

NOTA DEL AUTOR A LA TERCERA EDICIÓN

Me alegra mucho tener la oportunidad de redactar esta nota con motivo de la publicación de la tercera edición del libro «Justicia constitucional y democracia». Estoy en deuda con los lectores, naturalmente, por la buena acogida que el texto ha tenido a lo largo de los años, y con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por su constante apoyo.

Cuesta creer que ha transcurrido casi un cuarto de siglo desde que este trabajo salió a la luz en 1997. Desde entonces se han ido sucediendo novedades importantes en el plano normativo y jurisprudencial. Y la bibliografía sobre la justicia constitucional no ha dejado de crecer, lo que ha permitido refinar los argumentos y contraargumentos relevantes para evaluar los fundamentos y límites de la institución.

Al igual que hice en 2007 a propósito de la segunda edición de la obra, en esta tercera edición he optado por mantener prácticamente inalterado el texto original, más allá de introducir pequeñas correcciones formales y actualizar algún dato específico. Es imposible poner al día el libro sin transformarlo significativamente, lo que haría irreconocible la versión inicial.

Al reflexionar ahora sobre la cuestión abordada en el trabajo, me parece pertinente observar que, en nuestro país, el debate acerca de si está justificado que las leyes aprobadas por un parlamento democrático puedan ser anuladas por los tribunales ya no se entabla únicamente en los estrechos círculos académicos, sino que ha llegado a la opinión pública. Uno de los factores que han influido en esta expansión está ligado a la polémica desatada en su momento por la sentencia del Tribunal Constitucional que invalidó determinadas disposiciones del Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006 (STC 31/2010). El hecho de que el Estatuto de autonomía hubiera sido respaldado, no sólo por el Parlamento catalán y las Cortes Generales, sino también por los propios ciudadanos catalanes en un referéndum, planteó la cuestión

de si era aceptable desde un punto de vista democrático que el Tribunal Constitucional tuviera la autoridad para controlar la validez de los preceptos de dicho Estatuto y eventualmente decretar su nulidad. Aunque las bases jurídicas que habilitaban la intervención del Tribunal para verificar la constitucionalidad del Estatuto eran indudables, y ningún jurista sensato pudo poner en duda la existencia de esas bases, la pregunta por la legitimidad democrática del Tribunal resultó insoslayable.

Conviene indicar que, en mi libro, circunscribí el análisis sobre la legitimidad del control de constitucionalidad al campo de los derechos y libertades. Dejé de lado, pues, el examen del control de constitucionalidad que se lleva a cabo para resolver los conflictos entre poderes legislativos en un Estado descentralizado (federal o cuasi-federal). Por esta razón, las tesis que defendí en el libro no resultan trasladables a los asuntos abordados por el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña¹. En todo caso, el tema de la legitimidad de la justicia constitucional en una democracia ganó visibilidad a partir de la mencionada sentencia.

También es preciso destacar, como novedad, la recuperación del papel del Tribunal Constitucional como árbitro de la validez de la ley. Cuando se publicó la segunda edición de esta monografía en 2007, la situación del Tribunal era crítica. Su tardanza en resolver los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad era tan extraordinaria que se podía decir que, en la práctica, el control de constitucionalidad de la ley era inoperante. Por fortuna, la reforma introducida en virtud de la Ley Orgánica 6/2007 logró descargar al Tribunal del excesivo peso de la jurisdicción de amparo, facilitando que este órgano volviera a ser juez de la ley.

Más allá de las circunstancias particulares de España, es interesante proyectar la mirada al espacio constitucional europeo, y comprobar la buena salud de la institución del control judicial de la ley. Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco de sus respectivos cometidos jurisdiccionales, enjuician con frecuencia las leyes nacionales, aunque lo

¹ El lector interesado en conocer mi posición sobre dicha sentencia puede consultar mi artículo «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas», en *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (Madrid: Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011), pp. 11-42.

hagan de manera indirecta. El legislador democrático, en efecto, se encuentra sometido, no sólo al control de constitucionalidad nacional, sino también al control de conformidad con los estándares europeos. En particular, cuando las leyes son cuestionadas desde el punto de vista de los derechos y libertades fundamentales, no es raro que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sean llamados a expresar su postura. Con el tiempo se ha ido tejiendo una densa malla de reglas jurisprudenciales europeas que especifican límites a la acción de los legisladores nacionales. La evolución de las estructuras europeas se ha movido claramente en la dirección de fortalecer el control judicial de la ley. No parece que en los próximos años vayamos a ser testigos de un repliegue de la justicia constitucional en Europa. La pregunta acerca de los fundamentos de la institución adquiere, pues, una enorme significación.

Al afrontar este interrogante en el libro, sugerí razones para sostener que el control de constitucionalidad de la ley contribuye a mantener viva una cultura democrática basada en la deliberación pública. Ésta era, en síntesis, la idea básica por la que me incliné. Ahora bien, como ya apunté en la nota a la segunda edición, conviene poner de manifiesto que la defensa de esta institución exige, además, desarrollar un argumento que se fije en los resultados del control judicial en términos de la eficaz garantía de los derechos y libertades. Ello implica, naturalmente, abrazar una determinada teoría sustantiva acerca de los derechos y libertades a partir de la cual podamos hacer balance de la labor realizada por los jueces. Este planteamiento instrumental puede parecer un tanto simple, pero lo cierto es que la pervivencia del control de la ley, tanto en la esfera nacional como en la europea, se debe en gran medida a la aceptabilidad de los resultados alcanzados².

En efecto, más allá de las polémicas suscitadas en asuntos altamente controvertidos, la jurisprudencia de los tribunales supranacionales ha brindado a los derechos y libertades, en general, una salvaguarda adecuada. Por cada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pueda merecer reproche por haber impedido al legislador hacer algo que

² Para una exposición detallada de un argumento en favor de los tribunales constitucionales en el contexto europeo, puede verse mi libro *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad* (Madrid: Marcial Pons, 2011), que es traducción del texto *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective* (New Haven: Yale University Press, 2009).

quizás era razonable, hay muchas más sentencias que provocan nuestro aplauso por haber impedido al legislador adoptar normas claramente rechazables. Si hiciéramos un estudio sistemático de todas las leyes que han caído como consecuencia de la jurisprudencia europea, sería difícil negar la bondad de la intervención judicial, a la vista de los frutos obtenidos en cuanto a la protección de los derechos y libertades.

Es más, cabe aventurar que la institución de la justicia constitucional puede salir fortalecida en los próximos tiempos, a fin de superar los embates del populismo. Es habitual señalar los riesgos que para la democracia liberal entraña el populismo, tanto de derechas como de izquierdas. La democracia liberal, se dice con razón, trata de articular un sistema político basado en frenos y contrapesos. No existe un pueblo soberano, situado más allá del entramado institucional, que pueda actuar sin reglas. Necesitamos normas que definan el círculo de ciudadanos a los que se llama al proceso político para participar con su voz y voto, y normas que determinen los procedimientos y competencias de los diversos órganos que traducen la voluntad popular en decisiones vinculantes para todos. Las instituciones en las que se concreta la democracia liberal son imperfectas, ciertamente, pero no deben ser arrinconadas. A mi juicio, los argumentos en defensa de la institucionalidad de la democracia frente a la tentación populista abonan, indirectamente, el mantenimiento de la justicia constitucional como técnica de control dentro de un esquema institucional equilibrado.

Cuestión distinta es el impacto que puedan tener, en el debate sobre la justicia constitucional, las propuestas que se han hecho en diversos ámbitos para mejorar los sistemas democráticos actuales introduciendo fórmulas de designación de representantes basadas en el sorteo. Como es sabido, el sorteo se empleó a menudo en la antigüedad para el nombramiento de cargos. En la actualidad, diversos grupos de expertos y activistas han organizado, en un buen número de países, foros deliberativos con ciudadanos seleccionados aleatoriamente. Ello ha motivado interesantes polémicas entre los teóricos de la política, que se muestran divididos acerca de la deseabilidad de reemplazar el sistema de elección tradicional por un sistema de sorteo. En el marco de esta discusión, sería provechoso preguntarse cómo resultaría afectado el papel de la justicia constitucional si el régimen democrático se transformara en la dirección marcada por esas propuestas. ¿Debería el juez constitucional actuar con mayor deferencia hacia el

legislador, si la ley tuviera su origen en un proceso deliberativo en el que han participado ciudadanos nombrados por sorteo? ¿Tendría sentido la institución misma del control de constitucionalidad en ese contexto? Quede apuntado aquí el tema, que nos forzaría a explorar una nueva e interesante faceta de la controversia clásica sobre la justicia constitucional.

Por último, antes de cerrar esta breve nota, quiero aprovechar la ocasión para recordar una vez más a Francisco Tomás y Valiente, en cuyo homenaje se instituyó el premio con el que fue galardonada esta monografía en 1997. Ha pasado más de un cuarto de siglo desde su brutal asesinato en manos del terrorismo etarra. La voz inconfundible de Tomás y Valiente, la voz de la razón ilustrada, se apagó injustamente el 14 de febrero de 1996. Le hemos echado de menos todos estos años, llenos de acontecimientos sobre los cuales nos habría iluminado con sus ponderadas opiniones. Pero seguimos leyendo su extraordinaria obra, que nos continúa inspirando. Es para mí un motivo de orgullo que este libro naciera ligado a la memoria de un jurista tan ejemplar y de tan entrañable persona.

Barcelona, marzo de 2021

NOTA DEL AUTOR A LA SEGUNDA EDICIÓN

Desde que apareció publicada la primera edición de este libro, a finales de 1997, el debate acerca de la justificación y los límites de la justicia constitucional continúa abierto, como no podía ser de otra manera, y se ha enriquecido con nuevas aportaciones teóricas, tanto en nuestro país como fuera de él. A los efectos de esta segunda edición, sin embargo, he creído oportuno mantener el texto original, en lugar de revisarlo a fondo a la luz de la bibliografía aparecida. Lo único que he hecho es corregir algunos errores de detalle en cuestiones marginales, así como actualizar brevemente algunos datos, como consecuencia de ciertas modificaciones jurisprudenciales y normativas.

En la medida en que la razón principal que me impulsó a escribir esta monografía fue la constatación de que entre los constitucionalistas españoles no existía mucho debate acerca de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad de la ley, es un motivo de satisfacción comprobar que, en la actualidad, existe mayor conciencia entre nosotros acerca de la relevancia de este problema. Naturalmente, la controversia se desarrolla dentro de un reducido círculo académico, sin que trascienda a la opinión pública. Pero, al menos, ya no resulta extraño que alguien se pregunte acerca de «hasta dónde» pueden llegar legítimamente los jueces constitucionales en un sistema democrático. Ciertamente, la intensidad del debate no es la misma que la que se aprecia en los Estados Unidos, país que tomé como punto de referencia básico en esta materia. Ni siquiera es comparable a la discusión que se ha desarrollado en otros países europeos.

En parte, una de las causas que explican la menor visibilidad de este problema en España reside en el papel cada vez más insignificante que desempeña nuestro Tribunal Constitucional como juez de la ley. Como es sabido, el Tribunal está absolutamente colapsado por el altísimo volumen de recursos de amparo que le llegan cada año. La consecuencia práctica es que apenas dedica su tiempo y energía institu-

cional a la resolución de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad interpuestos contra las leyes. No es raro que el Tribunal llegue a tardar hasta 10 años para declarar inconstitucional una ley que fue en su momento impugnada por la oposición parlamentaria, por ejemplo, o por los jueces ordinarios. En estas condiciones, es evidente que el discurso acerca de la legitimidad se torna prácticamente irrelevante. El diálogo Parlamento-Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales al que apunto en mi libro no tiene mucho sentido en el contexto de un sistema en el que el Tribunal Constitucional ha dejado de ser el juez de la ley. Sólo nos queda la esperanza de que una futura reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pueda dar nueva vida a esta importante institución. Desde luego, dice muy poco de la calidad de nuestros gobernantes y de nuestros representantes políticos, así como de la opinión pública en general, que se haya contemplado con tanta pasividad el declive de una institución que resulta capital en las modernas democracias constitucionales.

En todo caso, la discusión académica en el plano teórico tiene su propio espacio, y debe intentar poner entre paréntesis esa desoladora realidad.

Pues bien, al releer las páginas de este libro para preparar la segunda edición, me ha parecido que las tesis principales en él defendidas se pueden seguir sosteniendo. Así, sigo pensando que no es correcto reaccionar ante el problema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional a través de las dos teorías que critico en los capítulos Segundo y Tercero: la que limita el papel del juez constitucional a la protección de las reglas del juego democrático, y la que opta por una Constitución de detalle (es decir, por una Constitución que se expresa en cláusulas muy específicas). Y también continúo pensando que, por regla general, el juez constitucional debe examinar las leyes aprobadas por el Parlamento democrático bajo una cierta presunción de validez, una presunción que puede dejar de operar en determinados supuestos, según explico, y que, en todo caso, no es tan fuerte como para impedir la intervención del juez constitucional en cuestiones controvertidas.

Sin embargo, me he dado cuenta de que existe un elemento dentro de mi planteamiento que debería ser reforzado. Me refiero al tipo de contribución que se espera del juez constitucional. En mi libro pongo énfasis en la idea de que el juez contribuye a elevar la calidad deliberativa del proceso político a través del cual se interpretan y con-

cilian los derechos fundamentales que la Constitución enuncia en abstracto. Esta idea, sin embargo, debe combinarse con otra, que no destaca suficientemente en el libro (aunque se basa en consideraciones que sí aparecen mencionadas en él), a saber: que las decisiones de los jueces, aunque falibles, son prometedoras desde el punto de vista de la adecuada interpretación y protección de los derechos fundamentales y deben, por tanto, ser tomadas en serio en el debate político. Ello es así, en primer lugar, porque los jueces constitucionales son conscientes de que su función es, sobre todo, velar por los derechos y principios fundamentales recogidos en la Constitución, frente a otro tipo de consideraciones, mientras que un Parlamento está abierto a un abanico de intereses más amplio, en detrimento del mayor peso que deben tener esos derechos y principios. En segundo lugar, los jueces constitucionales tienen que decidir con arreglo a una serie de criterios generales que deben aplicar de manera coherente en los diversos casos, lo que asegura una cierta tendencia a la imparcialidad, y ello en mayor medida que el Parlamento. Creo que estas dos tesis, que habría que desarrollar adecuadamente, son necesarias para reforzar la defensa de la justicia constitucional frente a la objeción democrática¹. En efecto, no basta con señalar que la intervención del juez constitucional enriquece el debate público. Es necesario, además, indicar por qué su intervención es digna de respeto y consideración, hasta el punto de que el sistema constitucional no favorece (aunque no imposibilite) la neutralización de las interpretaciones judiciales a través de procedimientos políticos. Quede constancia, pues, de esta autocrítica.

Y quede expresado también mi más profundo agradecimiento a las personas que leyeron la primera edición de esta obra y me trasladaron comentarios y críticas de gran interés, así como al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por su iniciativa y por el apoyo recibido a lo largo de estos años.

Barcelona, marzo de 2007.

¹ En este sentido, me parecen muy interesantes los argumentos esgrimidos por LAWRENCE SAGER en su libro *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice* (New Haven: Yale University Press, 2004). Existe traducción de esta obra en castellano: *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana* (Madrid: Marcial Pons, 2007).

INTRODUCCIÓN

En un bello ensayo titulado «Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador», Francisco Tomás y Valiente manifestó su interés por estudiar las sentencias en las que el Tribunal Constitucional, a pesar de declarar que la ley que ha sido impugnada es conforme con la Constitución, recomienda al legislador que proceda a modificarla. Después de ensayar una tipología de recomendaciones, Tomás y Valiente animaba a los estudiosos a que trataran el tema *more academico*¹.

A primera vista, puede parecer extraño que el Tribunal Constitucional se limite a «recomendar» determinada actuación al legislador. Si el Tribunal es el supremo intérprete de la Constitución, según declara el artículo 1.1 de su Ley Orgánica, ¿por qué debería limitarse en algunos casos a recomendar la modificación de la ley, por razón de su dudosa constitucionalidad, en lugar de invalidarla directamente? Si Tomás y Valiente sentía curiosidad y, bajo determinadas condiciones, cierta simpatía por la técnica de las recomendaciones, ello se debía, en gran parte, a su preocupación por conciliar la supremacía constitucional con el principio democrático. Le parecía objetable que el Tribunal desempeñase un papel activista, pues consideraba que en una democracia debe reconocerse al legislador un gran protagonismo en la configuración de la voluntad colectiva. Siendo magistrado del Tribunal Constitucional, formuló un voto particular a la Sentencia 53/1985 que resolvió el recurso previo contra el proyecto de ley que despenalizaba parcialmente el aborto consentido. En ese voto, expresó su «profunda y preocupada discrepancia» con la decisión del Tribunal, al que reprochó haber hecho un juicio de calidad en lugar de un juicio de estricta constitucionalidad, haber excedido su misión como legislador

¹ El ensayo se incluye en su obra *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), pp. 101-11.

negativo, y haber actuado como si fuera una «tercera cámara». En esa discrepancia late, sin duda alguna, su preocupación por definir correctamente los límites dentro de los cuales es legítimo el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad de la ley en una democracia representativa.

El presente trabajo no es un estudio de la técnica de las recomendaciones que Tomás y Valiente preconizaba. Es un intento de contribuir a un debate previo y, si se quiere, más fundamental, acerca de la justificación y los límites del control judicial de la ley en una democracia. A fin de acotar el ámbito de reflexión, me centraré en el papel del juez constitucional cuando tiene que proteger frente al legislador los derechos y libertades que la Constitución consagra.

En los Estados Unidos, el problema acerca del fundamento y los límites del control judicial de la ley en una democracia constitucional ha recibido un extenso tratamiento doctrinal y ha sido objeto de apasionadas disputas, con notables repercusiones prácticas en la vida pública de ese país. Dado que las reflexiones de la doctrina americana pueden enriquecer nuestro debate acerca del mismo problema, he introducido en este estudio abundantes referencias a la misma. Naturalmente, no ignoro las diferencias que existen entre el sistema americano de justicia constitucional y el sistema español, diferencias que trataré de poner de relieve a lo largo de la exposición, en la medida en que sean relevantes. Pero existen problemas comunes para cuyo tratamiento son útiles las propuestas teóricas que la doctrina americana ha desarrollado durante las últimas décadas.

Este trabajo es fruto de un proceso de reflexión que se inició en el año 1991, cuando, gracias a una beca otorgada por la Fundación «La Caixa», pude ir a la Universidad de Yale, en los Estados Unidos, donde estudié durante dos años. Allí realicé mi tesis doctoral, que fue aprobada en esa Universidad en enero de 1996. Debo agradecer al profesor Owen Fiss, mi director de tesis, su enorme dedicación a la tarea de introducirme en la cultura jurídica americana, así como su interés por conocer el derecho constitucional español. Fue un verdadero placer escribir la tesis bajo su dirección, pues no sólo me beneficié de sus enseñanzas, sino también de sus múltiples consejos acerca de la vida, en general. A los profesores Bruce Ackerman y Anthony Kronman, que formaron parte del comité de tesis, debo expresarles también mi agradecimiento por sus orientaciones y por el entusiasmo con que apoyaron mi investigación.

Este libro toma como punto de partida las ideas defendidas en la tesis doctoral de Yale, pero se trata de un trabajo completamente nuevo, iniciado en 1995. Para su elaboración he encontrado en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra (al que me incorporé en septiembre de 1993) un ambiente excelente. He podido exponer y contrastar mis puntos de vista en diversos seminarios, conforme avanzaba mi investigación, lo que ha sido de gran utilidad para evitar errores y mejorar la manera de defender mis ideas. Quiero por ello dar las gracias a los miembros de ese departamento (Carles de Alfonso, Héctor García, Jordi Jané, Héctor López, Rosa Lucas, Ferrán Marín, Luis Javier Mieres, Xavier Muro, Montserrat Nebreira, Ismael Pitarch, Francisca Pou, Ferran Torres y Juan Toscano) y, en especial, a su director, Marc Carrillo, a quien no sólo debo sus útiles sugerencias y comentarios, sino también su confianza incondicional en este proyecto. También, de modo particular, a mi colega y amigo Luis Javier Mieres, que ha leído este trabajo y me ha aportado sugerencias interesantes. Doy también las gracias a Xavier Gómez, del departamento de Derecho Internacional Público, por el entusiasmo con el que ha contemplado mi proyecto. También en la Universidad Pompeu Fabra he podido contar con el apoyo intelectual de los miembros del departamento de Filosofía del Derecho. Agradezco a su director, Albert Calsamiglia, así como a Ernesto Garzón Valdés, Ricardo Caracciolo, José Juan Moreso y Pablo Navarro, el haberme ilustrado abundantemente acerca de los problemas de filosofía política que subyacen al tema de este libro. Igualmente, mi amigo argentino Roberto Gargarella me trasladó consejos muy útiles a propósito de las ideas defendidas en el mismo. Por desgracia, el maestro común que fue Carlos Nino sólo pudo ver las primeras notas de mi tesis doctoral. Su ausencia, tras su prematura muerte en 1993, la he sentido en muchos momentos a lo largo de la elaboración de este trabajo. También debo mencionar a Daniel Mendonca, con quien me une no sólo la amistad, sino también un común interés intelectual por las presunciones jurídicas, a propósito de las cuales organizamos conjuntamente un seminario en la Universidad Pompeu Fabra en 1995.

A Carles Viver debo agradecerle su inestimable ayuda a lo largo de estos últimos años, durante los cuales ha estado siguiendo mi investigación. Su punto de vista, basado en su experiencia como magistrado del Tribunal Constitucional, ha sido de especial importancia, pues me ha obligado a contrastar mis tesis, inspiradas en la doctrina americana,

con las exigencias de la práctica constitucional española. Es digna de mención la paciencia con la que me ha recibido en su casa muchos sábados por la tarde para discutir las sucesivas versiones de este trabajo.

Debo agradecer al Centro de Estudios Constitucionales y al Tribunal Constitucional el haberme otorgado el Premio Francisco Tomás y Valiente (1996) por este ensayo. El jurado que falló el premio estuvo integrado por el Presidente del Tribunal Constitucional, Álvaro Rodríguez Bereijo, por la Directora del Centro, Carmen Iglesias, y por Javier Jiménez Campo, Manuel Aragón Reyes, Pedro Cruz Villalón y Francisco Rubio Llorente. A todos ellos quiero darles muy sinceramente las gracias por el enorme estímulo intelectual que ha supuesto para mí este galardón, de tanta carga simbólica, dada la calidad académica y humana de la persona en cuya memoria se instituyó. En particular, estoy en deuda con Francisco Rubio y con Pedro Cruz por sus sugerencias posteriores al otorgamiento del premio, que me han permitido perfilar mejor algunos extremos de la versión inicial.

Por último, debo mencionar de modo especial a Maite Álvarez, no sólo por la paciencia con la que me ha acompañado durante estos años dedicados al trabajo que ahora ve la luz, sino también por su inestimable ayuda en su elaboración. Sus sugerencias, tanto en lo que atañe al estilo, como en lo que afecta al fondo del trabajo, han sido cruciales para mí.

CAPÍTULO PRIMERO

LAS PECULIARIDADES DEL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN MATERIA DE DERECHOS Y LIBERTADES

Una de las principales funciones del Tribunal Constitucional consiste en controlar que las leyes aprobadas por el Parlamento respeten los derechos y las libertades que la Constitución garantiza. Aunque también los jueces ordinarios participan indirectamente en esta función de control de la ley (a través, sobre todo, de la cuestión de inconstitucionalidad: artículo 163 de la CE), es el Tribunal Constitucional el que tiene el denominado «monopolio de rechazo»: sólo él puede declarar, con efectos generales, que determinado precepto de ley es contrario a la Constitución. Éste es el principal rasgo del «modelo europeo» de justicia constitucional, tal como lo concibió HANS KELSEN. En otros países, en cambio, todos los jueces pueden determinar por sí mismos, a los efectos de resolver una controversia concreta, si el precepto legal aplicable a esa controversia es o no constitucional. En caso de que estimen que no lo es, deben abstenerse de aplicarlo. Éste es el sistema que rige desde hace más de dos siglos en los Estados Unidos, por lo que se conoce normalmente como el «modelo americano» de justicia constitucional (*judicial review*). A pesar de las importantes diferencias entre uno y otro modelo, se plantean problemas similares en el terreno de la interpretación constitucional, en el que surge la cuestión acerca de los límites que debe respetar la justicia constitucional a fin de no contradecir el principio democrático. Dado que este trabajo gira en torno a estos problemas, utilizaré una expresión genérica —«juez constitucional»— para referirme a cualquier órgano jurisdiccional que tenga la potestad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de una ley. Este órgano puede ser un Tribunal Constitucional (como ocurre en el modelo europeo) o cualquier juez (como es propio del modelo americano). Es más, salvo que el contexto indique lo contrario, debe presuponerse que cuando hable de «juez» me estoy refiriendo al juez constitucional.

El juez constitucional se encarga, pues, de controlar que las leyes

no contradigan la Constitución. Más exactamente: se encarga de controlar que determinadas disposiciones que integran el texto de una ley sean compatibles con el sistema de disposiciones que integran el texto constitucional. Las disposiciones del texto legal son compatibles con las del texto constitucional si las normas que las primeras expresan son compatibles con el sistema de normas que las segundas expresan. Las normas se identifican a través de la interpretación de las disposiciones en las que se alojan. En consecuencia, el juicio acerca de la constitucionalidad de la ley exige interpretar dos textos (el texto legal y el texto constitucional) y apreciar si las normas que se expresan en el primero son compatibles con el sistema de normas que se expresan en el segundo.

El juicio acerca de la constitucionalidad de la ley no es el único juicio de contraste entre dos textos que es necesario realizar en la vida del Derecho. Así, por ejemplo, en España los jueces ordinarios tienen que contrastar el texto de un reglamento con el texto de una ley, o el texto de un contrato con el texto de una disposición legal que incorpora una norma imperativa de Derecho civil. Aplicarán el texto de rango inferior sólo si es compatible con el de rango superior. El juicio de constitucionalidad de la ley no es, pues, el único juicio de contraste que se plantea en un sistema jurídico moderno. ¿Qué peculiaridades tiene ese juicio? En particular, ¿qué peculiaridades tiene ese juicio en el campo de los derechos y las libertades constitucionales?

En mi opinión, dos son las principales. En primer lugar, las disposiciones del texto constitucional exhiben un mayor grado de indeterminación que la mayoría de las disposiciones legales que forman parte del sistema jurídico. En segundo lugar, la disposición de ley que hay que contrastar con la Constitución viene revestida de una especial dignidad por haber sido aprobada por un Parlamento democráticamente elegido, lo cual puede justificar que el juez constitucional tenga en cuenta determinadas consideraciones a la hora de llevar a cabo su tarea de control. La singularidad del juicio de constitucionalidad de la ley deriva, pues, de peculiaridades que aparecen tanto en la disposición constitucional que sirve de parámetro de validez, como en la propia disposición de ley que hay que enjuiciar bajo ese parámetro. Examinémoslas con mayor detenimiento.

1. LA INDETERMINACIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL

Un texto presenta indeterminaciones en la medida en que se plantean dudas acerca de cuál es la interpretación correcta de ese texto en relación con un caso determinado. El texto constitucional presenta, en principio, los mismos tipos de indeterminaciones que otros textos legales, pero algunas indeterminaciones son más frecuentes de lo habitual¹.

A) AMBIGÜEDAD Y VAGUEDAD

El texto constitucional presenta, como otros textos, ambigüedades, tanto semánticas como sintácticas. La ambigüedad semántica se da cuando una palabra tiene más de un significado, como ocurre con la palabra «banca», por ejemplo, que puede hacer referencia tanto a una entidad de crédito como a un tipo de mesa donde se exponen frutas y otras cosas para venderlas. Normalmente, el contexto nos permite identificar fácilmente en qué sentido se está empleando la palabra. Así, cuando el artículo 149.1.11.^a de la Constitución española establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las «bases de ordenación del crédito, banca y seguros», no hay duda alguna acerca del sentido en que está usando la palabra «banca». Pero a veces el contexto no permite despejar las dudas generadas por el carácter ambiguo de las palabras. Así, el artículo 30 de la Constitución dispone que «los españoles» tienen el derecho y el deber de defender España, y que la ley fijará las obligaciones militares «de los españoles», ¿Se está refiriendo este artículo sólo a los españoles varones, o también a las españolas? La palabra «españoles» es ambigua, pues tiene dos sentidos posibles (uno estricto y otro lato).

La ambigüedad sintáctica, por su parte, se produce cuando una oración puede expresar más de una proposición porque las conexiones entre las distintas palabras que la componen pueden interpretarse de distintos modos. Así, el artículo 32.1 de la Constitución española

¹ Para una exposición general de los distintos tipos de indeterminaciones del texto constitucional, véase CARLOS SANTIAGO NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992), pp. 89-97; y JOSÉ JUAN MORESO, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997).

establece que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». ¿Se refiere esta disposición al derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio entre sí, o también al derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con persona del mismo sexo? Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 9.3, cuando establece que la Constitución garantiza «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos». La palabra «sancionadoras», ¿se refiere sólo a las disposiciones no favorables, o también a las restrictivas de derechos? Si es lo segundo, no se garantiza la irretroactividad de todas las disposiciones restrictivas de derechos, sino sólo de las que sean sancionadoras. Si es lo primero, sí se garantiza esa irretroactividad.

Otro tipo de indeterminación que presenta el texto constitucional, al igual que otros textos legales, es la vaguedad. Las palabras que se utilizan en el lenguaje natural son inevitablemente vagas. Una palabra es vaga en la medida en que existen objetos en relación con los cuales es dudoso si la palabra en cuestión es aplicable. Hay objetos que caen claramente dentro del campo de denotación de la palabra; otros caen claramente fuera; entre los primeros y los segundos aparecen una serie de objetos de difícil clasificación, de modo que la comunidad lingüística tiene dudas acerca de si les resulta aplicable la palabra. El fenómeno de la vaguedad permite distinguir dentro de la realidad tres zonas de casos: la zona de claridad (compuesta por casos de clara aplicabilidad), la zona de oscuridad (compuesta por casos de clara inaplicabilidad) y la zona intermedia, llamada «zona de penumbra» (en la que aparecen los casos dudosos). Las fronteras entre las distintas zonas son, a su vez, indeterminadas (lo que da lugar a la «vaguedad de segundo grado»). Dado que el legislador utiliza un lenguaje natural para formular sus prescripciones, la vaguedad es una de las fuentes de indeterminación del Derecho².

Suelen distinguirse diversos tipos de vaguedad. Uno es la «vaguedad por gradiente», que se produce cuando una palabra hace referen-

² Sobre la vaguedad, véase HERBERT HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, en *Essays in jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), pp. 62-72; ALF ROSS, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires: Eudeba, 1994), pp. 130-1; GENARO CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990), p. 31-35; CARLOS NINO, *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Ariel, 1983), pp. 264-8; CARLOS ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993), pp. 61-65.

cia a una propiedad que se da en la realidad en distintos grados, de modo que los objetos aparecen como formando parte de un continuo. Si no se estipula claramente hasta qué punto de ese continuo es apropiado emplear la palabra y a partir de qué punto deja de serlo, la palabra es vaga. Así, por ejemplo, la palabra «calvo» es vaga: ¿a partir de qué número de cabellos puede una persona ser considerada calva? Expresiones como «rojo» o «alto» son vagas por la misma razón. Un ejemplo de este tipo de vaguedad lo hallamos en el artículo 31 de la Constitución española, según el cual «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio». La expresión «confiscatorio» es vaga. El carácter confiscatorio de un tributo es una cuestión de grado: depende, entre otras cosas, de cuán alto sea el tipo impositivo. Está fuera de toda duda que un impuesto que grave la renta de las personas físicas con un tipo del 100 % es confiscatorio; también está fuera de duda que un tipo impositivo de, digamos, el 30 % no es confiscatorio. Pero existe una zona intermedia en que el carácter confiscatorio va haciéndose más dudoso. Si un tipo del 100 % es confiscatorio, también lo es un tipo del 99 %, o del 98 %, o del 97 %... Si un tipo del 30 % no es confiscatorio, tampoco lo es un tipo del 31 %, o del 32 %, o del 33 %... Pero conforme nos acercamos a la zona intermedia, va haciéndose más dudosa la afirmación de que determinado tipo impositivo tiene (o no tiene) alcance confiscatorio. Existe una zona de penumbra en que la aplicación de la expresión «alcance confiscatorio» es dudosa.

Otro tipo de vaguedad es la «vaguedad combinatoria», que se da cuando una palabra no se define por una serie de propiedades necesarias y suficientes, sino que hay un conjunto de propiedades relevantes tales que si un objeto reúne un número indefinido de ellas, le es aplicable la palabra, pero cualquiera de esas propiedades puede faltar sin que por ello la palabra deje de poder emplearse (basta que el objeto presente un número suficiente de las restantes propiedades). Así, la palabra «juego» es vaga: para que a algo le apliquemos la palabra «juego» no es necesario que reúna todas las propiedades que son relevantes; basta que reúna determinada combinación de ellas. También aquí la vaguedad da lugar a que se distingan casos claros y casos dudosos: mientras hay casos en los que el número y el tipo de propiedades es suficiente para aplicar al objeto que reúne esas propiedades la palabra

de que se trate, y hay también casos en que la combinación de propiedades no es suficiente, existen otros casos en que es dudoso si es o no suficiente esa combinación. Un ejemplo de vaguedad combinatoria lo suministra el artículo 18.2 de la Constitución cuando establece que «el domicilio» es inviolable. Cabe sostener que entre las propiedades relevantes para que un espacio físico se califique como «domicilio» a los efectos del artículo 18.2 está la legalidad del título en virtud del cual alguien posee una vivienda, la intimidad de la vida que desarrolla en ella, y el lapso de tiempo durante el cual desarrolla esta vida. Pero ninguna de estas propiedades es necesaria ni suficiente. Según qué combinaciones de estas propiedades se den, y según el grado en que se reúnan estas propiedades, será más o menos dudoso que determinado espacio constituya el «domicilio» de una persona.

Por último, está la vaguedad por «textura abierta». Se trata de una vaguedad potencial: potencialmente todas las palabras son vagas en el sentido de que pueden surgir objetos con unas propiedades tan insólitas que nos hacen dudar acerca de si es apropiado aplicarles la palabra. ¿Llamaríamos «gato» a un animal que se parece a los animales que hasta ahora hemos considerado gatos, pero que mide cuatro metros de altura? Como el mundo puede cambiar, y como nuestro conocimiento acerca del mundo puede también cambiar, el futuro puede depararnos casos que en la actualidad no podemos imaginar. La lista de propiedades que ahora podemos considerar necesarias y suficientes para que sea de aplicación determinada palabra puede tener que reajustarse a la luz de un nuevo caso que el futuro haga aparecer. Nuestra definición de «gato» quizás tenga que modificarse ante ese animal de cuatro metros de altura. Quizás decidamos que una condición necesaria para que sea aplicable la palabra «gato» es que el animal en cuestión no tenga cuatro metros de altura. A veces, sin embargo, se habla de «textura abierta» para referirse a la vaguedad que se produce como consecuencia de la aparición de objetos con características que, si bien eran humanamente previsibles en un momento anterior, de hecho no fueron previstas. Así, HART habla de «textura abierta» cuando pone el ejemplo de una regla que prohíbe la entrada de «vehículos» en un parque: ¿es aplicable esta regla al caso de un vehículo motorizado de juguete que lleva un niño?³. Aquí el caso no es extraordinario en el mismo sentido en que lo es el caso del gato que

³ H. L. A. HART, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), pp. 125-6.

mide cuatro metros de altura. Ocurre, simplemente, que el legislador no tuvo en cuenta como relevante la propiedad de ser el vehículo un juguete de un niño en lugar de un medio de locomoción de un adulto. Esta vaguedad por textura abierta puede presentarse en relación con cualquier disposición constitucional. El futuro siempre puede presentar casos con propiedades que el legislador constitucional no previó y que, en el momento de aplicar la disposición constitucional, nos parecen relevantes y nos obligan a reconsiderar nuestras anteriores definiciones de las expresiones que figuran en esa disposición.

El texto constitucional incluye, pues, expresiones ambiguas y vagas. Pero en este punto no existe una diferencia apreciable entre el texto constitucional y otros textos legales. El fenómeno de la ambigüedad y de la vaguedad no es, en general, más frecuente en el texto constitucional que en los demás textos legales.

En cambio, sí son singulares otros dos tipos de indeterminaciones, especialmente en lo que atañe a las disposiciones relativas a derechos y libertades: la inclusión de «conceptos esencialmente controvertidos» y la existencia de colisiones entre disposiciones. Examinemos estas indeterminaciones con mayor atención.

B) LOS CONCEPTOS ESENCIALMENTE CONTROVERTIDOS

Una peculiaridad destacable del texto constitucional es la abundancia en él de expresiones que incorporan lo que en la literatura filosófica se denominan «conceptos esencialmente controvertidos» (*essentially contested concepts*)⁴. Como explica JEREMY WALDRON (a quien sigo en esta parte), una expresión deviene controvertida (*contested*) cuando es claro que expresa un criterio normativo, pero personas distintas están en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio⁵. Así, por ejemplo, cuando la Constitución americana prohíbe las «multas excesivas», está incorporando una expresión controvertida: una multa excesiva es una multa cuya cuantía es superior a la cuantía que debería ser, pero la gente discrepa acerca de qué cuantía debería ser, por lo que estas discrepancias darán forma a sus discusiones acerca del significado de la expresión «excesiva». Del mismo modo, cuando la Consti-

⁴ La expresión proviene de un importante artículo de W. B. GALLIE, «Essentially Contested Concepts», 56 *Proceedings of the Aristotelian Society*, 167 (1955-56).

⁵ JEREMY WALDRON, «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», 82 *California Law Review*, 509 (1994), pp. 526-40.

tución prohíbe los castigos «cruels», está utilizando una expresión controvertida: un castigo cruel es un castigo más desagradable de lo debido para quien lo sufre, pero la gente discrepa acerca de cuán duro o desagradable debe ser el castigo de determinado delito, por lo que estas disputas morales se reflejarán en los desacuerdos de la gente acerca del significado de la palabra «cruel».

Estas expresiones controvertidas no remiten a cualquier juicio de valor, sino que señalan qué dimensión valorativa es la que hay que tomar en consideración como relevante. Así, la expresión «excesiva» referida a una multa no indica que deba hacerse un juicio de valor global acerca de la justificación de la multa: sólo es relevante el juicio de valor acerca de la cuantía, y no acerca de los demás aspectos de la multa. Y la expresión «cruel» referida al castigo sólo remite a juicios de valor acerca del grado de dureza de la pena, desde el punto de vista de quien sufre la pena, pero no a otras dimensiones valorativas (como por ejemplo: si la pena es suficiente para satisfacer los derechos de las víctimas).

Según WALDRON, un concepto es «esencialmente» controvertido cuando, además de las características referidas, presenta alguna de las siguientes notas:

a) La disputa acerca del significado del concepto no se produce sólo en casos marginales, sino en los propios casos centrales o paradigmáticos. Se trata, pues, de una discrepancia profunda, que da lugar a concepciones distintas, a partir de las cuales son unos y no otros los casos paradigmáticos. Así, por ejemplo, el concepto «democracia» es esencialmente controvertido: existen distintas concepciones de la democracia, de modo que bajo una concepción constituye un caso paradigmático de democracia la democracia directa, siendo la representativa un caso dudoso, mientras que para otra concepción el caso paradigmático de democracia lo constituye la democracia representativa, siendo la directa un caso dudoso.

b) La controvertibilidad es parte del significado de la expresión: forma parte de la esencia del concepto el ser controvertido. Quien no se dé cuenta de esto no ha entendido el modo como se utiliza la expresión en cuestión.

c) El desacuerdo en la aplicación del concepto es indispensable para que el concepto sea útil. El debate acerca de la definición del concepto enriquece el debate más general en el que se hace uso de ese concepto. Así, las discusiones acerca del concepto de «arte» enriquecen nuestro entendimiento acerca del arte.

WALDRON considera que las expresiones esencialmente controvertidas que suelen aparecer en los textos constitucionales desempeñan un papel dialéctico: garantizan que en la sociedad tendrán lugar determinados debates. Así, WALDRON sostiene que la nuestra no debería ser una sociedad en la que se impusieran multas sin preguntarse si son o no «excesivas», o se ejecutaran castigos sin preguntarse si son o no «cruces». Según WALDRON:

«En nuestra sociedad no estamos de acuerdo en muchas cosas, pero quizás podemos ponernos de acuerdo en esto: somos una sociedad mejor por seguir discutiendo acerca de determinadas cuestiones de lo que seríamos si esas discusiones se concluyeran artificial o estipulativamente»⁶.

Creo que una de las peculiaridades del texto constitucional, especialmente en materia de derechos y libertades, es precisamente la abundancia de expresiones esencialmente controvertidas en el sentido que WALDRON explica. Es cierto que también en otros textos legales aparecen palabras que expresan conceptos de este tipo: el artículo 1255 del Código Civil, por ejemplo, establece que son inválidos los contratos cuyo contenido sea contrario a la «moral» y al «orden público». Pero es lo cierto que en el texto constitucional tales expresiones valorativas son mucho más frecuentes. Por ello, la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales en las que figuran expresiones de esta índole exigirán del juez la formulación de un juicio de valor que será, en muchos casos, controvertido⁷.

⁶ *Ibid.*, p. 540.

⁷ Esto es admitido incluso por autores como CARLOS ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN («Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), quienes consideran que se ha exagerado el papel desempeñado por las valoraciones en el razonamiento judicial. Según estos autores, el uso primario de los términos valorativos como «bueno», «correcto», «equitativo», es valorativo: esos términos se usan para valorar, para formular juicios de valor. Los juicios de valor implican alguna clase de aprobación o desaprobación. Pero los términos valorativos, sostienen estos autores, «también pueden ser utilizados descriptivamente en enunciados que no expresan valoraciones (aprobación o desaprobación) sino proposiciones fácticas, es decir, proposiciones a los efectos de que la cosa en cuestión satisface las pautas o criterios valorativos de una cierta comunidad o grupo social. Esto es lo que proponemos denominar uso secundario de los términos valorativos» (pp. 315-16). En general, los jueces «no valoran, sino que se limitan a registrar las valoraciones del grupo al que pertenecen». Sin embargo, ALCHOURRÓN y BULYGIN no pueden ignorar la vaguedad de los criterios valorativos usados por el grupo social: «Es, por cierto, verdad que los criterios valo-

C) LAS COLISIONES ENTRE DISPOSICIONES

Otra fuente de indeterminación que presenta el texto constitucional y que merece ser destacada es la provocada por la existencia de colisiones entre diversas disposiciones constitucionales. Estas colisiones son especialmente frecuentes en materia de derechos y libertades. Así, por ejemplo, la disposición que protege la libertad de expresión entra en colisión en muchos casos con la que protege el derecho al honor.

Este tipo de colisiones son tan frecuentes que los juristas no las califican como «contradicciones entre normas». Cuando el jurista se enfrenta a una contradicción entre dos normas, acude a determinados criterios para resolverla, en particular a los de la *lex posterior* (la norma posterior deroga a la anterior), *lex superior* (la norma superior invalida a la inferior) y *lex specialis* (la norma especial prevalece, a título de excepción, sobre la norma general). Pero el fenómeno de las colisiones entre disposiciones constitucionales es distinto, y distintos son asimismo los criterios a los que recurren los juristas para superar la colisión.

En el caso de las colisiones, lo que sucede es que varias disposiciones protegen distintos derechos que concurren en muchos supuestos de la vida real. Hay que presuponer que el legislador constitucional que formuló esas disposiciones sabía que los conflictos entre los derechos protegidos serían frecuentes. Por tanto, debe interpretarse que su intención fue proteger los diversos derechos y, en caso de que surgieran conflictos, evitar que la protección de unos se hiciera a costa de

rativos usados por el grupo social —que el juez registra— son a menudo vagos y probablemente son siempre más vagos que los criterios de aplicación de los predicados no valorativos como «matar» o «celebrado el domingo», pero se trata tan sólo de una diferencia de grado» (p. 316). Según estos autores, en los casos que caen dentro de la zona de penumbra provocada por la vaguedad, los jueces tienen que formular una estipulación semántica, a la cual subyacerá un genuino juicio de valor. Pues bien, a mi juicio, puede afirmarse que en muchos casos constitucionales relativos a derechos y libertades, el juez constitucional no puede registrar las valoraciones del grupo social (la sociedad española, por ejemplo) porque no existe en este grupo un consenso suficientemente firme. La zona de penumbra es muy ancha, y el juez constitucional formulará sus tesis interpretativas sobre la base de genuinos juicios de valor implícitos. (Para una observación similar, véase MANUEL ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 164).

un sacrificio desproporcionado de los otros. En consecuencia, hay que interpretar las diversas disposiciones sistemáticamente, como partes de un todo coherente. Esto exige la construcción de reglas más específicas que permitan conciliar las exigencias de las distintas disposiciones, evitando que determinados derechos sufran restricciones desproporcionadas. El intérprete no debe tratar las disposiciones en colisión como expresión de «reglas», sino de «principios». Los principios contrapuestos protegen diversos derechos *prima facie*; el derecho que en definitiva prevalecerá en cada tipo de situación es el que resulte de las reglas específicas que mejor armonicen los distintos principios en presencia⁸. Dado que personas razonables pueden discrepar acerca de cuáles son esas reglas, la presencia de colisiones es una importante fuente de indeterminación interpretativa.

Lo anterior no significa que no pueda haber genuinas contradicciones entre normas constitucionales en materia de derechos y libertades. El texto constitucional español contiene alguna. Por ejemplo: el artículo 14 prohíbe toda discriminación por razón de sexo, mientras que el artículo 57.1 da preferencia al varón frente a la mujer en el orden de sucesión en el trono. Para resolver esta contradicción está claro que el único criterio aplicable es el de la *lex specialis*, pues los otros dos (el de la *lex superior* y el de la *lex posterior*) no son operativos desde el momento en que las normas constitucionales gozan del mismo rango jerárquico y entraron en vigor el mismo día⁹. Pero las contradicciones de este tipo no son frecuentes en el texto constitucional, y deben distinguirse de las colisiones entre disposiciones como las

⁸ Sobre ello, véase, en general, ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), pp. 81-172. ALEXY sigue en gran parte la tesis de RONALD DWORKIN, defendida en *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978), pp. 14-45.

⁹ Problemas distintos plantearía el caso de una norma constitucional aprobada por el procedimiento de reforma, pues cabría dudar en este caso entre aplicar la *lex posterior* o la *lex specialis* como regla de solución de la posible antinomia entre la nueva norma y otra que figuraba en el texto originario. Así, supongamos que el artículo 14 fuera posterior al artículo 57.1. ¿Prevalecería la norma posterior (artículo 14) o la especial (artículo 57.1)? El problema desaparece si se exige que la reforma constitucional explicita qué disposición de las originarias se desea modificar. Si la nueva norma deroga o modifica explícitamente otra anterior, no hay duda que debe aplicarse la nueva norma. Si, por el contrario, no deroga o modifica explícitamente ninguna norma anterior, la contradicción entre ésta y aquella deberá resolverse mediante la *lex specialis*, del mismo modo como se resolvería la contradicción si ambas normas se hubieran dictado al mismo tiempo.

que protegen la libertad de expresión y el honor, por ejemplo, colisiones que sí son frecuentes.

Es importante poner de relieve que las colisiones entre disposiciones se producen incluso cuando una de las disposiciones expresa, aparentemente, una regla que no admite más excepciones que las que explícitamente enumera. Así, por ejemplo, el artículo 18.2 de la Constitución establece que el domicilio es inviolable y que «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». Aparentemente, esta disposición incorpora una regla que no admite más excepciones que las expresamente enumeradas. Pero, en realidad, la disposición puede chocar con otras y tener que ceder. Así, hay que interpretar que la Constitución permite la entrada en el domicilio en caso de estado de necesidad, como ha reconocido el Tribunal Constitucional¹⁰. ¿Viola el domicilio el bombero que entra a apagar un incendio, sin el consentimiento del titular (pues éste no está allí en ese momento), sin resolución judicial y sin que se dé un supuesto de flagrante delito (pues el incendio no se produce como consecuencia de ningún delito)? Evidentemente, no. Por ello, es importante tener en cuenta que el fenómeno de las colisiones se produce incluso cuando una de las disposiciones parece expresar una norma que debe ser tratada como «regla» y no como «principio»¹¹.

¹⁰ Refiriéndose a la entrada y registro en un domicilio particular, el Tribunal ha afirmado: «Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y *salvo naturalmente las hipótesis que generan causas de justificación como puede ocurrir con el estado de necesidad* (STC 22/1984, FJ 5º). (La cursiva es mía).

¹¹ Lo cual, por cierto, muestra que la distinción entre regla y principio puede verse como una diferencia de grado y no, como sostienen ALEXY y DWORKIN, como una diferencia de categoría. Así, según HART, ciertas normas (*near-conclusive rules*) operan de tal modo que la satisfacción de sus condiciones de aplicación basta para determinar la solución jurídica, excepto en casos muy especiales o extraordinarios, en que ceden ante normas de mayor importancia. Otras normas (*generally non-conclusive principles*), en cambio, simplemente orientan la decisión jurídica en determinado sentido, sin determinarla en muchos casos. La diferencia es de grado: depende de la frecuencia con que la norma en cuestión admita excepciones, lo cual depende a su vez del peso que deban tener las razones opuestas a la norma para poder derrotarla. (H. L. A. HART, *Postscript a The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, Second Edition, 1994), pp. 259-63). Con mayor desarrollo, FREDERICK SCHAUER considera que la característica de ser regla (*ruleness*) es una característica gradual: una norma es tanto más «regla» cuanto mayor resistencia ofrezca frente a razones de signo contrario. ¿Por qué debería una norma ser tratada con un elevado grado de resistencia?

Una cuestión interesante es la relativa a las posibles conexiones entre la controvertibilidad de un concepto y la existencia de colisiones entre diversos bienes o derechos que se consideran dignos de protección. En efecto, es posible que parte de la controversia acerca de un concepto se origine en una controversia acerca del modo más razonable de armonizar los bienes o derechos en colisión. Así, por ejemplo, la discusión acerca de si constituye ejercicio de la «libertad de expresión» la quema de una bandera nacional en público, es una discusión acerca de un concepto esencialmente controvertido: la libertad de expresión. Pero, al mismo tiempo, la discusión gira, en gran medida, acerca de si es legítimo y de suficiente peso un interés que podría justificar restricciones a esa libertad: el interés público en mantener vivo entre los ciudadanos un cierto sentimiento de cohesión nacional. En el fondo, todos (o casi todos) reconocen que la quema de banderas es un medio de expresión de ideas que, *prima facie*, merece protección. La discrepancia gira en torno a cómo resolver la colisión con otro interés. Algunos van a decir que, en última instancia, el acto de quemar una bandera no debe protegerse como ejercicio de la libertad de expresión. Esta afirmación es la conclusión de un razonamiento valorativo que parte del reconocimiento de que el quemar una bandera es expresión de ideas, y que justifica la restricción de este tipo de acciones ante la necesidad de salvaguardar otros intereses que se consideran legítimos y de suficiente peso. Otros, por el contrario, van a negar que esos otros intereses sean legítimos o de suficiente peso. La esencial controvertibilidad del concepto «libertad de expresión» se conecta en este caso con una discrepancia acerca de cómo resolver una colisión.

La existencia de colisiones entre disposiciones constitucionales que protegen derechos es, pues, una importante fuente de indeterminación interpretativa. El problema de las colisiones enlaza con un problema

Según SCHAUER, no sólo por el peso de la razón que la norma incorpora, sino por otras razones que tienen que ver con las ventajas de tener reglas: la seguridad jurídica, la estabilidad, la eficiente división del trabajo entre quienes crean las normas y quienes las aplican, la reducción de errores de juicio (si se considera que quienes aplican las normas tenderán a equivocarse más veces al deliberar acerca de las razones a favor y en contra de una decisión que quienes crean tales normas), etc... Cuanto más resistente es una norma, en mayor grado es una regla. Cuanto menos resistente es, en mayor grado es un principio. Regla y principio son sólo los extremos ideales de una gradación. (FREDERICK SCHAUER, *Playing by the Rules* (Oxford: Clarendon Press, 1991), p. 115). A mi juicio, esta tesis que ve la distinción entre reglas y principios como una diferencia de grado es la tesis correcta.

más general que en los últimos tiempos ha recibido una especial atención por parte de los filósofos. Me refiero al problema de la *incommensurabilidad de los valores*. Se afirma, en efecto, que los valores son incommensurables, es decir, irreductibles a una medida común y, por tanto, incomparables. Si ello es así, ¿cómo justificar las decisiones que se toman en aquellos casos en que entran en conflicto varios valores? ¿No son arbitrarias? ¿Puede hablarse de una decisión «correcta» en estos casos?¹².

THOMAS NAGEL ha caracterizado del siguiente modo el problema de la incommensurabilidad de los valores. Puede ocurrir, explica, que una persona: *a*) esté segura acerca de cuáles son las consecuencias de las distintas acciones entre las que puede elegir; *b*) conozca qué razones cabe esgrimir a favor y en contra de las diversas acciones; y *c*) sin embargo, sea incapaz de integrar esas consecuencias y estas razones en un juicio evaluativo global que le permita determinar qué curso de acción debe seguir en definitiva. No se trata, explica, de que las razones a favor y en contra de determinada acción estén empatadas, pues ello presupone su comparabilidad. Se trata de algo más grave: existen razones decisivas y suficientes a favor de dos o más cursos de acción incompatibles. La elección de determinada acción en lugar de otra incorporará inevitablemente un elemento de arbitrariedad, pues aunque se estará actuando sobre la base de ciertas razones, se estará actuando también en contra de otras (las que apoyan una acción distinta) sin poder decir justificadamente que esas otras razones hayan sido derrotadas por las razones que apoyan la acción elegida¹³.

Según NAGEL, existen fundamentalmente cinco tipos de valor: las obligaciones específicas hacia determinadas personas o instituciones (y los correlativos derechos); los deberes generales hacia toda persona (y los correlativos derechos); la utilidad general; los fines perfeccionistas; y los compromisos en relación con proyectos ya iniciados. En todos los ámbitos de la vida, estos valores hacen acto de presencia constantemente y surgen conflictos entre ellos. Según NAGEL, no es posible establecer un sistema de prioridades absolutas, de modo que, por ejemplo, los deberes generales deban respetarse siempre por encima de

¹² Acerca de la incommensurabilidad, véase THOMAS NAGEL, «The Fragmentation of Value», en *Mortal Questions* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979), pp. 128-41; JOSEPH RAZ, «Incommensurability», en *The Morality of Freedom* (Clarendon Press: Oxford, 1986), pp. 321-66.

¹³ THOMAS NAGEL, «The Fragmentation...», pp. 128-9.

las obligaciones especiales, y éstas por encima de la utilidad, y ésta por encima de los valores perfeccionistas y de los compromisos ya adquiridos. Es absurdo decir que una obligación especial jamás puede prevalecer sobre un deber general, o que la utilidad general nunca puede imponerse frente a los deberes y obligaciones. Tampoco cabe establecer un sistema por el que los distintos valores se reduzcan a una escala común, a fin de medirlos y comparar las cantidades que respectivamente arrojan. No existe esa escala común. La pluralidad de valores es irreductible a una unidad¹⁴.

La Constitución española recoge en su texto una pluralidad de «valores» (en el sentido muy amplio en que NAGEL utiliza esta expresión). Aparecen, en efecto, obligaciones especiales, como la obligación de los padres de dar asistencia de todo orden a sus hijos (art. 39.3); obligaciones generales, consecuencia de los derechos generales que a toda persona reconoce la Constitución en un largo catálogo (así, derecho a la vida, libertad ideológica, libertad personal, derecho al honor, etc...); aspectos de la utilidad general, como la estabilidad económica (art. 40.1), la promoción de la investigación científica y técnica en beneficio del interés general (art. 44.2), o la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (art. 130.1); e incluso valores que pueden considerarse «perfeccionistas», tales como el arte (art. 46). ¿Son estos distintos tipos de valores expresión de un único valor más fundamental? Es difícil establecer esta reducción. ¿Cabe fijar un sistema de prioridades absolutas, como por ejemplo: «los derechos generales deben prevalecer sobre toda otra consideración»? No parece muy razonable. En determinadas circunstancias, los derechos generales deben ceder frente a consideraciones derivadas de otros valores. Así, la libertad de expresión puede tener que ceder en algunos casos frente a exigencias de la utilidad general, como ocurre en relación con los secretos oficiales del Estado. Tampoco puede establecerse una prioridad absoluta de la utilidad general sobre los valores perfeccionistas. La utilidad general derivada del desarrollo económico, por ejemplo, puede tener que ceder en determinados casos frente a las exigencias derivadas de la necesidad de proteger el patrimonio artístico. La Constitución es compleja al recoger valores de tan diversa índole bajo su manto protector: derechos y obligaciones especiales, derechos y obligaciones generales, utilidad general y valores perfeccionistas. Además, dentro de

¹⁴ *Ibid.*, pp. 129-32.

una misma categoría de valores son frecuentes las tensiones: entre derechos, por ejemplo.

El problema de la inconmensurabilidad se agrava, por otra parte, cuando las tensiones entre los diversos principios constitucionales son el reflejo de importantes divisiones de opinión política en el seno de la sociedad. En efecto, puede ocurrir que en el momento constituyente surja una controversia muy intensa cuya resolución prefiere aplazarse, a fin de no frustrar otros acuerdos políticos más importantes sobre los que se desea construir de manera estable la nueva Constitución. Ante la dificultad de alcanzar un acuerdo en determinados temas, se acuerda remitir la decisión a un momento político post-constitucional, no sin antes dejar expresadas en la Constitución las pretensiones políticas de las distintas partes en litigio. Las diversas disposiciones que recogen estas pretensiones son entonces difícilmente conciliables. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 27 de la Constitución española, relativo al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza. Las distintas cláusulas que integran este artículo protegen aspectos de los diversos modelos escolares defendidos desde planteamientos políticos en pugna. La difícil síntesis que este artículo pretende recoger se ha tenido que ir construyendo en un momento posterior, a través de debates políticos y controversias judiciales. En una medida considerable, la Constitución ha remitido la controversia escolar a un momento político posterior, con lo que se da aquí un supuesto de lo que CARL SCHMITT llamaba «compromisos de fórmula dilatoria», mediante los cuales se acuerda aplazar provisionalmente una decisión controvertida¹⁵. Algo semejante ocurre con el artículo 16, al reconocer junto a los principios de libertad religiosa y de no oficialidad, el principio de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones. En casos de esta naturaleza, existen principios constitucionales en colisión no porque la sociedad esté de acuerdo en proteger una pluralidad de valores, sino porque la sociedad se halla dividida en la determinación de cuáles son los valores a proteger. La Constitución no refleja aquí, a diferencia de lo que sucede en otros casos, el pluralismo moral (es decir: la adhesión por parte de la ciudadanía a un conjunto complejo de valores morales) sino el *pluralismo político*, es decir: la existencia dentro de la sociedad de grupos diversos, cada uno de los cuales tiene su propio programa político en relación al tema controvertido. Si el

¹⁵ CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 1982), pp. 54-7.

constituyente extrae de cada programa político el valor que en él se privilegia y registra todos estos valores en el texto constitucional, la colisión que se produzca entre ellos será probablemente de difícil resolución, pues no existirá aquí ese mínimo grado de consenso social a partir del cual el intérprete puede empezar a decidir los distintos tipos de casos en los que entran en colisión principios diversos.

Ciertamente, el grado de consenso social en torno a los principios constitucionales es variable. En relación con ciertos temas, el consenso es muy amplio y profundo. Así, casi todos los ciudadanos están de acuerdo en que es valioso proteger tanto la libertad de expresión como el derecho al honor. Las discrepancias surgen cuando descendemos a los detalles y constatamos que no todos asignan el mismo peso a esos principios, aunque incluso en este nivel de mayor concreción existe acuerdo en muchos supuestos. En relación con otros temas, en cambio, el consenso es más reducido y superficial. Importantes sectores de la ciudadanía no consideran valiosos todos y cada uno de los principios recogidos en la Constitución en materia escolar, o de religión, por volver a los ejemplos anteriores, y quienes sí los consideran valiosos mantienen fuertes discrepancias en cuanto al peso relativo que debe darse a esos principios y, por tanto, en cuanto a las consecuencias que debe entenderse derivan de ellos en relación con las diversas situaciones concretas.

El grado de consenso en torno a los principios constitucionales en colisión varía, pues, en amplitud (extensión) y profundidad (intensidad). Cuanto menor sea el grado de consenso existente, mayores dificultades tendrá el juez constitucional para determinar si las leyes a enjuiciar incorporan una combinación razonable de los distintos principios en presencia. En el caso extremo en que la decisión constituyente puede caracterizarse como un «compromiso de fórmula dilatoria», las dificultades para el juez son extremas.

2. LA DIGNIDAD DEMOCRÁTICA DE LA LEY

Hasta ahora he destacado la singularidad del texto constitucional en el que se encuentran expresadas las normas que han de servir de referencia para determinar la validez de la ley. En síntesis, la abundancia de conceptos esencialmente controvertidos, así como la existencia de frecuentes colisiones entre disposiciones, hacen del texto constitucional (en la parte relativa a los derechos y las libertades) un texto

especialmente indeterminado¹⁶. Pero también la disposición cuya validez constitucional está en tela de juicio presenta un rasgo singular. La ley, en efecto, aparece revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la voluntad popular: el Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal. En la medida en que el juez constitucional debe interpretar y aplicar el texto constitucional *a los efectos de decidir la validez de una ley aprobada por un Parlamento democrático*, surgen inevitablemente una serie de consideraciones que están ausentes (o que no operan del mismo modo) en otros ámbitos de aplicación del Derecho.

De diversos modos, la doctrina y la jurisprudencia han integrado estas consideraciones en los tópicos argumentativos que proponen. Estos tópicos se mueven en dos planos distintos, que conviene distinguir: el plano de la interpretación de la ley y el plano de la interpretación del texto constitucional.

A) LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY: EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME

El primer plano en el que se manifiesta la dignidad democrática de la ley es el plano de su propia interpretación. En principio, parece que para identificar cuál es la norma expresada en el texto de la ley, el juez constitucional debe servirse de los criterios interpretativos habituales en Derecho, sin desviarse de lo que tendría que hacer si tuviera que interpretar ese texto para aplicarlo a un caso concreto. Sin embargo, los juristas suelen insistir en la siguiente peculiaridad: en caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles del texto legal es la correcta, el juez constitucional debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la Constitución, o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma. Ésta es la doctrina de la llamada «interpretación de la ley conforme a la Constitución», que con

¹⁶ De modo similar, OWEN FISS, «Objectivity and Interpretation», 34 *Stanford Law Review*, 739, 742-3 (1982), destaca la generalidad del lenguaje del texto constitucional, así como su carácter comprensivo, en el sentido de que contiene una pluralidad de valores, algunos de los cuales entran en conflicto potencial con otros. En una dirección parecida, ALEJANDRO NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, Vol. I, 110-102, (1983), pp. 409-13.