

La decisión de constitucionalidad de la ley en las jurisdicciones constitucionales europeas.

Prof. Dr. Héctor López Bofill
Universidad Pompeu Fabra
Barcelona

I. Evolución de la jurisdicción constitucional en Europa desde la II Guerra Mundial.

El discurso sobre la jurisdicción constitucional en Europa después de la Segunda Guerra Mundial aparece como una sucesiva superposición de al menos tres capas correspondientes a los distintos roles que la institución ha desempeñado y a la lógica profunda que se advierte de su funcionamiento¹.

La primera capa, siguiendo con el símil geológico, corresponde al papel de las jurisdicciones constitucionales en los procesos políticos de transición, ya sea en los órganos que surgieron tras las cenizas de la conflagración mundial (en Alemania e Italia) o que lo hicieron tras la extinción de regímenes dictatoriales todavía más prolongados (como en el caso de España) o tras el hundimiento de los regímenes comunistas en los Estados de la Europa del Este.

La segunda capa, en la que se perciben mutaciones significativas en la comprensión de los tribunales constitucionales europeos dentro del entramado institucional y en sus modos de actuación, corresponde a órdenes constitucionales consolidados, fase en la que se encuentran la mayor parte de democracias europeas —y no es por ello extraño que los vectores principales de la evolución sobre el juicio de constitucionalidad

¹ Estas distintas etapas en la evolución de la jurisdicción constitucional en Europa, aunque no exactamente con esta delimitación, en el trabajo de M.A. AHUMADA RUIZ: *La jurisdicción constitucional en Europa*. Thompson/Civitas y Garrigues Cátedra, Cizur Menor, 2005. Algunas características de dicha mutación en el papel de la jurisdicción constitucional también se advierten en V.FERRERES COMELLA: «Integración Europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional» en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.65 (II), 2003.

presente analogías en los distintos sistemas— sin descartar, con todo, que los actuales retos del Estado Constitucional, como la amenaza del terrorismo internacional, provoquen la resurrección de algunas de las características de la jurisdicción constitucional que eran propias de la fase anterior, la cual, por su parte, no dejaba de responder a una situación fundacional después de una crisis.

Finalmente, la tercera capa, que también puede percibirse como un apéndice de la segunda en tanto que signo de consolidación, responde al proceso de integración europea y al papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como motores de la construcción de lo que ha venido llamándose el *ius commune* constitucional europeo² y que serían uno de los principales factores de potenciación de similitudes en los modos de proceder de las jurisdicciones constitucionales de los distintos Estados que ya se advertía en la fase anterior.

Huelga señalar que la densidad de los sedimentos de cada una de las capas resulta móvil en función de la experiencia de cada Estado: mientras que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha transitado por cada una de las etapas de forma gradual y con la acumulación de un poderoso acervo que le ha permitido inspirar al resto de jurisdicciones constitucionales, así como devenir un agente decisivo en el diálogo con las jurisdicciones europeas³, los tribunales constitucionales de los Estados de la Europa del Este han visto como su papel de defensa del nuevo orden constitucional se transformaba vertiginosamente debido a las exigencias del proceso de integración europeo⁴.

Lo que sucede es que, en ocasiones, la teoría sobre la jurisdicción constitucional se asienta en una visión de la institución anclada en la primera etapa, mientras que los intentos de describir el papel de estos órganos en la segunda y la tercera fase

² En este sentido, P.HÄBERLE: *Europäische Verfassungslehre*. Nomos, Baden-Baden, 2002.

³ Vid. J.KOKOTT: «Report on Germany» en A.SLAUGHTER/ A. STONE SWEET y J.H.H. WEILER (eds.) *The European Courts and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*. Hart publishing, Oxford, 2003, pp. 77-131.

⁴ Sobre las distintas experiencias de los Tribunales Constitucionales de los Estados de la Europa del Este vid. W.SADURSKI: *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Comunist Europe in a Comparative Perspective*. Kluwer Law International, La Haya, 2002.

—producida la plena recepción del control de constitucionalidad en sistemas en principio reacios a su implantación— todavía se encuentran en ciernes.

1) La jurisdicción constitucional como órgano defensivo.

El modelo y la dinámica que caracterizaba la fase de instauración de las jurisdicciones constitucionales en Europa a cuyos tropos, insisto, todavía continuamos apegados, respondía al patrón de un tribunal constitucional como órgano defensivo en un contexto en el que se quería superar una situación de abuso de poder y en el que existían peligros de regresión propiciados por el resto de poderes públicos, en particular, por el legislador⁵. Se trataba de crear un árbitro independiente, encargado de resolver los conflictos que dificultaban el asentamiento del orden constitucional y cuyos miembros no estaban lastrados por las sombras del régimen anterior (lo que era especialmente válido también frente al poder judicial, explicándose así la diferencia en el sistema de reclutamiento de los magistrados constitucionales a través de los órganos políticos). Este papel fundamental que tenía encomendada la jurisdicción constitucional en el proceso de transición se proyectaba intensamente, lo que resulta crucial para el objeto de esta ponencia, en los procesos de control de constitucionalidad y en la forma de adopción de las decisiones.

En el imaginario de la primera fase de una jurisdicción constitucional europea se asumía como función preponderante de esta institución (y le confería su propiedad definitoria) el control de constitucionalidad de la ley y la facultad de anular y de expulsar leyes inconstitucionales del ordenamiento jurídico⁶. Dicho control contaba como expresión más innovadora e impactante con el recurso abstracto contra leyes, acaso la gran aportación europea a la jurisdicción constitucional en contraste con el modelo de *judicial review* americano ya diseñada en el período de entreguerras con la experiencia austríaca y bajo la inspiración de KELSEN⁷, y el resultado del juicio de

⁵ J.PÉREZ ROYO: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 42-44.

⁶ Sobre la República Federal de Alemania *vid.* por ejemplo, P.HÄBERLE: «El Tribunal Constitucional como Poder Político», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, 2004, pp. 9-37. Sobre el período posterior a la segunda guerra mundial *vid.* JURÍAS *La tutela frente a leyes*, Madrid, 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 213-303.

⁷ Sobre este proceso *vid.*, por todos, P.CRUIZ VILLALÓN *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987

constitucionalidad se asociaba con consecuencias drásticas: la anulación de la ley. De ahí que, en estas primeras andaduras del control de constitucionalidad, la forma de decisión por excelencia pasase por el vínculo inextricable entre inconstitucionalidad y nulidad (como sucedía en el modelo alemán y continúa apareciendo formalmente recogido en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español) sin que los distintos matices en la interpretación de la Constitución se trasladasen a otras alternativas más allá de la expulsión o del mantenimiento del precepto legal dentro del entramado de disposiciones vigentes.

El esquema resultaba harto coherente: en un proceso histórico delicado la intervención de la jurisdicción constitucional estaba cargada de connotaciones teñidas de un cierto dramatismo. Una ley, o era constitucional, o no lo era. Si se manifestaba una regresión, un traición al sistema constitucional, los guardianes de la Norma Fundamental, los jueces de constitucionalidad, lo advertían de forma clara y ponían remedio a la transgresión de modo taxativo. Esta lógica es la que continúa latiendo en la definición de los Tribunales Constitucionales como «legisladores negativos», encargados de la «depuración del ordenamiento» que todavía impregna la percepción de parte de la comunidad jurídica europea pese a que tal vez, como recientemente se ha encargado de demostrar la profesora AHUMADA RUIZ⁸, ya no encuentre acomodo en la realidad de un sistema constitucional propio de una democracia consolidada instalada en la segunda o en la tercera fase que antes veníamos describiendo⁹.

La definición de los tribunales constitucionales basada en su intervención más radical, en el sentido aquí propio de “más cercana a sus raíces”, y conectada a la visión de una época convulsa como la de las democracias todavía vacilantes surgidas de experiencias totalitarias de después de la II Guerra Mundial permite, al mismo tiempo, comprender mejor los precedentes de la época de entreguerras, época convulsa por excelencia, y las discusiones doctrinales que tuvieron entonces lugar en el contexto germánico. Si los Tribunales Constitucionales debían ser guardianes de la Constitución y actuaban en

y F.ERMARCORA: *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen*. Viena, Willhelm Braumüller/Universitäts-Verlagsbuchhandlung, 1982.

⁸ M.AHUMADA: *La jurisdicción constitucional en Europa*, op. cit., pp. 50-51.

⁹ Sobre la pervivencia (y supuesta crisis) del modelo kelseniano en las actuales aproximaciones teóricas a los sistemas de la justicia constitucional en Europa vid. A.STONE SWEET:

momentos críticos frente a la mayoría de la representación democrática con el poder fulminante de anulación de las leyes no era extraño que las objeciones orbitasen alrededor del carácter “decisionista”, por decirlo en términos de C.SCHMITT, de la jurisdicción constitucional y de la arrogación de un papel de depositario de la voluntad soberana que acaso aparezcan sobredimensionadas a la luz de nuestra experiencia actual¹⁰. Después de la II Guerra Mundial, sin embargo, todavía pervivía la idea de que los jueces constitucionales podían desentrañar una interpretación nítida de los mandatos constitucionales que, a su vez, derivaban de una decisión originaria de dotarse de un régimen constitucional, con la diferencia respecto a la época en la que C.SCHMITT lanzaba sus propuestas, de que se habían aplacado las dudas sobre el papel de los jueces de constitucionalidad como detentadores primordiales de esta función de garantía.

Al enfoque defensivo de la jurisdicción constitucional también contribuía, en estos capítulos iniciales, el hecho de que, obviamente, no existía un acervo de doctrina constitucional de modo que las primeras decisiones de la jurisdicción constitucional tenían un carácter de aplicación inmediata de los preceptos constitucionales y, por tanto, de mayor creación de reglas constitucionales. En este sentido los primeros juicios y las primeras sentencias sí que tenían un carácter “decisionista” si entendemos como tales la concreción de aspectos que se imputaban a la voluntad constituyente y en los que se asentaban los pilares de la evolución futura del Estado. Al mismo tiempo, era comprensible que arriesara la preocupación por el carácter “creativo” de la actuación de los jueces de constitucionalidad puesto que si todo pronunciamiento de constitucionalidad sobre la ley innova el ordenamiento¹¹, todavía lo innovaba más cuando no había pronunciamientos anteriores en los que sostenerse.

2) La jurisdicción constitucional en democracias consolidadas

Es en la segunda fase, al socaire de las democracias constitucionales que se encuentran consolidadas, que el papel de las jurisdicciones constitucionales adquiere una carácter

Governing with judges. Constitutional Politics in Europe. Oxford University Press. Oxford, 2000, pp.133-139

¹⁰ C.SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, (trad. M.Sánchez Sarto)Tecnos, Madrid, 1998.

¹¹ Así JIMÉNEZ CAMPO: “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en AJA (Ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual.* Ariel, Barcelona, 1998, pp. 181-188.

menos grandilocuente, en el que, por decirlo como han señalado algunos autores, los tribunales constitucionales europeos realizan un control de “microconstitucionalidad”¹² en el que, a) el recurso abstracto de control de constitucionalidad sobre las leyes cede el protagonismo en la *praxis* al recurso de amparo de protección de derechos, b) el juicio de constitucionalidad de la ley se desplaza al juicio de constitucionalidad sobre la aplicación de la ley de forma constitucionalmente adecuada realizada por los tribunales ordinarios de modo que c) es mayor la supervisión que se ejerce sobre el poder judicial que la que se ejerce sobre el legislador.

En la medida en que el poder de aplicar la constitución alude al poder de interpretar la constitución (y de interpretar la ley a la luz de la Constitución) irrumpe una zona intermedia en el juicio de constitucionalidad de la ley que no necesariamente culmina en la solución drástica de la declaración de inconstitucionalidad asociada a la nulidad y a la expulsión del precepto. Las jurisdicciones constitucionales optan por interponer condiciones a la constitucionalidad de la ley como alternativa a su depuración. Así se procede a la densificación constitucional del ordenamiento jurídico, con la acumulación de reglas que matizan la obra legislativa pero que no la eliminan. Se consolida, la técnica de las formas interpretativas de decisión a las que después nos referiremos ampliamente pero que no son la excepción sino más bien el paradigma de la técnica de decisión por parte de los tribunales constitucionales. Sobre ello conviene hacer las siguientes matizaciones:

a) El control de “microconstitucionalidad” se acentúa ante la evolución de una jurisdicción constitucional que ha creado doctrina a lo largo de los años. Así, más que aplicar directamente los preceptos de la constitución, el tribunal constitucional aplica la interpretación de estos preceptos que ha venido realizando con el tiempo y que cristalizan con reglas jurisprudenciales de rango superior a la ley. El impacto con la obra legislativa suele ser menos estrepitoso que en las primeras etapas de instauración de un régimen constitucional, en parte porque el legislador (además de ser menos proclive a los excesos y a las traiciones en su calidad de legislador de una democracia consolidada) ya tiene mayor certeza de los límites establecidos por una jurisprudencia

¹² Así L.FAVOREU: «Constitutional Review in Europe», en L.HENKIN y A.ROSENTHAL (eds.): *Constitutionalism and Rights. The Influence of the United States Constitution Abroad*. Columbia University Press, 1990, p. 54.

continuada. Esto, como ya hemos dicho, siempre debe ponerse entre paréntesis porque determinados desafíos como el terrorismo pueden suponer una regresión a la fase anterior, o porque democracias que en apariencia se encuentren consolidadas presentan serias deficiencias que se arrastran de la época anterior como sucede en España. Así, en dicho estado, si en términos de protección de derechos no se asiste a grandes controversias todavía se detectan ramalazos de conflictos nacionales no resueltos en el período de transición que son, precisamente, en los que se concentra en control de constitucionalidad de la ley. Para poner un dato orientativo: en España, de las declaraciones de inconstitucionalidad recaídas sobre leyes en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sólo el 30 % son pronunciamientos de inconstitucionalidad referidos a derechos. El grueso de las declaraciones de inconstitucionalidad corresponde al juicio de adecuación de la ley al sistema de distribución de competencias plasmado en el bloque de la constitucionalidad (o, en términos más amplios, al contraste de la ley enjuiciada con el sistema de organización territorial lo que incluiría aquellas leyes estatales o autonómicas invalidadas por infringir la autonomía local reconocida a municipios y provincias). Las declaraciones de inconstitucionalidad por motivos competenciales acaparan, aproximadamente, un 56 % de las sentencias en las que se percibe la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado o cuestionado¹³. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional español *nunca* ha invalidado una ley por considerar que fuese contraria a un derecho clásico como la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 CE¹⁴ y sólo *una* vez, y dentro de un contexto en el que se encontraban

¹³ El 14 % restante de las declaraciones de inconstitucionalidad no tienen ningún apoyo pleno ni en los derechos constitucionalmente reconocidos ni en el sistema de distribución de competencias. A este grupo hemos ubicado las declaraciones de inconstitucionalidad centradas

- a) en la infracción del sistema de fuentes (piénsese en el uso indebido de un Decreto-Ley, o en la aprobación de una Ley de Presupuestos cuyo contenido contraviene aquello que corresponde a materia presupuestaria según la interpretación que el TC ha desarrollado del artículo 134.2 CE),
- b) en la alteración de la estructura orgánica estatal (a menudo acompañada de infracciones a las reservas de ley que la Constitución establece en la regulación de determinados órganos, piénsese en el artículo 122.1 CE sobre el Poder Judicial) y
- c) lo que es bastante común, en la vulneración de los principios del 9.3 CE, sobretodo por contradicción con el principio de seguridad jurídica o con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

¹⁴ Tan sólo encontramos una mención al artículo 16.3 CE como causa de invalidación en la STC 340/1993, de 16 de noviembre en la que se enjuiciaban algunos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobada por Decreto Ley 4101/1964 de 24 de diciembre (disposición preconstitucional). En esa ocasión el Tribunal Constitucional estimó que la equiparación que el artículo 76.1 LAU establecía entre la Iglesia Católica y los Entes Públicos mencionados en la misma disposición respondía al carácter confesional del Estado existente con anterioridad a la

otros derechos implicados, encontramos una declaración de nulidad apoyada en la libertad de expresión del artículo 20.1. a) CE (STC 199/87, de 16 de diciembre, caso *Legislación Antiterrorista II*)¹⁵. Tanto libertad ideológica como libertad de expresión han actuado, no obstante, como parámetro *en la emisión de un juicio interpretativo*: en la sentencia sobre la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio de partidos políticos (STC 48/2003, de 12 de marzo).

b) Precisamente porque en la primera fase de instauración del régimen constitucional los Tribunales ejercen una actividad en mayor medida “creativa” al trazar las líneas maestras de su jurisprudencia, al “rellenar” de significados el contenido de la constitución, no es extraño que las formas interpretativas de decisión se encuentren ya presentes desde los primeros juicios de *todas* las jurisdicciones constitucionales europeas. Así sucedió en Alemania¹⁶, en Italia y en España, con el añadido de que en Italia el uso de decisiones interpretativas propició un conflicto entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema, la llamada “guerra de tribunales”, típico de un régimen constitucional de nueva implantación en el que la institución injertada ve cuestionada su autoridad por la institución heredada del pasado¹⁷. Las decisiones interpretativas emergen desde el principio precisamente por su virtualidad a la hora de introducir contenidos normativos a través de la interpretación constitucional de la ley sin necesidad de proceder a la expulsión de la misma. Una sentencia, por decirlo de

vigencia de la Constitución pero que era incompatible con el actual artículo 16.3 CE. El precepto tampoco podía justificarse desde el punto de vista de las relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas. La diferencia introducida por el artículo 76.1 LAU era, asimismo, contraria al artículo 14 CE.

¹⁵ El Tribunal Constitucional, en efecto, invalidó el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 9/1984 que se refería a la clausura automática de medios de difusión que el juez debía ordenar (de oficio o a petición del Ministerio del interior) una vez admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos cometidos a través de imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad de aspectos vinculados a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. El Tribunal Constitucional entendió que dicha regulación infringía los derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución y el propio artículo 55.2 CE, puesto que en éste no se incluye la posibilidad de suspensión de los derechos del mencionado artículo 20 CE.

¹⁶ En el ámbito germánico, vid. H. BOGS: *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*. Kolhammer, Stuttgart, 1966, p.15; E. CAMPICHE: *Die verfassungskonforme Auslegung*. Schulthess Polygraphischer, Zürich, 1978, p. 2; V. HAAK, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*. Rötarscheid, Bonn, 1963, pp. 55 y ss.; M. IMBODEN: “Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit”, en *Festschrift für Hans Huber*. Stämpfli, Bern, 1961; p.139; K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol II, Beck, Múnich, 1980, p.959.

algún modo, de “no inconstitucionalidad” puede tener mayores repercusiones en la construcción del derecho constitucional jurisprudencial que la entonces clásica solución de la constitucionalidad con nulidad. Pero es que en la medida en que el control de constitucionalidad es más sutil, más de detalle, producto de este incremento de contenidos normativos sedimentados con el crecimiento de la doctrina constitucional, no es extraño que la decisión de constitucionalidad, en vez de eliminar preceptos, condicione la constitucionalidad de los mismos y prevalezca como técnica de decisión en el conjunto de los fallos de constitucionalidad más allá de la inconstitucionalidad vinculada a la sanción de nulidad proclive a abrir un enfrentamiento directo con el legislador.

c) Pero lo que también caracteriza a las jurisdicciones constitucionales europeas en democracias consolidadas es que, más que los guardianes últimos de la Constitución, devienen agentes de diálogo con el resto de órganos políticos en la construcción del significado constitucionalmente adecuado. Esta llamado modelo dialógico desarrollado en países del *common law*¹⁸ parece adaptarse a sistemas con jurisdicción constitucional procedentes de la tradición del *civil law*, tal vez porque el valor normativo de la jurisprudencia constitucional se aproxima en ambos mundos.

El Tribunal Constitucional como instancia deliberativa entra en diálogo con el legislador, con el poder judicial, con el poder de reforma constitucional y, en el fondo, con la dinámica política y la opinión pública expresada a través de los media. Pero también entra en diálogo con instituciones más allá del Estado. En Europa, y es entonces cuando se entra de lleno en la tercera fase, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3) La jurisdicción constitucional en la construcción del derecho constitucional común europeo.

No entraremos a fondo en el complejo tema de las relaciones entre las jurisdicciones supranacionales europeas y las jurisdicciones constitucionales de los distintos Estados

¹⁷ R. SERRA CRISTÓBAL: *La guerra de las Cortes*. Tecnos, Madrid, 1999; J.H. MERRYMAN y V.VIGORITI: “When Courts Collide: Constitution and Cassation in Italy” en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, 1967, pp. 665-686

que caracterizan esta tercera fase¹⁹. Más allá de los inherentes problemas de legitimidad que se multiplican en el caso de las jurisdicciones transeuropeas y de las discusiones fundamentales sobre la construcción de un nuevo espacio constitucional en las que Europa se encuentra sumida (por no decir embarrancada a tenor de las incertidumbres que se ciernen sobre el Tratado por el que se establece la Constitución para Europa) nos limitaremos a apuntar sólo unas breves líneas de reflexión:

a) De momento, el diálogo que se está desarrollando con más intensidad su detecta en términos de derechos y en la conexión entre las jurisdicciones constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El acervo creado por la ya dilatada trayectoria de este Tribunal es recibido de forma relativamente pacífica por las jurisdicciones de los Estados y contribuye a perfilar el contenido y los límites de los derechos en liza así como las facultades de intervención del poder público sobre las libertades proclamadas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El papel de la jurisprudencia del TEDH ha sido fundamental en la consolidación y legitimación de las jurisdicciones constitucionales de las democracias del Este de Europa que gracias a la cobertura de Estrasburgo han transitado con celeridad de la primera a la segunda fase reduciendo el riesgo de involuciones autoritarias.

b) Por razones técnicas y políticas es más difícil desarrollar un diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aunque las diferencias entre los Tribunales Constitucionales estatales y el proceso de construcción de la Unión Europea ha propiciado tensiones más enconadas y también lo ha hecho en términos de derechos, un lenguaje durante mucho tiempo poco frecuente en el plano comunitario (lo que precisamente ha explicado, aunque parezca paradójico, los celos de las jurisdicciones constitucionales nacionales hacia determinados aspectos del proceso de integración comunitaria)²⁰. Con todo, la codificación de una tabla de derechos (incorporada a la

¹⁸ Sobre el Reino Unido vid. T.R.HICKMAN: «Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998», en *Public Law*, 2005, pp. 306-335.

¹⁹ De entre las múltiples aportaciones a este debate vid. A.SLAUGHTER/ A. STONE SWEET y J.H.H. WEILER (eds.) *The European Courts and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*. Hart publishing, Oxford, 2003; M.AZPITARTE SÁNCHEZ: *El Tribunal Constitucional ante el control comunitario derivado*. Civitas, Madrid, 2002; M.KLUMM: «Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?: three conceptions of the relationships between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice» *Common Market Law Review* 36, 1999, pp. 351-386.

²⁰ Vid. J.KOKOTT: «Report on Germany»: *op. cit.*, pp 77 y ss.

todavía no vigente Constitución Europea) que se pueda oponer a la actividad de las instituciones y órganos de la Unión, así como a los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, augura una progresiva penetración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las jurisdicciones nacionales, aunque no necesariamente ante los Tribunales Constitucionales que no son ni intérpretes ni aplicadores de derecho comunitario, algo que, por cierto, podría promover la evolución de un control de constitucionalidad de la ley estatal en términos de aplicación de derecho comunitario (especialmente cuando se entremezclen cuestiones relativas a derechos reconocidos desde la Unión) de carácter difuso²¹.

c) En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos las jurisdicciones constitucionales de los estados firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos han funcionado como receptores de la interpretación realizada por el órgano supranacional. La primacía en la interpretación de los derechos constitucionales ha propiciado el carácter de los Tribunales Constitucionales como agentes privilegiados en el diálogo con el TEDH y su protagonismo en la difusión de la interpretación procedente del TEDH en el resto de tribunales. Como hemos apuntado, esta tendencia puede modificarse en el caso del derecho comunitario y de la interpretación de los derechos reconocidos en ese plano que recaerá en los tribunales ordinarios vinculados al TJCE a través de la cuestión prejudicial.

d) Sea como fuere, la existencia de diversas fuentes de comprensión en el ámbito de los derechos nos arroja a una serie de conflictos potenciales que atañen directamente al corazón de la organización política, al concepto de democracia, a la interpretación de las distintas esferas de libertad en casos de colisión de derechos²², aspectos transcendentales en la evolución jurídico política de la Unión Europea que aquí sólo podemos esbozar. Sin embargo, lo que es innegable es que este debate se encauzará en alguna de sus fases a través del poder interpretativo que se reconozca a los distintos tribunales y a través de sus formas de decisión que, como señalaremos, incorporaran

²¹ Así, V.FERRERES COMELLA: «Integración Europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», *op. cit.*, pp. 73.121.

²² J.H.H. WEILER: «Fundamental rights and fundamental boundaries: on the conflict of standards and values in the protection of human rights in the european legal space» en *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002. pp.102-129; TORRES

técnicas más cercanas al papel de la jurisdicción constitucional de democracias consolidadas que a resoluciones de nulidad tajante como la propia de los períodos defensivos.

II. Formas interpretativas de decisión en las jurisdicciones constitucionales europeas.

El tema de las formas interpretativas de decisión, que entre la doctrina clásica se designa como la cuestión de las "sentencias interpretativas", suele abordarse partiendo de un contraste en abstracto entre un supuesto núcleo duro de significación de la ley y la decisión de constitucionalidad que sobre la misma emite la jurisdicción constitucional al contrastar la norma enjuiciada con los mandatos constitucionales²³. Se suele partir del paradigma de la decisión de inconstitucionalidad asociada a la nulidad propia del modelo de jurisdicción constitucional de los períodos de transición, para reseñar las decisiones interpretativas como excepción al modelo general. Pero más bien sucede lo contrario: la decisión interpretativa en jurisdicciones constitucionales con democracias consolidadas tiene protagonismo frente a las decisiones drásticas menos frecuentes.

Así, se opta por una clasificación de pronunciamientos interpretativos en función, tanto de la estimación o desestimación de la demanda de inconstitucionalidad, como (y esto es lo importante) de una supuesta aproximación o supuesta lejanía entre el núcleo significativo de la ley y la interpretación que la jurisdicción constitucional consigna en el fallo y fundamentos de sus sentencias. De entre los distintos pronunciamientos parecen distinguirse aquellas situaciones en las que la jurisdicción constitucional

PÉREZ, A. «La dimensión estructural de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea» en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.67, 2003, pp. 253-297.

²³ Entre otros AJA, E. y M.GONZÁLEZ BEILFUSS: "Conclusiones generales" en E.AJA (Ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Ariel, Barcelona, 1998, p.264-265; F.RUBIO LLORENTE: "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho" en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p.497. *Vid.*, asimismo, F.J. DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp.35-57; V.CRISAFULLI: "«Le sentenze interpretative» della Corte Costituzionale" en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1967, vol.I, p.1; F.J.EZQUIAGA GANUZAS: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 245; J.JIMÉNEZ CAMPO: "Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español", en AA.VV.: *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional-CEC, Madrid, 1995, pp. 89 y ss.

mantiene la constitucionalidad del precepto dictando una interpretación constitucionalmente conforme ya inherente al contenido de la ley, o bien mantiene el precepto eliminando alguna de las interpretaciones legales incompatibles con la Constitución. Se distinguen estas situaciones, digo, de aquéllas en las que la jurisdicción constitucional, sin expulsar el precepto enjuiciado, ha añadido elementos normativos que no se encontraban en el núcleo de significación de la ley con el fin de asegurar la compatibilidad entre el texto sometido a control y la Constitución y de aquéllas en las que se considera que la jurisdicción constitucional ha desplazado el significado de la ley en favor de un contenido normativo que dicha jurisdicción directamente pasa a establecer²⁴.

Correspondiendo a estas situaciones, se erige toda la abigarrada tipología de sentencias que, entre otras muchas denominaciones, se conocen como sentencias interpretativas de estimación, sentencias interpretativas de desestimación, sentencias aditivas, sentencias aditivas de principio, sentencias manipulativas, sentencias sustitutivas, por mencionar sólo unas cuantas.

Nuestra tesis es que enfocar el estudio sobre la base de una clasificación que se fundamenta en supuestos grados de adecuación o de desviación de la jurisdicción constitucional a un supuesto contenido intangible y previamente determinado de la ley es insuficiente. La clasificación pende del vacío si no se relaciona con las circunstancias concretas que rodean el juicio de constitucionalidad²⁵. La gradación entre decisiones en función de una mayor o menor actividad manipuladora de la jurisdicción constitucional

²⁴ Así AA.VV *Jurisdicción y procesos constitucionales*. McGrawHill, 1997, pp.71-76; F.J. DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid, 2001; A.PIZORRUSSO: “Las sentencias «manipulativas» del Tribunal Constitucional italiano”, en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol I, Madrid, 1981, pp.279-296; R.ROMBOLI “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental” (Trad. I.Torres Muro) en *REDC*, num. 48, 1996, pp. 35-80; R.ROMBOLI: en su informe sobre la jurisdicción constitucional en Italia (trad. E.Expósito Gómez) incluido en E.AJA (editor): *La tensión...*, *op. cit.*, pp. 89-135 y R.ROMBOLI: “La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia” (Trad. R. Velázquez Álvarez) en *Cuadernos de Derecho Público*, n.7, 1999, pp.15-39; R.ROMBOLI: “El control de constitucionalidad de las leyes en Italia”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.4, 1999.

²⁵ Así, H.LÓPEZ BOFILL: *Las decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. IVAP/Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

parece no tener en cuenta que, con el juicio de constitucionalidad, se produce siempre una transformación del contenido de la ley.

Por poner uno de los ejemplos recurrentes, la transformación del contenido de la ley en el sentido en que el Tribunal Constitucional aporta algo "nuevo" que no se encontraba en la comprensión de los precepto antes del juicio de constitucionalidad se produce tanto en las llamadas "sentencias interpretativas" sean de rechazo o no, como en las llamadas sentencias aditivas: no acabamos de atisbar, y nos referimos ahora a casos de la jurisprudencia española, en qué se distingue (*desde el punto de vista de la alteración de contenidos normativos del precepto enjuiciado*) que el Tribunal Constitucional declare que un artículo de la ley de Enjuiciamiento Criminal no vulnera el derecho a ser informado de la acusación de forma que sea comprensible siempre que se entienda que no debe privarse del derecho a ser asistido por un intérprete a los ciudadanos españoles que no comprendan o hablen el castellano (STC 74/1987, de 25 de mayo) de un fallo en el que se declara que determinadas prestaciones de la Seguridad Social no deben excluir a hijos y hermanos bajo riesgo de vulnerar el artículo 14 de la Constitución (STC 3/1993, de 14 de enero). La primera de las decisiones es calificada por la doctrina como decisión interpretativa y la segunda como decisión aditiva²⁶ pese a que parece evidente que en las dos se ha incorporado, mediante la acción del Tribunal y a través de una interpretación *secundum constitutionem*, algo "nuevo" que no se encontraba con carácter previo al juicio de constitucionalidad.

En este contexto, mi propuesta, consiste, como apuntaba, en proponer una alternativa al estudio de la decisión de constitucionalidad de la ley que se aparte de la estrategia tipológica para analizar la actuación de las jurisdicciones constitucionales desde la perspectiva, primero, de *las relaciones institucionales* en cuyo marco emerge el pronunciamiento de constitucionalidad y en segundo lugar, de las llamadas *razones materiales* que conducen al juicio interpretativo como opción que evita la expulsión del enunciado del ordenamiento jurídico o su inaplicación, razones materiales que tienen poco que ver con un contraste abstracto entre un significado *a priori* de la ley controlada y la decisión de constitucionalidad y, en cambio, más bien se emparentan con necesidades y posibles consecuencias económicas, sociales, políticas y culturales

del juicio de constitucionalidad (que ello se niegue explícitamente desde la jurisdicción constitucional no debe ser obstáculo para que el teórico se pregunte sobre la estructura profunda que subyace bajo el velo de la decisión de constitucionalidad de la ley).

La evaluación de la incidencia de factores institucionales obliga a una prospección de un comportamiento de las distintas jurisdicciones constitucionales (no sólo europeas) que aporta información sobre hasta qué punto nuestras estructuras son tributarias de una tradición cuyo conocimiento puede ser el primer paso de su relativización.

De entre los sistemas de Derecho Comparado examinados podemos agrupar dos grandes tendencias en el tratamiento de las formas interpretativas. En la tradición de los sistemas del *Common Law* (Estados Unidos, Canadá y Reino Unido a partir de la aprobación de *Human Rights Act* en 1998) encontramos una menor preocupación en cuanto a la transformación e introducción de contenidos normativos en la ley mediante el juicio de constitucionalidad. Lo relevante en estos sistemas no es tanto que el juez de constitucionalidad modifique la ley bajo el pretexto de acomodo a los preceptos constitucionales (o a la *Human Rights Act*, en Reino Unido), sino que a través del juicio sobre la ley los jueces asignen significados a la propia Constitución (preocupación preeminente en Estados Unidos, aunque mitigada en Canadá por efecto de la cláusula "no obstante"). Vale la pena recordar, en este punto, que en Reino Unido, las disposiciones de la *Human Rights Act* auguran un uso holgado de este instrumento por parte de los jueces como vía para impedir la declaración de incompatibilidad que fuerce a la intervención de Ministro y Parlamento.

Por el contrario, en los sistemas continentales de control de constitucionalidad de leyes *a posteriori* (España, Alemania e Italia) el discurso se encamina *hacia un intento de definición preciso* de las condiciones en las que las facultades interpretativas de los jueces pueden incidir (a través de la interpretación conforme) en la obra legislativa, por un lado, y en las facultades de aplicación reconocidas a los jueces ordinarios, por el otro.

²⁶ Vid. J. JIMÉNEZ CAMPO: "Analogía «Secundum Constitutionem»", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.13, 1992.

Estos modelos se encuentran maniatados por la dialéctica europea entre el privilegio del fuero especial, que se atribuye al juicio de constitucionalidad de la ley, y las necesidades de concretización del juicio de constitucionalidad a las circunstancias de aplicación de la ley: la estructura de un modelo de control de constitucionalidad concentrado no evita que el contenido de los enunciados legales dependa de las necesidades y de las circunstancias de aplicación. Es en la persistencia del fuero privilegiado en el control de constitucionalidad de la ley donde se arraigan todo el espectro de discusiones sobre los límites de las decisiones interpretativas en el juicio de constitucionalidad.

Con todo, a estas alturas, ya no puede ocultarse la intensidad de la modificación de contenidos normativos operada con la intervención judicial (que desborda, con mucho, los diques teóricos a los que se la pretende sujetar) como demuestra, por ejemplo, el abundante uso de decisiones en las que se practica una interpretación conforme. Del resultado de dichas interpretaciones constitucionalmente conformes surge un contenido normativo de la ley a menudo irreconocible (y sumamente densificado) en comparación con el que el espectador externo podría aventurar antes de la intervención de los tribunales. Es en este sentido que puede advertirse una aproximación, en la fase de consolidación de las jurisdicciones continentales europeas, al sistema del *common law* y a la matización del predominio del derecho legislado.

Si una de las funciones de las formas interpretativas de decisión expresa la adaptación del juicio de constitucionalidad de la ley a circunstancias concretas, otra se ocupa de examinar el carácter de las formas interpretativas de decisión desde la óptica de las relaciones institucionales.

Frente al recelo de la capacidad transformadora de la obra legislativa que se atribuye a las decisiones interpretativas, cabe oponer que nos encontramos ante un problema menor si existen mecanismos de relación que aseguren la posibilidad de réplica por parte de instancias políticas, mecanismos que dependen de una práctica y no tanto de una previsión normativa (como demuestra el caso italiano que, pese a la previsión normativa, la fluidez del diálogo entre la Corte Constitucional y las instancias parlamentarias es más bien precario, lo mismo podría decirse del caso Español en el que, además ni siquiera contamos con previsiones normativas). En síntesis, el riesgo que crean las facultades de alteración de contenidos normativos con la intervención de la

jurisdicción constitucional al margen de la actividad legislativa y de su capacidad transformadora pueden superarse mediante la creación de vínculos que, por cierto, la estructura de control de constitucionalidad *ex post* no facilita demasiado.

Los riesgos en el empleo de decisiones interpretativas son, por otra parte, predecibles ya que tanto en el panorama de derecho comparado como en el panorama español puede advertirse cómo las formas interpretativas llegan a convertirse en un *obstáculo* al diálogo institucional.

Mientras que la declaración clásica de invalidez de la ley es susceptible de actuar como señuelo que puede motivar la respuesta del legislador, en la decisión interpretativa, con el pretexto de la interpretación constitucionalmente conforme, se produce una alteración de significados legales sin que el legislador sea consciente ni cuente con instrumentos para contrarrestar esta situación. La práctica jurisprudencial española, por ejemplo, demuestra como incluso en los casos de declaración de inconstitucionalidad sin eliminación textual del precepto impugnado el legislador permanece pasivo. En el plano del derecho comparado se confirma, asimismo, un mayor seguimiento por parte de los órganos políticos de los pronunciamientos de invalidez que de los pronunciamientos interpretativos en los que la interpretación constitucional fluctúa *sub silentio*.

Tenemos como ejemplo el caso francés en el que la estructura del control de constitucionalidad *ex ante* presenta un tejido de relaciones entre Parlamento y Consejo Constitucional apto para potenciar el diálogo, pero en este esquema se limita la nueva intervención del Parlamento sólo en el supuesto de declaración de inconstitucionalidad y de invalidez de la ley y no cuando el Consejo Constitucional admite la constitucionalidad del precepto enjuiciado bajo reservas de interpretación.

En el caso español, de entre los factores institucionales y contextuales a tener en cuenta en la adopción de una decisión interpretativa debe distinguirse entre los juicios de constitucionalidad de la ley en el ámbito de los llamados conflictos legislativos de competencia y el juicio de constitucionalidad de la ley en el contraste entra ésta y los derechos fundamentales.

Por lo que hemos recabado, la elaboración de una concepción del juicio de constitucionalidad que deslinde claramente entre ambas dimensiones está todavía por construir. Ciertamente el juego de cautelas a las que el Tribunal Constitucional debe someterse en su deferencia hacia la actividad legislativa (cauteladas que conducen a la fundamentación de decisiones interpretativas) operan de modo distinto en el ámbito de los litigios entre Estado y Comunidades Autónomas que en el ámbito de los Derechos.

Las presunciones que juegan a favor de los órganos representativos y de sus productos normativos quedan alteradas: en el caso del enjuiciamiento de una ley autonómica o de una ley estatal por motivos competenciales un exceso de deferencia hacia un legislador va en perjuicio de la deferencia que merece la disposición legislativa emanada del otro Parlamento (o de la posibilidad de dictar una ley sobre la misma materia de acuerdo con el sistema de distribución de competencias), el escenario, pues, es diferente del modelo clásico de relaciones entre Parlamento y jurisdicción constitucional pensado para un circuito bipolar.

En el triángulo compuesto por Parlamento estatal, Tribunal Constitucional y Parlamento autonómico, dictar una decisión interpretativa esta en el fondo perjudicando a la competencia legislativa del ente contrario. Esta apreciación, debe subrayarse, nunca ha sido considerada por el Tribunal Constitucional español quien frecuentemente recurre a la presunción de constitucionalidad de la ley en el examen de constitucionalidad por motivos competenciales tanto en fase de tramitación del recurso de inconstitucionalidad como en fase de sentencia, lo que se expresa, mediante fórmulas de interpretación conforme jalonadas en el fallo o en los fundamentos (los últimos años han sido especialmente pródigos en la resolución de conflictos legislativos de competencia mediante decisión interpretativa).

Entrando de lleno en el campo del control de constitucionalidad sobre la base de los derechos, debemos forzosamente indicar que el reducido número de procedimientos y de resoluciones vinculadas a dicho parámetro (número especialmente parco si tenemos en cuenta el control de la legislación postconstitucional) no nos hace perder de vista que, si concebimos las técnicas de decisión interpretativa y, en especial, de interpretación conforme, como caras del control de constitucionalidad de la ley, bien puede afirmarse que este control se ejerce a través del recurso de amparo, luego en el

ámbito de los derechos las técnicas interpretativas de decisión (debido a la estructura de los procedimientos de inconstitucionalidad y al control indirecto sobre disposiciones legislativas) son el elemento crucial que asegura la tutela de los derechos frente a la acción del legislador. Con la excepción del intrincado procedimiento del artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el control sobre la ley posconstitucional nunca será pleno en ocasión de recursos planteados por particulares. En el mismo sentido, la decisión interpretativa vertida en el amparo actúa como factor de configuración del propio derecho constitucional, como fuente de precisión de su contenido.

Sobre propiamente los procedimientos plenos de control de constitucionalidad de la ley (recurso de inconstitucionalidad y cuestión), y todavía bajo la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, puede ofrecerse un catálogo de situaciones de fondo a las que la respuesta interpretativa aparece como particularmente idónea:

En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la decisión interpretativa permite matizar una concepción estricta de un obstáculo procesal que cause indefensión, o que impida el acceso a la jurisdicción o el acceso a un recurso. En estos casos el Tribunal Constitucional elude acabar con el obstáculo procesal suavizando su rigor para fundamentar la compatibilidad con el derecho implicado. Asimismo, también en conexión con el artículo 24.1 CE, la decisión interpretativa funciona como límite al establecimiento de consecuencias jurídicas incondicionadas al margen de la ponderación que Jueces y Tribunales realicen en el caso concreto.

Sobre el artículo 14 CE, las estructuras interpretativas se aplican a la tarea de reparación de la igualdad lo que sucede mediante la extensión de un régimen a un grupo *a priori* excluido de forma discriminatoria por el legislador, esta operación, aunque se presente bajo la forma de nulidad y gestión de la inconstitucionalidad, equivale a la transformación del contenido normativo de un precepto legal que por regla general se mantiene en el ordenamiento jurídico, lo que es análogo a lo realizado por una decisión interpretativa clásica.

Finalmente, en conexión con el artículo 25.1 de la Constitución, la interpretación conforme se concibe como freno al efecto despenalizador que supone la invalidación de un precepto.

La mayor o menor afectación al principio de legalidad presupuestaria actúa, para concluir, como otra de las razones materiales claves para explicar la concurrencia de decisiones interpretativas tanto en los juicios vinculados a derechos como en los juicios referidos a litigios competenciales.

En este sentido parece poco apropiado que el modelo tipológico se limite a encubrir esta faceta del juicio de constitucionalidad mediante distinciones nominales asociando de forma sutil un mayor intervencionismo del Tribunal Constitucional (y una mayor invasión de la libre configuración del legislador cuando la decisión) se produce con afectación a la capacidad de gasto y, por el contrario, asumiendo que la actividad del Tribunal se ha concretado respetando un supuesto contenido inherente a la disposición legislativa impugnada cuando el pronunciamiento tiene poca relevancia desde la perspectiva de la inversión de recursos públicos²⁷.

²⁷ Sobre este aspecto, la experiencia italiana es pródiga en aproximaciones teóricas. Vid. Por todas, T.GROPPI: “La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalla decisioni della Corte Costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale”, en P.CONSTANZO (coord.): *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 1996.