

# LA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION Y EL CARACTER OBJETIVADO DEL CONTROL JURISDICCIONAL (\*)

MANUEL ARAGON

*SUMARIO:* I. LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES DEL CONTROL: 1. *El control y su sentido unívoco.* 2. *La imposibilidad de un concepto único de control:* a) Heterogeneidad de medios o instrumentos de control. b) La imprecisión del término «controles constitucionales» para abarcar las diversas modalidades de control. c) La inoperancia de otros intentos de unificación conceptual. 3. *Solución que se defiende: la pluralidad conceptual del control. Limitación y control en el Estado constitucional. Controles sociales, políticos y jurídicos. Control y garantía.*—II. EL CONTROL JURISDICCIONAL COMO PARADIGMA DEL CONTROL JURÍDICO: 1. *Las diferencias entre el control jurídico y el control político.* 2. *Agentes y objetos del control jurisdiccional.*—III. EL CARÁCTER PREDETERMINADO DEL PARÁMETRO EN EL CONTROL JURISDICCIONAL: LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y LA CONSTITUCIÓN COMO CONJUNTO NORMATIVO. LA DISTINCIÓN «SUSTANCIAL» ENTRE CONSTITUCIÓN Y LEY.—IV. EL CARÁCTER INDISPONIBLE DEL PARÁMETRO EN EL CONTROL JURISDICCIONAL Y LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y, EN ESPECIAL, DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: 1. *La discusión sobre los criterios clásicos de interpretación.* 2. *La polémica sobre la interpretación valorativa.* 3. *Interpretación de la Constitución e interpretación de la Ley. La discusión actual sobre la interpretación constitucional.* 4. *La tesis que se defiende: teoría de la Constitución e interpretación constitucional.*—V. EL RESULTADO DEL CONTROL JURISDICCIONAL.—VI. EL CARÁCTER NECESARIO DEL CONTROL JURISDICCIONAL.

---

(\*) Este trabajo es parte de una obra, dedicada a *La teoría del control en el Estado constitucional*, en curso de publicación.

## I. LOS PROBLEMAS CONCEPTUALES DEL CONTROL

1. *El control y su sentido unívoco*

La conocida afirmación de IHERING de que «primero se tiene que haber perdido completamente la fe en la teoría para poder servirse de ella sin peligro», aunque contiene una cierta dosis de exageración (1), no deja de encerrar un gran fondo de verdad, en cuanto que alerta, al menos, sobre dos riesgos que acechan a la teoría: el alejamiento de la realidad y el dogmatismo conceptual. La teoría no debe prescindir de su «adecuación» a la realidad, porque ello es lo que le permite explicarla y también criticarla, como no debe tampoco prescindir del «sentido» por un afán de obtener la pureza del «concepto». El fanatismo teórico se presenta, pues, como el peor enemigo de la teoría, dado que puede conducirla a perder lo que constituye, propiamente, la condición de su validez: el ser un vehículo de conocimiento de la realidad, para convertirla en una teoría fantasmagórica, es decir, en una teoría que sólo permite conocer... a la propia teoría. Ahora bien, si la huida de un excesivo dogmatismo conceptual conduce a sostener que para un fenómeno complejo puedan existir no uno sino varios conceptos teóricamente válidos, la irrenunciable coherencia sistemática sin la cual la teoría es imposible, obliga a atribuir a ese fenómeno un único sentido teórico relevante.

Pues bien, para la teoría de la Constitución, el fenómeno del control (como después veremos) escapa al corsé de una única definición conceptual, pero ello no significa que posea una pluralidad de sentidos. Por el contrario, es justamente la existencia de un sentido «constitucionalmente» unívoco del control lo que le permite ser, como ya expuse en otro lugar (2), elemento inseparable de un concepto unívoco de Constitución. Unidad de sentido que se deriva, pues, de la teoría de la Constitución, pero también de la misma teoría del control: considerada la íntima relación que existe entre Constitución y control, parece evidente que la teoría de aquélla ha de incluir a la

---

(1) Debido, quizás, a su mordacidad crítica contra la «jurisprudencia de conceptos» a la que iba dirigida. Probablemente IHERING, que en su juventud había compartido, y defendido, las mismas tesis de PUCHTA, incurría ahora, cuando escribe la frase (tomo IV del *Espíritu del Derecho romano*, 1864), y se burla de aquellas doctrinas, oponiéndoles una nueva jurisprudencia «pragmática», en el radicalismo propio del converso.

(2) «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», en el libro-homenaje al profesor MURILLO FERROL, CEC-CIS, Madrid, 1986.

teoría de éste y que, a su vez, cualquier intento de teorización del control ha de dotar a éste de un sentido unívoco que sea capaz de englobar coherentemente las variadas formas que el control adopta en el Estado constitucional. Tal sentido no es otro que el de considerar al control como el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder.

El control sobre los poderes públicos es algo que ya se encuentra, aunque con otros nombres, en las formas políticas más antiguas, que reaparece, después de un cierto declive, en la organización medieval y que se expande con el Estado moderno (3). La noción de control es muy vieja; tanto, puede decirse, como la noción misma de organización. El nombre, en cambio, con el que se le designa es relativamente más joven, ya que arranca de hace sólo seis o siete siglos. La palabra «control» proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum* y de ahí pasó al francés *contre-rôle* (*contrôle*), que significa, literalmente, «contra-libro», es decir, «libro-registro», que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de «fiscalizar», «someter», «dominar», etc. Aunque suele decirse que en el idioma inglés «control» se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a «comprobación», lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa «mando», «gobierno», «dirección», pero también «freno» y «comprobación»; en francés, «registro», «inspección», «verificación», pero también «vigilancia», «dominio» y «revisión»; en alemán (*kontrolle*), «comprobación», «registro», «vigilancia», pero también «intervención», «dominio» y «revisión»; en italiano (*controllo*), «revisión», «inspección», «verificación», pero también «vigilancia», «freno» y «mando». El Diccionario de la Real Academia Española otorga a la palabra los siguientes significados: «inspección», «fiscalización», «intervención», «dominio», «mando», «preponderancia».

Si del análisis puramente lingüístico pasamos al examen de la utilización que de la palabra se hace en las normas jurídicas, la pluralidad de significados no desaparece, en cuanto que en los ordenamientos suele encontrarse el término «control» referido, como reconoce GALEOTTI (4), a fenómenos muy diversos (control parlamentario, judicial, administrativo, etc.); nuestra propia Constitución, por ejemplo, emplea las expresiones «control parlamentario»

(3) M. S. GIANNINI, «Controllo: nozioni e problemi», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 4, 1974.

(4) *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1963, pp. 4 y 5.

(de la acción del Gobierno, de la suspensión individual de derechos, de los medios de comunicación social dependientes del Estado, de determinadas normas legislativas de las Comunidades Autónomas), «control de la actividad de las Comunidad Autónomas» (por el Gobierno, por el Tribunal Constitucional, por la jurisdicción contencioso-administrativa, por el Tribunal de Cuentas), «control por los Tribunales» (de la potestad reglamentaria y de la actividad de la Administración), «control judicial» (de la validez de las actas y credenciales de los miembros del Congreso y del Senado), «control» (distinto del judicial) sobre la legislación delegada, «control del Estado» (sobre el ejercicio de las facultades a que se refiere el artículo 150.2), «control... de... los centros» (docentes sostenidos por la Administración con fondos públicos). Sin perjuicio de que ciertas actividades de control no estén así enunciadas literalmente (por ejemplo, el control de constitucionalidad de las leyes) parece, pues, que la multiplicidad de significados es patente en nuestro propio texto constitucional y que se ampliaría, sin duda, si el examen se extiende a lo que disponen las leyes y los reglamentos.

Sin embargo, esta variedad de significaciones, que puede obligar a la elaboración de una pluralidad de conceptos de control (como después veremos) no impide aprehender a éste en un único sentido. Bajo las diversas formas (parlamentaria, judicial, social, etc.) del control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección, etc.) que tal control puede revestir, late una idea común: hacer efectivo el principio de la limitación del poder. Todos los medios de control, en el Estado constitucional, están orientados en un solo sentido y todos responden, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos. Ese es, justamente, el sentido que, en general, atribuye ELY (5) al control, como manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados a fin de garantizar que gobierne la mayoría y se evite, al mismo tiempo, la tiranía de esa mayoría. En resumidas cuentas, lo que se garantiza así, en último extremo, es la vigencia de la soberanía nacional (al impedirse el absolutismo del poder) porque, como decía muy bien MUÑOZ TORRERO en nuestras Cortes de Cádiz: «El derecho a traer a examen las acciones del gobierno es un derecho imprescindible que ninguna nación puede ceder sin dejar de ser nación» (6).

(5) *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard Univ. Press, 1980, pp. 105 a 117.

(6) Citado por SÁNCHEZ AGESTA en su «Introducción» al *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, de A. DE ARGÜELLES, Madrid, 1981, p. 49.

## 2. *La imposibilidad de un concepto único de control*

Si bien la unidad del fin permite atribuir un sentido unívoco al control y considerarle, por ello válidamente, como elemento inseparable del concepto de Constitución (7), la pluralidad de medios a través de los cuales ese control se articula, la diversidad de objetos sobre los que puede recaer y el muy distinto carácter de los instrumentos e institutos en que se manifiesta impiden sostener un concepto único de control. No se trata de que existan diversas clases de control, que ello es obvio y no repugnaría, por sí sólo, a la unidad conceptual, sino de que, por imperativos analíticos, la heterogeneidad de los medios de control es tan acusada que obliga a la pluralidad conceptual. Para el Derecho constitucional no hay, pues, uno, sino, como veremos, diversos conceptos de control. En todos ellos el control aparece dotado de un único sentido, desde luego, pero integrado por muy variados elementos. La categoría del control se presenta, en sus diversas manifestaciones prácticas, a través de modalidades tan distintas que cualquier intento de englobarlas en un solo concepto que las pudiese abarcar sería una empresa condenada, teóricamente, al fracaso o, en todo caso, operativamente, a la esterilidad.

### a) *Heterogeneidad de medios o instrumentos de control*

Efectivamente, el control del poder se manifiesta, en el Estado constitucional, a través de una multiplicidad de formas que poseen caracteres muy diferenciados. Tal diversidad se encuentra, por un lado, en los objetos mismos susceptibles de control: las normas jurídicas (incluida la ley en los países con jurisdicción constitucional), los actos del Gobierno y de la Administración, del poder legislativo y del judicial (en los países, como el nuestro, donde existe un control de constitucionalidad que los incluye), la mera «actividad» o «comportamiento» del Gobierno (responsabilidad política), y la lista podría, sin duda, ampliarse. De otro lado, muchos son los agentes que pueden ejercer el control: tribunales de justicia, cámaras parlamentarias y sus co-

---

(7) Es claro que no podría entenderse como elemento inseparable de un concepto aquél que tuviese una multiplicidad de sentidos, ya que ello conduciría a la nulidad del concepto mismo, pues no habría un concepto «preciso» sino completamente «impreciso», es decir, habría tantos conceptos como sentidos pudieran atribuirse al elemento en cuestión. Me remito a mi trabajo citado en nota 2.

misiones, parlamentarios individuales, grupos parlamentarios, órganos de Gobierno en sentido propio e incluso órganos de la Administración, órganos específicos, no exactamente administrativos, de fiscalización o inspección (de la actividad financiera del Estado o, en general, de todas las Administraciones públicas), grupos de interés institucionalizados, opinión pública, cuerpo electoral, etc. Y, finalmente, también son muy variadas las modalidades que el control puede adoptar: control previo y posterior, de legalidad, de constitucionalidad, de oportunidad, de eficacia e incluso de absoluta libertad en la apreciación (característica, entre otras, del control genuinamente político).

Ante una heterogeneidad así no es de extrañar que los intentos de dotar al control de un tratamiento conceptual unitario adolezcan de graves deficiencias, de tal manera que o son construcciones de suma debilidad teórica, al tratar de homogeneizar lo que de ninguna manera lo es, o son construcciones en las que el pretendido rigor les lleva a excluir del concepto de control figuras que obviamente lo son, con olvido de que el arbitrio del teorizante (como ha dicho muy bien GALEOTTI) (8) debe encontrar su límite en los datos que facilita la propia realidad. Parece conveniente pasar revista a algunas de esas construcciones.

b) *La imprecisión del término «controles constitucionales» para abarcar las diversas modalidades de control*

El intento más serio, a mi juicio, de dotar de unidad conceptual a los controles desde el punto de vista de la teoría constitucional, o más exactamente, a los controles relevantes para el Derecho constitucional, es el realizado por GALEOTTI en su libro ya varias veces citado *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*. Pero la seriedad del intento no significa su acierto, pues, como veremos, ofrece bastantes flancos a la crítica.

GALEOTTI arranca de una previa delimitación: «Por control constitucional puede entenderse, en una primera y generalísima aproximación, toda manifestación del control jurídico que se presenta en el ámbito de las relaciones del Derecho constitucional» (9). Ahora bien, esta consideración de los controles constitucionales como controles jurídicos le lleva a excluir del concepto figuras que no poseen tal carácter jurídico, tales como el control realizado por la opinión pública, por la prensa, por los grupos de presión (10)

---

(8) *Op. cit.*, p. 34.

(9) *Ibidem*, p. 1.

(10) *Ibidem*, p. 2.

que, pese a la exclusión operada por GALEOTTI, poseen ciertamente relevancia sobre la vida constitucional. De otra parte, y aunque afirma correctamente que los controles políticos son aquellos en los que el control se realiza con plena libertad de valoración (11), y que tales controles, por no ser jurídicos, están excluidos del concepto que defiende, se ve obligado, contradictoriamente, a considerar a algunos de ellos como controles constitucionales. Ese es el caso de los controles parlamentarios. El razonamiento que sigue es el siguiente: llevado por su deseo de unificación conceptual, pero, al mismo tiempo, consciente de que el arbitrio del teórico no puede, de ninguna manera, mutilar la realidad, manifiesta su convicción de que «tendrá mayor título de validez aquel concepto de control que sea lógicamente capaz de abarcar, en la extensión más amplia compatible con su lógica interna, los fenómenos que tradicionalmente, según la convención más consolidada del lenguaje, de la doctrina y de los operadores jurídicos, vienen siendo considerados como control» (12); pero ello le conduce, necesariamente, a admitir en su concepto el control parlamentario, pues, «en base a tal criterio (el que acaba de exponerse) no debería consentirse, por ejemplo, una noción de control que comportase la exclusión del campo de los controles, de la figura del control parlamentario sobre el gobierno y sobre sus actos (una noción así no tendría *ictu oculi* validez en el campo del Derecho constitucional, donde los controles políticos son parte conspícua de este sector)» (13).

La contradicción es palmaria: primero afirma que los controles constitucionales, como controles jurídicos, excluyen a los controles políticos y después acepta que éstos se incluyan en el propio concepto que antes los niega. GALEOTTI es consciente de esa contradicción y para intentar salvarla acude a la idea de que el carácter de jurídico también se le puede atribuir al control parlamentario en cuanto que dicho control no se realiza con criterios de valoración totalmente libres sino atendiendo «a valores expresos o institucionalmente tutelados» (14). Lo que le conduce a sostener que en el control jurídico «no es esencial la predeterminación de cánones de confrontación anteriores e inmodificables» (15), sino que basta la existencia de algún parámetro, aunque sea muy flexible y escasamente normativo, de control, porque tal existencia ya es suficiente para excluir la absoluta libertad de valora-

(11) *Ibidem*, pp. 18 y 19.

(12) *Ibidem*, p. 34.

(13) *Ibidem*, pp. 34 y 35.

(14) *Ibidem*, pp. 37 y 71.

(15) *Ibidem*, p. 74.

ción (16); basta, llega a decir, que haya (o se pretenda que haya) una adecuación a «principios», «intereses», o, más generalmente, «valores» (17). La laxitud del parámetro (realmente, en muchos casos, su pura inexistencia) así considerado no se le escapa a GALEOTTI, que, finalmente, vencido por la imposibilidad de atribuir carácter jurídico a lo que difícilmente lo puede tener, concluye con que son controles constitucionales los regulados por el Derecho constitucional (18).

La definición final, en la que curiosamente se vuelve al punto de partida, no solamente es tautológica y en ese sentido escasamente explicativa, sino que liquida el problema del carácter jurídico del control por confusión entre concepto teórico y simple regulación normativa. Es jurídico, viene a admitir, lo regulado por el Derecho y, en consecuencia, es control constitucional el regulado por el Derecho constitucional. Sobre este modo de razonar, que ha afectado bastante a algunos de nuestros juristas, ya me he pronunciado en otro lugar (19); ahora sólo es necesario constatar que el concepto de GALEOTTI ni resuelve el problema ni podía por lo demás resolverlo, ya que los controles relevantes para el Derecho constitucional, o los controles del poder en la teoría constitucional, no pueden ser abarcados, conceptualmente, bajo la denominación de «controles constitucionales», ya que tal denominación no calificaría, ni distinguiría, por sí misma, a la diversidad de esos controles. ¿Qué puede significar «controles constitucionales»? ¿que están previstos en la Constitución? Entonces ni los abarcaría a todos (puede haber controles creados por la ley pero de gran relevancia para el Derecho constitucional) ni definiría su carácter (en la Constitución pueden estar previstos controles de carácter totalmente heterogéneo). ¿Que se ejercen sobre órganos constitucionales? Entonces no comprendería (y el concepto estaría fuertemente mutilado) los ejercitados sobre otros órganos, no constitucionales, del Estado, sobre la Administración, sobre los órganos de las entidades territoriales autónomas, etc., que son extraordinariamente relevantes para el Derecho constitucional. ¿Que se ejercen por los órganos constitucionales? Entonces no estarían incluidos los controles sociales ni los jurisdiccionales, excepto los realizados por el Tribunal Constitucional, ni los llevados a cabo por órganos del Estado que no son órganos constitucionales, ni el que ejercita

---

(16) *Ibidem*, pp. 39 y 75.

(17) *Ibidem*, p. 39.

(18) *Ibidem*, p. 121.

(19) «El control parlamentario como control político», en la *Revista de Derecho Politico*, de la UNED, septiembre 1986.

el cuerpo electoral. No hacen falta más ejemplos para excluir un entendimiento así.

El esfuerzo de GALEOTTI, extraordinariamente útil para dilucidar algunos de los problemas concretos del control (y sobre este autor volveremos más adelante), no resuelve, en cambio, el problema general de su conceptualización.

c) *La invalidez de otros intentos de unificación conceptual*

Se trata, en estos casos, de construcciones (a veces meras improvisaciones) de mucha menor entidad que la emprendida por GALEOTTI. Así puede citarse la tesis de M. S. GIANNINI (20) que, fuertemente mediatizado por una visión administrativa de los controles, los identifica con la estricta potestad de limitación y ello le conduce a sostener que el control jurisdiccional no es control sino resolución judicial de controversias (21) y que el control de constitucionalidad de las leyes «sólo puede decirse que es control en sentido impropio» (22). No hace falta, porque los defectos están a la vista, extenderse mucho en explicar las razones que invalidan esta tesis desde el punto de vista del Derecho constitucional: basta señalar que deja reducido el control a las formas menos eficaces del mismo y excluye las que poseen mayor relevancia. Aparte de que confundir control con limitación es, teóricamente, rechazable, como un poco más adelante veremos.

Otra tesis es la de CHIMENTI (23), que limita el control a la mera actividad de contraste o comprobación, eliminando totalmente el llamado «efecto conminatorio»; tesis que no hace más que recoger las ideas de ZANOBINI (24) sobre el control, aceptadas por algún sector de la doctrina administrativista italiana (especialmente FERRARI y FORTI) y recogidas, aunque incidentalmente, después, por RESCIGNO (25). Esta idea del control que entre nosotros ha sido acogida por GARCÍA MORILLO (26), además de eliminar de la categoría en cuestión una de sus facetas más interesantes, parte de un cuestionable

(20) «Controllo...», *op. cit.*

(21) *Ibidem*, pp. 1271 a 1273.

(22) *Ibidem*, p. 1273.

(23) *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Giuffrè Editore, Milán, 1974.

(24) *L'amministrazione locale*, CEDAM, Padua, 1932.

(25) *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, 1980, p. 386.

(26) *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Edit. Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pp. 48 a 54.

entendimiento de la distinción entre control jurídico y control político. En resumen, incurre en casi todos los defectos de la tesis de GALEOTTI y en ninguna o casi ninguna de sus inteligentes virtudes. De todos modos, sobre este asunto también volveremos más adelante.

Quizá puede citarse también la tesis, parcialmente asumida por el mismo GALEOTTI (aunque no coincidente, en realidad, con su concepción global de los controles constitucionales) (27) de que sólo hay control cuando, como resultado de él (del juicio negativo) hay sanción. Esta tesis (acogida entre nosotros por SANTAOLALLA LÓPEZ) (28), resolvería, en sí misma, poco, ya que equipararía figuras completamente heterogéneas de control (el realizado por el cuerpo electoral, el llevado a cabo por los tribunales y el que se verifica a través de la responsabilidad política del Gobierno, por ejemplo) y desconocería que el «momento conminatorio» ni siempre es imprescindible en el control, ni siempre que existe acompaña, directa e inmediatamente, a éste. Sobre algunos de estos problemas trataremos más adelante.

Por último, y aunque no pretende expresamente elaborar un concepto único de control como categoría de Derecho constitucional, y la utilización del término «controles constitucionales» que en ella se hace es a los meros efectos descriptivos, puede mencionarse también aquí la contribución de LOEWENSTEIN (29) sobre los controles y su clasificación en horizontales (intra e interorgánicos) y verticales. Pero, como decíamos, esta contribución, interesante para la clasificación de las modalidades de control, no resuelve el problema de su conceptualización.

### 3. *Solución que se defiende: La pluralidad conceptual del control. Limitación y control en el Estado constitucional. Controles sociales, políticos y jurídicos. Control y garantía*

Parece, pues, que el problema conceptual del control quizá podría resolverse, válidamente, considerando que, desde el punto de vista del Derecho constitucional, como antes ya hemos repetido, no existe uno sino varios conceptos de control. Dicho en otras palabras: la teoría constitucional del control ha de abarcar a éste a través de una pluralidad conceptual que permita dis-

---

(27) *Op. cit.*, pp. 49 y 50, y también en «Controlli costituzionali», *Enciclop. del Diritto*, X, Milán, 1972, pp. 319 y ss.

(28) *Derecho Parlamentario Español*, Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 199.

(29) *Teoría de la Constitución*, edic. española, Ariel, Barcelona, 1970, pp. 232 y ss.

tinguir las diversas modalidades que adopta el control, evitando confusiones que puedan no sólo desvirtuar teóricamente la categoría sino incluso lastimar su operatividad práctica.

Para ello ha de arrancarse de la distinción entre limitación y control (30), que es donde está, verdaderamente, la raíz del problema. A la luz de esa distinción cobran sentido las diferenciaciones conceptuales de las modalidades de control constitucionalmente relevantes, como intentará explicarse. Y también la diferenciación entre control y garantía.

El delicado equilibrio de poderes que caracteriza al Estado constitucional no se apoya sólo en la compleja red de limitaciones que presta singularidad a esta forma política (y al concepto mismo de Constitución en que se asienta), sino también en la existencia de múltiples controles a través de los cuales las limitaciones se articulan. Limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero.

Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable. La distinción más inmediata y comprensiva que cabe hacer dentro de la multiplicidad de limitaciones del poder es la que diferencia a las limitaciones no institucionalizadas de las limitaciones institucionalizadas. Y esa distinción se corresponde también con la clasificación más genérica que puede hacerse de los tipos de control. Las limitaciones no institucionalizadas tienen su correspondencia en un tipo de controles, también no institucionalizados, pero que no dejan por ello de ser efectivos. Se trata de unos controles generales y difusos, entre los que se encuentran tanto las que JELLINEK denominaba «garantías sociales» (31) como otros instrumentos de control que se manifiestan a través del juego de la opinión pública e incluso por medios no públicos de presión. Son los que deben denominarse «controles sociales», no institucionalizados, como antes se decía, y por ello, generales y difusos, como también se ha señalado.

---

(30) Sobre este asunto ya me preocupé en un trabajo, «La reserva reglamentaria en el proyecto constitucional y su incidencia en las relaciones Parlamento-Gobierno», en el libro colectivo *El control parlamentario del Gobierno en las democracias plurales* (edic. de M. RAMÍREZ), Edit. Labor, Barcelona, 1978, pp. 297 a 315, en el que se explica la distinción aludida y las diferencias entre controles sociales, políticos y jurídicos. En este trabajo está, realmente, el inicio de mis preocupaciones sobre el problema y allí también, incoadas, las tesis que ahora desarrollo.

(31) *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, 1970, pp. 592 y 593.

Del mismo modo, las limitaciones institucionalizadas están vigiladas por controles también institucionalizados. Y estos controles pueden clasificarse en «políticos» y «jurídicos», siendo propio de los primeros su carácter subjetivo y su ejercicio, voluntario, por el órgano, autoridad o sujeto de poder que en cada caso se encuentra en situación de supremacía o jerarquía (la supremacía sería la característica de las relaciones supraorgánicas e interorgánicas y la jerarquía la correspondiente a las relaciones intraorgánicas) mientras que lo peculiar de los segundos (los controles jurídicos) es su carácter objetivado (32), es decir, basado en razones jurídicas, y su ejercicio, necesario (33), no por el órgano que en cada momento aparezca gozando de superioridad, sino por un órgano independiente e imparcial, dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de Derecho.

Limitación y control son términos interrelacionados, pero no idénticos, ni siempre coincidentes. En el control social su propio carácter difuso y su condición genérica originan que unas veces el agente que limita sea a su vez el que controla y otras que el agente del control garantice limitaciones producidas por terceros e incluso limitaciones establecidas en abstracto. En el control político quien limita es, a su vez, quien controla (aunque puede ocurrir que, a veces, la eficacia de su control no esté tanto en dicho control efectuado por él como en la posibilidad de que ese control pueda poner en marcha controles ejercitados por otros); y así, las limitaciones supraorgánicas, interorgánicas e intraorgánicas se corresponden con controles también supra, inter e intraorgánicos. Ejemplo de los primeros sería el ejercitado a través de las elecciones (34); de los segundos, la responsabilidad del Gobier-

(32) La distinción de JELLINEK (*op. cit.*, pp. 592 y 593), entre «garantías sociales, políticas y jurídicas» está muy próxima a la que aquí se realiza respecto de los controles, aunque no se corresponda exactamente. De todos modos, la idea que alienta en aquella distinción sigue siendo perfectamente válida. En ese sentido, el carácter objetivado de los controles jurídicos coincide con la afirmación de JELLINEK: «Las garantías jurídicas se distinguen de las sociales y políticas en que sus efectos son susceptibles de un cálculo seguro» (*ibidem*, p. 593).

(33) El control jurídico es un control necesario en cuanto que el órgano que lo ejerce necesariamente ha de resolver siempre que libremente se solicite su intervención, y en cuanto que también tal control necesariamente ha de existir si se quiere evitar la consolidación de las normas minuscuamperfectas, lo que no impide que, *de facto*, puedan darse ese tipo de normas, pese a la existencia del control, en la medida en que no se inste su procedimiento. Pero ello, que repugna a la teoría, no puede ser, en modo alguno, resuelto por el Derecho.

(34) El control de los ciudadanos sobre los órganos del Estado a través de las elecciones es dudoso que deba ser encuadrado, como hace LOEWENSTEIN (*op. cit.*,

no ante el Parlamento, y de los terceros la dependencia de cada ministro respecto del presidente del Gobierno.

Pero en el control jurídico, precisamente por ser un control objetivado, la limitación no resulta, como en el control político, de un choque de voluntades, sino de una norma abstracta, y el órgano de control no es un órgano limitante, sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado. Cuando el órgano jurisdiccional declara la nulidad de una ley por inconstitucional, o de un decreto o de una resolución administrativa por ilegal, no está actuando en situación de supremacía sobre el Parlamento, el Gobierno o la autoridad administrativa, no está limitando el poder, sino asegurando que los límites del poder se cumplen, es decir, no está limitando, pero sí controlando. Y ni siquiera, exactamente, está controlando a otros órganos, sino a las actividades de esos órganos. Sobre esto hay una excelente frase de SCHMITT, cuando decía que «la justicia está ligada a la ley, e incluso cuando decide sobre la validez de una ley se mantiene dentro de la pura normatividad. Frena, pero no manda» (35).

Mediante el control jurídico, que es siempre un control interorgánico, ya se conciba al juez como órgano del Estado, ya se le considere como órgano del Derecho (36), se fiscalizan, pues, limitaciones aparente y formalmente abstractas. Bajo ellas se esconden, sin embargo, inevitablemente, relaciones de poder entre voluntades concretas, aunque no necesariamente actuales;

---

pp. 326 a 349) en los controles interórganos. En primer lugar, porque la cualidad de órgano del electorado no es cuestión absolutamente clara (desde luego, subjetivamente no tiene una estructura orgánica), y en segundo lugar porque, aunque formalmente ese control lo ejercite el cuerpo electoral, materialmente quien lo ejerce es el pueblo en quien radica la soberanía. Su superioridad sobre los órganos del Estado, que resulta completamente clara cuando se trata de elecciones o votaciones constituyentes, no decae aunque se trate de elecciones «constituidas», ya que la superioridad se manifiesta no sólo en crear, modificar o extinguir órganos, sino también en nombrar, mantener o revocar a las personas que los ocupan.

(35) *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p. 226.

(36) Esta idea del juez como órgano del Derecho y no del Estado, defendida desde hace tiempo por GARCÍA DE ENTERRÍA («Verso un concetto di Diritto Amministrativo come diritto statutario», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960), es bastante sugerente y podría parecer incluso oportuna para construir el control jurídico como un control de los órganos del Derecho sobre los órganos del Estado. Sin embargo, esa idea tropieza con serios inconvenientes teóricos y prácticos y parece muy difícil desmontar la vieja y sólida doctrina de la personalidad jurídica del Estado para sustraer de tal personalidad una parte orgánica que le es sustancial.

relaciones que, en todos los casos, pueden ser definidas como supraorgánicas, interorgánicas e intraorgánicas. Al fin y al cabo, al asegurar la vigencia del principio de jerarquía normativa, los tribunales no hacen más que garantizar la cadena de subordinaciones que da sentido a ese principio. La superioridad de la Constitución sobre la ley, de ésta sobre el decreto y de éste sobre la orden ministerial no significa más que la objetivación jurídica de unas limitaciones políticas: la del poder constituido por el poder constituyente, la del Gobierno por el Parlamento y la de un ministro por el Consejo de Ministros.

Una última cuestión queda por tratar en esta aproximación general al problema del control y es la de distinguir entre control y garantía. JELLINEK mezcla ambas figuras, como se sabe, al referirse a las «garantías del Derecho público», pero creo imprescindible separarlas para entender rectamente el significado del control. Es cierto, por lo demás, que el control funciona como garantía de la limitación, pero también es cierto que el término garantía, bajo la denominación expresa de «garantías constitucionales», ha sido larga y heterogeneamente estudiado por la doctrina. Más aún, la corriente, muy extendida en la doctrina italiana, que se adhiere a la clásica concepción de JELLINEK ya aludida, entiende la garantía constitucional como un instrumento encaminado a asegurar la «regularidad» de la Constitución (ROMANO, SALVI, GALEOTTI, DE FINA, FERRARI, LAVAGNA, entre otros). En palabras de GALEOTTI, la garantía constitucional «alude a todos los mecanismos institucionales objetivamente ordenados a asegurar el respeto de la Constitución» (37), o «a la tutela de la regularidad constitucional» (38). Para todos estos autores el término «garantía» es más amplio que el de «control» y para todos, menos para GALEOTTI, el primero siempre engloba al segundo, que forma sólo una parte de aquél. GALEOTTI se separa, pues, de esa amplia corriente doctrinal, ya que concibe al control inmerso en la garantía sólo cuando se trata del control de constitucionalidad, pero no en los demás casos. Para él, el término «garantía» es más amplio que el de «control» porque puede incluir elementos de sanción penal o disciplinaria ajenos a lo que, realmente, constituye el momento «conminatorio» del control y, a su vez, el término «garantía constitucional» es menos amplio que el de «control» porque la garantía constitucional tutela valores «positivados» en el texto de la

---

(37) *Introduzione alla teoria...*, op. cit., p. 124.

(38) *Ibidem*, p. 126. Véase también, del mismo autor, «Garanzia costituzionale», en *Enciclop. dil Diritto*, Giuffrè Edit., Milán, 1969, tomo XVIII.

Constitución, mientras que el control tutela no sólo conjuntos normativos sino también intereses, programas, ideas, e incluso simple voluntad de la mayoría. La cuestión dista mucho de ser pacífica, como se ve. Por influencia de algún sector de la doctrina italiana, GARCÍA MORILLO, en nuestro país, diferencia control de garantía afirmando que el primero se refiere sólo a la función de mera comprobación y la segunda a la sanción, revocación, etc., que como consecuencia del control puede producirse (39).

Este breve recorrido doctrinal acerca de las relaciones control-garantía ya nos muestra suficientemente la ambigüedad en que el problema se encuentra. Y ello sin contar con otra acepción del término «garantías constitucionales», que las equipara a «derechos fundamentales», acepción hoy casi en desuso y que, de todos modos, no afecta directamente al problema aquí planteado.

Creo que una vía útil para aclarar la cuestión puede ser la de distinguir, primero, la noción general de «garantía» de la noción específica de «garantía constitucional», para tratar después de diferenciar a ambas del control. Las garantías son los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de las obligaciones (desde el punto de vista subjetivo) o de normas o principios (desde el punto de vista objetivo). Las «garantías constitucionales» son, en consecuencia, los medios a través de los cuales se asegura el cumplimiento de la Constitución. Conviene no confundirlas con las «garantías institucionales» que son sólo un grupo reducido de aquéllas (40). En definitiva, las «garantías constitucionales» son un tipo de garantías, no «subjetivas» sino «objetivas» y que aseguran no el cumplimiento de cualesquiera normas o principios sino sólo de las normas y principios constitucionales.

Ahora bien, ¿qué relación hay entre garantías y control? Hay que decir, en principio, que el control es una garantía, pero que el control no es todas las garantías. Unas veces, el control opera como única garantía, otras hace efectivas garantías preexistentes y otras pone en marcha garantías subsiguien-

(39) *El control parlamentario...*, op. cit., pp. 76 y ss.

(40) Este término, acuñado doctrinalmente por SCHMITT, como se sabe, fue primeramente acogido por la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana para ser recibido después en otros países. Nuestro Tribunal Constitucional está haciendo uso de esa categoría en su jurisprudencia. Sobre el término véase, por todos, la obra de E. SCHMIDT-JORTZIG, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Edit. Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1979. En España está muy tratada la cuestión por L. PAREJO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Inst. de Estudios de Administración Local, 1981.

tes que a su vez se hacen efectivas a través de un también subsiguiente control. Y ello porque el término garantía es más amplio que el de control aunque a veces pueda confundirse con él. La ausencia de una delimitación clara entre ambas categorías, que se arrastra desde JELLINEK, ha sido, a mi juicio, el semillero de las ambigüedades doctrinales que sobre esta cuestión se manifiestan. Las limitaciones del poder se encuentran garantizadas a través de diversos instrumentos (reservas de ley, cláusulas de rigidez constitucional, contenido esencial de los derechos fundamentales, garantías institucionales, declaración de ámbitos inmunes a la acción del poder, procedimientos de control, etc.) pero, de entre ellos, sólo los instrumentos de control aseguran la efectividad de esas garantías. En resumen, las limitaciones del poder descansan en garantías que exceden el ámbito de las estrictas «garantías constitucionales» y, a su vez, la efectividad de esas garantías sólo se asegura mediante los instrumentos de control. Quizá puedan servir varios ejemplos para ilustrar lo que se viene diciendo. Comenzando por el Derecho privado, la fianza, el aval o la hipoteca son, claramente, garantías de las obligaciones, pero su efectividad sólo descansa, en última instancia, en la intervención del órgano judicial, que, es en definitiva, la más firme garantía. Trasladando la cuestión al ámbito del Derecho público, la reserva de ley es también otra garantía del cumplimiento del principio constitucional de división de poderes, pero su efectividad se logra, finalmente, cuando, al no respetarse, un tribunal anula el reglamento que vulnera esa reserva. Y si vamos al ámbito de las relaciones puramente políticas, parece claro que, en un régimen parlamentario, la exigencia de que el Gobierno haya de gozar de la confianza del Parlamento es una garantía del principio de la supremacía de las Cámaras, pero sólo la exigencia de la responsabilidad mediante una moción de censura permite convertir en efectiva esa garantía.

A veces, como decíamos, no hay garantía intermedia entre limitación y control (por ejemplo, en el supuesto de la distribución de competencias entre órganos, o en el de la declaración de derechos cuando no se garantiza su contenido esencial, o en el de la temporalidad de las elecciones, entre otros muchos casos) y aquí el control aparece como única garantía. Otras veces el control aparece, en cambio, como garantía reforzada. Lo importante es que el control es, siempre, la garantía verdaderamente efectiva.

II. EL CONTROL JURISDICCIONAL COMO PARADIGMA  
DEL CONTROL JURIDICO

1. *Las diferencias entre el control jurídico y el control político*

Una vez examinada, con carácter general, la distinción entre los tres tipos de control: «social», «político» y «jurídico», parece conveniente extenderse en las diferencias que cualifican a los dos últimos, puesto que ahí reside, sin duda, el problema más interesante.

La primera diferencia, antes ya apuntada, consiste en el carácter «objetivado» del control jurídico, frente al carácter «subjetivo» del control político. Ese carácter objetivado significa que el parámetro o canon de control es un conjunto normativo, preexistente y no disponible para el órgano que ejerce el control jurídico. En cambio, el carácter «subjetivo» del control político significa todo lo contrario: que no existe canon fijo y predeterminado de valoración, ya que ésta descansa en la libre apreciación realizada por el órgano controlante, es decir, que el parámetro es de composición eventual y plenamente disponible.

La segunda diferencia, consecuencia de la anterior, es que el juicio o la valoración del objeto sometido a control está basado, en el primer caso, en razones jurídicas (sometidas a reglas de verificación) y, en el segundo, en razones políticas (de oportunidad).

La tercera diferencia consiste en el carácter «necesario» del control jurídico frente al «voluntario» del control político. «Necesario» el primero no sólo en cuanto que el órgano controlante ha de ejercer el control cuando para ello es solicitado sino también en que si el resultado del control es negativo para el objeto controlado el órgano que ejerce el control ha de emitir, necesariamente, la correspondiente sanción, es decir, la consecuencia jurídica de la constatación (anulación o inaplicación del acto o la norma controlada). Mientras que el carácter «voluntario» del control político significa que el órgano o el sujeto controlantes es libre para ejercer o no el control y que, de ejercerse, el resultado negativo de la valoración no implica, necesariamente, la emisión de una sanción (40 bis).

La última diferencia relevante que queda por destacar es la que se refiere

---

(40 bis) Salvo cuando el ordenamiento lo prevea. El resultado del control se manifiesta entonces mediante un acto jurídico, pero ello no elimina, en esos casos, el carácter político del procedimiento de control.

al carácter de los órganos que ejercen uno u otro tipo de control. El control jurídico es realizado por órganos imparciales, independientes, dotados de especial conocimiento técnico para entender de cuestiones de Derecho: en esencia, los órganos judiciales; mientras que el control político está a cargo precisamente de sujetos u órganos políticos.

No puede decirse lo mismo, en cambio, respecto de los «objetos» del control, ya que las decisiones «políticas» pueden ser, muchas veces, sometidas a control jurídico y, sobre todo, las normas jurídicas pueden ser sometidas, en ciertos casos, al control político (por ejemplo, los Decretos-leyes, en los que la intervención parlamentaria, tiene, aparte de otras características, el significado de un control).

De todos modos, la cuestión es ciertamente compleja y requiere de un estudio más detallado, que ceñiremos, en esta ocasión (41) al control jurisdiccional, como ejemplo genuino del control jurídico.

## 2. *Agentes y objetos del control jurisdiccional*

El carácter objetivado del control jurídico implica que los órganos que lo ejercen sean órganos no limitadores sino verificadores de limitaciones preestablecidas, órganos, como antes se decía, que «no mandan sino que frenan», que se encuentran ajenos a la relación de supra o subordinación respecto de los órganos controlados y que, por aplicar cánones jurídicos, estén integrados por peritos en Derecho. Esas condiciones se dan, esencialmente, en los órganos judiciales, de ahí que sea el control jurisdiccional el control jurídico por excelencia, lo que no quiere decir que, por ese único hecho, ya se da tal control, ya que lo que califica, verdaderamente, al mismo es su «modo» de realización, más que el órgano que lo realiza. Es jurídico porque jurídico es su parámetro y jurídico el razonamiento a través del cual el control se ejerce. La condición «jurisdiccional» del órgano es una consecuencia del tipo de control y no al revés.

Ahora bien, es una consecuencia inesquivable, ya que es la garantía de la objetividad del control. De ahí que los «controles administrativos», aunque en muchos casos sean realizados atendiendo a razones de Derecho, no pueden ser considerados, en sentido estricto, como puros controles jurídicos,

---

(41) Al control político he dedicado otro trabajo: «El control parlamentario como control político», citado en la nota 19.

puesto que las relaciones de supra o subordinación en que se encuentran los órganos de control respecto de los órganos controlados no garantizan, en modo alguno, y de manera segura, la objetividad, imparcialidad o independencia de sus decisiones.

El control jurídico no tiene por objeto a las personas, ni siquiera, exactamente, a los órganos, sino a los actos de esos órganos o autoridades. Y no a los actos «políticos» (en sentido estricto, es decir, ajenos a las predeterminaciones del Derecho y de conformación legítimamente libre, regidos por razones de pura oportunidad) sino a los actos «jurídicamente relevantes». Actos en sentido propio y, por supuesto, todo tipo de normas. De tal manera que no hay ámbito jurídico inmune a este tipo de control (42), sobre todo en los países, como el nuestro, en los que existe una jurisdicción constitucional por la que quedan sometidos a control no sólo las leyes sino incluso las propias reformas de la Constitución (43).

Dicho esto, debe precisarse que el carácter «objetivado» del control jurídico supone que no son las personas físicas, ni siquiera las «conductas» de esas personas titulares de órganos u oficios públicos, los sometidos a control, sino los actos, es decir, los productos objetivados de la voluntad de tales órganos u oficios. De tal manera que, cuando lo que se juzga por los tribunales es una cuestión disciplinaria administrativa o una cuestión de naturaleza penal que afecte a cualquier persona que desempeña un empleo o cargo público, no se está realizando, propiamente, un control del poder, sino ejerciéndose, en realidad, otra función muy distinta: juzgándose un delito o una falta administrativa, cuya imputación y resultados afectan a la persona del funcionario, pero no al órgano de poder del que es titular (44).

Uno de los problemas más atractivos que plantea el objeto del control jurídico es el de la admisión o no, en esta figura, de los controles previos. Por supuesto que en los controles administrativos ello está perfectamente

(42) Excepción hecha del ámbito incluido en la irresponsabilidad del monarca.

(43) Cuestión que me parece clara, y no porque se asimile la reforma de la Constitución a la ley [a los efectos del art. 161.1, a), de la Constitución, y del art. 27.2, b), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional], pues a mi juicio ni la Constitución ni sus reformas pueden considerarse, correctamente, como leyes, sino porque así lo exigen los principios de nuestra Constitución y de nuestro sistema de jurisdicción constitucional. La posible laguna, a esos efectos, de su Ley Orgánica, la podría colmar el Tribunal Constitucional acudiendo a tales principios (de entre los que destacan los establecidos en el art. 9.1 de la Constitución y en el art. 1.1 de la propia Ley Orgánica).

(44) Esta cuestión está perfectamente clara en el trabajo de GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., pp. 72 a 74.

admitido, pero ya se ha dicho que tales controles no poseen, estrictamente, la pura condición de «jurídicos». Se trata, pues, de los controles previos realizados por órganos jurisdiccionales. Ante todo cabe decir que el carácter «jurisdiccional» de un control así es bastante dudoso (45), aunque ello no afectaría, por sí solo, al carácter «jurídico» del control, ya que podría ser concebible la existencia de un control «jurídico», realizado por un órgano judicial, y que, sin embargo, no reuniese las condiciones que permitan calificar a la actividad, que a través de tal control se realice, como actividad «jurisdiccional».

Ese es el caso, justamente, del control constitucional preventivo. Tal figura aparece, como se sabe, en ciertas modalidades de control de constitucionalidad: el llamado «recurso previo» ante el Tribunal Constitucional que existía hasta hace muy poco tiempo en España, el control de las leyes (siempre previo) por el Consejo Constitucional en Francia, la «opinión judicial consultiva» sobre la constitucionalidad de las leyes en Canadá, los casos de control previo de las leyes regionales por el Tribunal Constitucional de Italia, el control preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional en Portugal, o, en fin (y no se agotan con ellos todos los casos), el control constitucional previo en Venezuela, Panamá y Guatemala.

Dejando al margen el caso francés, por lo controvertido del carácter judicial o no de ese sistema de control (controversia que no ha cedido del todo pese a las últimas reformas del sistema y a la última doctrina del Consejo), parece indudable que, en los demás casos, el control previo lo ejerce un órgano que, generalmente, es admitido como órgano de carácter judicial, es decir, como tribunal en sentido estricto. Ahora bien, tal carácter del órgano no significa, sin más, que el control preventivo que realiza sea un control «jurisdiccional». Por el contrario, existen razones de peso para negar (46) el carácter jurisdiccional de la actividad que a través de ese control realiza el tribunal. Es cierto que se dan los principios de «impulso de parte», «contradicción», «razonamiento jurídico» de la decisión y «efectos vinculantes» de la misma, pero ni el objeto ni los resultados del control son los propios de la actividad jurisdiccional. El control previo tiene por objeto leyes aún no

---

(45) Opinión que ya he manifestado criticando el control previo de constitucionalidad que hasta hace poco tenía encomendado nuestro Tribunal Constitucional (véase «La jurisdicción constitucional», de F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN REYES, en el libro colectivo *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, edic. de A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1980, pp. 839 y 840).

(46) Como en el caso español hemos negado (*ibidem*, ídem).

perfectas o proyectos de ley (según los distintos sistemas), es decir, actos, por supuesto, «relevantes para el Derecho» (no puede decirse que no lo sea la aprobación parlamentaria del texto definitivo de una ley, por ejemplo), pero no actos (empleamos aquí el término acto en sentido general) ya integrados en el ordenamiento, porque aún no han nacido como normas. De ahí que no se haya producido, de ninguna manera, cuando se impulsa y se realiza el control, infracción alguna del ordenamiento, es decir, vulneración del canon o parámetro de control, que es, justamente, lo único que haría válida la intervención judicial como intervención jurisdiccional. En consecuencia, la resolución del tribunal (aunque se llame, impropia, «sentencia») no puede anular o inaplicar, no puede restablecer el orden infringido o vulnerado, sino sólo exponer una opinión, vinculante, sí, para el legislador o para el órgano que habría de promulgar la ley, pero nada más. Pese a la presencia de los demás requisitos «jurisdiccionales» que antes se señalaron, la imposible alegación de infracción jurídica (requisito esencial) y la necesaria ausencia, en la resolución estimatoria, de potestad reparadora de infracciones cometidas, hacen que la actividad judicial ejercitada en el recurso previo no sea, propiamente, una actividad jurisdiccional, sino exactamente consultiva (judicial consultiva, como se denomina con rigor en Canadá).

Sin embargo, tal carácter no significa que deje de ser una actividad «materialmente jurídica». El control que a través de ella se ejerce es «jurídico», pues, aunque no sea «jurisdiccional». El control previo realizado por órganos judiciales sobre la constitucionalidad de las leyes (de proyectos de ley o de leyes no perfectas, habría siempre que añadir) reúne todos los requisitos del control jurídico, en cuanto a órgano imparcial, parámetro normativo, razonamiento jurídico y efecto sancionatorio (en caso de control con resultado negativo para el objeto controlado). Es indiferente que el objeto haya entrado o no a formar parte del ordenamiento, lo que importa es que un objeto «jurídicamente relevante» (y lo es un proyecto de ley o más propiamente el texto definitivo de una ley), es decir, un objeto que adopta «forma» (aunque aún no «vigor») jurídica y que es expresión de un acto (la aprobación de ese texto) que no carece, de ningún modo, de importancia para el Derecho (el Derecho constitucional y, desde luego, el Derecho parlamentario). El carácter de control «jurídico» es muy difícil, en consecuencia, que se le pueda negar. Cuestión bien distinta es la de su posible incongruencia, como control previo de la constitucionalidad de las leyes, en un sistema de justicia constitucional, como el español, en el que, además, el procedimiento de emanación legislativa no puede separarse de las exigencias que, para él, compor-

ta la monarquía parlamentaria como forma de gobierno. Pero tal incongruencia (47), que parece clara (y en ese sentido acertada su reciente desaparición) no elimina la caracterización de tal control previo como control jurídico. Sería un ejemplo de control judicial, pero no exactamente «jurisdiccional», mientras que las demás formas de control judicial (los controles «posteriores») serían siempre, además de judiciales, «jurisdiccionales».

### III. EL CARACTER PREDETERMINADO DEL PARAMETRO EN EL CONTROL JURISDICCIONAL.

#### LA CONSTITUCION COMO NORMA Y LA CONSTITUCION COMO CONJUNTO NORMATIVO. LA DISTINCION «SUSTANCIAL» ENTRE CONSTITUCION Y LEY

Una de las características del control jurídico, y por ello del control jurisdiccional, como se señaló más atrás al exponer las notas generales del concepto, es que el parámetro lo constituyen normas abstractas, predeterminadas, que le vienen impuestas al órgano controlante y que éste se limita a aplicar en cada caso. Dicho en otras palabras, el parámetro está formado por normas jurídicas, o más exactamente, por el Derecho en su expresión objetiva: el ordenamiento jurídico (que incluye no sólo normas sino también «principios» jurídicos). El carácter objetivado del control se corresponde, pues, con el carácter objetivado del parámetro.

Sin embargo, tal «objetivación» (indisociable de la «abstracción» y «generalidad» del Derecho) no significa la homogeneización total de los distintos elementos que pueden componer el parámetro. Es bien sabida la diferencia entre «normas» y «principios» y su distinto papel en el ordenamiento, así como la capacidad de la costumbre (que no deja de ser una norma, aunque no esté escrita) para operar, bajo determinados supuestos, como fuente, o, en fin, el papel de la jurisprudencia (como fuente directa, indirecta, interpretativa, complementaria, etc., según el *status* de que goza en los diferentes sistemas jurídicos). De todos modos, no es a estas diferencias a las que ahora quiero referirme (la jurisprudencia será objeto de consideración en el siguiente epígrafe) sino a la que se manifiesta entre unas normas y otras, especialmente, entre la Constitución y la ley. La condición normativa (o si se quiere,

---

(47) Destacado, desde el primer momento de la implantación en España del recurso previo, por F. RUBIO LLORENTE y por mí, en «La jurisdicción constitucional», *op. cit.*

para mayor exactitud: jurídico-normativa) de la Constitución es hoy una cuestión aceptada por la doctrina más sólida (prefiero hablar de «condición» y no de «naturaleza» porque ésta nos llevaría, inevitablemente, por otros derroteros, aparte de que entonces la cuestión no sería tan pacífica ni de respuesta tan clara). Entre nosotros, GARCÍA DE ENTERRÍA (48), en un esfuerzo admirable, por lo inteligente y fecundo, ha sido uno de los máximos difusores de esa idea, si bien expresándola en términos que, de no mediar ulteriores distinciones, pueden inducir quizás a confusión, y ello porque la condición jurídica de la Constitución no se corresponde con la identificación entre Constitución y norma. La Constitución no es exactamente «una norma jurídica» ya que, por un lado, es algo más que una norma y, por otro, en lo que tiene de «norma», es profundamente distinta de las demás normas del ordenamiento.

Más que una norma, la Constitución es un cuerpo normativo (un conjunto de prescripciones, o de normas preceptivas o de preceptos que enuncian normas y también principios jurídicos, aunque éstos se encuentren «normativizados»). RUBIO LLORENTE ya había advertido de ello en 1979 (49) y lo ha repetido recientemente (50). HESSE (y en el mismo o parecido sentido HÖLLERBACH, al que cita) designa, correctamente, a la Constitución como «orden jurídico» (51) más que, escuetamente, como norma. De todos modos, la principal cuestión no reside ahí (la diferencia entre «norma» y «conjunto normativo» es importante, pero afecta poco a lo que aquí nos interesa) sino en las características «singulares» de la norma constitucional.

A. NIETO, en su brillante trabajo *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional* (52), se adentra resueltamente en el problema: «La tesis de que la Constitución es una norma —dirá— es importante, desde luego; pero con tal afirmación nos quedamos a la mitad del camino, ya que todavía resulta necesario precisar las peculiaridades de su naturaleza y efectos. La Constitución es algo más que una norma jurídica ordinaria o, si se quiere, es una norma muy peculiar (y con ello no me estoy refiriendo sólo al tema

(48) «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

(49) «La Constitución como fuente del Derecho», en el libro colectivo *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I.E.F., Madrid, 1979, vol. I, p. 61.

(50) Prólogo al libro de E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, C.E.C., Madrid, 1984, pp. XIX y ss.

(51) *Escritos de Derecho constitucional*, C.E.C., Madrid, 1983, p. 16.

(52) *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983.

de su jerarquía formal)» (53). En el complejo normativo que forman los diversos preceptos de la Constitución hay normas «completas» y normas «incompletas», normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas, inevitables, de reenvío a otras normas del ordenamiento, y, por supuesto, principios expresos, o no expresos pero que cabe inferir. Y ello porque «la Constitución es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide kelseniana): es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho» (54).

El fin de «ordenar al Estado como unidad» (55) conduce, irremediablemente, a una «abstracción y generalidad intrínsecas» (56) de las normas constitucionales, y la concepción «valorativa» de la Constitución, pero al mismo tiempo, la garantía del pluralismo (sin el cual, como ya he dicho en otro sitio, no cabe hablar a mi juicio, correctamente, de Constitución) (57) exigen un grado de «apertura» de las normas constitucionales enteramente distinto del que cualifica a las normas legales (o reglamentaria). RUBIO LLORENTE lo ha expresado con suma claridad: «Los preceptos materiales de la Constitución, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas o habilitar para concretas actuaciones de ejecución, sino garantizar el respeto a determinados valores, o asegurar a los ciudadanos unos derechos que tanto si actúan simplemente como límites frente a la ley (derechos de libertad), como si requieren de ésta para su ejercicio (derechos de participación y de prestación o, en general, derechos de configuración legal), pero sobre todo en este segundo caso, han de ser necesariamente definidos en términos que hagan posibles diversas políticas, esto es, diversas interpretaciones. Con ello llegamos al meollo de la cuestión: la incorporación al texto constitucional de preceptos sustantivos (incorporación inexcusable en nuestro tiempo) ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque

(53) *Ibidem*, p. 395. Más adelante reconocerá que, en realidad, más que una norma homogénea la Constitución es un compuesto de normas heterogéneas (p. 407).

(54) *Ibidem*, p. 399.

(55) HESSE, *Escritos...*, op. cit., pp. 8 y 9.

(56) RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, enero-abril 1982, p. 56.

(57) «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», citado en la nota 2.

no, claro, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas» (58).

La amplitud de la materia regulada por la Constitución y en consecuencia con ello el carácter sintético de muchos de sus preceptos, el significado valorativo de algunas de sus normas materiales, pero al mismo tiempo el correspondiente grado de apertura que permita la pluralidad de sus realizaciones, diferencian netamente a la Constitución de las demás normas. La ley no es, en tal sentido, ejecución de la Constitución como el reglamento es ejecución de la ley. Dicho esto, ¿puede sostenerse que cuando el parámetro de control es la Constitución no estamos en presencia de un parámetro «objetivado» (por su carácter axiológico y abierto) y, por lo mismo, en tales casos no habría control «jurídico» en el sentido que hasta ahora hemos venido manteniendo?

La primera respuesta que cabría dar a esa pregunta es que la ley, si bien en menor grado, también contiene cláusulas «valorativas» y «abiertas» y, una de dos, o se niega el carácter de objetivado también al parámetro legal o, si no se le niega, hay que admitir ese carácter en el parámetro constitucional (ya que en la mera diferencia cuantitativa no puede hacerse descansar una distinción de «cualidad»). Sin embargo, salta a la vista que esta respuesta sería incorrecta en los sistemas, como el nuestro, en que existe una jurisdicción constitucional, ya que tal existencia introduce una variación neta (y que no es de cantidad) entre la Constitución y la ley a efectos de la debatida «objetivación». La posible «apertura» de la ley se encuentra siempre «objetivada» por la Constitución. No se trata de que la ley sea libremente disponible como parámetro porque el legislador, modificándola, puede hacer prevalecer en cualquier momento su voluntad sobre la interpretación «legal» del juez. Y no se trata de ello porque tal modificación (por exigencias de la irretroactividad) no sería aplicable a controles «ya efectuados». En tal sentido, la ley siempre es indisponible para el juez, que es lo que el control jurisdiccional requiere. La cuestión es otra: a diferencia de la ley, cuya débil «objetivación» en algún caso siempre resultaría subsanada (es decir, a estos efectos, «conformada») por la Constitución, la «apertura» de la norma constitucional no vendría concretada por ninguna otra norma superior (que no existe) sino solo y exclusivamente por su intérprete. El problema de la «objetivación» o no del parámetro sólo cabe plantearlo, correctamente, respecto de la Constitución y no respecto de la ley. Y la solución a ese

---

(58) Prólogo, cit., al libro de E. ALONSO GARCÍA, p. XXI.

problema, como se ha venido trasluciendo en todo lo que hasta ahora ya se ha dicho, no puede venir sólo de su consideración como problema «normativo» sino, especialmente, de su consideración como problema «interpretativo». Si la Constitución se «concreta» a través de la interpretación, el parámetro constitucional será «objetivado» en la medida en que esa «concreción» lo sea, es decir, en la medida en que quepa sostener que existen criterios objetivos de interpretación.

En resumidas cuentas, ahí radica hoy uno de los principales problemas del Derecho constitucional. El carácter jurídico o político de la Constitución, la condición jurídica o política del control de constitucionalidad, tienen su piedra de toque en la teoría de la interpretación; en ese campo puede decidirse si la «realización» constitucional está o no sometida a cánones de pre-determinación.

#### IV. EL CARACTER INDISPONIBLE DEL PARAMETRO EN EL CONTROL JURISDICCIONAL Y LOS CRITERIOS DE VALORACION. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACION DEL DERECHO Y, EN ESPECIAL, DE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Sobre esta cuestión existen, aparte de otros muchos problemas, dos esenciales, perfectamente distinguibles aunque también inevitablemente ligados. Ahora bien, la conexión no debe significar confusión, porque uno y otro tienen su propia entidad, aunque operen casi siempre enlazados. Me refiero a los criterios de interpretación y al papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes. Una cosa es el modo de interpretación del Derecho y otra la creación o no del Derecho por los jueces. Es cierto que una concepción «mecánica» de la interpretación (o en sentido lato de la «aplicación») de la ley no dejaría resquicios a la creación judicial del Derecho. Pero inmediatamente habría que añadir que ello sería cierto quizá en el sistema llamado «europeo», pero no en el de *common law*, puesto que en éste el «mecanicismo» (también defendido por algunos, y no habría más que citar a la escuela «analítica» que se proclamaba heredera de AUSTIN e incluso de BLACKSTONE, aunque se tratase de una herencia casi a beneficio de inventario) no se refiere exactamente a la aplicación de la ley, como es obvio, sino del Derecho. De todos modos, en uno y otro sistema, la llamada aplicación e interpretación «mecánica» no deja de ser una concepción casi enteramente irreal. En la vida del Derecho es difícil encontrar ejemplos de funcionamiento de

un modo así de resolver los conflictos de los que ha de entender un tribunal, como sagazmente (e irónicamente) ha hecho notar, entre otros, DWORKIN (59).

Es cierto, por otro lado, que la creación judicial del Derecho no tiene por qué ir siempre unida a la libertad de interpretación, entre otros razones porque colmar una laguna normativa, por ejemplo, no significa, necesariamente, eludir reglas predeterminadas por el ordenamiento para resolver objetivamente el caso. Y ello es lo que permite, justamente, salvar la objeción, en tales casos, de una aplicación retroactiva del Derecho. Son problemas, pues, el de los criterios de interpretación y el del papel de la jurisprudencia, conceptualmente distintos, pero no hay duda de que están enlazados en la práctica. Enlace manifiesto en la aplicación del Derecho, en general, pero más aún en la aplicación del Derecho constitucional.

El carácter indisponible del parámetro, en el control jurisdiccional, se corresponde, en consecuencia, con el carácter objetivado del canon de valoración y con la existencia de criterios predeterminables de composición de ese canon, de tal manera que su aplicación por los jueces no se convierta en un acto de decisión libre sino de decisión sometida a reglas conocidas y generalmente aceptadas. El hecho de que la jurisprudencia sea fuente del Derecho no significa, por sí solo, la negación del carácter indisponible del parámetro de control, siempre que la actividad creadora esté sujeta a unos principios jurídicos materiales que le vienen dados (y en tal sentido son objetivos) y a un modo de interpretar y razonar (principios formales) que tampoco están a su libre disposición. Y esa es la gran cuestión a la que debe dar respuesta la interpretación jurídica.

### 1. *La discusión sobre los criterios clásicos de interpretación*

Abordar los problemas de la interpretación del Derecho exige, inevitablemente, volver, aunque sea de manera casi sumarisima, a la vieja discusión

---

(59) *Los derechos en serio*, edic. de Barcelona, 1984, p. 63: «Llaman 'jurisprudencia mecánica' a la teoría de que existen tales normas y cadenas (normas y cadenas que permiten extraer, mecánicamente, por derivación inmediata la solución del caso querida por la ley) y tienen razón al ridiculizar a quienes la practican. Pero lo que se les hace más difícil es encontrar, para ridiculizarla, gente que la practique. Hasta el momento no han tenido mucha suerte en lo tocante a enjaular jurisprudencias mecánicas para exhibirlos (todos los especímenes capturados —incluso BLACKSTONE y Joseph BEALE— han tenido que ser dejados en libertad tras una cuidadosa lectura de sus textos).»

acerca de los llamados criterios clásicos (como fueron formulados por SAVIGNY) y ello es así no por satisfacer vanos tributos a la erudición, sino porque allí se encuentran, aunque con otros nombres, las raíces de la polémica contemporánea sobre la interpretación jurídica.

Ya en sus lecciones del Curso de 1802 (60), SAVIGNY expondría que la interpretación ha de contar con tres elementos: el lógico-sistemático, el gramatical y el histórico; fórmula que se repetiría, casi sin variación, no sólo en su célebre (por más conocido) escrito de 1814, *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho*, sino, sobre todo, en su obra cumbre *Sistema del Derecho romano actual*, de 1840. La fórmula no varía, pero sí, en cambio, el objeto al que habría de aplicarse, pues, en las lecciones del Curso de 1802, la ley era la fuente originaria de todo Derecho y, en los escritos posteriores, la impronta del «historicismo» conduce a SAVIGNY a destronar a la ley de ese lugar primordial y a poner en su lugar la «convicción jurídica común de la sociedad», o, en palabras que harían fortuna, «el espíritu del pueblo». Esta transformación del objeto alterará no los criterios de interpretación, pero sí la operación que a través de esos criterios debe efectuarse para conocer, en cada caso, cuál es la respuesta jurídica adecuada, dado que interpretar el Derecho no se reduce a «reconstruir la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de esa ley» (como afirmaba SAVIGNY en sus *Lecciones juveniles*) (61), sino que requiere indagar la significación del «instituto jurídico» al que la relación jurídica o la misma norma legal pertenece (tal como sostendrá el SAVIGNY de la madurez).

Esta idea del «instituto jurídico», que tanta importancia tendrá mucho más tarde para M. HAURIOU y S. ROMANO (puesto que encierra el germen tanto de la «institución» como del «ordenamiento») lo que viene a significar es que el Derecho no puede reducirse al conjunto de normas escritas y que el sentido del Derecho, en consecuencia, no cabe extraerse sólo de lo previsto en ellas. Es claro que SAVIGNY no puede ser considerado un «finalista» para la teoría de la interpretación, pero es claro también que debe ser tenido por «principalista», sin duda alguna. Se trata de un «principalismo» genético y no teleológico: los principios que dan sentido a los «institutos jurídicos»

---

(60) El conocimiento de estas lecciones (o «escritos juveniles», como también se les ha llamado) procede, como se sabe, de los apuntes tomados por JAKOB GRIMM, que fueron editados, en 1951, por WESENBERG.

(61) La cita de las lecciones la tomamos de K. LARENZ, *Metodología del Derecho*, edición española de 1980, Ariel, Madrid, p. 32.

no serán, para él, objetivos que el Derecho pretende, sino supuestos de los que el Derecho parte.

SAVIGNY, además de su contribución, fundamental, a lo que se llamaría «escuela histórica del Derecho», aportó a la teoría de la interpretación no sólo la canonización de unos determinados criterios, sino también la consideración del Derecho como un sistema que poseía un mundo conceptual que permitía desentrañar, de manera rigurosa, el significado concreto de las prescripciones jurídicas. Idea que sería recogida (y por supuesto modificada en parte) por la denominada «jurisprudencia de conceptos», escuela creada por PUCHTA y que intentará concebir el Derecho como un sistema lógico (eliminando los ingredientes «orgánicos» que a ese sistema le atribuía SAVIGNY) formado por una «pirámide de conceptos jurídicos». IHERING en su primer período (el que se manifiesta en los comienzos de su *Espíritu del Derecho romano*), y el mismo WINDSCHEID (aunque impregnado de un cierto «psicologismo») seguirán esta corriente que, a través del análisis conceptual, pretende obtener el sentido «auténtico» del Derecho, la voluntad «exacta» (que en ellos no es equiparable a la mera «intención») del legislador. Aún no se ha dado el paso a la llamada «interpretación objetiva» de la norma, pero ya se están adoptando tesis que conducirán a ella, pues averiguar la voluntad del legislador no es, para estos autores, conocer lo que el legislador «intencionadamente» quiso sino lo que «racionalmente» tenía que querer.

El salto a la interpretación «objetiva», dentro de la corriente de la «jurisprudencia de conceptos», lo daría BINDING, que propugnará, frente a la interpretación filológica-histórica, la lógica-sistemática, de tal manera que lo decisivo, para él, no sería lo que el legislador quiso, sino lo que la ley «quiere»: la voluntad de la norma se impone, pues, a la voluntad del legislador. Ahora bien, ello conducía, necesariamente, a enlazar el mundo de los conceptos con el mundo de los fines, ya que, sin ellos, se haría imposible la «reelaboración» de la ley por el intérprete para adecuarla a las necesidades de cada momento de manera que pudiese «decir» lo que el legislador no pensó (e incluso no quiso) que dijera. La *voluntas legem* requería, pues, utilizar también otro criterio de interpretación: el teleológico. BINDING mencionaría, como medio de interpretación, el sentido literal, el lógico-genético («momento explicativo»), el sistemático («momento de la conexión con otras normas jurídicas») y el finalista («momento del fin»). Y este último elemento del fin no sólo se referiría al de la norma sino también al del «instituto jurídico» al que la norma se adscribe.

Aquí tenemos ya planteada, con toda su riqueza y con todos sus proble-

mas, una de las tesis que más importancia tendrá en el presente: la de la interpretación objetiva de la norma y, en especial, de la norma constitucional. Pero volvamos a la discusión que, hasta ahora, transcurre en el siglo XIX (y que va a extenderse hasta las primeras décadas del XX) y en la que tuvo un importante papel el positivismo jurídico, con su pretensión de hacer del Derecho una verdadera ciencia, elevándola al mismo rango de las ciencias naturales y, para ello, constituyéndola a partir de «hechos indubitados». Tanto la «teoría psicológica del Derecho» (BIERLING, pero también IHERING en su segunda etapa marcada por la aparición en 1864 del tomo IV de su *Espíritu del Derecho romano*, en la que postula una «jurisprudencia pragmática», HECK, ya en los comienzos del siglo XX, representante genuino de la «jurisprudencia de intereses», EHRLICH, en los mismos años, defendiendo el voluntarismo y encabezando el movimiento del «derecho libre») como la «teoría sociológica del Derecho» (el mismo EHRLICH en un momento posterior, y, entre otros, JERUSALEM) o la imponente «teoría pura del Derecho» (KELSEN) serían todas corrientes positivistas, negadoras de cualquier influencia del Derecho natural y defensoras de que el Derecho habría de orientarse en datos observables, experimentables, es decir, «positivos» (ya proviniesen de la voluntad, de las relaciones sociales o de la propia norma jurídica).

Ahora bien, esta mera relación ya evidencia, por sí misma, que no cabe unificar a todo el positivismo en una sola corriente (como a veces, incomprensiblemente, se ha hecho) en lo que se refiere a la teoría de la interpretación. BIERLING subrayará que lo decisivo es averiguar la voluntad del legislador (se opone a las teorías «objetivas» y es un claro precursor del actual «originalismo» en la interpretación constitucional); HECK, siguiendo en parte al IHERING de la madurez, sostendrá que lo correcto en la interpretación es resolver los casos del Derecho utilizando como criterio principal el de la satisfacción de los intereses protegidos por el propio Derecho (frente a la jurisprudencia de conceptos, lo importante aquí, no sería, pues, la subsumción de los supuestos de hecho en la lógica de los conceptos jurídicos, sino la construcción de la lógica jurídica a partir de los intereses sociales, y frente al «subjetivismo», el sentido de la ley no cabe encontrarlo en la intención del legislador sino en el descubrimiento de los intereses sociales que originaron la ley y de los intereses sociales en presencia en el caso concreto de aplicación); la «doctrina del Derecho libre» (BURLON, ISAY y, sobre todo, como se dijo, EHRLICH en su primera etapa) mantendrá que la ley es incapaz de dar respuesta, por sí misma, a los casos a los que se aplica y, en tal sentido, no crea, inmediatamente, derecho, pues bajo el mismo precepto legal

se esconden siempre multitud de interpretaciones posibles: es el juez, en consecuencia, quien asume esa tarea creadora a través de la sentencia, respecto de la cual tiene bastante libertad para su conformación (aunque se predique la necesidad de que esa sentencia venga siempre a establecer el «derecho recto», en clara alusión a STAMMLER); posteriormente, el EHRlich de la «sociología del Derecho» postularía que el criterio prevalente en la interpretación habrá de ser el de encontrar, para la norma, el sentido del instituto jurídico al que pertenece (y ello sólo se consigue teniendo en cuenta las «fuerzas propulsoras sociales» de ese instituto); Kelsen rechazará cualquier intento de interpretación basado en la voluntad o en los intereses sociales o, en general, en nociones materiales relativas al contenido de la norma y sostendrá que el intérprete debe atenerse sólo a encontrar el significado de esa norma que se deriva de la estructura lógica en la que se inserta, es decir, a través de la consideración del sistema jurídico como un sistema lógico, cerrado, completo y capaz, por sí mismo, de dar respuesta (al margen de la moral o la sociología) a todos los casos (la interpretación que prevalece, pues, es la literal y la lógico-sistemática, ya que, para Kelsen, la «histórica» y la «teleológica» son completamente rechazables).

La reacción frente al positivismo se producirá en la primera mitad del siglo XX a partir de la influencia del neokantismo de STAMMLER, con su idea del «derecho recto», de la aceptación de la teoría de los valores en RICKERT y RADBRUCH, de la entrada en liza del método dialéctico y del llamado «idealismo objetivo» (aquí no hay más remedio que citar a E. KAUFMANN y a su *Crítica de la Filosofía del Derecho neokantiana*, de 1921), de la defensa de HEGEL frente a KANT (también aquí será obligado considerar el «neohegelianismo» de Julius BINDER) e incluso de la teoría fenomenológica del Derecho (con la aceptación de las principales tesis de HUSSERL y HARTMANN por WELZEL y REINACH). Lo que, por encima de tan evidentes divergencias teóricas unifica a todas estas corrientes críticas del positivismo es la idea de que el Derecho no puede desprenderse de elementos valorativos (lo contrario sería sólo, como decía el título del célebre artículo de W. SCHÖNFELD, *El sueño del Derecho positivo*); en resumidas cuentas, y por lo que a la interpretación se refiere, el criterio teleológico se considerará imprescindible para obtener el significado de la norma.

Después de más de un siglo de discusiones sobre la interpretación (discusiones enlazadas, necesariamente, a las que giran acerca del carácter «objetivado» del Derecho), la polémica se contrae, sustancialmente, a los que parecen ser sus términos más correctos: el problema de los valores.

## 2. La polémica sobre la interpretación valorativa

Aunque conectada en principio a postulados que se derivaban de la «jurisprudencia de intereses» (62), la llamada «jurisprudencia de valoración» se desenvuelve muy pronto como un movimiento perfectamente desligado de los anteriores aunque asumiendo (tanto de las doctrinas positivistas como de sus críticas) determinados aspectos que considera, sencillamente, incorporados a la cultura jurídica universal y sin los cuales difícilmente puede hablarse de una ciencia del Derecho, ciencia que necesita de una dogmática conceptual (por exigencia de rigor y aquí la deuda con KELSEN resulta impagable) y, al mismo tiempo, ciencia que sólo negándose a sí misma y convirtiéndose en utopía (o en ciencia-ficción) puede desentenderse de los elementos valorativos siempre presentes en el Derecho.

COING (63) afirmará con rotundidad el dato inesquivable de la valoración: la unión entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica se produce a través de ella, de tal manera que el elemento valorativo es tenido siempre en cuenta no sólo por el legislador sino también por el juez y por los juristas cuando emiten un dictamen. Siempre hay un juicio de valor que puede estar determinado (sigue diciendo COING) por puros intereses del que decide, por consideraciones de oportunidad o de justicia. Desconocerlo sería desconocer la realidad, pero la ciencia del Derecho, para conquistar la necesaria objetividad, lejos de negar lo evidente lo que debe es aceptar el dato de la valoración pero reducirlo, operativamente, a los valores que la misma norma proporciona, a través de métodos racionales, de tal manera que se evite en la medida de lo posible que la aplicación e interpretación del Derecho sean meras decisiones políticas. Dicho en otras palabras distintas a las empleadas por COING, de lo que se trata es de desterrar en la valoración las razones de oportunidad, para que sólo operen razones jurídicas.

Ahora bien, ocurre que ahí está verdaderamente el núcleo del problema, pues a veces la norma no «positiviza» el valor y a veces, aunque lo haga, no predetermina (ni podría completamente predeterminarlo) su exacto contenido. ZIPPELIUS se plantea, con claridad, esta cuestión al preguntarse «¿hasta qué punto puede hallarse una pauta objetiva también para las propias cuestiones de valoración, y dónde residen los límites, tratándose de cuestiones de valo-

---

(62) REINHARDT-KONING, *Richter und Rechtsfindung*, 1957, pp. 17 y ss.

(63) *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, ed. 1969, pp. 269 y ss.

ración, en orden a una posible orientación a normas objetivas?» (64). Las decisiones valorativas «¿conducen inexorablemente a un subjetivismo, o existen valores objetivos y un orden objetivo de valores, que son parte de un mundo espiritual que nos es común? ¿De qué modo y hasta qué punto es cognoscible por nosotros un tal orden de valores?» (65). La respuesta a estas preguntas la facilita el mismo ZIPPELIUS: la pauta objetiva estaría en «la moral jurídica dominante» (el «*ethos* jurídico vigente», expresión claramente influenciada por las ideas de N. HARTMANN). Pero esa respuesta entronca directamente con el «orden constitucional de valores» cuestión de la que trataremos después, aunque ya cabe, al menos, señalar algo de suma importancia: la interpretación valorativa conduce, necesariamente, a trasladar los grandes problemas de la interpretación jurídica al campo de la interpretación constitucional.

En una línea de pensamiento algo distinta, ESSER postula la necesidad de tener en cuenta principios o «pautas» (le parecen preferibles al término «valores») que ni siquiera tienen por qué estar previstos en la ley (son eficaces para el Derecho independientemente de la ley) que habrán de ser tenidos en cuenta por el juez para resolver los casos. «Sólo la casuística —dirá— nos comunica lo que es el Derecho» (66). «Principios jurídicos» *estándares* (modelos o ideas de valor, tal como se entienden en el mundo lingüístico y jurídico angloamericano) serán, pues, criterios de interpretación (y de creación, también para ESSER) del derecho. Pero ello no le conduce (así lo ha entendido, entre otros WIEACKER) a defender la vuelta al «movimiento de Derecho libre», porque las bases extralegales de valoración hay que buscarlas, en primer lugar, en las valoraciones constitucionales. Nuevamente, pues, el problema se ve abocado a la interpretación constitucional.

Quizá no conduzcan inevitablemente a ese camino los intentos de A. KAUFMANN, que acude, como pauta extralegal, a «la naturaleza de las cosas», pero ello es debido, justamente, a que su planteamiento se aleja de la «jurisprudencia de valoración» para adentrarse por otros derroteros (los de un pensamiento tipológico que ve en la aplicación e interpretación del Derecho sólo la respuesta «adecuada» al caso, viniendo el método, después, únicamente a fundamentarla). Algo relativamente parecido es lo que ocurre con

(64) *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, 1962, p. 4.

(65) *Ibidem*, p. 62.

(66) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, edic. 1964, p. 151.

la «tópica» jurídica representada, entre otros, por T. VIEHWEG (67), que no es sólo una «jurisprudencia de casos» sino también una teoría de la interpretación basada en pautas de valoración» (*topoi*) difícilmente objetivables. Probablemente la escasa capacidad sistemática que se deriva de esta teoría (y su difícil aceptación si se tiene una concepción valorativa de la interpretación) la hacen poco apropiada, sobre todo, para la interpretación constitucional y ello explica (aparte de otras razones) que HESSE, después de haberla defendido durante algunos años, la haya abandonado, casi completamente, con posterioridad.

Muy distinto a los dos casos anteriores y más cercano a posturas abiertamente «valorativas» es el método de la «argumentación jurídico-racional», de KRIELE (68), que permite, en los casos en que la respuesta al problema de aplicación no se derive inmediatamente de la ley (por su ambigüedad o sus lagunas), obtener dicha respuesta de manera objetiva, esto es, a través de un tipo de argumentación contrastable (jurídico-racional). Sin embargo, pese al esfuerzo, de ninguna manera baldío, en defender los criterios de racionalidad como criterios objetivos (en oposición a los subjetivos, voluntaristas, etcétera, que predicaba la «jurisprudencia libre») se le hace extraordinariamente difícil sustraer dichos criterios a cualquier consideración de valor (dado, entre otras razones, que la elaboración de la hipotética «propuesta normativa» ha de tener en cuenta la predicción de las consecuencias esperables que habría de tener su realización). KRIELE se opone al subjetivismo judicial y no apela al resultado «recto» de la interpretación, sino al resultado «racional», pero, inevitablemente, su contribución, de gran importancia para la interpretación jurídica y más para la interpretación constitucional, hay que situarla, con peculiaridades propias, desde luego, dentro de las corrientes «valorativas». La *Teoría de la obtención del Derecho* es, en nuestro tiempo, un libro fundamental, precisamente porque evidencia el constante empleo de la valoración que se trasluce en tan considerable esfuerzo por huir de ella.

---

(67) Su libro *Topik und Jurisprudenz*, de 1953, fue traducido excelentemente al castellano por L. Díez-PICAZO (aunque en lugar de «Tópica y Jurisprudencia» la versión española más correcta del título quizá hubiera sido la de «Tópica y Ciencia del Derecho») y publicado, con una inteligente introducción de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, por Taurus, Madrid, 1963.

(68) Especialmente *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, 2.ª edición sustancialmente modificada en 1976.

### 3. Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley.

#### *La discusión actual sobre la interpretación constitucional*

Cuando K. LARENZ, en el epílogo de la cuarta edición, de 1978, de su *Metodología de la Ciencia del Derecho*, se plantea la duda acerca de si los criterios con arreglo a los cuales el Tribunal Constitucional resuelve pueden ser equiparables a los del juez ordinario, y para disipar esa duda manifiesta (no sin grandes precauciones) que en ciertos casos sí, pero en otros (en las resoluciones de gran alcance político para la comunidad) no, está planteando una cuestión absolutamente capital para la teoría de la interpretación en nuestro tiempo. Tiene razón LARENZ cuando dice que en tales casos de gran alcance los medios tradicionales de interpretación no son suficientes, pues al «Tribunal Constitucional incumbe una responsabilidad política respecto al mantenimiento del orden jurídico-estatal y su capacidad funcional. No puede proceder según la máxima: *fiat iustitia, pereat res publica*. Ningún juez constitucional procederá así prácticamente. Aquí la consideración de las consecuencias es, por tanto, totalmente irrenunciable, y en este punto tiene razón KRIELE» (69). Sin embargo, estando LARENZ en lo cierto por lo que se refiere al método, se confunde respecto al sujeto del problema (lo que no le ocurre a KRIELE): la cuestión es así no porque se trate del Tribunal Constitucional sino porque se trata de la Constitución (y cuando lo que ha de interpretarse es la norma constitucional es indiferente que el órgano que la interpreta sea dicho tribunal especial o un tribunal ordinario).

Es decir, lo que resulta «peculiar» es la interpretación de la Constitución, no el que la efectúe un determinado tribunal, ya que las singularidades jurídicas no pueden descansar en la existencia o no de recursos y en su voluntaria interposición o no por las partes. Además de que el carácter «peculiar» de su interpretación no obedece, en la Constitución, sólo a la importancia política de los problemas que, a su amparo, pueden suscitarse, sino también, y sobre todo, a la propia condición específica de la norma constitucional.

La gran cuestión reside en que, por un lado, los criterios de interpretación de la ley no pueden trasladarse exactamente a la interpretación de la Constitución (ya lo había dicho hace tiempo SMEND), y, por otro (y no es una paradoja), en que una Constitución democrática es inevitablemente

---

(69) *Op. cit.*, pp. 504 y 505.

una Constitución que contiene cláusulas materiales de valor y, en consecuencia, la interpretación valorativa de la ley (y del Derecho en su totalidad) sólo a través de la interpretación constitucional puede encontrar su tratamiento adecuado. Hoy, pues, los grandes problemas de la interpretación han de plantearse e intentar resolverse en el campo de la interpretación constitucional.

Frente a esa tesis, en los últimos años bastante compartida (70), se destaca la crítica, durísima, de FORSTHOFF en defensa de un método de interpretación basado sólo en reglas lógico-formales y equiparando, en consecuencia, interpretación constitucional a interpretación legal (71). La interpretación que se realiza con métodos propios de las ciencias del espíritu (dirá FORSTHOFF), que reducen el orden jurídico a un orden (siempre subjetivo) de valores, produce inseguridad jurídica e incluso inseguridad para los principios en que descansa la comunidad política. Tal método es extralegal y extrajurídico. La jurisprudencia, de esa manera, se anula a sí misma, puesto que su certeza, su carácter objetivo se basa en «que la interpretación de la ley es la subsunción correcta del caso en la norma en el sentido de la conclusión silogística». Al método que llama de las «ciencias del espíritu» contraponen FORSTHOFF las reglas tradicionales de la interpretación tal como fueron expuestas por SAVIGNY. De lo contrario el derecho y en especial el derecho constitucional entrará en una situación de disolución: mientras que, según el Estado de Derecho, el juez está debajo de la Constitución, si ese juez la interpreta de acuerdo con los valores se convierte en todo lo contrario: «En el señor de la Constitución.»

Parece claro que la concepción de FORSTHOFF sobre el Estado de Derecho tiene que ver más con el Estado de Derecho del siglo XIX que con el de hoy (que es un Estado de Derecho vinculado a determinados valores materiales). Por otra parte, A. HOLLERBACH, en su respuesta a estas tesis de FORST-

---

(70) En la reunión de profesores alemanes de Derecho público celebrada en 1961 sobre los «Principios de la interpretación de la Constitución» (los trabajos fueron publicados en 1963) por ejemplo, la inmensa mayoría de los participantes se mostró de acuerdo en la singularidad de la interpretación constitucional que, entre otras cosas, viene derivada de la necesaria apelación a principios, pautas y valores.

(71) *Zur Problematik des Verfassungslegung*, 1961; «El Estado de Derecho invertido», en *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, pp. 213 y ss., publicado también en el libro colectivo dirigido por K. DREIER y F. SCHWEGMANN, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976, en el que, por cierto, de todos los trabajos que integra, sólo el de FORSTHOFF defiende las «reglas tradicionales de interpretación».

HOFF (72), deja en claro que hoy, necesariamente, la interpretación ha de ser «comprensión» (en el sentido de las ciencias del espíritu) porque no puede ser de otra manera, ya que el ordenamiento jurídico se remite a valores, pero ello no significa, por sí mismo, que tal método conduzca, de manera inevitable, a la arbitrariedad, ya que es posible (e imprescindible) realizar una interpretación que, siendo valorativa, sea objetivable.

FORSTHOFF no lleva enteramente razón, pero el problema es grave. LARENZ, razonablemente, dice al respecto: «El temor de FORSTHOFF a una amenazante disolución de la Constitución jurídico-estatal por un método científico-espiritual de interpretación de la Constitución, es injustificado. Que el peligro ciertamente amenaza de hecho, que de este modo es malentendido el método «científico-espiritual» de la interpretación y que tampoco se ofrece ningún otro método de interpretación, sigue no obstante siendo verdad» (73). RUBIO LLORENTE, entre nosotros, también se ha planteado, con rigor, el mismo problema: «Sin duda tiene razón FORSTHOFF al afirmar que la Constitución sólo puede cumplir la función que de ella se espera al darle forma de ley si esta forma es tomada en serio...; pero los males que con alguna razón señala, ni tienen su origen en la tendencia, que él considera aberrante, de los tribunales alemanes (y especialmente del Tribunal Constitucional federal) a interpretar los preceptos constitucionales con un método inspirado en SMEND y que es el propio de las ciencias del espíritu, ni pueden remediarse aplicando a la Constitución las reglas de interpretación establecidas por SAVIGNY hace ya casi dos siglos. La tendencia que podríamos llamar «axiológizante» de toda jurisdicción constitucional nada tiene que ver con la influencia de SMEND...; es simplemente una consecuencia necesaria de la estructura propia de los preceptos materiales de la Constitución, cuya construcción requiere la apelación frecuente a conceptos de valor» (74).

La incapacidad de los métodos tradicionales está clara, pero los peligros de subjetivización (y de arbitrariedad e incluso «politización» de la justicia) también. De ahí que, sin renunciar enteramente a una hermenéutica valorativa, F. MÜLLER haya reclamado el «derecho fundamental a la igualdad del método» (derivado del principio constitucional de igualdad) (75). Y de ahí también que en el mundo jurídico norteamericano, donde el problema de la

(72) En el mismo libro *Probleme der Verfassungsinterpretation*, op. cit.

(73) *Metodologia...*, op. cit., p. 503.

(74) Prólogo al libro de E. ALONSO GARCÍA, op. cit., p. XXII.

(75) *Juristische Methodik und politisches System, Elemente einer Verfassungstheorie II*, 1976, p. 66.

interpretación «valorativa» ha sido ampliamente debatido (no hay más que citar la célebre polémica de DEVLIN con HART y DWORKIN, o los nombres de PERRY, WECHSLER, BICKEL, FULLER, etc.) (76) se pretenda poner coto a los peligros de la «jurisprudencia política» a través de un pragmático uso (ya propugnado desde hace tiempo por BRANDEIS y FRANKFURTER) del *self-restraint*.

Sin embargo, la cuestión principal reside, a mi juicio, en que, pese a los riesgos señalados, hoy no es posible (estoy de acuerdo con HOLLERBACH) una interpretación constitucional que rechace la valoración. De tal manera que resultan inviables (por teóricamente inválidos) los actuales intentos (dispersos y minoritarios, por cierto) del «no interpretativismo» o del «desconstruccionismo» visibles, sobre todo, en el mundo jurídico norteamericano. Estos últimos, agrupados en torno al *Critical Legal Studies Movement*, y que asumen el «pos-estructuralismo» francés de DERRIDA son, me parece que justamente, tachados por FISS (77), de nuevos nihilistas y por DWORKIN (77 bis) de ser, en realidad, movimientos conservadores (una nueva versión de la «escuela del Derecho libre») que, pese a presentarse como desideologizados, no lo son tal, o al menos no lo son sus resultados. Quizá la crítica de DWORKIN, que también creo acertada, sea más política que jurídica. Pero el mismo ofrece la pauta a seguir para la crítica jurídica al movimiento «desconstruccionista»: frente a la «desconstrucción» del Derecho hay que defender su «reconstrucción».

---

(76) No tiene sentido extenderse aquí, puesto que ese problema y, en general, los demás relativos a la interpretación constitucional en Norteamérica están excelente y ampliamente tratados en el libro de E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, op. cit., libro que está dedicado, primordialmente, a la doctrina norteamericana. Véase también «La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana», de J. C. BAYÓN, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1985.

(77) Stan. L. Review, 1982, aunque también hay que decir que las tesis de la «Deconstruction» han recibido el apoyo de UNGER (Haw. L. Review, 1983).

(77 bis) En su trabajo, significativamente titulado «El Derecho como interpretación», en *The Politics of Interpretation*, 1983 (antes en Texas L. Review, 1982). Sobre las últimas discusiones acerca de la interpretación en Norteamérica nos remitimos al excelente número monográfico de la *Southern California Law Review*, vol. 58, número 2, 1985. La significación política de esas discusiones está bien estudiada por G. J. JACOBSON, «Modern Jurisprudence and the Transvaluation of Liberal constitutionalism», en *Journal of Politic*, vol. 47, 1985.

#### 4. *La tesis que se defiende: teoría de la Constitución e interpretación constitucional*

El muy difícil, y muy arriesgado, tomar partido en una cuestión hoy tan disputada como la interpretación constitucional, pero creo que es un deber intelectual hacerlo, es decir, tener y exponer un criterio sobre el asunto. Ni vale el eclecticismo (pues las tesis son tan dispares que no admiten *tertium genus*) ni la mera descripción del problema. Con todos sus riesgos, con todas sus dificultades, debe adoptarse una postura si es que se quiere sustentar una opinión (que es el empeño, modesto, pero firme, del presente trabajo).

La primera cuestión a la que hay que enfrentarse es la del «objetivismo». No cabe sostener, al mismo tiempo, el subjetivismo y el objetivismo en la interpretación (78). Frente a las viejas teorías europeas de la voluntad del legislador, o las modernas norteamericanas del «originalismo» y el «textualismo» (que mantienen la necesidad de anclar la interpretación en la voluntad originaria del constituyente, en la autoridad del texto, «tal como fue elaborado», en la tradición, etc.) (78 bis), parece que es más correcta la teoría del

---

(78) Pues es el caso que, con cierta gracia, describe LARENZ (*op. cit.*, p. 313) acerca de un famosísimo manual: «Así, en el Tratado de Enneccerus-Nipperdey, se dice primero que la meta de la interpretación es la «aclaración del sentido decisivo de una norma jurídica». Según esto, el Tratado parece ser partidario de la teoría objetiva. Pero, acto seguido, añade que la teoría subjetiva... es decisiva en orden a la interpretación. Si, con esto, el Tratado adopta claramente el punto de vista de la teoría subjetiva, ésta vuelve a ser abandonada cuando, al final, se dice que nosotros nada en absoluto habríamos tenido que preguntar respecto a qué pensó este o aquel colaborador de la elaboración de la ley... Cómo haya de compaginarse esta afirmación con la teoría subjetiva, a la que el Tratado quiere atenerse, sigue siendo enigmático para el lector. La solución del enigma podría verse en que el primer autor, Enneccerus, fue de hecho un decidido partidario de la teoría subjetiva; en cambio, el posterior reelaborador, Nipperdey, que se inclinaba por la teoría objetiva, receló, sin embargo, de manifestar claramente su ruptura con la concepción de su predecesor. En consecuencia, intentó coordinar ambas concepciones, lo que, sin embargo, como lo muestran los lugares citados, apenas se consiguió.»

(78 bis) M. J. PERRY, «The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional 'Interpretation'», en *Southern California L. Review*, vol. 58, núm. 2, 1985. Una buena crítica en el mismo número de esa revista, L. SIMON, *The Authority of the Constitution and Its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation*; M. V. TUSHNET, *A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory* (aunque aquí se tratan también cuestiones relativas al «no interpretativismo» y no sólo al «originalismo»). Algunas sugerencias, más llamativas que interesantes, sobre estas

objetivismo, es decir, la de interpretar la norma de acuerdo con la *ratio legem* y no con la *ratio legislatoris*. Esta es, por lo demás, la tesis sostenida por la doctrina más autorizada, sin ningún género de dudas, y la única que se compagina con la necesaria estabilidad (perpetuación) de la Constitución y con el contenido abierto de muchas de sus cláusulas.

La segunda cuestión que hay que abordar se refiere a la interpretación «valorativa» y parece que el problema no ofrece grandes dudas: se hace, teóricamente, bastante difícil suscribir las tesis de FORSTHOFF (por señalar el ejemplo más nítido) si se tiene en cuenta la específica condición normativa (con cláusulas materiales) de las Constituciones del presente, y especialmente de las Constituciones auténticas (las democráticas). Una teoría de la Constitución «constitucionalmente adecuada» (BÖCKENFORDE) exige una teoría de la interpretación constitucional «principalista» o «valorativa», necesariamente (HOLLERBACH), lo que es, por lo demás, admitido de manera casi general por la doctrina (no sólo por los decididos partidarios de los métodos «comprensivos», SMEND, MAUNZ, ZIPPÉLIUS, etc., sino por los defensores de la «concretización», MÜLLER, HESSE, o de la relativa aceptación de la tónica o del consenso, EHMKE, SCHEUNER, o de los valores adjetivos, HÄBERLE, ELY (79), o incluso por los que se consideran herederos más inmediatos de Kelsen, como HART y BOBBIO, cuyo positivismo no elimina totalmente la apelación a «principios» y «fines» en la interpretación, y, desde luego, por TRIBE, PERRY, DEVLIN y DWORKIN).

El verdadero problema se plantea a continuación, y no se refiere al «qué» (respecto de lo cual no ha sido muy difícil, hasta el momento, adoptar una postura) sino al «cómo». Partiendo de que la interpretación tiene que ser valorativa ¿cómo se interpreta para que la aplicación del Derecho sea una operación objetiva y no enteramente discrecional, es decir, para que sea una decisión jurídica y no una decisión política? Porque esa es la principal acusación, y la más seria, que a la interpretación (y muy especialmente a la «valorativa») se hace, y ahí descansan las razones esgrimidas por FORSTHOFF, o en Estados Unidos por WRIGHT, MILLER y HOWELL, ROSTOW, y, en particu-

---

cuestiones, en R. WEST, «Jurisprudence as narrative: An aesthetic analysis of modern legal theory», en *N. Y. Univ. Law Review*, vol. 60, núm. 2, mayo, 1985.

(79) Una contraposición nítida entre Constitución como «norma abierta» y Constitución como «sistema material de valores» me parece bastante discutible. Sobre ello, y su íntima relación con lo que aquí se plantea, me he pronunciado en mi trabajo «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», citado en la nota 2.

lar, por politólogos como SHAPIRO (80) que consideran un mito la neutralidad u objetividad de la interpretación jurídica.

KELSEN resolvió el problema, como se sabe, desterrando la valoración (en realidad recluyéndola en la conciencia del juez). Frente a la «jurisprudencia tradicional» que sostenía que la ley, aplicada al caso concreto, sólo puede proporcionar una única resolución recta querida por la ley, KELSEN afirmaría (81) que ello es un error, pues el Derecho positivo puede ofrecer varias soluciones posibles a un mismo caso, y de ese Derecho (si no se le quiere desvirtuar con razones morales) no se desprende ninguna indicación para que se prefiera una u otra solución. La autoridad que aplica el Derecho elige, por consideraciones políticas (cuando quien interpreta es el legislador, al hacer la ley) o por razones que sólo pertenecen a la conciencia del juez (cuando se interpreta la ley dictando una sentencia) una interpretación entre las diversas interpretaciones igualmente posibles desde el punto de vista jurídico-científico. Lo importante es que la interpretación sea siempre efectuada por métodos jurídicos.

HART, que es consciente de algunos de los defectos de esa tesis, y de la transformación que el ordenamiento ha sufrido desde que originariamente la tesis se elaboró, acepta la existencia de principios jurídicos, y no sólo de normas, y admite, incluso, que pueden darse casos en que ni siquiera existan principios de los que extraer una respuesta jurídica «coherente». En esos casos difíciles, dirá HART, no hay más remedio que reconocer que el juez tiene discrecionalidad para decidir (es decir, que no está sometido a reglas) y, ello significa adoptar una interpretación que no es jurídica, en sentido estricto (82). DWORKIN le reprochará (83) que admite entonces no sólo al juez como «creador» del Derecho sino como aplicador con efectos retroactivos del Derecho por él creado. HART, a su vez, podría criticar a DWORKIN que intente fundamentar en la moral los casos a los que el Derecho no da respuesta: «La decisión judicial, especialmente en temas de importancia constitucional, implica la elección entre valores morales y no meramente la aplicación de un solo principio moral; por tanto, es una locura pensar que donde el sentido del Derecho es dudoso, la moralidad siempre puede dar la

(80) «The Supreme Court and constitutional adjudication of politics and neutral principles», 31 *Geo-Wash. L. Rev.*, 587, 1963.

(81) *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> edic., 1960, pp. 149 y ss.

(82) *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 155 y ss., especialmente p. 200.

(83) *Los derechos en serie*, op. cit. (la referencia es constante en todo el libro).

respuesta» (84). HART continuará diciendo que ello, además, es más cierto aun en las Constituciones de los países civilizados, que son Constituciones pluralistas en sistemas políticos y sociales también pluralistas, Constituciones, pues, de compromiso entre ideologías políticas distintas y donde, por tanto, el conflicto entre principios es posible y muy frecuente en razón, precisamente, de ese pluralismo. DWORKIN comprende el problema, pero sostiene que dejar la solución del caso a la entera libertad del juez es una mala solución. En esos casos «difíciles» el juez debe dar el triunfo al principio que tenga mayor fuerza de convicción (85).

Y aquí, justamente, está el nudo de la cuestión. Ante el problema del relativismo valorativo (en el que tacha a HART de dejar la cuestión irresuelta) y contestando a RAZ (86) DWORKIN afirmará que la «regla de reconocimiento» no debe obtenerse por el respaldo social sino por el propio respaldo del Derecho: los positivistas creen «que la práctica social constituye una norma que el juicio normativo acepta; en realidad la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia» (87). La función del juez no es creadora, pues, en sentido estricto, sino garantizadora: «dice» el Derecho, pero no lo crea, libremente, *ex novo*. Cuando en la solución del caso no tenga norma aplicable, ha de acudir a los principios jurídicos, pero tales principios ha de extraerlos del propio Derecho y no de las reglas sociales o de las ideas políticas y esa extracción es posible en la medida en que no se separe la teoría del Derecho de la aplicación del mismo (88). En resumidas cuentas, DWORKIN postula una ciencia del Derecho prescriptiva y descriptiva al mismo tiempo y es dentro de esa ciencia del Derecho donde hay que dar respuesta al problema de la valoración. La distinción entre «principios» y «directrices» y entre «principios» y «normas» o entre «conceptos constitucionales» y «concepciones constitucionales» está dirigida, en DWORKIN, a articular una teoría de la interpretación jurídica que, precisamente por ser jurídica, no salga de los límites de la teoría del Derecho (a la que no es

(84) *The Concept...*, op. cit., p. 200.

(85) *Los derechos...*, op. cit., p. 153.

(86) «Legal Principles and the Limits of Law», *The Yale Law Journal*, 81, 1972.

(87) *Los derechos...*, op. cit., p. 116. Por cierto, que la crítica historicista que le hace PERRY («Interpretativism, freedom of expression, and equal protection», 42 Ohio st. L.J., 261, 298, 1981) no es convincente, pese a lo que opina E. ALONSO (*La interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 103), pues DWORKIN no basa su tesis en presupuestos históricos, sino lógicos (como RAWLS su teoría del contrato).

(88) *Ibidem*, pp. 128 y ss.

ajena la filosofía moral, pero sin que ésta venga a suplantar las categorías jurídicas).

Esta larga digresión sobre DWORKIN, y sobre su polémica con HART, me parecía necesaria porque ahí está enunciado lo que a mi juicio es el camino más fértil para enfrentarse con los problemas de la interpretación constitucional: la objetivación de la interpretación valorativa a través de la teoría de la Constitución. I. DE OTTO cuando destaca, muy bien, las deficiencias de la interpretación «valorativa» o «principalista» dice, acertadamente, que «estas deficiencias no pueden ser suplidas por otro método de interpretación, sino ante todo por una 'teoría de la Constitución' que sirva como criterio de interpretación, que proporcione puntos de vista orientadores y estructuras dogmáticas. Mientras falte tal construcción teórica los diversos métodos de interpretación seguirán siendo otros tantos elementos de indeterminación de la norma. En palabras de BÖCKENFORDE, esta teoría de la Constitución tiene que representar en el terreno del Derecho constitucional el 'todo histórico-dogmático' del que hablaba SAVIGNY» (89).

Interpretar es «concretizar», para lo que es preciso «comprender» (HESSE), es decir, comprender la norma dentro de un sistema no sólo normativo sino también de categorías teóricas que le dan significado, que le prestan coherencia. No es posible concretizar, no es posible interpretar la norma constitucional (norma abierta, en muchas ocasiones, y que expresa, también en otras, valores sustantivos) sin una previa teoría de la Constitución (HESSE, DWORKIN). El intérprete, necesariamente, ha de contar con el bagaje teórico que le facilite la tarea de extraer del precepto jurídico su significado «constitucionalmente adecuado» o de convertir en principios jurídicos los valores enunciados por la norma o de establecer las conexiones pertinentes entre unos y otros principios que concurren en el caso concreto de aplicación. Y esa teoría de la Constitución, tan relevante para la interpretación, no puede ser otra que la que descansa en un concepto de Constitución auténtica, esto es, de Constitución democrática, concepto que no puede ser invalidado por el fácil expediente de tacharlo de «político» (90). En el marco de esa teoría encuentra su «objetivación» la tarea interpretadora, jus-

---

(89) «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en *El Tribunal Constitucional*, libro colectivo, Inst. de Est. Fiscales, Madrid, 1981, vol. III, p. 1499.

(90) Sobre la crítica a un concepto (y a una teoría) «general-universal» de Constitución y la defensa jurídica de un concepto (y de una teoría) «general-particularizada» de Constitución, véase mi trabajo citado en nota 2.

tamente porque ahí se encuentran las categorías «contrastables» para su ejercicio y los límites jurídicos que impiden la libertad política de «valoración». Hoy, se ha dicho con fortuna, la interpretación es una de las cuestiones fundamentales del Derecho constitucional. Hoy, podría añadirse también, la teoría de la Constitución es, a su vez, la base «firme» de ese Derecho y, en consecuencia, el conocimiento o saber imprescindible para abordar con seriedad y rigor sus problemas y entre ellos el fundamental de la interpretación constitucional.

Los peligros del «activismo judicial» (91) sólo por este camino pueden conjurarse. Bien es cierto que en el constitucionalismo europeo, por razones obvias, tales peligros son menores que en el norteamericano y bien es cierto también que, en el caso del juez ordinario, en países donde existe Tribunal Constitucional, la capacidad «creadora» de ese juez es bastante limitada. A este respecto merece la pena transcribir unos párrafos, bastante sensatos, de A. CALSAMIGLIA: «En muchas ocasiones se ha afirmado que el Tribunal Constitucional está subordinado a la Constitución. Los positivistas y realistas (por lo menos algunos de entre ellos) han considerado que esa afirmación no era más que una mentira piadosa, que servía para ocultar el poder político del juez. Probablemente las tesis de DWORKIN puedan contribuir a comprender lo que el hombre de la calle ya sabe: que los jueces no tienen un gran poder político. Los jueces y tribunales no tienen libertad para *inventarse* derechos e interpretaciones. A la doctrina de los tribunales se le exige coherencia y adhesión y, en realidad, la función creadora de derecho de los jueces es bastante limitada» (92).

En la judicatura puede que no haya espacio, como se ha dicho en frase célebre, para convertir al *iudex* en príncipe, pero sí lo hay, especialmente en la judicatura constitucional, para intentar destronar al legislador. Una teoría de la interpretación que descansa en una teoría constitucional «adecuada» debe evitar esa ilegítima usurpación, que no sería sólo contraria al orden constitucional sino también a la seguridad jurídica (93). Y esa teoría cons-

(91) Ya estuviesen amparados en el «sociologismo», el «derecho libre» o «el uso alternativo del Derecho», en Europa o en el «realismo jurídico» norteamericano (LLEWELLYN, FRANK, entre otros). Véase sobre todo ello TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milán, 1962; RUMBLE, *American Legal Realism*, Cornell Univ. Press, Ithaca, N. York, 1968; VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1977; TWINING, «Talk about realism», *N. York Univ. Law Review*, vol. 60, n.º 3, junio 1985.

(92) Prólogo a *Los derechos...*, de DWORKIN, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

(93) Véase F. RUBIO LLORENTE, prólogo al libro de E. ALONSO, *op. cit.*, pp. XXIII a XXV.

titucional habrá de asegurar, del mismo modo, que los valores constitucionales se interpreten de acuerdo con categorías jurídicas y no políticas. Aquí reside, a fin de cuentas, el mandato axiológico (o deontológico, si se quiere) enunciado por CALAMANDREI en el título de su conocido libro: *La certeza del Derecho y la responsabilidad de la doctrina*. P. BADURA da la siguiente respuesta a la pregunta de qué significa la vinculación del juez a la ley y al Derecho (vinculación, además, constitucionalmente exigida): «La vinculación del juez a la ley significa poner en vigor la función de la ley jurídico-constitucionalmente prevista con los medios de argumentación y fundamentación jurídicas al tratar de hallar una resolución justa, y así respetar también la misión y responsabilidad, no sustituibles jurídico-judicialmente, del legislativo» (94).

Interpretación «constitucional» de la ley, argumentación y fundamentación jurídicas, resolución justa y no sustitución del legislador. He ahí las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la ley, y también para la correcta interpretación de la Constitución, modificando, en este caso, sólo la primera: en lugar de la interpretación «constitucional» de la ley, la interpretación «constitucionalmente adecuada» de la Constitución. Y concretando que la resolución «justa» ha de entenderse como resolución «justa, pero jurídicamente correcta». Es cierto que el Tribunal Constitucional debe sopesar las consecuencias político-constitucionales de sus resoluciones, pero ello no tiene por qué conducirlo, necesariamente (en el límite, claro está), a una solución política (como opina LERCHE) ya que la teoría ofrece medios (la «ponderación imparcial», «el interés más fundamental», KRIELE, el «principio de mayor convicción», DWORKIN, los criterios de «racionalidad-razonabilidad», BICE; etc.) para que esa solución se adopte de manera que no quiebren la certeza y la previsibilidad, es decir, de manera jurídica. BACHOF ya lo había expuesto con suma claridad: «Las consecuencias políticas de una decisión judicial no pueden ser ignoradas en absoluto a la hora de tomar una decisión, pero la búsqueda de las 'medidas correctoras' de esas consecuencias no deben salirse de las fuentes que el propio ordenamiento ofrece» (95).

En cuanto al tipo de argumentación o razonamiento a emplear para adoptar las resoluciones judiciales, es decir, para interpretar (ya que son ex-

(94) «Grenzen und Möglichkeiten der Richterrechts», en *Schriftenreihe des deutschen Sozialgerichtsverbandes*, tomo X, 1973.

(95) «Der Vergassungsrichter zwischen Recht und Politik», en la obra colectiva recopilada por HÄBERLE, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 285 y ss.

cepcionales los casos en que pudiera aplicarse el viejo brocardo de *in claris non fit interpretatio*), y al margen de la aplicación de las modernas teorías de la hermenéutica (concebida a la manera de GADAMER y postulada por BETTI y P. RICOEUR) para entender la interpretación como «comprensión» del texto (con la consiguiente entrada de la lingüística en el proceso de «pre-comprensión», como reconoce HABERMAS, y su enlace, necesario, con la filosofía analítica de WITTGENSTEIN), aplicable a los textos jurídicos (96), las diferencias entre el razonamiento jurídico y el razonamiento político están bastante estudiadas y ofrecen reglas que permiten distinguir con suficiente rigor uno y otro tipo de argumentación. KRIELE, con su doctrina de la «argumentación jurídico-racional» a la que ya se ha aludido anteriormente, ALEXY (97), CLEMENS (98), FRITJOF HAFT (99) y G. STRUCK (100) con sus teorías sobre la argumentación y la retórica jurídica, o entre nosotros F. SAINZ MORENO (101) y más recientemente I. DE OTTO, en un buen trabajo, al que me remito (102), orientan hacia criterios válidos para que el razonamiento judicial, si se atiene a ellos, pueda ser considerado como razonamiento objetivo (103).

La actividad judicial en la interpretación del Derecho y, en particular

---

(96) Véase el excelente libro de J. BRIGHAM, *Constitutional language. An interpretation of judicial decision*, Greenwood Press, Londres, 1978. Podría extenderse incluso el campo a otras experiencias también modernas, como el empleo de modelos matemáticos en la argumentación jurídica (véase la colección de trabajos dirigida por A. PODLECH, *Rechnen und Entscheiden*, 1977).

(97) *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978. Es un sofisma, dirá ALEXY, estimar que los juicios de valor conducen inevitablemente a que en la sentencia se formulen las convicciones morales del juez. El estima que es posible formular las reglas de un discurso jurídico racional, pero se opone a que ello pueda ser alcanzado a través de las teorías de la argumentación de la ética analítica (RAWLS), de la filosofía del lenguaje (WITTGENSTEIN), de la teoría consensual de la verdad de HABERMAS o de la teoría general de la argumentación de PERELMANN. La tesis de ALEXY sigue, más bien, la línea de argumentación jurídico-racional marcada por KRIELE.

(98) *Strukturen juristischer Argumentation*, 1977.

(99) *Juristische Rethorik*, 1978.

(100) *Zur theorie der juristischen Argumentation*, 1977.

(101) *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, pp. 172 y ss.

(102) «La posición del Tribunal Constitucional...», cit.

(103) Idea sostenida también ya en 1951 por CARBONE, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, entre otros autores italianos, y por CHIERCHIA, en 1978, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*.

en la interpretación constitucional no supone (o no tiene por qué suponer) por todo lo que se ha dicho, la negación del carácter objetivado del parámetro en el control jurisdiccional.

## V. EL RESULTADO DEL CONTROL JURISDICCIONAL

El resultado del control (sea cual sea la clase de éste, social, político o jurídico) forma parte inescindible de la propia idea de control, ya que de lo contrario se eliminaría totalmente el elemento teleológico, que es esencial a dicha idea porque presta su más auténtica significación a la figura (104). Ahora bien, ese resultado puede ser positivo o negativo para el objeto controlado y el resultado negativo llevar aparejada a veces la sanción inmediata y a veces no (porque ésta se demora en el tiempo o porque operen mecanismos indirectos, e incluso difusos, de sanción). Ello significa que, siendo el resultado un elemento indispensable del control no puede, en cambio, hacerse gravitar exclusivamente esta figura (el control) en la existencia de la sanción, es decir, en el llamado momento «conminatorio», pues eso conduciría a sostener que sólo hay control cuando el resultado es negativo para el objeto controlado, tesis cuyo solo enunciado ya la hace abiertamente rechazable por no comprensiva de la totalidad del fenómeno del control (105).

Cuestión distinta es la de si al resultado negativo ha de acompañar inexorablemente la sanción y si ésta ha de ser inmediata, esto es, formar parte del mismo resultado. Aquí el problema es más complejo pues, como ya se ha dicho, la sanción opera de muy diferentes maneras en las diversas clases de control. La evidencia de que esto es así conduce, justamente (junto a otras razones ya expuestas con anterioridad) a sostener que, pese a tener la figura del control un único sentido, no puede haber uno sino varios conceptos de control. Lo que caracteriza al control jurisdiccional, desde el punto de vista del resultado (y lo diferencia netamente, también en ese punto, del control político o del control social) es que el resultado negativo lleva, inexorablemente, aparejada la sanción. Y ello es así por el carácter objetivado de este control.

Aquí el órgano controlante no limita sino que asegura la vigencia de limitaciones fijadas de manera objetiva («normativizada») por el Derecho.

(104) De la misma opinión, GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., p. 36.

(105) En el mismo sentido, GALEOTTI, *Ibidem*, p. 50.

Al aplicar, no su voluntad, sino la voluntad de la norma, en el ejercicio del control, está obligado, necesariamente, a sancionar la contradicción entre el objeto controlado y el parámetro jurídico al que ha de adecuarse. El órgano judicial (sometido constitucionalmente a la ley y al Derecho) no tiene más remedio que sancionar la infracción jurídica que considere cometida. Y esa obligación del órgano jurisdiccional, mediante la cual se preserva la vigencia del Derecho (y las reglas de competencia, jerarquía, etc., que dotan de coherencia al ordenamiento) es absolutamente esencial para que exista la seguridad jurídica. De ahí que no se trate de una obligación moral o política sino, estrictamente, de una verdadera obligación jurídica. Comprobada la infracción, el órgano judicial ha de invalidar el acto o la norma (106) objeto de control. La capacidad de control incluye aquí la capacidad (y obligación) de impedir.

Dicho esto hay que añadir que el control jurisdiccional al ser un control sobre la «actividad» (actos o normas) y no sobre la «organización», no comprende dentro de sí otras figuras, destinadas a la exigencia de responsabilidad ante los tribunales de los órganos o de los funcionarios (responsabilidad civil, penal, disciplinaria), mediante las cuales se administra justicia, por supuesto, pero no se ejerce, en sentido propio, una función de control del poder. El tipo de sanción que tales figuras llevan aparejada no debe confundirse con la sanción (a la actividad, abstraída de la persona física o jurídica de donde proviene) que es característica del resultado negativo en el control jurisdiccional (107).

Al no ejercitarse, mediante el control jurisdiccional, una facultad «activa» (innovadora) sino «pasiva» (depuradora), cabría sostener (108) que el órgano no controlante, que puede convalidar (resultado positivo) el objeto del control, no puede, en cambio, enmendarlo. La ubicación del control jurídico en los *checks* (frenos) y no en los *balances* (contrapesos) suministraría, incluso, un sugestivo marco teórico a esa afirmación. Sin embargo, la cuestión es algo más compleja y no permite enunciarla en términos simples y

---

(106) O expulsarla del ordenamiento por derogación o inaplicación, según los casos y la distribución de competencias entre órganos jurisdiccionales. De todos modos, lo importante es que todo ello significa invalidación, en general o para el caso, del objeto controlado y, en ese sentido, sanción.

(107) También en el mismo sentido, GALEOTTI, *Introduzione...*, op. cit., pp. 73 y 74. Es obvio que la figura de la sanción penal o disciplinaria es algo bien distinto de lo que se entiende por sanción en el control.

(108) Así lo hace GALEOTTI, *ibidem*, p. 12.

rotundos (109). Sería inexacto afirmar, sin las necesarias matizaciones, que el órgano judicial al realizar el control no ejercita, de ninguna manera, facultades «innovadoras». Y no me refiero a la posible innovación del parámetro, que esa es cuestión diferente y fue tratada en el epígrafe anterior (allí expuse mi opinión sobre la interpretación del canon de comprobación) sino exactamente a la innovación del objeto controlado cuando ese objeto es una norma, es decir, a los problemas derivados de las llamadas «sentencias interpretativas». El tribunal (ordinario y constitucional) puede no invalidar la norma controlada, pero darle una interpretación distinta a la que esa norma había tenido hasta entonces (es decir, a la que había «operado» en el ordenamiento). No puede negarse que se produce, en tal caso, una innovación del sentido de la norma con claros efectos jurídicos. No se innova la letra del texto, pero se innova su significado.

En consecuencia, aquella primera afirmación tan radical hay que matizarla. Lo que le está vedado al órgano judicial, o si se quiere, lo que está vedado al control jurisdiccional es enmendar el objeto en el sentido restrictivo de «enmienda formal» o «literal», no en el sentido amplio que incluye «enmienda de significado». Dicho en otras palabras, la literalidad del texto de la norma es el límite infranqueable a la facultad «innovatoria» del órgano judicial.

## VI. EL CARACTER NECESARIO DEL CONTROL JURISDICCIONAL

Cuando se examinó, más atrás, el concepto de control jurisdiccional, ya se expresó que una de sus características peculiares es ser un control «necesario»: en el sentido de que necesariamente ha de producirse cuando el órgano judicial es requerido para ello y en el sentido también de que necesariamente ha de existir si se quieren evitar las normas «minuscuamperfectas» en el ordenamiento. De todos modos, estas afirmaciones requieren una explicación más detallada y alguna adición posterior.

En primer lugar, la producción «necesaria» del control significa, de un lado, que el órgano que lo ejerce ha de «conocer» (por supuesto, siempre que tenga jurisdicción y competencia) necesariamente del asunto para el que es instado; de otro, que ha de emitir, necesariamente, su «juicio» sobre tal asunto, y, finalmente, que ha de dictar la sanción (la declaración invalidatoria), de modo necesario, cuando tal juicio sea jurídicamente negativo para

---

(109) Problema que, extrañamente, dada su sagacidad, se le escapa a GALEOTTI.

el objeto controlado, es decir, cuando estime que se ha producido una contradicción (irresoluble por vía interpretativa) entre dicho objeto y el parámetro de control. En segundo lugar, el carácter necesario de control no se ve alterado por la constancia de que, en la práctica, puedan existir (en la medida en que no inste el control sobre ellos), normas «minuscuamperfectas». Admitir lo contrario sería confundir el «ser» con el «deber ser» y olvidar que el control jurisdiccional no lo ejerce el órgano judicial por propio impulso, sino a instancia de parte. El control jurisdiccional es sólo (el Derecho no puede llegar más allá) instrumento imprescindible (necesario) que el Estado «ofrece» para que situaciones así «puedan» ser corregidas.

Pero hay que añadir otras razones que avalan el carácter necesario del control jurisdiccional y que no son internas al control mismo sino que se refieren a la relación entre control y Constitución, esto es, a la función de garantía que desempeña el control en el Estado constitucional. Es cierto que la «más fuerte» garantía de la Constitución reside en los controles sociales, pero tal garantía no deja, por ello, de ser en cierta manera «imperfecta», es decir, de actuar «no institucionalizadamente», tanto de modo ordinario (cotidiano) como extraordinario (*ultima ratio*, rebelión o derecho de resistencia). JELLINEK decía de estas garantías que «limitan más eficazmente cuando hay arbitrio en las concepciones jurídicas más abstractas, y determinan, aún más que la voluntad consciente, la vida real de las instituciones políticas y la historia de los Estados» (110). De todas maneras, sigue diciendo JELLINEK, las garantías sociales, que pueden ser capaces de asegurar el Derecho, son, en cambio, incapaces de garantizarlo «jurídicamente», es decir, son una imperfecta garantía, pese a que en «ellas ha encontrado un límite la arbitrariedad de aquellos gobernantes que se han considerado exentos de toda obediencia a las leyes humanas» (111).

Pese a su fortaleza, pues, el carácter no institucionalizado que le es propio, como ya se ha dicho, hace de las garantías sociales, imprescindibles (pero no predeterminables), unas garantías imperfectas, «no regulares», necesitadas, ineludiblemente, del acompañamiento de otras garantías. El control social no basta, por sí solo, para asegurar el mantenimiento de la Constitución. La limitación «efectiva» del poder requiere de controles «institucionalizados», «regulares». Ahora bien, el control político, siendo «regular», no deja de ser libre, es decir, basado en razones de oportunidad y ello, que no

---

(110) *Teoría general del Estado*, op. cit., pp. 591 y 592.

(111) *Ibidem*, p. 592.

le resta eficacia, por supuesto, no le dota de completa «seguridad» (112). Pero es que, además, la garantía del cumplimiento por el poder del resultado negativo para el mismo que por el control político pudiera hipotéticamente producirse (gobiernos censurados o elecciones perdidas, por ejemplo) sólo se aseguraría de modo «regular» u «ordinario» (de modo no regular o extraordinario quedaría a la tutela del control social) a través de los controles jurídicos, que aparecen, en tales casos, como las únicas soluciones de «derecho» que el Estado ofrece para evitar que se recurra a la desnuda «fuerza». Y sin llegar a ese extremo, basta señalar que gran parte de los controles políticos están al servicio de la mayoría y la garantía de la Constitución reside, entre otras cosas, en ampararla frente a posibles vulneraciones de la misma mayoría.

En definitiva, el control jurídico (menos «fuerte» que el social y el político) se presenta como el más «regular» (por ser un control normativizado) y, a la postre, el más seguro. La Constitución no podría sobrevivir sin los controles sociales y políticos, sin duda alguna, pero sencillamente, la Constitución no podría «ser» sin el control jurídico que es, por esencia, el control jurisdiccional. Esa es la base en que descansa el Estado constitucional de Derecho y eso es lo que conduce a que, en realidad, todo Estado de Derecho verdadero sea un Estado «jurisdiccional» de Derecho (lo que no significa, no tiene por qué significar, un «gobierno de los jueces», que esa es otra cuestión, aunque a veces, incorrectamente, se las confunda). Trasladar los problemas de Derecho al «tribunal de la opinión» o a los «tribunales populares», es decir, establecer la resolución espontánea, o institucionalizada pero puramente política, de los problemas jurídicos no supone sólo la destrucción del Derecho, sino, por supuesto, la negación misma del genuino sentido de la Constitución (113). En esas condiciones, simplemente, no puede

---

(112) JELLINEK decía muy bien que «las garantías políticas tienen de común con las sociales no ofrecer una completa seguridad» y añadía que «la historia ha demostrado que la arbitrariedad y la corrupción parlamentarias pueden producir la destrucción del Derecho en no menor grado que la omnipotencia del príncipe y la burocracia» (*ibidem*, p. 593). (La traducción de F. DE LOS RÍOS dice «menor grado», pero la versión correcta al castellano debería decir «no menor grado».) Aunque las transformaciones democráticas experimentadas por el Estado constitucional, desde que escribió JELLINEK, han dotado de mayor eficacia a las garantías políticas, no desaparece el peligro que aquél ya apuntaba.

(113) Que está ligado, y no hace falta extenderse sobre ello, a la existencia de la jurisdicción como función estatal. Lo que no significa que deba existir, necesariamente, una específica «jurisdicción constitucional», que ello es asunto distinto.

haber Constitución; puede haber otras cosas (declaraciones de intención, programas, idearios políticos o meros catecismos religiosos o morales), pero no, de ninguna manera, normas constitucionales. El control jurisdiccional aparece, pues, como algo absolutamente necesario para el concepto y la existencia misma de la Constitución.