

La Constitución como norma jurídica

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

Catedrático de la Facultad de Derecho de Madrid

SUMARIO: Introducción. I.—LA SIGNIFICACION DE LA CONSTITUCION. II. LOS FUNDAMENTOS DEL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCION. LA CONSTITUCION COMO NORMA FUNDAMENTAL.—1. Principio general.—2. La supremacía normativa de la Constitución como creación del constitucionalismo americano.—3. La recepción europea del principio de supremacía constitucional y su expresión en el sistema austriaco-kelseniano de justicia constitucional.—4. La introducción en España del sistema de justicia constitucional concentrada y su singularidad frente al sistema kelseniano puro.—III. EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.—1. El principio general.—2. El monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes (“monopolio de rechazo”), no a cualquier aplicación de la Constitución.—3. El ámbito de aplicación de la Constitución que corresponde en todo caso a todos los Tribunales.—4. Todas las normas constitucionales vinculan a todos los Tribunales y sujetos públicos y privados.—5. En ciertas materias la Constitución es de aplicación directa como norma de decisión de cualquier clase de procesos, por haber derogado todas las Leyes que se opongan a su regulación. A) La aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. a) El principio general. b) La derogación de todas las normas anteriores contrarias a la regulación constitucional de los derechos fundamentales. c) El problema de la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales cuando en éstos incidan leyes posteriores a la Constitución. B) La aplicación directa de la parte organizatoria y habilitante de los poderes constitucionales. C) La Disposición Derogatoria de la Constitución y su alcance. El problema de la legislación preconstitucional de contenido no directamente político.—IV. EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACION CONFORME A LA CONSTITUCION DE TODO EL ORDENAMIENTO.—1. El principio.—2. Los orígenes y los fundamentos del principio.—3. Alcance y consecuencias del principio. A) Los principios constitucionales y su valor. B) La interpretación de los principios constitucionales: algunos problemas. C) Consecuencias del principio. **NOTA BIBLIOGRAFICA.**

La entrada en vigor de la nueva Constitución (que se produjo, según su disposición adicional, el mismo día de su publicación, 29 de diciembre de 1978) plantea inmediatamente el problema de su valor normativo propio.

La tradición de nuestro Derecho Constitucional, por razones que luego intentaremos comprender, ofrece muy escasos soportes para intentar solventar esa cuestión. O, mejor dicho, ofrece un modelo que inmediatamente se apercibe como inaprovechable a la situación actual, el modelo que, por unas u otras vías, conduce a negar a la Constitución valor normativo específico fuera del ámbito de la organización y las relaciones de los poderes superiores; todo lo demás, y en concreto toda la parte material de la Constitución, contendría sólo principios «programáticos», indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los Tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos.

Resulta claro que la Constitución de 1978 intenta resueltamente huir de este modelo y así, por una parte, declara de manera expresa que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución» (art. 9.1); por otra parte, declara «derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución» (disposición derogatoria 3); además, en su propio texto destaca alguno de sus contenidos materiales como directamente vinculantes a todos los poderes públicos, con tutela judicial inmediata, e incluso reforzada a través del amparo constitucional (artículos 53, apartados 1 y 2, y 161 apartado 1, b); finalmente, las leyes tan han dejado de ser el único camino de positivización facultativa del supuesto «programa» constitucional que ellas mismas serían nulas si contradicen los preceptos de la Constitución (artículos 161, apartado 1, a, y 164).

La explicación de todo este nuevo valor normativo de la Constitución nos exigirá remontarnos a algunas cuestiones de principio, lo que haremos en la medida indispensable para hacer posible esa explicación y permitirnos operar técnicamente con esa especie nueva de norma con que se encuentra ahora nuestro Derecho (ningún precedente histórico puede servirnos directamente), norma que es, además, la primera entre todas y la más relevante.

I

LA SIGNIFICACION DE LA CONSTITUCION

Inicialmente la Constitución, cuando surge como un tipo de norma en Occidente a finales del siglo XVIII (sus dos grandes manifestaciones son las norteamericanas hasta llegar a la federal de 1787, aún vigente, y las que se suceden tras la Revolución Fran-

cesa), no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido. Esos supuestos radican en su origen popular o comunitario, en lo que claramente se expresa la doctrina del pacto social y su postulado básico de la autoorganización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho; su contenido lo indica con toda precisión el famoso art. 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución».

Este concepto tan preciso de Constitución va a sufrir, no obstante, en Europa continental un fuerte embate, por la derecha y por la izquierda. Por la derecha, es la obra de las Monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el Continente por los Ejércitos de Napoleón. Estas Monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a hacer simple retórica. Es así como los Monarcas «otorgan» Cartas Constitucionales, que tienen ya poco que ver con la primigenia idea de Constitución. Es la expresión del «principio monárquico» que, en materia constitucional, consagra para toda Alemania el famoso artículo 47 del Acta final del Congreso de Viena. En una segunda fase querrán las Monarquías restablecer el concepto medieval de pacto entre la Corona y el pueblo, idea que entre nosotros tendrá aún su último representante en Cánovas, y que, como se comprende, coloca al Monarca en una situación propia pre- y supraconstitucional, puesto que lo consagra como co-poder constituyente.

El ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente, del marxismo en que ésta desemboca. Con resolución se intenta hacer la «reducción» de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la subyace y soporta y de la que aquélla no sería más que un enmascaramiento convencional. La vía se inicia precozmente con el famoso discurso berlinés de 1862 de Ferdinand Lassalle, *Ueber Verfassungswesen*; la Constitución escrita sería una «mera hoja de papel» y lo que cuenta es la «Constitución real y efectiva» (*wirklichen Verfassung*), expresión de las relaciones fácticas de poder, normalmente silenciadas (para protegerlas de la pugna política) en el texto legal. Marx mismo, ya desde una concepción más general del Derecho como superestructura, y los marxistas posteriores, insistirán en posiciones análogas, hasta hoy mismo (desvalorizando, por ejemplo, las «libertades formales» y pretendiendo atender a las «reales», que una larga experiencia muestra no ser nada sin aquéllas, como los ilustrados habían supuesto con acierto).

Esos dos embates son decisivos, hasta el punto de que en Eu-

ropa continental va a perderse, con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX (y en Alemania y Centro Europa hasta 1919 y prácticamente hasta esta segunda postguerra, como también entre nosotros, tras el constitucionalismo originario presente en Cádiz, prácticamente hasta la nueva Constitución). La teoría jurídica reflejará ese hecho. La Constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinados. En consecuencia directa, deja también de ser una norma invocable ante los Tribunales, y va a pasar a teorizarse, simplemente, como una mera exigencia lógica de la unidad del ordenamiento. El iuspublicismo alemán, elaborado bajo el sistema del principio monárquico, que culminará en Kelsen, por un lado; Santi Romano por otro, operando dentro de un sistema político análogo, aunque con supuestos teóricos distintos, y con él el iuspublicismo italiano por él dominado hasta hoy mismo, teorizan una Constitución «en sentido material», distinguible de la «Ley constitucional» en sentido formal, como un condensado de las reglas superiores de la organización del que ésta vendría a derivar y que, a la vez, expresa la unidad del ordenamiento jurídico, bien se entienda éste como sistema internormativo, al modo kelseniano, bien como organización, según la concepción de Romano. Aun sin partir ni de la norma ni del ordenamiento, Carl Schmitt viene a coincidir, en realidad, y no obstante la retórica con que presentó su desidencia, en una concepción no muy lejana, la de Constitución como decisión existencial que constituye en un único momento la forma y modo de la entidad política, concepto ante el cual también se relativiza el de «Ley constitucional».

Para unos y para otros, pues, como resultado de teorizar una análoga y determinada situación deficiente, la Constitución vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistemática presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la Constitución pasa a ser, pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese. Esta concepción encuentra quizá su mejor expresión en el concepto de Carl Schmitt: el Estado no *tiene* Constitución, *es* Constitución; todo y cualquier Estado, obviamente.

Hoy esa concepción nos resulta definitivamente inadmisibile. Hacer el centro de toda construcción jurídica política un concepto de Estado tan sumamente abstracto, que como Heller observó certeramente, constituye un verdadero «fantasma del pensamiento», implica volatilizar los temas capitales de la organización política, y por de pronto los de la legitimidad del poder, su titularidad, su ejercicio y sus límites. El mismo Heller notó en 1927 que resultaba «verdaderamente notable que nuestros constitucionalistas nada sepan decir de la proposición: el poder del Estado

proviene del pueblo». Pero es aquí, justamente, donde debe radicarse toda la teoría de la Constitución.

La idea de la Constitución debe ser referida, para no volatilizarla en abstracciones descarnadas e inoperativas, a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a fines del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado constitucional y que, tras la segunda guerra mundial y el trágico fracaso de los totalitarismos que en ella perecieron, ha vuelto a reanudar su mismo sentido específico, tanto para los países que entonces recuperaron sus Constituciones, como para aquéllos, como es nuestro caso, que se han reintegrado después a la misma corriente y para los demás que aún aspiran, legítimamente, a alcanzar ésta en el futuro.

Esa corriente se expresa inicialmente en pactos entre el Rey y el Reino en orden, precisamente, al ejercicio y a los límites del poder (sentido que tienen todos los instrumentos constitucionales ingleses hasta el *Bill of rights* de 1688, así como los de los demás países europeos, entre los cuales una buena parte de los que invocó Martínez Marina para justificar la raíz nacional de la Constitución de Cádiz, y —señaladamente— el proyecto comunero de «Ley Perpetua», estudiado más recientemente por Maravall); pero que va a adquirir un sesgo completamente nuevo por virtud de las doctrinas del pacto social, del iusnaturalismo puritano y de las doctrinas ilustradas a finales del siglo XVIII, con los dos focos ya indicados, norteamericano y francés.

Tras ese movimiento, lo que se entiende por Constitución (concepto que no han perdido nunca ni los constitucionalistas norteamericanos ni los suizos y que recuperaron tras el II Imperio —aunque con la limitación derivada del dogma de la soberanía parlamentaria— los constitucionalistas franceses y después de esta última guerra los alemanes) es muy claro: el pueblo decide por sí mismo (este es el famoso comienzo de la Constitución americana: «*We, the people of the United States... do ordain and establish this Constitution*»: nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, ordenamos y establecemos esta Constitución): 1.º Establecer un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función; 2.º Pero, a la vez, en esa estructura ha de participar de manera predominante, si no exclusiva, el propio pueblo, de modo que los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales). El poder ha de aparecer, pues, como una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad, sino sólo su instrumento.

No es, por tanto, una Constitución un Acta otorgada por un

soberano personal, ni la eventual imposición o hasta la aprobación por la comunidad de un *imperium* extraño (más sencillamente: sin ejercicio de lo que Sieyes llamó, tecnificando el *contrat social* rousseauiano, el «poder constituyente», situado en el pueblo, no hay Constitución), ni tampoco, en fin, un instrumento de estructura política básica que incluya la definición de unos poderes virtualmente absolutos o indefinidos, tanto por su extensión o duración como por no reconocer límites efectivos ni ámbitos de libre determinación y exención en favor de los ciudadanos. No será tampoco Constitución el instrumento legal que ordene la vida social como una concesión del Estado o que pretenda que en éste se resume necesariamente la vida personal o colectiva, como el nivel ético superior, según la concepción hegeliana hoy vivida por los regímenes del Este. Con razón, pues, según vemos, y con explicable pudor, las llamadas «Leyes Fundamentales» franquistas excusaron el nombre de Constitución.

En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales. Sigue siendo, pues, válido el concepto del antes transcrito art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad.

El principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo. Por una parte, porque la libertad es consustancial a la idea misma del poder como relación entre hombres; el concepto de un poder absoluto o ilimitado es intrínsecamente contradictorio, puesto que nadie puede estar sometido íntegramente a otro semejante sin negar su propia esencia humana, sin «cosificarse». Todo poder social es, y no puede dejar de ser, si ha de respetarse a los hombres sobre los que se ejerce, esencialmente limitado. Resulta, por ello, imprescindible que en el momento de fundar o constituirse un poder se defina su campo propio y, consecuentemente, sus límites. Pero, por otra parte, esa exigencia se robustece cuando la Constitución se presenta como una decisión del pueblo entero, como un «contrato social». Rousseau observó, como es bien sabido, que se trata de «una forma de asociación que defiende y protege con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo». Por encima de explicaciones dogmáticas, está el hecho elemental de que la inmensa mayoría de quienes forman la comunidad decisora serán

por fuerza de las cosas más sensibles a su situación como ciudadanos, y por tanto a sus derechos y libertades, que a la que será propia de los órganos de gobierno y de las minorías llamadas a su eventual titularidad. De este modo, esta técnica aparentemente formal de la decisión colectiva ha resultado indisolublemente vinculada al pensamiento iusnaturalista material de unos derechos innatos o preestatales en el hombre, que no sólo al Estado cumple respetar sino también garantizar y hacer efectivos como primera de sus funciones.

El constitucionalismo nació como vehículo de esa concepción y hay que decir que continúa siéndolo. Sigue en él presente la tradición individualista europea de base religiosa que desconfía del Estado como posible fuente de transgresión de los derechos del hombre, y que por ello intenta limitarlo, frente a otras concepciones históricas, hoy reactualizadas en explicaciones totalitarias, para las cuales sólo el Estado es el dispensador de la libertad y de la felicidad. Sin embargo, la concepción de unos derechos fundamentales que aseguran el libre desenvolvimiento de los ciudadanos como personas singulares y solidarias y que a la vez permiten la decisiva participación de los mismos en el funcionamiento y el control del sistema político se ha convertido hoy en un dogma universal, por más que no siempre, ni siquiera predominantemente, vaya seguido de consecuencias efectivas. Documentos solemnes internacionales (Declaración Universal de derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 10 de diciembre de 1948 y todos los Pactos y Convenios aplicativos y de desarrollo ulteriores; Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950; Declaración VII del Acta final de Helsinki, de 1975, etc.), religiosas (Encíclicas de la Iglesia Católica como la *Pacem in terris* de 1963, o la *Redemptor Hominis* de 1979, declaración *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II, y, en general, de otras Iglesias y movimientos), culturales, etc., proclaman esta idea como la verdadera ética universal de nuestro tiempo, quizá el último residuo ético irreductible de una civilización más bien desmitificadora, si no nihilista. La Constitución es el primero de los instrumentos técnicos específicos al servicio de esos valores éticos sustantivos.

Pero, por otra parte, sobre la limitación del poder, que supone el establecimiento de un sistema de competencias delimitadas y de normas de ejercicio correlativas, y sobre la libertad de los ciudadanos, que permite a éstos fundamentar verdaderos derechos frente a la organización, va a establecerse todo el Derecho Público contemporáneo, que se presenta así como un hijo inmediato y directo del constitucionalismo.

Fuera de ese contenido, las Constituciones podrán llamarse tales, pero lo serán sólo en un sentido nominalista o semántico (Loewensteiw).

La Constitución española de 1978 responde a este significado

general de la Constitución, enlazando, por encima de un largo período en que ese significado ha estado apenas latente, con la primera de nuestras Constituciones, la de Cádiz de 1812. El autor de la Constitución es ahora «La Nación española... en uso de su soberanía», según proclama su preámbulo y así lo acredita su proceso de formación y aprobación. Su objetivo, dice la misma declaración, es «garantizar la convivencia democrática», «consolidar un Estado de Derecho», «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos». Declara como «valores superiores de su ordenamiento jurídico», e intenta luego una articulación institucional efectiva de los mismos, «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1), de modo que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10,1). «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos» (art. 9,2). «Los derechos y libertades vinculan a todos los poderes públicos» (art. 53,1). «Las Cortes Generales representan al pueblo español» y «ejercen la potestad legislativa» (art. 66,1 y 2). «La Administración Pública... actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (art. 103,1). «La justicia emana del Pueblo y se administra por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley» (art. 117,1).

II

LOS FUNDAMENTOS DEL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCION. LA CONSTITUCION COMO NORMA FUNDAMENTAL

1. *Principio general.*

La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. Como ha dicho Kaegi, «lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la «fuerza vinculante bilateral de la norma» (Ihering), esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciuda-

danos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*».

Pero la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (Órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las «normas de producción», la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (una «Ley Perpetua» era la aspiración de nuestros comuneros) o duración (*dauernde Grundordnung*: ordenamiento fundamental estable, «el momento reposado y perseverante de la vida del Estado»: Fleiner), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitadas a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido. Esta idea determinó, primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada «rigidez» de la norma constitucional, que la asegura una llamada «superlegalidad formal», que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios (cfr. Título X de nuestra Constitución). Pero la idea llevará también al reconocimiento de una «superlegalidad material», que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente. Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa. En un plano formal puede decirse que la superlegalidad material garantiza, en último extremo, la superlegalidad formal o rigidez de la Constitución, al imponer que toda decisión normativa que implique salirse del marco constitucional tenga que ir precedida, bajo pena de nulidad, de una reforma constitucional acordada por sus cauces propios.

2. *La supremacía normativa de la Constitución como creación del constitucionalismo americano.*

La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió. Aunque en ésta no faltaba la idea de una *fundamental law*, como ha estudiado Gough, especialmente en alguna decisión procedente del gran juez Coke (así el famoso *Bonham's case* de 1610) y la doctrina de Locke, lo cierto es que el principio de la supremacía o soberanía parlamentaria (probablemente basado en la inicial consideración del Parlamento como Tribunal, según la concluyente demostración de Mc Ilwain, y además formulado al hilo de la lucha básica del Parlamento contra el Rey), y con ese principio el correlativo de la inmunidad judicial de las Leyes, terminó prevaleciendo en el siglo XVIII, como Blackstone expuso con toda autoridad muy poco tiempo antes de la Revolución americana, doctrina que ha durado en Inglaterra hasta hoy.

La idea de un Derecho fundamental o más alto (*higher law*) era claramente tributaria de la concepción del Derecho Natural como superior al Derecho positivo e inderogable por éste y va a ser reafirmada por los colonos americanos en su lucha contra la Corona inglesa, a la que reprochan desconocer sus derechos personales y colectivos. Ese «derecho más alto» es en el que se funda la rebelión y su afirmación va a estar entre las primeras proclamaciones del nuevo orden. Ya en los famosos argumentos de James Otis en el *Writs of Assistance case*, de 1761 (que para Adams significan «el nacimiento del niño independencia») se atacan las medidas fiscales que azotan a los colonos como contrarias a *the fundamental principles of law*, de lo que deduce que *an Act against Constitution is void* (una Ley contra la Constitución es nula) y que los Tribunales deben inaplicarlas (*the courts must pass such Acts into disuse*). Igualmente Sharp, en su básico libro *A declaration of the people's natural right to a share in the legislature*, 1774, una de las fuentes del movimiento, juzga, con base en la *Magna Carta*, que el juicio por los pares y no por jueces extraños es «el primero y más esencial derecho de la Constitución», estimando que juzgar irlandeses (o americanos) en Inglaterra era contrario al *fundamental law* y que la Ley que lo autorizaba era, por tanto, una *unconstitutional Act of Parliament*, una Ley inconstitucional del Parlamento; es quizás la vez primera en que aparece este concepto capital. El juicio por Jurados y el consentimiento del impuesto son las dos grandes protestas que nutren la Revolución americana y ambos principios son valorados como inmutables por las Leyes parlamentarias, basados en *the fundamental laws of this constitution* [la inglesa], *a constitution grounded on the eternal and immutable*

law of nature. Lord Camden, que hace valer estos argumentos en el Parlamento inglés en 1765, declara también: «impuesto y representación [parlamentaria] están inseparablemente unidos; Dios los ha unido y ningún Parlamento británico puede separarlos».

La declaración de Independencia, de 4 de julio de 1776, obtiene de esas mismas ideas la consecuencia de la ruptura del lazo de dependencia con el Rey inglés y del derecho a la soberanía y al autogobierno.

Lord Acton ha presentado a la Revolución americana, agudamente, como un conflicto entre dos ideas del poder legislativo, criterio que ha desarrollado brillantemente Corwin en su obra *The «higher law» background of american constitutional law*, 1928-1929. Los colonos encuentran en Coke y en Locke sus mentores jurídicos directos. Ambos son herederos de la gran tradición iusnaturalista europea, en la que expresamente apoyan su concepción de un parámetro normativo superior a las leyes positivas: el Derecho natural, que es a la vez la expresión de una *lex eterna y lex legum*, Ley para todas las leyes. El *Bonham's case* de 1610 recuerda expresamente esos dos caracteres: «*even an Act of Parliament made against Natural Equity is void in itself; for «iura naturae sunt immutabilia» and they are «leges legum»*. Locke, que ha efectuado la capital conversión técnica del abstracto Derecho natural en los derechos del hombre (derechos que proceden del estado de naturaleza del hombre, que éste no transmite en el pacto social, antes bien el pacto social se ordena justamente a su salvaguarda y garantía), concluye estableciendo el *supreme power* de la comunidad para preservar las libertades y propiedades de los ciudadanos *of anybody, even their legislators*, frente a cualquiera, aun frente al legislador, con lo que los derechos naturales pasan a ser el último *test* de validez de las leyes positivas. Pero esta doctrina ofrece algo más que una mera filosofía, ofrece una técnica jurídica concreta, la de que, en los términos del *Bonham's case*, *the common law will controul acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void* (que el *common law* —en su aspecto de *ius naturae*— controle las Leyes del Parlamento y en ocasiones las declare totalmente nulas); el juez puede, pues, controlar al Parlamento.

Esto es justamente lo que excluye directamente la doctrina inglesa de la «soberanía del Parlamento». En la expresión de Blackstone, que describe el resultado de una evolución constitucional cumplida en lo sustancial durante el propio siglo XVIII, *the power of Parliament is absolute and without control*, el poder del Parlamento es absoluto y sin control; «tiene autoridad soberana e incontrolable para hacer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, revocar, restablecer, interpretar cualquier Ley... En verdad, lo que hace el Parlamento ninguna autoridad sobre la tierra puede deshacerlo»; es, por tanto, el verdadero soberano, esto es, «la autoridad suprema, irresistible, absoluta, incontrolada».

La gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las Leyes del Parlamento. «Una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se ha trasladado a estas nuevas bases, la noción de soberanía del órgano legislativo ordinario desaparece automáticamente, puesto que no puede ser soberano un cuerpo creador de Derecho que está subordinado a otro cuerpo creador de Derecho; pero, en segundo lugar, aun bajo la forma escrita constitucional difícilmente se habría mantenido el *higher law* como una protección para los individuos si no se hubiesen apoyado sobre la *judicial review* [la facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes]. De este modo, investido con forma legal e instrumentado por la *judicial review*, el *higher law*, con juventud renovada, entra en uno de los grandes períodos de su historia, y jurídicamente el más fructífero desde los días de Justiniano» —son las palabras finales del citado estudio de Corwin.

La idea básica de la *judicial review* no surge definitivamente diseñada de la Constitución de 1787.

En *The Federalist* Alexander Hamilton propondrá ya directamente el tratamiento de la Constitución como *fundamental law*, con la consecuencia de tener que reconocer a los Tribunales la facultad de inaplicar las leyes del Congreso en contradicción con ella.

La propia Constitución federal de 1787 incluirá en su art. VI, Sección 2, la cláusula básica que proclama a «esta Constitución» como *the supreme law of the land*, el Derecho supremo de la tierra, declarando la vinculación directa de los jueces a ella «no obstante cualquier disposición contraria de las Constituciones o de las Leyes» de los Estados miembros. Es la doctrina de la supremacía constitucional, que se expresa en una «vinculación más fuerte»: la Constitución vincula al juez más fuertemente que las Leyes, las cuales sólo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución.

El primer Congreso reunido tras la Constitución aprobará ya en 1789 las primeras Enmiendas o adiciones a ésta (por cierto, por entender que una Constitución sin tabla de derechos, como era aún la de EE. UU., no era propiamente una Constitución), que incluyen un *Bill of Rights* que en aquella faltaba, y la primera de esas enmiendas se enuncia ya como un límite explícito al poder legislativo: «*El Congreso no podrá hacer ninguna Ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa o el derecho de reunirse pacíficamente y de presentar peticiones al Gobierno*».

En 1795 el Tribunal Supremo establecerá ya de manera expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquél «la autoridad del Parlamento es trascendente y no tiene límites», no tiene Constitución escrita ni *fundamental law* que limite el ejercicio del poder legislativo. En contraste, «en Amé-

rica la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho supremo de la tierra; es superior al poder del legislativo».

Así se forja la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la *judicial review*, que reconocerá el poder de los Tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las Leyes que contradigan a la Constitución. Esta doctrina no es enunciada por el Tribunal Supremo hasta la capital Sentencia de 1803 en el asunto *Marbury V. Madison*, obra del gran juez Marshall, que concreta definitivamente, en los términos de la Sentencia, que *the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*. Pero, contra una cierta versión corriente, no se trata de una invención personal de ese formidable jurista, sino de un perfeccionamiento final y ya definitivo del sistema expreso en la propia Constitución. Como ha notado Schwartz, entre la Revolución y el momento de esa Sentencia, los Tribunales de los Estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos veinte veces (bien es verdad que sólo de normas de los Estados y no de la Federación), porque la solución venía postulada por las concepciones básicas presentes en la Constitución, como hemos tratado de resumir aquí.

3. *La recepción europea del principio de supremacía constitucional y su expresión en el sistema austriaco-kelseniano de justicia constitucional.*

Resulta sorprendente que el constitucionalismo europeo quedase totalmente al margen de esta formidable construcción del constitucionalismo americano, lo cual solamente puede explicarse por la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalencia del «principio monárquico» como fuente formal —exclusiva o participante— de la Constitución, que implica reducir a ésta a un simple Código formal de articulación de los poderes del Estado, sin otra trascendencia general. En concreto, el propio poder monárquico, titular personal de la burocracia y del Ejército, es un poder preconstitucional respecto del cual la Constitución será a lo sumo un cuadro de limitaciones «a posteriori», pero nunca una fuente originaria de competencias y de Derecho. Sobre esta base material hubo de elaborarse la teoría del Derecho público en casi todo el mundo europeo.

El orden jurídico aplicable materialmente por los Tribunales no tenía otro enlace con la Constitución que el de proceder de las fuentes de Derecho que ésta definía, pero esa procedencia se reducía a los aspectos formales organizatorios, sin expresarse en el sentido de una relación internormativa jerárquica. A su vez, la parte dogmática de la Constitución, o no existía (lo que era fre-

cuenta; por ej., en la mayoría de las Constituciones francesas y en nuestro Estatuto Real de 1834, como en la alemana de Bismarck de 1871), o de existir se expresaba apenas en principios muy generales, cuya positivización técnica requería el intermedio de Leyes ordinarias, sin las cuales carecían de toda operatividad. Debe notarse todavía que el largo reflejo histórico de la lucha de los Parlamentos con los monarcas había sensibilizado el sistema hacia el dogma de la soberanía parlamentaria, que implicaba la superioridad absoluta de las Leyes y su correlativa inmunidad judicial, lo que aún se reforzaba por el temor hacia la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo, a los cuales, por tanto, no resultaba fácil confiar un control de la voluntad popular expresada en la Ley por los representantes parlamentarios.

La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional no va a tener lugar hasta la post-guerra de 1919, por dos vías principales, y a la vez con una sustancial transformación del modelo. Una vía, que viene de las fórmulas complejas de articulación del convoluto que fue la Monarquía Austro-húngara, concluye en la Constitución alemana del Weimar y monta un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales y especialmente entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal. El segundo sistema, que es el más importante y el que va a consagrarse definitivamente, aunque con matizaciones significativas, en esta segunda post-guerra, es el sistema austríaco, obra personal y sin duda alguna genial (una de las más grandes creaciones históricas debidas a un solo jurista) de Kelsen, sistema expresado por vez primera en la Constitución austríaca de 1920 y perfeccionado en su reforma de 1929.

El sistema austríaco-kelseniano difiere del de la *judicial review* americana en puntos decisivos. Por de pronto, frente al llamado «control difuso» americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las Leyes cuando las juzgan contrarias a la Constitución (multiplicidad de control en el que, sin embargo, pone orden el principio *stare decisis*, que vincula los Tribunales inferiores a la jurisprudencia de la *Supreme Court*), el sistema kelseniano configura un «control concentrado», confiado a un solo Tribunal, el Tribunal Constitucional, único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una Ley y al cual habrán de dirigirse los Tribunales que estén en trance de aplicar dicha Ley, los cuales, de este modo, carecen del poder de inaplicar las leyes inconstitucionales por sí mismos. Pero esta variante organizatoria esconde una profunda significación por encima de su simple apariencia práctica. El sistema de control de la constitucionalidad de las Leyes se configura como una función constitucional que no sería propiamente judicial, sino, en los explícitos términos de Kelsen, de «legislación negativa». En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular —esto

queda reservado al Tribunal *a quo* que ha suscitado el incidente de constitucionalidad—, sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (*Vereinbarkeit*) entre el pronunciamiento, también abstracto, de una Ley y la norma (abstracta) de la Constitución. Por eso sostiene Kelsen que no hay en ese juicio puramente lógico una verdadera aplicación de la Ley a un caso concreto y, por tanto, no se estaría en presencia de una actividad judicial, que supone una decisión singular. El rigor lógico con que este principio es mantenido lleva a Kelsen a sostener que hasta tanto el Tribunal Constitucional no ha declarado la Ley inconstitucional (declaración que tiene efectos *erga omnes*, lo que es propio de un acto legislativo —«fuerza de ley»—, aunque aquí sea de abrogación) dicha Ley es válida, que es lo que justifica que los jueces y Tribunales ordinarios no puedan inaplicarla; no se da, pues, como en la relación Ley-Reglamento (y como el sistema americano de *judicial review* aplica en la relación Constitución-Ley), un vicio de nulidad de la Ley inconstitucional, sino de mera anulabilidad. De donde se infiere la naturaleza constitutiva de las Sentencias del Tribunal Constitucional y su valor *ex nunc* y no retroactivo, sólo *pro futuro* —todas, diferencias sustanciales con el sistema americano genuino.

Como ha notado certeramente Volpe, Kelsen ha querido evitar la consagración de un «gobierno de los jueces» con un sistema tan sutilmente construido. El riesgo, que a veces ha sido reprochado al sistema americano, hubiera sido en Europa probablemente bastante más grave, por el predominio que en el momento en que Kelsen construye tienen en toda Europa, y especialmente en el mundo germánico, las posiciones románticas y vitalistas de «Escuela libre del Derecho», «libre jurisprudencia», «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*), etc., que alimentaban una revuelta de los jueces contra la Ley y que tan fácilmente, además, podría apoyarse en la formulación abstracta y general de ciertos principios constitucionales. Prohibiendo a los jueces que inapliquen las Leyes, el sistema pretende reforzar los mecanismos de sumisión de la jurisdicción a la legislación y de primacía parlamentaria en un momento en que los jueces tienden a valorar negativamente el acceso a las Cámaras de nuevas fuerzas sociales y políticas capaces de trastocar los valores tradicionales; otorgando al Tribunal Constitucional la facultad de declarar, *ex nunc* y *erga omnes*, inconstitucional una Ley, asegura a la vez la primacía de la Constitución sobre el Parlamento, pero al vedar cuidadosamente a ese Tribunal el enjuiciamiento de supuestos de hecho y casos concretos y limitando su actuación a la descrita función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, evita que el Tribunal entre en apreciaciones de hechos e intereses y en la valoración y la pasión que son inseparables de la decisión de casos concretos, y que en esas apreciaciones y valores pueda enjuiciar las Leyes sobre el terreno de la oportunidad, sus-

tituyendo con su juicio el juicio político que sólo al Parlamento pertenece. De este modo, el Tribunal Constitucional, en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual *injusticia* de la Ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la *validez* de la Ley, por vía de simple lógica racional desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, concluye esta doctrina, como un «legislador negativo», aunque sea un legislador que no actúe espontáneamente, sino a petición de parte. Para Kelsen el poder legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el «legislador positivo»; otro, el Tribunal constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las Leyes que no respetan el marco constitucional.

El fracaso del sistema weimariano de justicia constitucional (especialmente visible en el famoso juicio de 1932, sobre el llamado «golpe de Estado» del *Reich* contra Prusia de Von Papen, legitimado en las Ordenanzas presidenciales autorizadas por el famoso artículo 48 de la Constitución), llevó a la República Federal Alemana surgida de esta segunda post-guerra, sensibilizada por la «perversión del ordenamiento jurídico» cumplida en el nazismo, a adoptar, aunque con variantes sumamente importantes, el sistema kelseniano. La Constitución italiana de 1948 hace la misma opción, a la que Calamandrei presta su autoridad técnica.

4. *La introducción en España del sistema de justicia constitucional concentrada y su singularidad frente al sistema kelseniano puro.*

En España el sistema austríaco acusa su influjo en la Constitución de 1931, aunque con otros, quizá predominantes, procedentes del sistema weimariano. El llamado por esta Constitución «Tribunal de Garantías Constitucionales» (Ley de 14 de junio de 1933) fue, sin duda, una de las piezas menos gloriosas de su historia. La actual Constitución, arts. 159 y ss. con su «Tribunal Constitucional», es más fiel al sistema austríaco, aunque visto ya a través de sus importantes adaptaciones italiana de 1947 y alemana de 1949; por de pronto, y aparte otras precisiones, la atribución entre sus competencias del recurso de amparo, de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de éstas entre sí, así como de la impugnación por parte del Estado de disposiciones y resoluciones de las Comunidades (art. 161 de la Constitución), sitúa a este Tribunal al margen de la pureza institucional kelseniana (aunque sea fiel a ésta no integrando al Tribunal dentro del Poder Judicial).

No es ocasión de estudiar los rasgos constitutivos del Tribunal

Constitucional y del sistema de control de constitucionalidad, ni interesa tampoco a los fines del estudio que estamos desarrollando.

Diremos solamente que, siguiendo en esto predominantemente los sistemas italiano y alemán actuales, especialmente el último, nuestra Constitución se aparta del modelo kelseniano en un punto esencial. En este modelo, con su cuidado en separar de manera rigurosa a los jueces y Tribunales ordinarios de la Constitución, puede y debe decirse que sólo el Tribunal Constitucional queda vinculado jurídicamente por ésta. El juicio, que este Tribunal se reserva, de eliminar (*ex nunc*) las Leyes inconstitucionales no llega a expresar una verdadera relación de jerarquía normativa de la Constitución sobre la Ley, justamente porque la Constitución no es aplicada como verdadera norma superior; esa eliminación de la Ley inconstitucional es, más bien, expresión de una relación entre Constitución y legislador y no entre Constitución y Ley, o dicho en la jerga propia de la doctrina, de una relación especializada entre la Constitución y el órgano facultado para la eliminación de las Leyes que no son compatibles con ella, el «legislador negativo». Lo esencial aquí es que la invalidez de la Ley no es el efecto de la Constitución, sino de la decisión del «legislador negativo». Los Tribunales ordinarios están sólo vinculados a las Leyes y a las decisiones del legislador negativo, no a la Constitución. El criterio es llevado hasta el extremo de que también al tribunal Constitucional se atribuye en su jurisdicción exclusiva el control de la ilegalidad de los Reglamentos, con lo que intenta evitarse el riesgo tanto de la inaplicación de normas inferiores contradictorias con las superiores, que puede atentar contra la seguridad jurídica, como, quizá especialmente, de que en ese manejo del principio de jerarquía normativa tengan que penetrar también, necesariamente, los principios constitucionales superiores. La Constitución no es, pues, una norma verdaderamente justiciable, teniendo en cuenta que, según el sistema, el Tribunal Constitucional, al concentrar en sí toda relación posible de la Constitución con las normas, y hacerlo al margen del proceso aplicativo de éstas, pierde su naturaleza judicial, quedando los verdaderos órganos judiciales separados, con un vigor formal mantenido sin debilidades, de la Constitución y de su fuerza normativa y vinculados sólo por las Leyes y Reglamentos que el «legislador negativo» va paulatinamente depurando.

Frente a este criterio estricto y riguroso, nuestra Constitución es explícita en reconocer a la Constitución un valor normativo y vinculante directo que, sin mengua del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes atribuido al Tribunal Constitucional (art. 161,1,a, y 163), afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (art. 9,1) y, que por tanto, necesariamente, es aplicable, en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y Tribunales. La Constitución no es,

pues, un simple parámetro de un quintaesenciado proceso nomofláctico concentrado en un órgano único y exquisito, a quien se encomienda en exclusiva eliminar las normas inconstitucionales como complemento de la actividad propiamente legislativa, actividad que sólo a través de la eliminación y sustitución de las normas llegará, finalmente, a los ciudadanos y a los jueces. Es una norma jurídica efectiva, por tanto aplicable por sí misma, y vamos a estudiar seguidamente con qué alcance concreto. A la vez, hace inválidas las normas inferiores que se le opongan desde su origen. En este sentido, habrá que decir que en nuestro sistema constitucional están también presentes elementos procedentes del principio americano de supremacía constitucional, por debajo de la apariencia formal de un sistema de jurisdicción constitucional concentrada.

III

EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

1. *El principio general.*

Como ya advertimos al final del anterior apartado, hay que hacer algunos correctivos importantes respecto a ciertas conclusiones implícitas que podrían intentar derivarse de la exposición inicial. Concretamente, de la adaptación del sistema de «jurisdicción concentrada» que significa nuestro Tribunal Constitucional no se sigue, en modo alguno, que este Tribunal tenga la exclusiva en la aplicación e interpretación de la Constitución como norma, ni tampoco que tales aplicación e interpretación tengan que venir necesariamente por la vía de una declaración de inconstitucionalidad de alguna Ley, de modo que el orden de las Leyes ordinarias sea el único inmediata y necesariamente aplicable por los jueces y por los órganos públicos de cualquier especie. Ya hemos formulado la advertencia que no es el sistema kelseniano puro de justicia constitucional el presente en nuestra Constitución y vamos a comprobar sobre su texto esta importante reserva.

Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, como impone deducir el art. 9,1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Esta sujeción o vinculación es una consecuencia de su carácter normativo, por una parte; por otra, la Constitución, precisa este texto, es parte del ordenamiento jurídico, y justamente —hemos de añadir nosotros— su parte primordial y fundamentante, la que expresa los «valores superiores del ordenamiento jurídico» enunciados en el art. 1 de la propia Constitución y desarrollados en su articulado. Finalmente, la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y

a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo pudiese desarrollar —tesis tradicional del carácter «programático» de la Constitución—; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales —y no sólo al Tribunal Constitucional.

Pero hay más: del texto del art. 9,1 no se deduce sólo el carácter vinculante general de la Constitución, sino algo más, el carácter de esta vinculación como «vinculación más fuerte», en la tradicional expresión del constitucionalismo norteamericano (*higher obligation*) hoy retomada por los alemanes (*stärkere Bindung, gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes*). En efecto, al declarar el precepto la vinculación directa de los ciudadanos y de los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional, expresión de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento. Esta interpretación está corroborada, como en una verdadera prueba límite, en el caso más notorio de un sometimiento más estricto a la organización y a las órdenes jerárquicas, el de las personas integradas en la organización militar; las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley de 28 de diciembre de 1978 disponen de manera expresa en su art. 34 que la obligación de cumplimiento de las órdenes del superior por todos los componentes de los Ejércitos (obligación que es la regla básica de la organización militar: arts. 11, 27, 28, 32 y 33) tiene este límite: «cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra, o constituyan delito, *en particular contra la Constitución*»; por ello el artículo 26 impone a «todo militar... conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en la Constitución». Que de ésta, pues, dimanen «obligaciones» de inmediato cumplimiento y que esta vinculación constitucional prime incluso sobre la vinculación debida a las órdenes de una organización estrictamente «obediente» (en la fórmula histórico-constitucional francesa) y jerarquizada, como base misma de su eficacia, demuestra que la Constitución es «resistente» frente a cualquier norma u orden contraria a sus mandatos (este concepto, *diktaturfestige*, resistente a la dictadura, fue utilizada en el constitucionalismo de Weimar para referirse a los derechos fundamentales que habrían de mantenerse en las situaciones que apoderaban, según el famoso art. 48, la dictadura presidencial, pero el concepto resulta generalizable), o, en los términos de Bachof, tiene una «más fuerte pretensión de validez» (*starken Geltungsanspruch*) respecto de cualquier otra norma o producto jurídico. Esta resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas y actos que de ella derivan, es la base misma de su supremacía y, por tanto, la piedra angular de su eficacia como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico.

El problema es luego precisar cómo se articula técnicamente

ese valor normativo directo y general de la Constitución. Y es aquí donde han de introducirse distinciones y matizaciones.

A nuestro juicio, esas distinciones básicas son las siguientes.

2. *El monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes, no a cualquier aplicación de la Constitución.*

El aserto del epígrafe resulta evidente tras un análisis atento del texto constitucional. El art. 163 de la Constitución es el precepto capital que formula el principio de interdicción a los jueces ordinarios de inaplicar «una norma con rango de ley» cuando «consideren que... pueda ser contraria a la Constitución» y su correlativa obligación de «plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional». Pero obsérvese que de ese precepto resultan inmediatamente dos consecuencias:

1.^a La prohibición de declaración de inconstitucionalidad no se extiende ni a normas con rango inferior a la Ley (Reglamentos, incluyendo Decretos legislativos, como recoge expresamente el artículo 82,6, donde el juez es competente para apreciar excesos de delegación —no la eventual inconstitucionalidad de preceptos que estén respaldados por la Ley delegante), ni a actos jurídicos, públicos o privados. Dicho en sentido positivo: los jueces ordinarios son competentes (y están vinculados a ejercer esta competencia: artículo 9,1) para enjuiciar con el parámetro constitucional todas las normas con rango inferior a la Ley (incluyendo el posible *ultra vires* de Decretos legislativos que pueda basarse en la propia Constitución, por ejemplo en el art. 86,3) y los actos jurídicos públicos y privados; la sumisión de estos actos a la Constitución y, por tanto, la condición de validez que se liga a su observancia, resulta expresamente del art. 9,1 y de otros preceptos concretos (así, todos los que consagran derechos fundamentales de ejercicio privado; para los actos de la Administración, el básico art. 103,1: La Administración actúa «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»).

2.^a El art. 163 prohíbe a los jueces y Tribunales ordinarios declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no les prohíbe, antes bien ha de entenderse que precisamente les habilita para ello y les obliga a hacerlo, a concluir un juicio de constitucionalidad positiva, esto es, de conformidad de la Ley que tenga que aplicarse en el proceso con la Constitución. Esto es capital y veremos que ese juicio positivo de constitucionalidad, que es obligado al juez hacer para poder aplicar la Ley (porque si el resultado del juicio fuese negativo está obligado a remitir la cuestión al Tribunal Constitucional: hay, pues, un *Prüfungsrechts* judicial o potestad de enjuiciamiento previo de las Leyes con ese alcance), le impone también la obligación de una interpretación constitucional de la totalidad del ordenamiento. En la terminología alemana: el único

monopolio del Tribunal Constitucional es el monopolio de «rechazo» (*Verwerfung*) de la Ley inconstitucional, rechazo que aquí reviste la forma de una anulación formal con efectos *erga omnes*.

3. *El ámbito de aplicación de la Constitución que corresponde en todo caso a todos los Tribunales.*

Recapitulando, podemos precisar que, según lo que acabamos de notar, el carácter normativo de la Constitución vincula inmediatamente a la totalidad de los jueces y Tribunales del sistema y no sólo al Tribunal Constitucional, y que esa vinculación directa incluye las siguientes necesarias aplicaciones de la norma suprema, que ha de entenderse que se incluyen entre las funciones preceptivas a que les obligan los principios de sometimiento «al imperio de la Ley» (art. 117,1 de la Constitución) y *iura novit curia*:

— enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes antes de su aplicación a los dos efectos que inmediatamente se precisan;

— juicio de «posibilidad» de inconstitucionalidad de la Ley aplicable al proceso como resultado de dicho enjuiciamiento previo, supuesto en el cual el juez o Tribunal de que se trate deberá plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional;

— juicio positivo de constitucionalidad de la Ley aplicable al proceso, como resultado del mismo enjuiciamiento previo, juicio positivo que condiciona cualquier aplicación de cualquier Ley;

— juicio de inconstitucionalidad de Reglamentos, como previo a cualquier aplicación de los mismos, con la consecuencia de la inaplicación pura y simple de los Reglamentos que se estimen inconstitucionales (aparte de ilegales); no hay en este caso, pues, por diferencia de lo que ocurre con las Leyes, obligación de remitir la declaración de inconstitucionalidad de las normas a órgano distinto, sino que tal declaración (aunque con la consecuencia de inaplicación y no de una declaración formal de nulidad con efectos generales, salvo en el supuesto específico de los recursos contencioso-administrativos contra Reglamentos) es competencia de cualquier Tribunal (art. 7 de la Ley orgánica del Poder Judicial de 1870, art. 1,2 CC);

— juicio de inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (administrativos, judiciales) y privados y negación de la validez de estos actos cuando se concluya en su inconstitucionalidad;

— interpretación conforme a la Constitución de la totalidad del ordenamiento, tanto de Leyes como de Reglamentos, en los términos que luego veremos.

No es, pues, baladí precisamente, sino que alcanza la mayor responsabilidad y gravedad, el ámbito de vinculación directa —y más fuerte— de la Constitución al juez ordinario o no Constitucional (civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, jurisdicción militar) y, correlativamente, de su interpretación y aplicación de la norma constitucional.

4. *Todas las normas constitucionales vinculan a todos los Tribunales y sujetos públicos y privados.*

Importa ahora precisar que tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las Leyes (como en el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y Tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo. Como podremos ver más abajo, no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas, pero todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas, como hemos ya sentado más atrás, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación (aunque quizá convenga recordar la pertinente observación de Lerche: la Constitución no encierra tanto normas imprecisas como «Derecho concentrado», lo cual es importante a efectos de la interpretación). El art. 53, en una redacción poco feliz, ha establecido una distinción que, sin embargo, sí tiene razón objetiva, la de los derechos y libertades fundamentales del Capítulo II del Título I, por una parte, y de «los principios rectores de la política social y económica», por otra; aun dentro de los derechos fundamentales, se han separado (secciones primera y segunda del capítulo II) aquellos de significado básico, que la Constitución configura ya como directamente operativos, de otros que requieren para su efectividad un desarrollo técnico en las Leyes (legalidad del impuesto, derecho matrimonial, derecho de propiedad y, correlativamente, de expropiación, derecho de fundación, derecho al trabajo, derecho al ejercicio de profesiones tituladas, derechos laborales de negociación colectiva y de conflicto colectivo, libertad de empresa en el marco de una economía de mercado), distinción esta última que sólo opera a los efectos de dispensar a los derechos básicos una protección judicial reforzada (amparo ordinario y amparo constitucional: art. 53,2). Pues bien, la distinción que ahora más nos interesa es la que se hace entre derechos fundamentales, por una parte, y principios rectores de la política social y económica, por otra, y esta distinción se ha funcionalizado en el art. 53,3 en una forma que, no obstante su escasa fortuna formulativa, deja perfectamente claro que también los segundos «informarán la práctica judicial». Es un reconocimiento preciso

de que los principios constitucionales que más claramente formulan lo que los constitucionalistas alemanes llaman «determinaciones de fines del Estado» (*Staatszielbestimmungen*) son algo más que meras normas «programáticas», en el sentido tradicional, que les negaba toda aplicabilidad judicial. Los jueces y Tribunales deberán, pues, tenerlos en cuenta para esas funciones de aplicación constitucional que hemos visto que el sistema les reserva y que hemos concretado en el apartado anterior. Mucho más, como es obvio, podrá el Tribunal Constitucional apoyarse en esos principios de los arts. 39 a 52 inclusive para declarar inconstitucional una ley.

Pero en el art. 53,3 se encuentra infelizmente otra precisión atañente a la eficacia judicial de esas normas constitucionales que son los «principios rectores de la política social y económica», la que se expresa así: «sólo podrán [dichos principios] ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen». Es una expresión desgraciada, pero que claramente no puede interpretarse como una prohibición de alegación, y menos de aplicación, en el sentido que hemos visto, de tales principios por los Tribunales ordinarios, interpretación que sería contradictoria con el párrafo inmediatamente anterior del mismo precepto, que hemos visto que impone —en la forma imperativa de futuro— que dichos principios «informarán la práctica judicial». Lo que, con toda claridad, pero con escasa fortuna, intenta decir el artículo es que al formular tales principios la Constitución no ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, sino principios propiamente dichos que han de orientar la acción del Estado como fines determinados de su misión; nada más. Cuando dice que esos principios se invocarán ante los Tribunales de acuerdo con las Leyes que los desarrollen, no quiere decir, aunque lo parezca, que el legislador sea absolutamente libre para interpretar y hacer aplicación a su arbitrio de tales principios; una declaración tan grave debería haber figurado para ser efectiva como un límite a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes de desarrollo de tales principios, y esa limitación no consta en los arts. 161,1, a), 163 y 164, antes bien la definición de la inconstitucionalidad en términos puramente formales, que incluye la infracción de todos y cualquiera de los artículos de la Constitución, sin excepción posible.

Esta observación es importante, porque si el Tribunal Constitucional puede, como evidentemente puede y debe, declarar inconstitucional una Ley por infracción de esos principios de los arts. 39 y ss. (lo cual es obvio: por ejemplo, de las normas del Derecho de Familia que no respeten la paridad de los hijos, o que prohíban la investigación de paternidad: art. 39,2), eso quiere decir que el Juez ordinario mantiene respecto de esos principios la plenitud de competencia que hemos visto que tiene sobre el resto de los preceptos constitucionales y que se articula de manera necesaria con esa reserva jurisdiccional limitada del Tribunal Constitucional. Esto es,

el Juez ordinario ha de hacer también necesaria aplicación de los «principios rectores de la política social y económica» de la Constitución y de cualquier otro de los preceptos de ésta, por abstracto e impreciso que pueda parecer, para el ejercicio de toda la función de aplicación constitucional que hemos visto que la Constitución le impone, y que comprende —repetimos— la potestad de enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las Leyes a aplicar, la obligación de remisión de la cuestión al Tribunal Constitucional cuando se suscite duda razonable sobre tal constitucionalidad, el juicio positivo de constitucionalidad, la interpretación constitucional de todo el ordenamiento, la censura íntegra de constitucionalidad sobre Decretos legislativos, Reglamentos y actos jurídicos públicos y privados. La conclusión parece difícilmente cuestionable.

Si eso resulta para los «principios rectores de la política social y económica», que contienen directivas generales y no siempre bien determinadas, y respecto de los cuales la propia Constitución se ha preocupado de matizar, aunque infelizmente, su eficacia jurídica supuestamente limitada, el mismo régimen es predicable de todos y cada uno de los preceptos constitucionales, sea cual sea su posible grado de «concentración». Esta suscitará problemas interpretativos, pero en ningún caso podrá concluirse en su falta de carácter normativo y en la eficacia de su vinculación general y «más fuerte», en los términos que hemos precisado.

Quizá convenga recordar aquí los oportunos términos de una decisión del Tribunal Supremo norteamericano (caso *Trop V. Dulles*, 1958): *«The provisions of the Constitution are not time-worn adages or hollow shibboleths. They are vital, living principles that authorize and limit governmental powers in our nation. They are rules of government. When the constitutionality of an Act of Congress is challenged in this Court, we must apply those rules. If we do not, the words of the Constitution become little more than good advise»* (traducción: «Las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del gobierno de nuestra nación. Son regulaciones de gobierno. Cuando la constitucionalidad de una Ley del Congreso se plantea ante este Tribunal, debemos aplicar dichas regulaciones. Si no lo hiciésemos, las palabras de la Constitución vendrían a ser poco más que buenos consejos»). Desde una concepción sustancial de la Constitución será imposible entender otra cosa: no existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo y sólo su contenido concreto podrá precisar en cada caso el alcance específico de dicho valor.

5. *En ciertas materias de la Constitución es de aplicación directa, como norma de decisión de cualquier clase de procesos, por haber derogado todas las Leyes que se opongan a su regulación.*

Las conclusiones anteriores pretenden explicar cómo la articulación entre la Constitución y las demás normas y actos del ordenamiento distribuye necesariamente entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios la función aplicativa de la Constitución. Pero hay inmediatamente que salvar un caso especial, aquél en que la Constitución ha derogado por sí misma las Leyes anteriores contrarias a sus regulaciones y se ha convertido en una regla de aplicación directa y primaria, no obstante cualquier otra Ley contraria, conversión en regla de aplicación inmediata que operará también respecto de las leyes futuras en un cierto grado, al menos. Por tanto, en este supuesto el Juez ordinario no sólo estará vinculado por la Constitución, que eso ya hemos visto que comprende todo su campo de actuación, sino que esa vinculación le obligará a aplicar directamente el precepto constitucional como norma decisora del litigio, sin necesidad de que el Tribunal Constitucional declare previamente inconstitucionales las Leyes en contradicción con dicho precepto.

Esta situación se produce por lo menos en dos supuestos claros: reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y parte organizatoria y habilitante de los poderes constitucionales. Como tercer supuesto hipotético habrá que examinar el problema de las Leyes anteriores a la vigencia de la Constitución y el modo en que han sido afectadas por la disposición derogatoria 3 de la misma.

A) *La aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales.*

a) *El principio general.*

El art. 53,1 de la Constitución declara que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». De manera más clara, el modelo visible de este precepto, que es el art. 1,3 de la Ley Fundamental de Bönn, dice: «Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de Derecho inmediatamente válido» o aplicable.

La declaración del art. 53,1 quiere decir, evidentemente, lo mismo que el precepto constitucional alemán en que se ha inspirado, aunque lo diga de manera menos expresiva. No se trata de una mera repetición del principio del art. 9,1 que ya hemos considerado, y según el cual todos los poderes públicos, como los ciudadanos, «están sujetos a la Constitución»; precisamente la existencia de

este precepto general obliga a concluir que el del art. 53,1 ha querido añadir un plus para la regulación constitucional de los derechos fundamentales, plus que consiste, justamente, en que tal regulación tiene el carácter de Derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una Ley. En este sentido proporciona un claro argumento *a contrario* el art. 53,3 que acabamos de examinar en el apartado anterior de este estudio, y que, aunque con torpeza técnica, según hemos visto, condiciona la aplicabilidad judicial de los «principios rectores de la política social y económica» a su desarrollo por la Ley, condición no exigible para la aplicación de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales aludida en el mismo artículo.

Concluye en el mismo sentido de la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, el párrafo 2 del propio art. 53, que faculta a cualquier ciudadano a «recabar la tutela» de los derechos fundamentales (aunque aquí se restrinja esta facultad a los que implican libertades básicas, que son los regulados en los arts. 14 a 30 inclusive, por la razón que ya hemos considerado más atrás) «ante los Tribunales ordinarios» y posteriormente en amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional (como reitera el art. 161,1, *b*). Si los Tribunales ordinarios han de tutelar los derechos fundamentales en la forma que los ha delineado la Constitución, quiere decir que ésta será la norma a aplicar en dicho proceso de tutela. A su vez, si el Tribunal Constitucional, que es el defensor de la Constitución y está sólo sujeto a ella y a su Ley Orgánica, ha de amparar esos derechos, quiere decirse que la norma material del amparo a prestar será la propia Constitución, único parámetro material de sus Sentencias.

Con claridad, el constituyente español (y una experiencia análoga fue la inspiradora del precepto paralelo de la Constitución alemana) ha querido excluir la burla del sistema de libertades que resultó de la técnica seguida por el régimen anterior, en el que una Ley fundamental, la llamada con retórica historicista Fuero de los Españoles, hacía proclamaciones enfáticas de derechos cuya efectividad quedaba seguidamente condicionada enteramente a Leyes de desarrollo (art. 34 del propio Fuero), Leyes que o bien no llegaron nunca a dictarse, lo que ocurrió con la mayoría de los derechos, o cuando se dictaron regularon a su arbitrio el ámbito y los condicionamientos (con frecuencia consistentes en decisiones discrecionales de la Administración para hacer posible su ejercicio) de los derechos abstracta y retóricamente proclamados. Con excelente criterio, pues, se ha querido ofrecer un estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitado de ningún complemento para ser operativo inmediatamente y que, en el supuesto de que alguna Ley (que habrá de ser Orgánica, según el art. 81,1) lo desarrolle ulteriormente, deberá hacerlo respetando «en todo caso, su contenido esencial» (art. 53,1; otra fórmula procedente de la Ley fundamental de Bonn, art. 19,2: *Wesensgehalt*).

b) *La derogación de todas las normas anteriores contrarias a la regulación constitucional de los derechos fundamentales.*

Hay que entender, por tanto, que la totalidad de las regulaciones pre-constitucionales de regulación de los derechos fundamentales contrarias a la regulación constitucional han quedado directamente derogadas por la promulgación de la Constitución, a tenor de su disposición transitoria 3, sin que resulte precisa una declaración expresa de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional; la derogación puede ser comprobada, como es normal en todo efecto derogatorio, por el juez que esté entendiendo el caso, incluso de oficio, por virtud de la regla *iura novit curia*, y no precisa, por tanto, la entrada en juego del Tribunal Constitucional. Cualquier Tribunal, pues, tanto los afectados al amparo judicial ordinario y directo de los derechos fundamentales, según el art. 53,2 y la Ley de 26 de diciembre de 1978 que provisionalmente —según su disposición final— lo desarrolla, como cualquiera de cualquier orden que esté entendiendo de cualquier proceso en que tengan incidencia directa los derechos fundamentales proclamados en la Constitución, deberá aplicar directamente ésta y atribuir al derecho fundamental de que se trate la totalidad de su eficacia, no obstante cualquier Ley anterior.

Esta conclusión tiene una enorme importancia práctica. Pondremos algunos ejemplos, sin intención agotadora:

— Los jueces penales están ya sometidos: a la abolición de la pena de muerte —art. 15—; a las reglas materiales y procesales sobre libertad, detención preventiva, declaraciones de inculpados, asistencia de Letrado —art. 17—; sobre información de la acusación, derecho de no declaración contra sí mismo y a no confesarse culpable —art. 24—; sobre cumplimiento de las penas —art. 25—; a la eliminación de tipos penales construidos por Leyes anteriores que sean incompatibles con los derechos fundamentales proclamados por la Constitución, etc.

— Los jueces civiles, a su vez, deben ya considerar derogadas cualquier norma civil que discrimine la aplicación de la Ley por razón de nacimiento, sexo, etc. —art. 14—; que obligue a declarar sobre religión o creencias —art. 16—; que limite o excluya el derecho a la intimidad y a la propia imagen —art. 18—; que restrinja (por ejemplo, a mi juicio, el tan difícilmente justificable llamado «rigor formal de la casación» administrado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, que da prevalencia a formalismos sin sentido frente a la finalidad de la justicia y que es obvio que no puede justificarse en el carácter extraordinario de la casación, que alude a otro orden de cuestiones) el derecho a obtener la tutela *efectiva* de los derechos e intereses legítimos —art. 24—, etc.

— Los jueces contencioso-administrativos han de estimar derogado el art. 40 de la Ley de la Jurisdicción, en cuanto excluye y per-

mite excluir por otras Leyes (de lo que éstas no se han privado) ciertas materias administrativas del control judicial, como contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de todos los derechos e intereses legítimos —art. 24 y, correlativamente, 103,1 y 106,1; principio constitucional que hay que entender que ha terminado también con la excepción de acto político (art. 2, *b*), de la Ley de la Jurisdicción), así como con las arbitrarias restricciones de legitimación para la impugnación directa de Reglamentos (hoy ya, además, sin sentido posible tras la desaparición del sistema sindical corporativo de integración forzosa de intereses), por prevalencia del mismo art. 24, con su alusión a la tutela efectiva de «intereses legítimos»; a entender derogadas todas las antiguas facultades administrativas en contradicción con los derechos fundamentales —por ejemplo, secuestro de publicaciones, art. 20,5, autorizaciones e intervenciones en materia de reunión, y asociación y sindical, arts. 21, 22 y 28, a imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad, art. 25,3, a juzgar por Tribunales de Honor, art. 26, etc.

— Los jueces laborales, entre otras cosas, deberán tener cuenta del reconocimiento como fundamental del derecho de huelga —artículo 28,2—, que implica derogaciones normativas importantes, etcétera.

Hemos de añadir que esta tesis es hoy pacífica y no polémica. Los jueces y tribunales de todas las jurisdicciones que están enjuiciando con la citada Ley de 26 de diciembre de 1978, «de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», la están aplicando con unanimidad (por ejemplo, la destacada Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979, sobre reconocimiento del derecho de asociación de la Masonería española). No tendría sentido pretender que sólo aplicando esa Ley procesal la Constitución puede pretender una aplicación directa, porque ningún sentido tiene sostener que el ordenamiento jurídico material es distinto según el sistema procesal que se aplique. Por otra parte, dos ejemplares Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, las de 26 de diciembre de 1978 (BOE de 30 de diciembre, contiene una Instrucción) y de 6 de abril de 1979 (BOE de 18 de mayo), han sostenido el mismo criterio de aplicación directa de esta parte dogmática de la Constitución, para entender derogado el art. 42 del Código Civil en cuanto permite sólo la utilización del matrimonio civil a los no católicos, por contrario al art. 16,2 de la Constitución, y rectifica la hasta ahora uniforme jurisprudencia sobre el no reconocimiento de efectos civiles al divorcio declarado por Tribunales extranjeros a nacionales españoles por virtud de la excepción de orden público, rectificación determinada por el art. 32,2 de la Constitución.

Por simple resolución administrativa, ni siquiera publicada, se han entendido anuladas todas las sanciones administrativas de privación de libertad, como contrarias al art. 25,3 de la Constitución

y liberados todos los afectados, que no eran pocos (especialmente en materia de contrabando, Ley de 16 de julio de 1964). Una Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 22 de junio de 1979 (BOE del 29) aplica la regla constitucional del art. 39,2 para rectificar el criterio de reducción de la protección de las familias numerosas seguido hasta ahora extendiendo esa protección a las familias formadas por madres solteras. Así, pues, parece que no hay duda alguna sobre la aplicabilidad directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales.

- c) *El problema de la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales cuando en estos incidan Leyes posteriores a la Constitución.*

Hemos hablado hasta ahora de que la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales ha implicado la derogación de las leyes anteriores que regulaban esta materia de manera distinta, derogación que hace innecesario el planteamiento al Tribunal Constitucional de la cuestión de la constitucionalidad de todas esas Leyes. El problema es distinto, como se comprende, respecto de las Leyes (generalmente Orgánicas, artículo 81,1) posteriores a la Constitución, que al regular los derechos fundamentales o incidir sobre los mismos puedan incluir preceptos inconstitucionales. ¿Perderá en estos supuestos el juez ordinario la posibilidad de la aplicación directa de la Constitución y deberá plantear ante el Tribunal Constitucional previamente la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes? La cuestión es compleja. Por una parte, la voluntad explícita del art. 53,1 es la de la conversión de la regulación constitucional de los derechos fundamentales en una norma de aplicación directa e inmediata, según el modelo germánico. Por otra parte, el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes por el Tribunal Constitucional no ha sido exceptuado en este caso. La solución a este problema habrá de ponderar ambos principios, debiendo, en consecuencia, articularse, a nuestro juicio, del modo siguiente:

1.º La tutela directa de los derechos fundamentales, a través de la protección reforzada del amparo judicial y el amparo constitucional, que prescribe el art. 53,2 y reitera el 161,1 b), ha de utilizar necesariamente como parámetro normativo de la vulneración de los derechos que se denuncie el texto constitucional; si con ocasión de esta aplicación se aprecia que la Ley de desarrollo de este texto es adecuada al mismo, se aplicará también esta Ley de manera simultánea, formando un complejo normativo unitario con el precepto constitucional, cuya superioridad de rango habrá de presidir la interpretación del conjunto; en otro caso, esto es, si se estima que la Ley, eventualmente Orgánica, no respeta «el contenido esencial» del derecho fundamental de que se trate, el Tribunal de amparo, bien ordinario, bien constitucional, deberá atener-

se a dicho contenido esencial para dispensar el amparo, sin que el Tribunal ordinario tenga que demorar (lo que iría contra el mandato de «preferencia y sumariedad» que impone al amparo el artículo 53,2) dicho amparo para substanciar un incidente previo de inconstitucionalidad de dicha Ley Orgánica, inconstitucionalidad que, según el art. 55,2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, podrá ya declarar el Tribunal Constitucional al resolver, en su caso, el amparo constitucional.

2.º Fuera de ese supuesto de la tutela directa de los derechos mediante amparo, entendemos que habrá que aplicar la regla común sobre el monopolio de rechazo de las Leyes inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, si bien el principio general de la interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución, sobre el que hablaremos luego, deberá ser aplicado aquí de manera especialmente intensa para no plantear la cuestión de la inconstitucionalidad más que en el caso extremo de una inconciliabilidad manifiesta; el criterio de la aplicación directa e inmediata de la Constitución fuerza aquí, como ya antes hemos notado, a una aplicación simultánea y jerarquizada de la Constitución y de las Leyes, sin que la aplicación de éstas pueda ocultar o excluir la aplicación primordial de la regulación constitucional de los derechos fundamentales.

B) La aplicación directa de la parte organizatoria y habilitante de los poderes constitucionales.

No cabe duda alguna de que la parte orgánica de la Constitución es vinculante para los órganos constitucionales por ella diseñados, tanto para su formación como para sus competencias y funcionamiento. El efecto más indiscutible del acto constitucional es el de construir de manera inmediata y efectiva un sistema de poderes capaces de funcionar y de actuar. Este aserto ha sido el único en el que tradicionalmente se resumía el valor normativo directo de la Constitución, y aunque esa exclusividad no sea hoy de recibo, como ya sabemos, no hay razón para negar hoy la efectividad de ese campo de aplicación directa, salvo que se negase a la vez la eficacia organizatoria inmediata de la Constitución en su función primaria de puesta en pie de un nuevo sistema de poderes y órganos por los que va a discurrir la vida entera del Estado —sin lo cual ya no habría manera de saber qué cosa es una Constitución.

Los órganos constitucionales son los construidos o definidos por la Constitución. Muchos de ellos (por ejemplo, la Corona, Título II) no precisan de desarrollo normativo ulterior sobre la regulación constitucional; otros sí requieren ese desarrollo para su plena efectividad (por ejemplo, la Ley electoral para la formación de las Cámaras, art. 68, 69 y 70) y para su funcionamiento (por ejemplo, Reglamentos de las Cámaras, art. 72); a veces, en fin, hay una sim-

ple previsión genérica de un órgano y de su misión y la remisión íntegra de su organización y funcionamiento a una Ley Orgánica (por ejemplo, Consejo de Estado, art. 107; Tribunal de Cuentas, artículo 136).

Interesa destacar dos cosas respecto a esta parte orgánica de la Constitución:

1.º Los preceptos orgánicos constitucionales son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos y, en concreto, por los propios órganos a que la regulación constitucional se refiere. Existan o no normas complementarias o de desarrollo de esta regulación, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por tanto, rige la formación y el funcionamiento de los órganos afectados, sin que éstos o cualesquiera otros con los que entren en relación tengan que solicitar del Tribunal Constitucional interpretación o aplicación ninguna. Si existiesen Leyes anteriores contrarias a la regulación constitucional habría que entenderlas derogadas por virtud de la disposición derogatoria 3, sin que sea preciso para inaplicarlas promover una previa declaración de inconstitucionalidad de las mismas ante el Tribunal Constitucional. La eficacia inmediata de la Constitución en su función organizatoria de los nuevos poderes así lo impone.

2.º Una importante consecuencia de la regla anterior es que todas las normas constitucionales que habiliten determinadas actuaciones a los órganos por ellas regulados son normas de aplicación inmediata, no obstante eventuales Leyes anteriores contrarias, que han de entenderse derogadas, según lo indicado. Este criterio presenta bastante interés práctico; por ejemplo:

— El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su casa (art. 65,2), lo que prevalece sin procedimiento especial ninguno sobre toda la normativa anterior sobre la materia, que no respondía siempre a ese criterio.

— Las Cámaras pueden nombrar Comisiones de Investigación, sobre cualquier asunto de interés público (art. 76,1), con las facultades que de este precepto resulten, aunque sus Reglamentos aún vigentes no lo hayan aún previsto (cfr., art. 45 del Reglamento Provisional del Congreso, de 17 de octubre de 1977; art. 59 del Reglamento Provisional del Senado, de 18 de octubre de 1977).

— Los Decretos-Leyes habrán de dictarse según la regulación del art. 86 de la Constitución, sin que sea aplicable (ni requiera previa declaración de inconstitucionalidad) lo dispuesto por el artículo 10,3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957; del mismo modo que no será preciso obtener la declaración de inconstitucionalidad de cuantos preceptos de esta misma Ley prevén unos poderes del Jefe del Estado (y la limitación correspondiente de los del Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros; por ejemplo: art. 10, núms. 3, 4, 6, 7;

artículo 11, núms. 2, 9, etc.) hoy incompatibles con la Constitución, lo que significan que los poderes del Gobierno y de su Presidente son hoy ejercitables en los términos que resultan directamente de la Constitución.

— La Administración puede tomar iniciativas empresariales en la actividad económica (art. 128,2), sin necesidad de seguir los procedimientos anteriores basados sobre el carácter subsidiario de dicha iniciativa (Ley del Plan de Desarrollo, texto refundido de 15 de junio de 1972, art. 5).

— A los juzgados y Tribunales corresponde «exclusivamente» hacer ejecutar lo juzgado (art. 117,3), lo que supone una derogación de los tradicionales privilegios de la Administración sobre ejecución de Sentencias contencioso-administrativas (arts. 103 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956) y aun civiles en materia patrimonial (Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, art. 44); como a la vez se define la obligación de ejecutar las Sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y Tribunales (art. 118), hay que entender también derogado el límite que a las condenas patrimoniales a la Administración suponía la necesidad de una dotación presupuestaria de cobertura y la incoercibilidad de las Cortes en esta materia (art. 108 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

Se trata, simplemente, de recordar la eficacia organizativa inmediata de la Constitución para el montaje y funcionamiento de los nuevos poderes, eficacia que no necesita en este campo, salvo remisión inmediata de la misma y en la medida en que esa remisión tenga que cubrir un vacío material completo, del intermedio de la legislación ordinaria. Si así no se reconociese se estaría negando la más elemental eficacia de la Constitución, reduciéndola a un mero documento retórico.

Parece innecesario precisar que este aserto hay que matizarlo en un caso concreto, el de las Comunidades Autónomas reguladas en el Título VIII. Como es conocido, la autonomía de estos entes y su ámbito no está construida directamente por la Constitución, sino que ésta se limita a ofrecer un cuadro de posibilidades que deberá ser actuado mediante una opción concreta de los territorios interesados, articulada con una decisión de las Cortes Generales, mediante el correspondiente Estatuto. La autonomía efectiva y su alcance concreto surgen, pues, del Estatuto y no de la Constitución. Pero una vez dictados los correspondientes Estatutos la Constitución seguirá siendo una norma de aplicación directa en cuanto a su funcionamiento y a sus límites. Sería un error pensar que los Estatutos, una vez concretada la opción y el grado de las respectivas autonomías, suplen definitivamente a la Constitución y la hacen en adelante inaplicable.

C) *La Disposición Derogatoria de la Constitución y su alcance. El problema de la legislación preconstitucional de contenido no directamente político.*

a) Hemos hecho alguna alusión a la Disposición Derogatoria de la Constitución y conviene detenernos de manera directa en la interpretación de su alcance, especialmente por lo que hace al problema capital de su incidencia sobre toda la legislación anterior de contenido no directamente político.

La Disposición Derogatoria tiene tres apartados: en el 1.º se declaran derogadas la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977, que fue el instrumento de la transición política, como es sabido, y en la medida en que no hubiesen sido derogadas por dicha Ley, todo el conjunto de Leyes Fundamentales del sistema franquista, que se enumeran una por una. El apartado 2.º se refiere al Real Decreto de 25 de octubre de 1839, en relación con el régimen foral de las Provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, cuestión que carece de interés para nuestro tema. Y, finalmente, el apartado 3.º de la Disposición derogatoria dice lo siguiente:

«Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.»

Esta cláusula plantea problemas interpretativos de gran trascendencia.

Tiene, por de pronto, un alcance claro, que es el que hemos tratado de poner de manifiesto más atrás: la derogación se entiende producida *ministerio legis* para todas aquellas normas que regulaban de manera distinta a la Constitución aquellas materias en que ésta es de indiscutible aplicación directa, esto es, derechos fundamentales y organización, competencia y funcionamiento de los poderes. Aquí el efecto derogatorio implica que cualquier aplicador del Derecho, juez, Tribunal, órgano público, sujeto privado, intérprete de cualquier especie, ha de concluir en la falta de vigencia de las normas anteriores y ha de proceder a la aplicación directa de los preceptos constitucionales. No hay ninguna necesidad de remitir la cuestión de la contradicción entre norma anterior sobre dichas materias y norma constitucional al Tribunal Constitucional, porque éste no entiende del problema de las derogaciones de normas, sino, precisamente, de la posible contradicción con la Constitución de normas formalmente vigentes. El texto del art. 163, que es el básico, no admite dudas interpretativas: el juez ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sólo «cuando considere en algún proceso que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución». No se trata, pues, de un problema formal de vigencia o de derogación, sino de validez de fondo; y, sobre todo, la cuestión ha de referirse a la Ley «aplicable al caso», lo que presupone, precisamente, su vigencia y ex-

cluye la posibilidad de aplicar esta mecánica respecto de las normas derogadas ya de manera formal. El problema de la derogación debe, pues, ser resuelto de una manera previa por el juez ordinario.

Nos parece difícilmente discutible esa conclusión: de la misma manera que sería absurdo tener que llevar al Tribunal Constitucional la decisión sobre la derogación de aquellas normas expresamente referidas en el apartado 1 de la Disposición Derogatoria, puesto que el efecto derogatorio está ya decidido de manera formal, y con la máxima eficacia normativa posible, la que otorga la supernorma constitucional, del mismo modo será absurdo tener que consultar al Tribunal si una determinada norma ha sido o no derogada por el apartado 3 de la misma Disposición. Es evidente que en nada puede variar la solución por el hecho de que el apartado 3 contenga una cláusula derogatoria genérica e imprecisa mientras que en el apartado 1 la derogación es explícita y referida a normas concretas; tal imprecisión del apartado 3 deberá ser objeto de una interpretación que concrete su alcance, pero no puede nunca convertir un problema de derogación en un problema de inconstitucionalidad.

La interpretación da inicialmente el resultado que hemos sostenido: derogación de todas las normas reguladoras de aquellas materias en que la Constitución tiene una pretensión de aplicación directa e inmediata, esto es, derechos fundamentales y parte organizativa y habilitante de los poderes públicos constitucionales.

Pero el verdadero problema surge ahora: ¿ha de entenderse que se detiene ahí el efecto derogatorio de la Constitución o, por el contrario, debe extenderse a la totalidad de la legislación anterior a la Constitución en cuanto le sea reprochable una contradicción cualquiera con alguna de las normas o principios constitucionales? Esta cuestión presenta la mayor importancia: si hubiese que extender los efectos de la cláusula derogatoria, apartado 3, a la totalidad de las Leyes pre-constitucionales, sea cual sea su contenido, la cuestión de su contradicción con la Constitución como presupuesto de su derogación debería ser decidida por los jueces y Tribunales ordinarios; en el otro caso no podría hablarse de derogación sino de inconstitucionalidad, aunque sea en la forma de una inconstitucionalidad sobrevenida, y la cuestión, en cuanto se plantee, deberá ser remitida al Tribunal Constitucional, cuyas decisiones estimatorias tendrán valor *erga omnes* y definitivo.

Aclaremos que los dos modelos preferentes del constituyente español, la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental alemana de 1949, han resuelto este mismo problema de manera diversa.

b) La fórmula de la Ley Fundamental de Bonn es la que se contiene en su art. 123: «El Derecho en vigor antes de la reunión del Parlamento Federal [constituyente] continúa rigiendo siempre que no esté en contradicción con la presente Ley Fundamental».

Esta fórmula es muy clara en su expresión, puesto que se refiere a todo el Derecho pre-constitucional, y precisa sin equívocos que el que esté en contradicción con la Constitución habrá de entenderse derogado. Por ello el Tribunal Federal Constitucional no ha vacilado nunca en remitir la determinación de esas contradicciones, en cuanto originan una derogación formal, a los Tribunales ordinarios, negándose a aceptar la cuestión como un problema de control de constitucionalidad de las Leyes.

Obsérvese que la fórmula de la Constitución española es muy diferente, lo que tiene interés porque los constituyentes han tenido constantemente a la vista el texto alemán. No se refiere a todo el Derecho anterior en general para proclamar su permanencia en vigor con las salvedades que procedan, sino que se refiere únicamente a «las disposiciones que se opongan» a la Constitución. En segundo término, el efecto derogatorio se proclama sólo de las que «se opongan» a la Constitución, no a las que estén en cualquier género de contradicción con ella, que es la fórmula alemana (*Widersprechen*). Si a la vez comparamos esa fórmula de normas «que se opongan» a la Constitución con la del art. 163 de ésta, que define la cuestión de constitucionalidad cuyo monopolio de resolución se atribuye al Tribunal Constitucional, las diferencias son notables: es aquí donde el constituyente ha empleado la fórmula de norma «contraria» a la Constitución y no opuesta; lo que entendemos que fuerza a dar a este concepto de «oposición» un valor más restringido, como de regulación directamente opuesta.

Nuestra opinión es que, en efecto, la cláusula derogatoria 3 sólo puede interpretarse en el sentido de que alcanza únicamente a aquellas normas de contenido político que regulan las mismas materias que las normas de la Constitución que ésta ha querido dar efecto de aplicación inmediata y directa (esto es: derechos fundamentales y parte organizatoria y habilitante de los poderes públicos) y que efectúan esa regulación de manera precisamente opuesta o no compatible, *icto oculi*, con la regulación constitucional. Toda otra posible contradicción de la legislación pre-constitucional, en bloque, con los principios constitucionales no será causa de derogación formal (y, por tanto, no podrá ser decidida por los jueces ordinarios, únicos competentes para dilucidar los temas de vigencia y derogación de las normas), sino que dará lugar, simplemente, al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, siempre, naturalmente, que se refieran a leyes o normas con rango de Ley, pues ya sabemos que éste es el único supuesto en que opera el monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

El problema ha sido resuelto así en el caso italiano. La Constitución italiana carece de cláusula derogatoria expresa, pero eso, como se comprende, no la dispensa de derogar todas las normas que se opongan a ella, por ser éste un efecto ligado al carácter innovativo de toda norma y más cuando esta norma es una Con-

titudin y pretende ser, por tanto, el fundamento y base de todo el ordenamiento. Para justificar ese efecto derogatorio se invocaba, en efecto, el art. 15 de las disposiciones preliminares del Código Civil, que regula la sucesión de las Leyes en el tiempo. Pues bien, la primera de las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional italiano (*Sentencia núm. 1 de 1956*) se enfrentó, justamente, con el problema de si él era competente para decidir sobre la inconstitucionalidad de las Leyes anteriores a la Constitución, o, más bien, por tratarse de un tema de derogación formal, debía de resolverse la cuestión por los jueces o Tribunales ordinarios. El Tribunal decidió en favor de la primera solución, por estimar que no se trataba de un problema de abrogación sino de ilegitimidad constitucional sobrevenida. La solución, reiterada luego en todas cuantas ocasiones se ha planteado, ha sido aceptada también por la jurisdicción ordinaria y por casi la unanimidad de la doctrina. Se trata, en efecto, de un problema de compatibilidad con las bases constitucionales del ordenamiento jurídico suscitada con ocasión de la aplicación actual de una norma, aunque la elaboración de ésta haya sido anterior. Por esta razón la cuestión no es planteable cuando se trata de una aplicación ya consumada bajo el antiguo ordenamiento constitucional.

En todo caso, es importante hacer inmediatamente una salvedad: esa inconstitucionalidad sobrevenida ha de referirse precisamente a la contradicción con los principios materiales de la Constitución, no a las reglas formales de elaboración de las Leyes que ésta establece hoy. El Tribunal Constitucional y la doctrina italiana han precisado, en efecto, que no puede reprocharse inconstitucionalidad a las Leyes (o Decretos-leyes y Leyes delegadas) anteriores a la Constitución por la sola razón de que la aprobación que en su momento las dio valor normativo sea contraria a las reglas constitucionales actuales de aprobación de las Leyes. El principio *tempus regit actum* distribuye racionalmente en el tiempo esos dos efectos: la aprobación de la Ley se hizo conforme al orden constitucional vigente en su momento; la aplicación de la Ley debe respetar los principios constitucionales del ordenamiento que rigen en el momento en que dicha aplicación tiene lugar.

Añadamos que, en el orden práctico, parece evidente que la atribución de esa cuestión al Tribunal Constitucional promete una valoración más apurada de la constitucionalidad de los textos legales pre-constitucionales que lo que cabría esperar del enjuiciamiento disperso por todos los órganos de la jurisdicción ordinaria como una cuestión de simple derogación; el criterio de la *lex superior*, administrado por una jurisdicción especializada, ha de rendir mejores frutos, con seguridad, que el de la *lex posterior* aplicado por todos los Tribunales, dado además el principio de conservación de las normas en el tiempo y su correlativa no derogación de no producirse con la nueva una incompatibilidad manifiesta (art. 2,2 CC). A la vez, las razones de una concentración de

la jurisdicción frente a su dispersión parecen garantizar mucho más eficazmente, por razones que ya conocemos, la seguridad jurídica, esencial cuando se trata de la situación de la totalidad de las Leyes anteriores a la Constitución.

IV

EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACION CONFORME A LA CONSTITUCION DE TODO EL ORDENAMIENTO

1. *El principio.*

La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación —por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos— en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate.

Este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen de ese carácter un postulado básico. Así, en Estados Unidos, todas las Leyes y los actos de la Administración han de interpretarse *in harmony with the Constitution*; en Alemania el mismo principio impone *die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, la interpretación de las Leyes conforme a la Constitución. En ambos casos, como prácticamente en todos los países con justicia constitucional, el principio es de formulación jurisprudencial.

Parece claro que de nuestro derecho constitucional surge una exigencia idéntica. ¿Cuál es su fundamento y su alcance?

2. *Los orígenes y los fundamentos del principio.*

El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las Leyes: antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución. La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el

hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos. Con frecuencia esa anulación, que no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la Ley anterior a que sustituyó la anulada (cfr., art. 2,2 CC), y la laguna que crea, puede determinar de hecho, como ha dicho alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una «situación de mayor inconstitucionalidad» en la solución práctica de los problemas que la Ley anulada regulaba. Es este *horror vacui* el que determina el principio formulado así por el Tribunal Federal Constitucional alemán: «es válido el principio de que una Ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución».

El mismo Tribunal, como también el Tribunal Supremo americano, no ha dudado en conectar a ese principio una verdadera «presunción de constitucionalidad de las Leyes», que no es la simple afirmación formal de que cualquier Ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una Ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista «duda razonable» sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una Ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea «razonablemente posible», el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha Ley es precisamente la que la permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.

Pero este principio de la interpretación del ordenamiento conforme a la constitución no vincula únicamente al Tribunal Constitucional, en el momento de la decisión del recurso de inconstitucionalidad, sino también a todos los Tribunales en las funciones aplicativas de la Constitución que examinamos en el apartado precedente y que viene a cubrir, en realidad, según hemos visto, la totalidad de su actuación. Queda claro entonces que, sin perjuicio de que la regla haya nacido «en los intersticios del procedimiento» de justicia constitucional (para usar una conocida frase de Summer Maine, de que —siguiendo a Maitland— yo mismo me he servido en otra ocasión), en realidad ha venido a revelar un verdadero principio general del ordenamiento que, por tanto, resulta de necesaria aplicación universal, también afectante, en consecuencia, además de a los Tribunales, a los operadores jurídicos públicos y privados de cualquier carácter, en cualquier aplicación del ordenamiento o de cualquiera de sus elementos.

Es, en efecto, el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica, y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero y,

por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo. No se trata ya, pues, de simples necesidades o conveniencias técnicas de la Justicia Constitucional y de su papel efectivo, sino de algo bastante más general e importante.

3. *Alcance y consecuencias del principio.*

A) *Los principios constitucionales y su valor.*

La Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un «orden de valores» materiales expresado en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada —y todas lo son para la Constitución— podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores.

Recuperamos así un tema con el que comenzamos este estudio: el valor específico de la Constitución no como una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino precisamente como portadora de unos determinados valores materiales.

Estos valores no son simple retórica, no son —de nuevo hemos de impugnar esta falaz doctrina, de tanta fuerza inercial entre nosotros— simples principios «programáticos», sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación.

En nuestra Constitución esos valores básicos están destacados de dos maneras: primero, en el Preámbulo y en el Título Preliminar, cuyo art. 1.º proclama como «valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», y en el Título primero, art. 10 y Capítulo segundo, sección primera (arts. 14 a 30); el art. 10,1, declara que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los demás son fundamento del orden político y de la paz social»; y el Capítulo segundo, sección primera, formula el sistema formal de libertades y derechos fundamentales. En segundo término, el destacamiento de tales partes materiales como básicas dentro de

la propia economía de la Constitución resulta de su protección reforzada en el procedimiento de reforma constitucional, equiparando (art. 168) la revisión de cualquiera de esos preceptos (más la forma de Estado monárquica) a una revisión total de la Constitución, a un cambio de sistema. Se proclaman así estos preceptos «decisiones políticas fundamentales», en la terminología de Schmitt, decisiones que fundamentan todo el sistema constitucional en su conjunto: la decisión por la democracia, la decisión por el Estado de Derecho y por el Estado social de Derecho, la decisión por la libertad y por la igualdad, la decisión por las autonomías territoriales de las nacionalidades y regiones, dentro de la indisoluble unidad de la Nación española, la decisión por un sistema formal de libertades, la decisión por la Monarquía parlamentaria, la decisión por el principio de legalidad, etc.

El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho Bachof y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles «normas constitucionales inconstitucionales» (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (constitucional, como hemos visto: art. 168) que suponen a la reforma constitucional.

Esos principios, cuyo alcance no es posible, naturalmente, intentar determinar aquí, si se destacan como primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional, presentan, por fuerza, una «enérgica pretensión de validez», en la frase de Bachof que más atrás hemos citado, y constituyen, por ello, los principios jerárquicamente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento, comenzando por la de la Constitución misma.

En ésta hay luego otros principios menos relevantes, todos los que pueden inducirse de la totalidad de su texto, cuya eficacia interpretativa de todo el ordenamiento subconstitucional resulta también indiscutible; por ejemplo, sección 2.^a del Capítulo II del Título I (derechos y deberes de los ciudadanos no conceptuados como inmediatamente operativos), Capítulo III del mismo Título I (principios rectores de la política social y económica); arts. 103 a 107, sobre la posición constitucional de la Administración; Título VI, ídem del Poder Judicial; Título VII, Economía y Hacienda; Título VII, organización territorial del Estado, etc.

B) *La interpretación de los principios constitucionales: algunos problemas.*

Está aún presente en Alemania una polémica importante sobre los criterios y métodos interpretativos de esa parte material de la

Constitución, polémica que no podrá aquí ser más que aludida. Esa polémica, muy convencionalmente esquematizada, ha contrapuesto los nombres de Forsthoff y de Smend, por una parte; por otra, ha contrastado una interpretación iusnaturalista de los valores de la Constitución con otra *ohne Naturrecht*, sin Derecho Natural, según el título de un agudo trabajo de Haerberle.

Smend, con su conocida teoría de la integración, formulada originalmente en 1928, ha ejercido un extraordinario influjo sobre los criterios interpretativos a emplear para la aplicación de la Constitución, influjo declarado en las decisiones del Tribunal Federal Constitucional. «La Constitución, dice Smend, no puede ser comprendida sólo como un estatuto de la organización, que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino, a la vez, como una forma vital de los ciudadanos que participan en la vida del Estado». Los valores comunes expresados y servidos por la Constitución operan, pues, como valores de integración colectiva de los ciudadanos y así deben sobre todo ser comprendidos y aplicados. Para Forsthoff este método sería propio de las ciencias del espíritu, extraño a la sobriedad y a la formalidad del método jurídico; su generalización implicaría que la Ley Constitucional quedaría deshecha, transformada en un sistema de simples vivencias psicológicas, lo que volatilizaría su positividad. La polémica posterior no resultó favorable a esta postura, y más bien fue clarificadora para concluir de perfilar la significación inequívocamente jurídica del «sistema material de valores» de la Constitución, sistema que no es una adición postiza y retórica a un esquema legal, sino además de supuesto implícito o explícito de todo ordenamiento, algo completamente inevitable para la norma constitucional por resultar de la toma primaria de posición sobre el orden político, sobre su función y sus límites, que, como pudimos ver al comienzo de este estudio sobre la Constitución, ésta necesariamente supone.

Ultimamente un brillante artículo de Haerberle, ampliado en un libro posterior, postula una «teoría de la Constitución sin Derecho Natural», frente al iusnaturalismo imperante en Alemania (y expreso en la Ley Fundamental, como por cierto también en nuestra Constitución, donde los derechos fundamentales son reconocidos y protegidos y no creados por la Ley, antes bien, «inviolables» también para ella: art. 10,1, casi todos los arts. 15 a 30, art. 53,1), postula un criterio distinto y menos dogmático. Lo sustancial de los valores constitucionales sería definir un espacio abierto que haga posible el juego de las posibles alternativas, que permita a cualquier idea o tendencia la oportunidad de llegar a ser mayoritaria. Sería la expresión de un «pensamiento de posibilidades», de un «pensamiento de alternativas», que deje siempre abierto lo que Bloch llamó «el principio esperanza» y evite la petrificación de una situación dada. Los derechos fundamentales serían los vehículos y los manantiales de las innovaciones y de las alternativas. Lo esen-

cial de la Constitución no sería una cierta concepción material del hombre, sino construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto; éste había de ser, por tanto, el criterio interpretativo fundamental.

Esta sugestiva explicación alzaprima, en definitiva, al pluralismo y a la democracia entre todos los valores constitucionales, entendida ésta como un proceso continuo de hacer y deshacer compromisos ocasionales y siempre revocables. Es una opción válida, aunque obviamente (según su propia tesis, en definitiva) no común ni general, pero concluye finalmente ofreciendo un suelo material axiológico, por más que venga a concretarse en una cierta estructura formal que hace posible el ideal, propuesto como superior, de una sociedad abierta. Puede también opinarse —y es más bien nuestra inclinación— que en la escala valorativa la concepción material y ética de la libertad, que parte de una idea integral del hombre, parece lo sustancial y que es de ella de donde deriva una sociedad abierta; por tanto, parece erróneo elevar esta última a criterio básico desde el cual la libertad quedaría instrumentalizada como un simple arbitrio técnico.

Resulta innecesario precisar que no intentamos, con esas simples referencias, abordar aquí toda la completa temática de la interpretación constitucional, cuyos problemas nos llevarían ahora demasiado lejos.

C) *Consecuencias del principio.*

Volviendo a nuestro tema de la interpretación del ordenamiento conforme y bajo la dirección de la Constitución, nos interesa, ya para concluir, destacar algunas consecuencias que se imponen del carácter preceptivo de ese modo de interpretar.

Esquemáticamente, nos limitamos a destacar:

- Hay que entender, como ha notado Zippelius, que la Constitución constituye el «contexto» necesario de todas y cada una de las Leyes y Reglamentos y normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación, aunque sea un contexto que a todas las excede en significado y en rango; en este sentido, habrá que entender en adelante que la indicación del art. 3,1 de nuestro Código civil, que ordena interpretar las normas «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto» llama, en primer término, para depurar ese contexto, a la norma constitucional.
- El carácter normativo de la Constitución no impone sólo su prevalencia en la llamada interpretación declarativa, también en la (indebidamente) llamada interpretación integrativa, que colma insuficiencias de los textos legales a aplicar; ambas funciones, aunque sin el carácter jerárquicamente superior que manifiestamente presenta la Constitución, están

hoy recogidos al hablar de los principios generales del Derecho por el art. 1,4 del Código Civil, como es bien sabido.

- La interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales.
- Las normas constitucionales son, pues, «normas dominantes» frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento.
- La generalidad del mandato de interpretación conforme a la Constitución asigna, por sí solo, un valor preeminente a la doctrina legal que resulte de las Sentencias del Tribunal Constitucional frente a cualquier otro cuerpo jurisprudencial de cualquier otro orden judicial, preeminencia que resulta del carácter de «intérprete supremo de la Constitución» que a aquel Tribunal corresponde, según el art. 1.º de su Ley Orgánica de 1979; en este sentido hay que entender la un tanto sorprendente afirmación (como que es el producto de un proceso de redacción complicado) del art. 161,1, a), de la Constitución, según el cual «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta», declaración bastante obvia por sí misma si no fuese vista como aplicación de ese principio más amplio de preeminencia.
- Por ello hay que concluir que la misma preeminencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se produce sobre la del Tribunal Supremo o cualquier otro Tribunal sectorial cuando el Tribunal Constitucional no declara la inconstitucionalidad de la Ley en cuestión y se limita a ofrecer de ésta una interpretación en consonancia con la Constitución que permite mantener su validez; es el problema de las llamadas «Sentencias interpretativas» del Tribunal Constitucional y en particular en Italia «*Sentence interpretative di rigetto*». Estas Sentencias no tendrán valor *erga omnes*, efecto que el artículo 164 limita a las que declaren la inconstitucionalidad, y éstas la rechazan, pero como tal doctrina jurisprudencial, y no como Ley o efecto general, prevalecerá sobre la del Tribunal Supremo en cuanto haga referencia a la compatibilidad constitucional de la Ley interpretada, esto es, en cuanto la interpretación del Tribunal Supremo suponga una colisión con la Constitución —no, por supuesto, en otro caso.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Sin afán de ofrecer una información completa, haré referencia a las fuentes más relevantes que pueden amparar o explicar algunas de las opiniones que el texto propugna o las indicaciones que en él se hacen.

Introducción y apartado I

La doctrina de la falta de valor normativo de las Constituciones españolas ha sido, antes y después de 1939, doctrina común del Tribunal Supremo, que nunca ha admitido la invocación ante cualquiera de sus Salas como derecho aplicable (a lo sumo como principios interpretativos) de los preceptos constitucionales, tradición que es en este momento enormemente grave y necesitada de una enérgica conmovición. Quizá la única excepción sea la verdaderamente poco afortunada serie de Sentencias de la Sala 4.^a, a partir de la de 1 de abril de 1977, sobre legalización de partidos políticos, en las que el Tribunal Supremo negó la aplicación de un Decreto-Ley sobre la base de su supuesta inconstitucionalidad (nada menos que por no recoger el principio del «carácter revisor» de la jurisdicción contencioso-administrativa, principio que no ya las antiguas Leyes Fundamentales, sino ni siquiera la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa recoge en los términos que las Sentencias interpretan). Vid. sobre esto M. Aragón, *La Sentencia del Tribunal Supremo sobre la legalización del PCE (un caso de control judicial de la constitucionalidad de las Leyes)*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 14, 1977, págs. 507 y ss.; por cierto que en este artículo podrá verse una referencia de jurisprudencia sobre la falta de valor normativo de la Constitución desde 1862 a 1977, así como referencias doctrinales, que aquí excusamos.

Sobre el principio monárquico, vid. O. Hintze, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, en su obra *Staat und Verfassung*, 2.^a ed., Göttingen, 1962, págs. 359 y ss. H. O. Meisner, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip*, repr. de 1913, Aalen, 1969. Th. Ellwein, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, München, 1954. E. Kaufmann, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips*, en su obra recopilativa *Autorität und Freiheit. Gesammelte Schriften*, I, Göttingen, 1960, págs. 1 y ss. E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I, Stuttgart, 1957, páginas 651 y ss.

El discurso de F. Lasalle, *Ueber Verfassungswesen*, 1862, ha sido reeditado varias veces; se ha manejado la reimpresión de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1958. Sobre las ideas constitucionales de Marx y los marxismos, vid., entre tanta bibliografía, M. Adler, *Die Staatsauffassung des Marxismus. Ein Beitrag*

zur Unterscheidung von soziologischer und juristischer Methode (1922), repr., Darmstadt, 1973. Stoyanovitch, *Marxisme et Droit*, París, 1964, así como el tomo XII de los «Archives de Philosophie du Droit», monográfico sobre el tema, 1967.

Sobre el iuspublicismo alemán hasta Kelsen y su idea rebajada de Constitución, E. W. Böckenförde *et alt.*, *Probleme des Konstitutionalismus im XIX Jahrhundert*, en «Der Staat», 1, 1975. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, traducción española, Madrid, 1935. Baste recordar, para ilustración de lo que se indica en el texto, que para George Jellinek, nada menos, la única característica jurídica esencial de las Leyes constitucionales es exclusivamente su superlegalidad formal; por ello, añade, la Constitución «no tiene significación jurídica práctica en aquellos Estados que no tienen formas especiales para su adopción y modificación. Por ello estos Estados, que no conocen ninguna diferencia formal entre sus diferentes Leyes, son más consecuentes cuando rechazan el resumen de una serie de determinaciones legales bajo el nombre de documento constitucional»: *Allgemeine Staatslehre*, 3.^a ed., Berlín, 1914, página 534 (otra traducción, en la versión española de F. de Los Ríos, *Teoría General del Estado*, reimpresión, Buenos Aires, 1954, página 403). El texto, que es la almendra de la teoría jurídica de la Constitución de esta biblia del constitucionalismo (!) clásico, vale por sí solo más que una larga explicación; repárese en la calificación de la Constitución como el resumen de una serie de determinaciones legales (*Zusammenfassung einer Reihe von Gesetzesbestimmungen*).

Sobre Santi Romano, sus obras básicas, *L'ordinamento giuridico*, 1918 (2.^a ed. Firenze, 1945), *Corso di Diritto costituzionale*, Padova, 1943, y *Principi di Diritto costituzionale generale*, 2.^a ed., Milano, 1946. Sobre el concepto de una «costituzione materiale», Mortati, voz *Costituzione dello Stato*, en *Enciclopedia del Diritto*, XI (y ahora en sus *Scritti*, II, Milano, 1972, págs. 79 y ss.), y sus *Istituzioni di Diritto pubblico*, 8.^a ed. Padova, 1969, págs. 19 y ss. Sobre Schmitt, su propia obra citada, de donde se toma su frase sobre el Estado como Constitución.

Los dos conceptos de H. Heller que se utilizan, en su libro *Die Souveränität*, 1927, ahora recogido en su *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, Leiden, 1971, págs. 95 y 98.

La referencia a Martínez Marina, es a su obra *Teoría de las Cortes o grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla. Monumentos de su Constitución política y de la Soberanía del Pueblo*, Madrid, Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1813, 3 tomos; su doctrina es la que aparece resumida en el «Discurso Preliminar» de la Constitución de Cádiz.

La referencia de Maravall sobre el proyecto constitucional comunero es a su obra *Las Comunidades de Castilla. Una primera revolución moderna*, Madrid, 3.^a ed., 1979, cuyas conclusiones hace suyas Joseph Pérez, *La Révolution des «Comunidades» de Castille*

(1520-1521), Bordeaux, 1970, págs. 563 y ss. El texto del proyecto de Ley perpetua, que recogió Sandoval en su *Historia de la vida y hechos del Emperador Carlos V*, Amberes, 1681, puede verse ahora publicado como Apéndice a la reedición de la obra clásica de Juan Maldonado, *La Revolución Comunera. El movimiento de España, o sea, historia de la revolución conocida con el nombre de las Comunidades de Castilla*, ed. y prólogo de Valentina Fernández Vargas, Ediciones del Centro, Madrid, 1975, págs. 307 y ss.

Sobre el constitucionalismo suizo, vid. el completo libro de F. Renner, *Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte*, Zürich, 1968.

Sobre el concepto de Constitución, vid. por todos, con sus referencias, K. Stern, *Das Staatsrecht der BRD. Band I. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, München, 1977, así como el volumen colectivo *Verfassung*, que antologiza una serie de trabajos básicos, con introducción de M. Friedrich, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978. En nuestra bibliografía, especialmente, Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político* (1936). Madrid, 1976, págs. 453 y ss., y M. García-Pelayo, *Derecho Constitucional comparado*, 3.ª ed., Madrid, 1953, páginas 33 y ss.

La cita de Rousseau, en *Contrat social*, Lib. I, cap. VI.

La referencia de Loewenstein, en su *Teoría de la Constitución*, trad. esp., 2.ª ed., Barcelona, 1970, págs. 218 y ss.

APARTADO II

La cita de Kaegi corresponde a su obra *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, págs. 41 y ss.

La referencia de Fleiner, de sus *Institutionen des deutschen Verwaltungsrecht*, 8.ª ed., Tübingen, 1928, pág. 3.

El libro de J. W. Gouch, es el excelente *The fundamental law in english constitutional history*, Oxford, 1955.

La tesis de Mc Ilwain alude a su importante obra *High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale, 1910.

Las referencias siguientes sobre la formación del Derecho norteamericano proceden, en lo esencial, del propio Mc Ilwain, *Constitutionalism ancient and modern*, rev. ed., Ithaca New York, 1958. R. Pound, *The development of constitutional guarantees of liberty*, New Haven, 1957, y E. S. Corwin, cuya obra se cita en el texto, *The «Higher Law» background of American Constitutional Law*, originariamente publicado en la «Harvard Law Review», XLII, 1928-1929, págs. 149 y ss. y 365 y ss., y luego reimpresso; he utilizado la ed. de Cornell University Press, 4.ª reimpr., 1961. Igualmente la obra de B. Schwartz, *A commentary on the Constitution of the U. S.*, Tomo I, *The powers of Government*, New York, 1963. E. V. Rostow, *The sovereign prerogative: The Supreme Court*

and the quest for Law, New Haven, 1962. W. B. Munro, *The Government of the U. S.*, 5.ª ed., New York, 1954.

Sobre la Declaración de Independencia y su filosofía, especialmente, Becker, *The Declaration of Independence. A study in the history of political ideas* (1922), New York, 1960.

La cita de Lord Acton se toma de Corwin, cit., pág. 83.

Sobre el principio constitucional inglés de la «soberanía del parlamento» sigue teniendo valor la clásica exposición de Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 9.ª ed., London, 1952, págs. 37 y ss. Sir I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 4.ª ed., London, 1955, págs. 136 y ss.

Las citas de W. Blackstone corresponden a sus *Comentaries on the Laws of England*, lib. I, cap. II, § III (en la 6.ª ed., London, 1825, Tomo I, págs. 160-162).

En el constitucionalismo francés, puede verse la excelente exposición clásica de Esmein-Nézard, *Eléments de Droit Constitutionnel*, 8.ª ed. París, 1927.

Sobre el sistema europeo de justicia constitucional puede verse la recopilación de trabajos básicos entre 1929 y 1971 recopilados, con una introducción por P. Haeberle, con el título *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, con amplia bibliografía.

En particular, las ideas fundamentales de Kelsen sobre el tema, además de en su *Reine Rechtslehre* (2.ª ed., Wien, 1960), en *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, que fue su ponencia en la reunión de 1929 de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho público, publicada en el *Heft 5* de las publicaciones de esta Asociación, Berlín, 1929, págs. 30 y ss. y *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, trad. fr., en «*Revue de Droit Public*», 1928, páginas 197 y ss.

Exposiciones valiosas del sistema y su comparación con otros, en G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977. R. Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien, 1963. Spanner, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wien, 1951. Capelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las Leyes en el Derecho comparado*, trad. esp., México, 1966 (Edición italiana, Milano, 1973). H. Fix Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*. México, 1968.

Sobre el proceso constitucional de 1932 en el *Staatsgerichtshof* alemán a que se alude en el texto, vívidamente Volpe, cit., págs. 165 y ss.

La alusión a la «perversión del ordenamiento jurídico» se hace sobre F. Von Hippel, *Die Perversion der Rechtsordnungen*, Tübingen, 1955.

Parece innecesario recoger títulos sobre los sistemas alemán e italiano actuales; respecto al primero véase la recopilación de Haeberle ya citada y su bibliografía; sobre el segundo, aparte del ya

clásico P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi proceso civile*, Padova, 1950, de un kelsenismo casi estricto, el reciente libro de G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, con más referencias.

Sobre el sistema de Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana española, R. Reyes, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934. N. Alcalá-Zamora y Castillo, *Significación y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en sus *Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*. Buenos Aires, 1944, pág. 512. J. Tomás Villarroya, *El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)*, en «Revista del Instituto de Ciencias Sociales», Barcelona, 11, 1968.

APARTADO III

Hay aquí muy pocas referencias que ofrecer, puesto que la Constitución de 1978 aún carece de bibliografía propiamente técnica. Prácticamente la única obra de conjunto recomendable es aún las *Lecturas sobre la Constitución española*, de valor desigual, colección de trabajos coordinada por T. R. Fernández, 2.ª ed. Madrid, 1979.

Los conceptos sobre la «vinculación más fuerte» se toman, los americanos de E. S. Corwin, voz *Judicial review*, en la *Encyclopedia of the Social Sciences*, repr., 1954, tomo VII, pág. 457; y los alemanes de V. Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Bonn, 1963, pág. 121. El concepto de *diktaturfestige*, en Volpe, cit., página 216. La cita de Bachof, de su obra recopilativa *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Athenäum, Regensburg, 1979, pág. 179.

La fórmula constitucional francesa sobre el Ejército a que se alude en el texto como fuerza esencialmente *subordonnée et obéissante* (subordinada y obediente), con la consecuencia de su imposibilidad de deliberar y adoptar posiciones propias, procede de las Constituciones revolucionarias (Constitución de 1791, art. 12 del Título IV; Constitución del año III, art. 275; Constitución de 1848, art. 104) y ha sido desarrollada desde Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2.ª ed., París, 1929, págs. 110 y ss. Cfr., igualmente G. de Vergottini, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, 1971.

A los conceptos alemanes de *Prüfungsrecht* y *Verwerfungskompetenz* en relación con la facultad judicial de enjuiciar las normas antes de su aplicación, me he referido, con referencias, en mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, Madrid, 1970, págs. 10 y ss. (y en el *Curso de Derecho Administrativo* redactado en colaboración con T. R. Fernández, Tomo I, 1978, páginas 137 y 138), a lo que me bastará ahora remitirme.

La Sentencia del Tribunal Supremo americano *Trop V. Dulles*,

1958, se toma de E. V. Rostow, *The sovereign prerogative: The Supreme Court and the quest for law*, cit., pág. 138.

La cita de P. Lerche, de su trabajo *Stil, Methode, Ansicht*, 1961, ahora recogido en el tomo *Verfassung*, editado por Haeberle, ya cit., pág. 201.

El concepto de «determinaciones de fines del Estado» como contenido de ciertas normas constitucionales, que expresa bastante mejor su contenido que el famoso de «normas programáticas», tan nefasto para nuestro Derecho, en U. Scheuner, *Staatszielbestimmungen*, ahora recogido en la obra del autor *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, Berlín, 1978, págs. 223 y ss.

Para la interpretación del art. 1 de la *Grundgesetz*, del que se indica en el texto que es el modelo visible del art. 53,1 de nuestra Constitución, vid., Maunz-Duerig-Herzog, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1970, comentario al art. 1, especialmente núms. 103 y ss.

Sobre la doctrina alemana de la garantía del «contenido esencial» de los derechos en su regulación, esencial para interpretar nuestro art. 53,1, vid., por todos P. Haeberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2.^a ed. Karlsruhe, 1972.

Sobre el tema de la cláusula derogatoria de la Constitución, importante como pocos, es contrario a la tesis que se sostiene en el texto, aunque parece que sólo para la fase anterior a la entrada en juego del Tribunal Constitucional, G. Trujillo, *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, «Revista de Estudios Políticos», 7 (nueva época), 1979. Para los casos alemán e italiano puede verse: K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 11.^a ed., Heidelberg, 1978, pág. 269. Maunz-Duerig-Herzog, *Grundgesetz Kommentar*, cit., com. al art. 123, núms. 6-10. Zagrebelsky, cit., págs. 42 y ss. Crisafulli, *Lezioni di Diritto costituzionale*, 4.^a ed., tomo II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1976, páginas 204 y ss. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, págs. 33 y ss. C. Mortati, *Competenza esclusiva della Corte Costituzionale a dichiarare l'invalidità delle leggi anteriore alla Costituzione*, 1958, ahora recogido en su *Scritti*, Milano, 1972, Tomo III, págs. 821 y ss.

Es obvio que la irretroactividad de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley pre-constitucional no puede prolongarse más allá de la vigencia de la Constitución misma: vid. F. Delfino, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi. Natura ed effetti*. Napoli, 1970, pág. 140.

APARTADO IV

Aquí se han utilizado sobre todo fuentes alemanas. La ya citada monografía de Haak sobre el tema de la interpretación conforme a la Constitución y la de H. Bogs, *Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, 1966. H. Ehmke, *Prinzipien der Ver-*

fassungsauslegung, en las publicaciones de la «Vereinigung» de Profesores alemanes de Derecho Público, tomo 20, 1963. R. Zippe-lius, *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgericht*, Tomo II, Tübingen, 1976, págs. 108 y ss. Y las obras generales de Stern, citada ya, pá-ginas 111 y ss., y de K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., págs. 31 y ss.

Las referencias sobre el Derecho norteamericano se toman so-bre todo del citado artículo de Corwin sobre la *Judicial review* y de A. y S. Tunc, *Le système constitutionnel des Etats Unis d'Amerique*, París, 1954, tomo II, págs. 286 y ss.

La aludida frase de Summer Maine dice así: «Tan grande es la importancia del sistema de acciones en la infancia de los Tribunales de justicia que el Derecho sustancial aparece a primera vista como un producto gradualmente segregado por los intersticios del pro-cedimiento». Cita según Maitland, *The forms of action in Common law*, ed. by Chaitor y Whittaker, Cambridge, 1954, pág. 4. Mi propia utilización de estos conceptos, en *La interdicción de la arbitrarie-dad en la potestad reglamentaria*, ahora en el libro *Legislación delegada*, cit., pág. 214.

La revalidación actual del concepto schmittiniano de *Verfas-sungsgrundordnungsentscheidung* (decisiones constitucionales fun-damentales) que «determinan la totalidad de la unidad política respecto a su especial existencia», en Stern, *Das Staatsrecht*, pá-ginas 93 y ss. Maunz-Duerig-Herzog, en el Comentario cit., art. 79, parágrafo 29 y allí referencias. Estas decisiones fundamentales tienen, por ello, a los efectos de la reforma constitucional, una especial «firmeza» (*Standfestigkeit*), son normas «más fuertes» (*starke Normen*), de modo que su alteración supone en realidad el ejercicio de un nuevo poder constituyente, por tanto originario y ya no vinculado por la Constitución precedente, determinando así el surgimiento de una Constitución nueva y distinta.

El concepto de «normas de la Constitución inconstitucionales» es de Bachof y se recoge en el trabajo de ese título recogido ahora en *Wege zum Rechtsstaat*, cit., págs. 1 y ss., y es admitido por toda la doctrina en cuanto jerarquiza ciertos principios constitucionales sobre los demás. También lo admite la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional: Stern, *Das Staatsrecht*, págs. 93 y ss.; según el Tribunal, en una famosa Sentencia de 1953, existe una vinculación del «poder constituyente constituido» o de reforma constitucional a ciertos «valores jurídicos supraordenados» —los que expresan esos principios o decisiones fundamentales superiores (*ibidem*, pág. 95). En la doctrina constitucional suiza también se distingue *höher— und minderwertiges Verfassungsrecht* (un Derecho o normas constitucionales de mayor y de menor valor): Renner, *Der Verfassungsbegriff im Staatsrechtlichen Denken der*

Schweiz, cit., págs. 496 y ss. Para la posición análoga de la jurisprudencia americana, primando entre todos (*preferred position*) a los cuatro derechos fundamentales de la Primera Enmienda, vid. Loewenstein, *Teoría*, cit., págs. 192 y ss.

La polémica alemana sobre los métodos de interpretación constitucional, puede seguirse, la de Smend-Forstthoff en el citado tomo *Verfassung*, editado por M. Fredrich, donde recoge, además del trabajo de Forstthoff (*Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, 1959-1976), los de quienes le replicaron (Hollerbach, Lerche, etc.). También puede verse su reflejo final en las obras generales citadas de Stern y Hesse, así como en la recopilación de trabajos sobre el tema, dirigida por R. Dreier y F. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, 1976. La frase de Smend que se transcribe se toma de la referencia de Stern, cit., pág. 111, pero puede verse más ampliamente desarrollada en su importante trabajo *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, ahora recogido en sus *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, 1955, páginas 119 y ss. Una exposición válida de su doctrina en F. J. Conde, *Introducción al Derecho Político actual*, Madrid, 1953, págs. 135 y ss. La posición de Haeberle en su trabajo de 1974, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, se recoge también en el *reader Verfassung* citado en primer término y, además, ha sido objeto de una importante ampliación en el libro reciente del autor *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978; el concepto de «sociedad abierta» se utiliza en el Sentido de Popper, cuyo libro básico, *The open society and its enemies*, London, 1945, está traducido al castellano. También lo está el libro básico de Ernst Bloch, *El principio esperanza*, Madrid, 1978. La referencia de Zippelius a la Constitución como «contexto» de las Leyes singulares, en su citado trabajo *Verfassungskonforme Auslegung*, epígrafe «Die Verfassung als Kontext der Gesetze», págs. 108 y ss.

El concepto de «normas dominantes» (*Dominanznormen*) para calificar la función interpretativa de la Constitución en relación con el Derecho Administrativo y otros sectores del ordenamiento, en Bogs, *Die Verfassungskonforme Auslegung*, pág. 23.

Sobre el problema de las Sentencias interpretativas de rechazo de inconstitucionalidad, Crisafulli, cit., págs. 358 y ss., y allí otras referencias. Análogo el caso alemán: vid., K. Vogel, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en la obra *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., págs. 607 y ss.

