entre sujetos particulares, sino exclusivamente entre el ciudadano y, precisamente, el gobierno federal (y, posteriormente, los Estados).

Pues bien, doscientos años de constitucionalismo han llevado claramente a la admisión en Europa de que tan grave es la infracción del derecho fundamental por los poderes públicos como por el resto de los ciudadanos. Naturalmente, la contestación a este principio es obvia: de la protección de los derechos fundamentales del ciudadano frente a otro ciudadano se ocupa la legislación ordinaria que regula el derecho civil, laboral o penal, por que, realmente, en la idea del constitucionalismo mismo va implícito que su función básica y elemental es exclusivamente limitar el poder público.

Sin embargo, algunos de los derechos en sí mismos no tienen sentido si no se afirman frente a otros ciudadanos, lo que motivó la crisis de la estructuración del constitucionalismo como una relación exclusivamente unilateral ciudadano-Estado.

Los Estados Unidos, aunque a través de la doctrina de la *state action*, han ido extendiendo de forma ciertamente poco satisfactoria la aplicación de la Constitución a las relaciones *inter privatos*; constantemente tienen como uno de sus problemas básicos a dilucidar el alcance no ya de la Constitución entre los sujetos privados, sino incluso el ámbito de los poderes del Congreso cuando hace uso de cláusulas específicas que le habilitan para extender los derechos a las relaciones entre sujetos privados al promulgar las correspondientes Leyes de Derechos Civiles.

En Europa el fenómeno es prácticamente desconocido y por eso

titucional se limitó a reiterar que sería mucho más acorde con la Constitución que los doce miembros del Consejo, de los que habla el artículo 122.3, fueran elegidos por los propios Jueces.

<sup>109</sup> STC 108/1986, de 29 de junio; 99/1987, de 11 de junio, y, sobre todo, la 70/1988, de 19 de abril, BOE de 5 de mayo.

*no es en absoluto de extrañar que en general no exista el equivalente a dicha legislación de derechos civiles.* El problema se soluciona directamente a través de la interpretación constitucional acerca de qué derechos concretos y en qué situaciones concretas puede alcanzar la Constitución a las relaciones *inter privados*, y sobre la base de que un Estado en el que se permite genéricamente que se infrinja un derecho fundamental de un ciudadano por otro, es responsable de dicha infracción.

En consecuencia, aunque la letra de la Constitución nada dice y, es más, aunque la letra de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional parte de la idea de que los derechos más estrictos de la persona, los derechos fundamentales y libertades públicas, sólo son invocables como tales derechos fundamentales cuando es un poder público el que lo infringe, sin embargo, de hecho, el sistema no funciona así. En primer lugar, claramente hay muchos derechos cuya existencia misma como tales derechos presupone su aplicación al campo de las relaciones privadas. El derecho de huelga, el derecho a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, el derecho a la educación, la cláusula de conciencia del periodista, el derecho a la información del propio ciudadano, o los derechos al honor y la intimidad (este último en la variante del mismo como derecho a la no difamación) sólo son auténticamente tales si se reconoce su efectividad frente a acciones de otros ciudadanos.

Lo más llamativo, empero, es la aceptación sin ambages de que el principio de igualdad también puede aplicarse a las relaciones privadas. Desde luego, puede aplicarse íntegramente a las relaciones laborales, habiéndose llegado a considerar que el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores que se limita prácticamente a repetir el tenor literal del artículo 14 de la Constitución para imponerlo en las relaciones jurídico laborales trabajador-empresario, es prácticamente superfluo. Esta aceptación sin ambages de la aplicación del principio de igualdad al ámbito laboral ha llevado, también, a la aceptación sin ambages de otros derechos fundamentales en el ámbito laboral, destacando la libertad sindical, con su ampliación a los derechos de los representantes de los trabajadores, aunque no estén conectados a un sindicato, o la libertad de expresión, o el honor y la intimidad en el mismo ámbito.

Probablemente en el ámbito de las puras relaciones civiles tampoco se plantee gran problema, toda vez que puede hacerse una interpretación de los reglamentos de espectáculos públicos o de establecimientos abiertos al público similar a la que se ha hecho en el ámbito laboral, de tal forma que cuando todos estos reglamentos administrativos o leyes imponen el principio de igualdad como condición necesaria para el ejercicio de la actividad correspondiente se limitan a repetir el contenido del artículo 14, obviando así absolutamente todos los problemas que en Estados Unidos genera la constante discusión del ámbito legítimo del Congreso para promulgar Leyes de Derechos Civiles.

## V. LA AUSENCIA DE REFERENCIA AL ORIGINALISMO

Es de sobra conocido, como ha puesto de relieve el profesor Richards, que resulta inevitable en Estados Unidos vincular la interpretación a la intención de los padres constituyentes, hasta tal grado que ello hace de la interpretación constitucional en Estados Unidos un fenómeno totalmente peculiar o incluso *parrochial*.

Es cierto que en la tradición europea la voluntad de los constituyentes tiene poco valor no sólo porque la tradición de la interpretación de la legalidad infraconstitucional suele primar la interpretación objetiva por la subjetiva, sino también por el hecho de que el constitucionalismo europeo, mucho más convulsionado a lo largo de la historia, no puede considerarse fruto de un momento de especial lucidez y debate acerca del pacto constituyente, sino más bien fruto de una historia constante o sumas de momentos ilustrados. Es cierto que el pensamiento ilustrado europeo de finales del siglo XVIII y principios del XIX coincidía en gran parte en su planteamiento de la esencia constitutiva del Estado con la actividad que en América llevaron a cabo los padres fundadores. Sin embargo, por razones históricas que no son del caso, aquella lucidez constituyente no acabó de cuajar, lo que, a su vez, influyó en la falta de valor normativo de las Constituciones, puesto que éste necesariamente conlleva como presupuesto la absoluta conciencia del momento constituyente.

Sin embargo, el último extremo del mismo papel que juegan los padres fundadores para el constitucionalista norteamericano lo juegan en Europa la Tradición Constitucional entendida no sólo como teoría política, sino también como conciencia del carácter internacional del constitucionalismo.

La interpretación de los principios básicos no se hace por conexión a cuál hubiera sido la voluntad de los constituyentes y cuál era la idea que éstos tenían acerca de un Estado de Derecho, sino por imputación de esa misma idea a toda la tradición constitucional y a la teoría del constitucionalismo.

Es más, el fenómeno se ve acentuado por el hecho de que, al menos en la parte dogmática de la Constitución, la integración europea obliga a un *consensus* común acerca de los principios generales y derechos fundamentales básicos<sup>110</sup>.

A la vez, la aplicación de instrumentos que, aunque pensado originariamente como clásicos de derecho internacional público, han llevado a una operatividad idéntica a la constitucional, como lo es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, obliga constantemente a repensar cuáles son los límites que una sociedad democrática puede imponer como necesarios a los derechos constitucionales de la persona.

<sup>110</sup> Véase Ricardo ALONSO GARCÍA, *Hacia un «ius publicum commune» europeo* (tesis doctoral pendiente de publicación).

Si el sistema del Consejo de Europa impone estándares mínimos a todos los sistemas constitucionales, salvo donde se aplica la doctrina del «margen de apreciación» de los Estados firmantes del Convenio<sup>111</sup>, el sistema de creación por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo de principios generales y derechos fundamentales aplicables a las Comunidades Europeas supone la autoimplantación de máximos, ya que basta con que en alguna Constitución de algún Estado miembro de las Comunidades Europeas se haya constitucionalizado un derecho ciudadano para que el Tribunal de Justicia condene seriamente si las Comunidades deben respetarlo<sup>112</sup>.

En España, esta «internacionalización» resulta imperativa por el artículo 10.2 de la Constitución que supone, para el intérprete supremo de la Constitución, la obligación de tener en cuenta los documentos internacionales de derechos cuando lleve a cabo la interpretación de los derechos listados en el texto constitucional. Dicho artículo va mucho más allá incluso de lo que su propio tenor literal señala al haberse plenamente admitido que no se trata solamente de una interpretación conforme a los textos de los tratados internacionales, sino de una interpretación conforme a lo que los órganos de interpretación y aplicación de esos tratados sienten como jurisprudencia, lo cual es aplicable tanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo<sup>113</sup> como a la labor creadora de derechos fundamentales del Tribunal de Justicia de Luxemburgo<sup>114</sup>.

Todo ello con independencia de que los modelos básicos que tuvo el constituyente español *in mente*, el italiano, el alemán y el portugués, no hayan perdido su vigencia y sirvan constantemente de parámetro de contraste de la validez constitucional de las decisiones del Tribunal Constitucional, que, a veces, también recurre abiertamente al análisis de la jurisprudencia norteamericana<sup>115</sup>.

Naturalmente, la fuente del Derecho Constitucional se amplía hasta extremos desconocidos en los Estados Unidos, cuya fuente de legitimidad —los padres fundadores— quizá esconde un aislacionismo en los valores y la práctica del constitucionalismo que sólo puede ser perjudicial para las Comunidades Políticas de ambos lados del Atlántico.

<sup>111</sup> Véase, en general, O'DONNELL, «The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», 4 *Human Rights Quarterly*, 1982, pp. 474 y ss.

<sup>112</sup> Véase *op. cit. supra*, nota 110.

<sup>113</sup> Véase, en general, E. GARCÍA DE ENTERRÍA *et al.*, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos* (Ed. Civitas, 1979), pp. 152 a 154.

<sup>114</sup> Véase, por ejemplo, la bibliografía citada en la obra colectiva *Tratado de Derecho Comunitario* (Ed. Civitas, 1986), vol. I, p. 382, nota 96, así como el texto mismo que acompaña a la nota.

<sup>115</sup> Véase, por todas, la STC 126/1987, de 16 de julio, BOE de 11 de agosto, fundamento 11, donde el Tribunal Constitucional analiza la línea jurisprudencial sentada en *U. v. Hudson*, *Welch v. Henry et alii* y *US v. Darusmont*, de 1937, 1938 y 1981.



## **II. CONFERENCIAS CON MOTIVO DEL IX ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA \***

\* Se recogen seguidamente los textos entregados por los profesores invitados a participar en el ciclo de conferencias que el Centro de Estudios Constitucionales organizó durante los días 9 y 10 de diciembre de 1987 para celebrar el IX aniversario de la Constitución de 1978.

